

UNIVERSIDAD DE MURCIA
ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO



**LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL, EN EL CONTEXTO DE
LA BÚSQUEDA DE SISTEMAS ALTERNATIVOS AL JUDICIAL
PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por:

Julio Sigüenza López

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ PALLARÉS

2019

A Victoria

«Mientras perseguimos lo inalcanzable,
hacemos imposible lo realizable»
(Robert Ardrey)

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I. EL CONFLICTO: CONCEPTO, CAUSAS, TIPOS DE CONFLICTO Y SUS SOLUCIONES	19
1.- EL CONFLICTO. CONCEPTO.	21
2.- CAUSAS Y TIPOS DE CONFLICTO.	25
3.- GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	30
3.1.- Introducción.	30
3.2.- Sistemas alternativos de gestión de conflicto: los ADR.	35
3.2.1.- Origen y desarrollo de los ADR en EE. UU.....	39
3.2.2.- Una obligada referencia a algunas características del modelo procesal de los EE. UU.....	51
3.2.2.1.- El papel del juez y de las partes en el proceso.	53
3.2.2.2.- Concepto, naturaleza y función de la fase <i>pre-trial</i> . El « <i>Discovery</i> »...70	
3.2.2.3.- La <i>American Rule</i>	80
3.2.2.4.- Epílogo sobre el sistema procesal en EE. UU.	87
3.2.3.- El modelo procesal civil en Europa y en España.	89
3.2.3.1.- El modelo procesal civil en Europa.	91
3.2.3.1.1.- El Código de Procedimiento Civil francés de 1806.....	92
3.2.3.1.2.- El Código de Procedimiento Civil austriaco de 1895.....	94
3.2.3.1.3.- Las reglas del procedimiento civil inglés.	96
3.2.3.2.- El modelo procesal civil en España. De la LEC 1881 a la LEC 2000.103	
3.2.3.3.- Puntos de convergencia.	113
4.- IMPLEMENTACIÓN DE LOS ADR EN EUROPA Y ESPAÑA.	119

5.- PRESENTE DE LOS ADR, Y EN PARTICULAR DE LA MEDIACIÓN, EN EUROPA Y EN ESPAÑA.	138
6.- BREVE RECAPITULACIÓN A MODO DE INTRODUCCIÓN AL EXAMEN DE LAS FIGURAS PRIMARIAS DE ADR.....	151
CAPÍTULO II. EXAMEN DE LAS FIGURAS PRIMARIAS DE ADR:	
NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE . 153	
1.- INTRODUCCIÓN A LAS FIGURAS PRIMARIAS DE ADR.	155
2.- LA NEGOCIACIÓN: CONCEPTO, PARTES Y PROCESO. RESULTADO: LA TRANSACCIÓN.	159
2.1.- Concepto de negociación.	159
2.2.- Las partes en el proceso de negociación.	161
2.3.- El proceso de negociación.	162
2.4.- El resultado del proceso de negociación: el contrato de transacción.	176
2.4.1.- Concepto de contrato de transacción.....	176
2.4.2.- Naturaleza jurídica del contrato de transacción.	179
2.4.3.- Clases y objeto: transacción judicial y extrajudicial.....	179
3.- BREVE REFERENCIA, SOLO A EFECTOS SISTEMÁTICOS, A LA MEDIACIÓN.	185
4.- LA CONCILIACIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, EFECTOS Y EFECTIVIDAD.....	186
4.1.- Concepto de conciliación.	186
4.2.- Naturaleza jurídica de la conciliación.....	191
4.3.- Efectos y efectividad de la conciliación.....	196
5.- EL ARBITRAJE: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, HISTORIA, PRESENTE, Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.	210
5.1.- Concepto de arbitraje.	210
5.2.- Naturaleza jurídica del arbitraje.....	211
5.3.- Historia, presente, y perspectivas de futuro del arbitraje.....	217
CAPÍTULO III. LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL.....	
1.- MODELOS DE MEDIACIÓN Y CONCEPTOS.....	233
1.1.- Modelo directivo de la Escuela de Harvard.....	234

1.2.- Modelo de mediación transformativa.	237
1.3.- Modelo circular narrativo.	239
2.- LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.	242
2.1.- Leyes de mediación de las Comunidades Autónomas.	246
2.1.1.- Título competencial.	246
2.1.2.- Relación con la Administración de Justicia.	248
2.1.3.- Carácter expansivo de algunas leyes autonómicas.	252
2.1.4.- Concepto de mediación en la legislación autonómica.	254
2.1.5.- Evolución del mediador en la legislación autonómica.....	255
2.2.- La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	258
2.2.1.- Antecedentes de la Directiva.....	259
2.2.1.1- La Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros.....	262
2.2.1.2.- La recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros.....	264
2.2.1.3.- Otros antecedentes. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.	268
2.2.1.3.1.- Consejo Europeo de Viena, de 11 y 12 de diciembre de 1998	268
2.2.1.3.2.- Recomendación 98/257/CE, de la Comisión de 30 de marzo de 1998.....	269
2.2.1.3.3.- Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños.	269
2.2.1.3.4.- Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001.	269
2.2.1.3.5.- El Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.....	270
2.2.1.3.6.- 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.....	274
2.2.1.3.7.- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	274
2.2.2.- La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	275

2.3.- La legislación estatal en materia de mediación.....	282
2.3.1.- 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.....	282
2.3.2.- El proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011.	285
2.3.2.1.- Ámbito de aplicación del Proyecto de Ley de Mediación de 2011....	286
2.3.2.2.- Relación de la mediación con la Administración de Justicia.	288
2.3.2.3.- Principio de voluntariedad y mediación obligatoria previa.	290
2.3.2.4.- Fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación.	296
2.3.2.5.- El mediador en el Proyecto de Ley de Mediación de 2011.....	299
2.3.3.- El Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	301
2.3.4.- La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	305
2.3.5.- El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio.....	309
2.4.- Relación y coordinación entre legislación estatal y autonómicas.....	310
3.- CONCEPTO DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL.....	314
4.- UNA APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN.	322
5.- DELIMITACIÓN DE LA MEDIACIÓN FRENTE A OTROS CONCEPTOS AFINES.	326
5.1.- El contrato de compromiso.	327
5.2.- El arbitraje.....	329
5.3.- La transacción.	331
5.4.- La conciliación.....	333
5.5.- La jurisdicción voluntaria	348
CAPÍTULO IV.- EL MEDIADOR CIVIL O MERCANTIL, Y LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN.....	353
1.- INTRODUCCIÓN.....	355
2.- CONCEPTO DE MEDIADOR EN EL ÁMBITO CIVIL O MERCANTIL.....	356

3.- LA PROFESIONALIDAD Y LA FORMACIÓN DEL MEDIADOR.	361
3.1.- Antecedentes sobre la exigencia de formación.	362
3.2.- La regulación de la formación de los mediadores en España.	367
3.2.1.- La normativa de las comunidades autónomas.	367
3.2.2.- La normativa estatal sobre formación exigible a los mediadores.	369
3.3.- Situación, crítica y propuestas.	375
4.- LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN.	381
4.1.- El principio de voluntariedad en la mediación.	384
4.1.1.- La voluntariedad del proceso de mediación para las partes.	385
4.1.1.1.- La mediación en EE. UU. y otros países anglosajones. De la voluntariedad a la <i>mandatory mediation</i>	385
4.1.1.2.- La voluntariedad de la mediación en Europa y España.	390
4.1.2.- La voluntariedad del proceso de mediación para el mediador.	403
4.2.- El principio de neutralidad en la mediación.	404
4.3.- El principio de imparcialidad en la mediación.	413
4.4.- El principio de confidencialidad en la mediación.	418
4.4.1.- Concepto y regulación.	418
4.4.2.- El deber de confidencialidad del mediador, y de las partes intervinientes y personas que participan en el proceso de mediación.	424
4.4.3.- El alcance objetivo de la confidencialidad.	432
4.4.3.1.- La prueba documental.	436
4.4.3.2.- El interrogatorio de partes y de testigos.	440
4.4.3.3.- La prueba pericial.	441
CONCLUSIONES	447
BIBLIOGRAFÍA	469

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
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
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
DF	Disposición Final
Dir.	Director
DL	Decreto Ley
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua
Ed.	Edición
EE.UU.	Estados Unidos
EM	Exposición de Motivos
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
LA	Ley de Arbitraje
LC	Ley Concursal
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
LMCM	Ley de Mediación Civil y Mercantil
LON	Ley Orgánica del Notariado
LVMASC	Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil
MARC	Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos
MASC	Métodos Alternativos de Solución de Controversias
n.º	Número
ODR	<i>On line 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
PPCT	Principios del Proceso Civil Transnacional
RAE	Real Academia Española
Ref.	Referencia
RDL	Real Decreto Ley
SARC	Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia de la sala 1ª 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>

INTRODUCCIÓN

1°. La palabra «conflicto», con la que se designa la existencia de un problema que se produce como consecuencia de una confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, es, sin duda, una de las palabras que con más frecuencia escuchamos a lo largo de todo el día, todos los días, en todos los ámbitos de la vida, personal y social. Se trata de una realidad intrínseca a la propia existencia, tan extendida y universal que requiere una cantidad ingente de recursos para gestionarlos y resolverlos, tanto de las mismas personas implicadas como de otras personas o instituciones, cuyo objetivo es encontrar y proponer o, en su caso, imponer soluciones.

2°. Existen muy diferentes métodos para abordar y resolver los conflictos, pero a los efectos de nuestro trabajo, vamos a distinguir entre: 1) métodos heterocompositivos, es decir, aquellos en los que es un tercero ajeno a las partes que tienen un conflicto quien lo resuelve, como sucede en los casos en los que se recurre a los tribunales de justicia o a un árbitro, y 2) los métodos autocompositivos, esto es, aquellos en los que se pretende que sean las mismas partes que tienen un conflicto las que, con la intervención o no de terceros, encuentren por sí mismas la forma de resolverlo.

Entre los sistemas de solución conflictos vamos también a distinguir las denominadas modalidades alternativas de solución conflictos (MASC, o ADR por el acrónimo inglés de *Alternative Dispute Resolution*), que son un conjunto de medios de resolución de conflictos, que se presentan como alternativos a su resolución mediante el recurso a la jurisdicción, entre los que 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 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.

Estos sistemas, que se presentan originariamente como alternativos al sistema judicial, vienen suscitando un marcado interés de la Unión Europea y de sus Estados miembros fundamentándolo, especialmente, en el beneficio directo que debe suponer 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 sean conocidos por los ciudadanos, en cuanto implican la devolución del conflicto a las partes, que lo resolverán por sí mismas, y menores costes; todo ello frente a lo que se denomina la «retórica abstracta» de los derechos y de las leyes, y frente a la «cultura del conflicto» o de la «guerra», con la que se quiere identificar el recurso a la vía judicial, y frente a la apropiación que habría hecho el Estado de ese conflicto a través de los tribunales de justicia.

Se argumenta también, a favor de la promoción del recurso a estos métodos alternativos a la resolución judicial, el beneficio indirecto derivado de un mejor acceso a la justicia por razón de la reducción de los asuntos que llegarían a su conocimiento, asuntos que son ahora excesivos para que la Justicia pueda ser pronta y eficaz. La razón la encuentran, no tanto en la insuficiente dotación de recursos personales y materiales de la Administración de Justicia, que no responden al cambio de circunstancias sociales y económicas experimentado por las sociedades occidentales durante el último siglo, como en la «litigiosidad» de las gentes, que optan por la «judicialización» de sus conflictos. Y se afirma que la solución se debe conseguir a través de la promoción de estas modalidades alternativas a la vía judicial, aunque no siempre sean excluyentes, procurando su desarrollo e intentando garantizar su calidad, de modo que no se perciba como una vía de segundo nivel para conseguir ese objetivo fundamental. Y si el justiciable, que es tanto como decir cualquiera, no llegara a aceptar su intrínseca bondad, y persistiera en el empeño por judicializar sus asuntos, mediante su imposición.

3°. Si esto es así o no, y en qué medida las políticas de la Unión Europea y de sus Estados miembros son las más adecuadas a tal objetivo, es sin duda una de las primeras cuestiones que habrá que afrontar y tratar de responder, y para ello parece inevitable examinar previamente cual era la situación, qué es lo que ha ocurrido y 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 es frecuente traer a colación el éxito que los sistemas ADR, y la mediación entre ellos, han tenido en los países anglosajones, en particular en EE. UU., pero también en Gran Bretaña, países en los que es cierto que existe una fuerte

implantación de estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, 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. Pero no puede afirmarse *a priori*, sin mayores indagaciones, que eso sea un éxito en términos de efectividad, eficacia, y eficiencia, no solo privada sino también pública, salvo que lo circunscribamos a su incidencia en la correspondiente partida de gasto en los presupuestos generales del Estado; y tampoco se puede pretender entenderlo al margen de las características e instituciones propias del sistema procesal civil y del modelo de justicia norteamericano, 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, y con los principios y objetivos de los sistemas judiciales europeo-continenciales.

4°. Se argumenta, para defender el recurso los sistemas alternativos de resolución de conflictos, 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.

Es necesario, pues, examinar en qué medida eso es así, a través del estudio de 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 mediante el 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, 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.

Se trata de cuestiones netamente procesales que, *a priori*, parece que no pueden ser indiferentes a la hora de valorar el recurso a los ADR, 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.

Pero también es necesario preguntarse si es deseable y si es posible otra cosa y/o en qué medida, porque, descartando la aceptación generalizada por los ciudadanos 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 ha pretendido, al menos en primera instancia, por los partidarios de la mediación, no cabe fiarlo todo al simple conocimiento por los ciudadanos de su existencia, algo que está más cerca del mito del buen salvaje que de la realidad. De hecho, cada vez son más las voces pro-mediación que abogan por su imposición, al menos en la versión mitigada, cuando no por la penalización del recurso a los tribunales de justicia, en franca contradicción, no solo con el éxito que se le atribuye a la mediación, sino con sus propios postulados ideológicos de voluntariedad y de devolución del conflicto a las partes. La máxima del despotismo ilustrado, *tout pour le peuple, rien par le peuple*, muestra su vigencia y actualidad cuando tales propuestas son asumidas por los gobiernos.

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, en la medida en que aceptemos que ello es bueno y deseable, o qué medidas se podrían adoptar para ello.

5°. Ya hemos adelantado que 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 atañe a este trabajo, al proceso civil.

Existe igualmente una estrecha vinculación entre los sistemas ADR y el Poder Judicial en el sistema norteamericano de resolución de conflictos, en la medida en que, en gran medida, su implementación se ha producido a través de los propios juzgados y tribunales, dando lugar a la figura de un juez gestor (*managerial judge*), y a un concepto de la función de los juzgados civiles (*Multi-Door Courthouse*) en EE.UU., muy alejadas de sus respectivas funciones tradicionales. 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 Anexed Program*), y la redefinición de dos principios básicos de la mediación, como son la voluntariedad y la neutralidad.

Todo ello parece imposible de explicar sin la Universidad, íntimamente relacionada en los EE. UU. con los profesionales del Derecho, con el mundo de la empresa y con la sociedad, que se convirtió en un importante foco de expansión intelectual, dedicado a incentivar la investigación y análisis de las relaciones existentes entre normas e instituciones jurídicas, y la negociación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos. El resultado fue que la negociación u otras técnicas ADR dejaron de percibirse como una simple habilidad para la que aparecen naturalmente dotadas algunas personas, y pasaron a reconocerse como disciplinas científicas, como técnicas necesitadas de estudio y formación, que no pueden seguir siendo consideradas por los profesionales del Derecho como marginales y alejadas de su trabajo y de su función en la resolución de conflictos.

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, que es otra cuestión que debería ser ajena al debate sobre el desarrollo e implementación de sistemas ADR. 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, y de los retrasos en la resolución de litigios, de los juzgados y tribunales.

6°. Antes de abordar el examen específico de la mediación, hay que analizar las principales figuras primarias de ADR, esto es, la negociación, la conciliación y el arbitraje, tanto en general como, más específicamente, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Su examen deviene obligado, no solo a efectos puramente sistemáticos, con el objeto de encuadrar la mediación entre esos otros sistemas de resolución de conflictos, y no solo porque la negociación sea la base esencial de la conciliación y también de la mediación, como tendremos ocasión de comprobar, o porque instituciones como la conciliación y el arbitraje hundan sus raíces en nuestra Historia como sistemas de resolución de conflictos alternativos al sistema judicial, lo que nos obligará a examinar su regulación. Su examen es obligado porque son sistemas no jurisdiccionales, pero vinculados a la jurisdicción a través de la asignación de determinados efectos procesales, sistemas que han estado destinados a cumplir la misma función alternativa para la resolución de conflictos —alternativa a su resolución mediante sentencia— que ahora se

postula para la mediación, y que siguen llamados a ello, como sistemas alternativos no solo a la jurisdicción sino a la propia mediación, atendiendo a la naturaleza del conflicto que, según las circunstancias, puede requerir distintas formas de abordarlo. Su examen deviene inevitable, en fin, por cuanto pueda aportar el estudio de los aciertos y errores en la regulación de esas otras instituciones, desde el punto de vista de su efectividad como sistemas alternativos, a los efectos de una implantación real y efectiva de la mediación.

7°. De entre estas modalidades alternativas nos referiremos especialmente a la mediación, en el ámbito civil y mercantil, que podemos definir, inicialmente, como un proceso voluntario y confidencial de gestión de conflictos en el que un tercero imparcial y neutral, el mediador, trata de facilitar la comunicación entre las partes para que sean ellas mismas las que lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto.

Se trata éste de un concepto básico en el que es preciso profundizar, porque cada una de las palabras que la integran admite numerosas matizaciones, puntualizaciones e interpretaciones: qué significa que sea un proceso, si es que puede utilizarse ese término, dónde puede producirse, porque cabe distinguir entre una mediación extrajudicial, que a su vez puede estar regulada o no por ley, y una mediación intrajudicial, por derivación desde un tribunal de justicia; qué significa que sea voluntario, y para quién lo es; si cabe imponer la mediación o no, o hasta qué punto cabe imponerla a las partes y seguir hablando de mediación; qué significa la confidencialidad y a quién afecta; qué significa la neutralidad y en qué medida es exigible, lo que está íntimamente relacionado con quién es ese tercero que actúa como mediador, qué cualidades le son exigibles y qué papel desempeña en esa labor facilitadora de la comunicación entre las partes, por ejemplo, si puede o no proponer soluciones, lo que plantea, caso aceptarse tal posibilidad, otras cuestiones como, si sería precisa una formación específica en tal caso, y las responsabilidades en que podría incurrir; y hasta qué significa resolver un conflicto admite diferentes respuestas.

Y todo ello en relación con los diferentes modelos o escuelas de mediación a los que se acuda para encontrar esas respuestas, y de la normativa reguladora de dicha institución, puesto que, además de la mediación que se pueda realizar con base en la libre voluntad de las partes para configurarla, existe otra mediación —civil o mercantil, que es la que ahora nos interesa—, a la que se asocian determinados efectos jurídicos, y que aparece regulada, tanto por la Unión Europea, a través de una Directiva, como por diferentes leyes promulgadas por el Estado central y las Comunidades Autónomas en

España, y no siempre de forma coincidente respecto a lo que se deba entender por mediación y al papel que deba desempeñar el mediador.

Ello obliga a realizar un esfuerzo para tratar de delimitar tanto el concepto de mediación, y su naturaleza jurídica, como el concepto y función del mediador en relación con otros terceros que también intervienen en la resolución de conflictos, para superar ese concepto inicial, y entender de qué estamos hablando cuando nos referimos a la mediación en el ámbito civil y mercantil. Todo ello implica:

- 1) Examinar los diferentes modelos o escuelas de mediación, puesto que el mismo concepto mediación, como los objetivos y el papel del mediador en la resolución del conflicto, y hasta qué signifique esto, van a depender en buena medida del modelo de mediación que se siga. Y la cuestión que se nos plantea es cuál es el modelo en el que se quiere basar nuestro ordenamiento jurídico, al margen de las técnicas concretas que quiera usar cada mediador, y al margen incluso de opiniones, algunas tan autorizadas como la del propio Consejo General del Poder Judicial¹, lo que requiere examinar la regulación de la mediación por las comunidades autónomas y el Estado central, además de la realizada por la Unión Europea.
- 2) Tratar de formular un concepto de mediación civil y mercantil que sea acorde con nuestro ordenamiento jurídico, si es que eso es posible, dada la pluralidad de órganos legislativos, estatal y autonómicos, que han regulado la mediación, y dado el proceso de introducción de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico y la evolución que ha experimentado a lo largo de ese proceso, y tratar de determinar su naturaleza jurídica, por supuesto en cuanto a la relación de las partes entre sí y con el mediador, pero también en cuanto a la naturaleza del acuerdo que en su caso ponga fin al conflicto, y en cuanto sistema, proceso o cauce para la resolución de conflictos.

¹ El CGPJ, en su Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, afirma, en su protocolo de mediación civil, que «Debe tenerse en cuenta que el éxito de la mediación no debe medirse en términos cuantitativos por número de procedimientos judiciales terminados, sino como mejora de la calidad de vida y relaciones de las personas, de ahí que sea exitosa la mediación no solo cuando se logre un acuerdo definitivo y total, sino también cuando se alcanzan acuerdos parciales, se mejora la relación existente entre las partes o se recomponen las circunstancias favorables para la relación de futuro». Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos/Guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intrajudicial>. (Fecha acceso: 7/11/2015).

Este examen nos debe permitir conocer cómo está configurada la mediación civil y mercantil en nuestro ordenamiento, y no solo hacer una crítica del modelo y forma elegidos para su implantación, que ya se puede anticipar que no ha resultado como se esperaba, sino para hacer propuestas concretas que permitan «reiniciar» la ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles, sin recurrir a la vía tan fácil como errónea de su imposición.

- 3) Delimitar ese concepto de mediación que hayamos podido obtener frente a otros sistemas ADR e instituciones afines, en la medida en que también son formas alternativas de resolución extrajudicial de conflictos en cuanto que no se resuelven por medio de una resolución judicial, aunque no siempre sean excluyentes de la vía judicial, y aunque en algunos casos puedan terminar con una resolución judicial; y particularmente respecto de la conciliación, una figura de la que hay que delimitarla cuidadosamente, dada la confusión que en ocasiones se produce entre ambas instituciones, no solo por algunos autores sino también en algunos textos legislativos.

8°.- Una vez examinada la institución de la mediación, y cómo se ha configurado en nuestro ordenamiento, hay que examinar la figura del mediador, cuya importancia se reconoce por las diferentes leyes e informes que regulan la mediación, presentándolo como el eje o pieza central del proceso de mediación.

Se trata, por supuesto, de dar un concepto de dicha figura, que es esencial para el sistema, pero especialmente de cómo se ha afrontado la imprescindible profesionalización de los mediadores, y la formación que les es exigible a estos profesionales para la práctica de la mediación, como una exigencia ineludible en cuanto que de ello depende, en buena medida, su reconocimiento y aceptación por los profesionales del Derecho y por los ciudadanos, y, por tanto, el mismo futuro de la mediación como la alternativa creíble al recurso a la Administración de Justicia para la resolución de conflictos, sin tratar de suplantarla pero al mismo nivel, en que se pretende que se convierta.

9°.- No tienen menos importancia los principios informadores de la mediación, esencialmente los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, que vienen a conformar la naturaleza jurídica de esta institución, aunque se trate de principios básicos que informan también otras figuras e instituciones de nuestro ordenamiento.

Se trata en realidad de principios esenciales a partir de los que se debe desarrollar la mediación, con lo que ello implica respecto a los derechos, obligaciones y garantías de quienes participan de una u otra forma en este procedimiento de resolución de conflictos, aunque ese carácter esencial no está reñido en algunos casos, al parecer, con cierta flexibilidad en su interpretación. No es casualidad, por ejemplo, que cuando se habla desde determinados sectores de la «paradoja de la mediación en la UE», y de la necesidad de «reiniciar» la Directiva comunitaria sobre mediación, dada la diferencia entre las expectativas del legislador europeo y de las asociaciones pro-mediación, y la realidad de su implantación, y se proponen diferentes medidas para impulsar la mediación, se empiece por redefinir algunos de sus principios informadores.

Habrá que examinar, por tanto, cada uno de esos principios informadores para determinar si se trata de principios esenciales inmutables que definen la institución, o cabe la posibilidad de que sean replanteados o redefinidos, y hasta qué punto, sin que la naturaleza jurídica de la institución de la mediación se vea afectada de forma que quede desnaturalizada, colocándonos ante otra forma de resolución de conflictos. Es por ello que hay que poner especial cuidado en determinar cuáles son las verdaderas características del proceso que vienen determinadas por esos principios rectores, en cuanto constituyen garantías mínimas que pueden convertirse en un factor clave para el fomento y desarrollo de la mediación, y habrá que tener muy clara la funcionalidad de la institución, es decir, para qué sirve y por qué funciona la mediación, si de verdad se aspira a que se convierta en un sistema creíble de resolución de conflicto «alternativo» al judicial, sin que se transforme en otra cosa para conseguir ese objetivo.

El examen comprenderá todos los principios informadores, pero a estos efectos habrá que incidir especialmente tanto en el principio de voluntariedad, dadas las presiones para ir avanzando al menos hacia una voluntariedad mitigada, cuando no a la obligatoriedad de la mediación, como forma de resolver esa «paradoja de la medición», como en el principio de neutralidad, que está relacionado con el modelo de mediación facilitativa acogido por nuestra legislación, que a su vez está relacionado con la formación exigida a los mediadores, para examinar si caben otras opciones sin desnaturalizar la institución. Y también habrá que incidir especialmente en el principio de confidencialidad, porque una inadecuada comprensión y extensión de lo que significa puede terminar por desaconsejar acudir a una mediación, que no garantiza la resolución del conflicto, en cuanto la implicación en el proceso pueda perjudicar el derecho de defensa en el juicio posterior que se interponga para resolverlo y, por tanto, la misma posición negociadora.

Todo este proceso de encuadre de la mediación dentro de los sistemas ADR, de definición de mediación, por sí y a través de la figura del mediador, y de delimitación frente a otras instituciones que pueden aparecer como afines, así como el examen de los principios informadores de la mediación, sin perder nunca de vista la relación con el proceso civil, la vía judicial que es otra forma de resolución pacífica de conflictos, aquí y en EE. UU., y qué han hecho y qué ha ocurrido ya en aquellos países en los que se ha implementado la mediación, se revela como necesario si queremos delimitar conceptualmente qué sea la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, conocer qué cabe esperar a la vista de las propuestas de modificaciones legislativas que no tratan tanto de favorecer la efectiva implantación de la mediación como de imponerla, y hacer propuestas concretas que favorezcan, no tanto la implementación como la aceptación por los operadores jurídicos, especialmente los abogados, de la mediación como un recurso normalizado más, junto con otros ADR y la vía judicial, para la resolución de conflictos.

Y para ello no basta, como hasta ahora se ha pretendido, con la información y difusión entre el colectivo de abogados de las bondades de la mediación, aunque su conocimiento y estudio como profesional sea necesario, como el de todos los sistemas y recursos disponibles para la resolución de conflictos, si no se hacen las modificaciones legales precisas que, sin menoscabo de la defensa de los derechos e intereses que le son encomendados, ni del papel que siguen llamados a desempeñar en la resolución de conflictos, permitan percibir esta institución de la mediación como verdaderamente útil para la defensa de esos derechos e intereses.

**CAPÍTULO I. EL CONFLICTO: CONCEPTO,
CAUSAS, TIPOS DE CONFLICTO Y SUS
SOLUCIONES**

1.- EL CONFLICTO. CONCEPTO.

La palabra «conflicto» es, sin duda, una de las que con más frecuencia podemos escuchar a lo largo de todo el día, todos los días, tanto en el ámbito personal, conyugal, y familiar, como en la comunidad de propietarios, en el colegio el barrio o la ciudad, en el grupo o entre diferentes clases o grupos sociales, en el país, en su frontera, o entre países, y en cualquier forma de organización social. Los conflictos han existido siempre, y constituyen una realidad universal, implícita en la misma existencia de todos los seres vivos, de los que los seres humanos no son una excepción, y consecuencia de una multiplicidad de causas y variables, presentes en todas las épocas y edades.

Pero el conflicto es, además, un «proceso interactivo» que se da en un contexto determinado, y 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 cosas diversas que puede afrontarse con diferentes respuestas, que van desde la negociación con el adversario al uso de la violencia para tratar de destruirlo².

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 CAMPS³, 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

² En este sentido Vid. FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 29-30.

³ 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.

(abogados, jueces, políticos, sociólogos, politólogos, psicólogos, médicos, religiosos, militares, policías, filósofos, etc.) dedica, de forma directa o indirecta, su actividad profesional 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 ello, 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 —psicología, antropología, filosofía, politología, sociología, etc.— desde la que se aborde.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), la palabra conflicto, (del latín *conflictus*, que está formado por el prefijo con-, que implica convergencia, unión, y del participio de *fligere*, es decir, *flictus*, que significa golpe o ataque), tiene los siguientes significados: «1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig. 2. m. Enfrentamiento armado. 3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. 4. m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción. 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. ~ colectivo. 1. m. Der. 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».

Dejando aparte el concepto de conflicto desde el punto de vista psicológico, que se refiere a conflictos intrapersonales, es decir, a aquellos que se producen como consecuencia de la existencia de tendencias o ideas contradictorias dentro de una misma persona, y cuya resolución corresponde a ámbitos de las ciencias humanas (la psicología, la sociología, etc.), ajenos al que aquí nos ocupa, que es la gestión de conflictos, de la definición dada por el DRAE podemos deducir algunos de sus rasgos esenciales, que son definitorios del concepto que nos ocupa, y consisten básicamente en la existencia de un problema, cuestión o materia 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.

Es también posible observar en esa definición del DRAE cómo, en la última revisión, se abandona en cierta forma el concepto tradicional del conflicto⁴, que parte de la idea de que siempre es negativo por lo que comporta de violencia e irracionalidad entre personas o grupos de personas, y, por dicha razón, se trata de algo que hay que tratar de evitar a todo trance, previniendo las causas del mismo o resolviéndolo, para aceptar un enfoque más moderno, explícitamente, al menos, en el ámbito de las relaciones laborales, aunque es extensible a otros ámbitos. Se trata de una nueva visión del conflicto, que lo concibe como un procedimiento natural dentro de las relaciones humanas, que es inevitable y no necesariamente negativo, puesto que su gestión y resolución puede tener efectos positivos generales, en el supuesto contemplado por el DRAE para empresa y trabajadores, pero, por extensión, para todas las relaciones interpersonales e intergrupales. La razón es que, al incentivar la creatividad, la reflexión y la eficiencia en la toma de decisiones, las soluciones alcanzadas y percibidas como un logro de todas las partes en conflicto 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 ello.

Afirma VINYAMATA CAMP⁵, dentro de esta concepción interactiva y positiva del conflicto, que los conflictos son el motor y la expresión de las relaciones entre las personas, y que el problema no es el conflicto, que es un concepto que en sí mismo no debe tener una significación peyorativa, porque puede ser positivo o negativo, sino la gestión que se haga del mismo, al definir el conflicto como una «confrontación de

⁴ Cita GARCIANDÍA GONZÁLEZ los distintos enfoques del conflicto cuando señala que «A pesar de que el fenómeno del conflicto se estudia teniendo en cuenta el sinfín de variables, siguiendo a S. ROBBINS (Comportamiento organizacional, conceptos controversias y aplicaciones, 1994), pueden observarse tres distintos enfoques sobre él: 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». GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *Materiales para la Práctica de la Mediación*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 18.

⁵ VINYAMATA CAMPS, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 19, 27 y 137.

intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes»⁶, 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».

Abundando en esta misma idea afirma REDORTA que no debe de olvidarse que el conflicto tiene aspectos positivos normalmente infravalorados, puesto que puede «producir innovación, cambio, beneficio a corto, medio y largo plazo, la adaptación de la organización al entorno, etc.»⁷, además de otros efectos como, por ejemplo, facilitar la cohesión de un grupo al tener un enemigo común, la satisfacción de necesidades psicológicas, como es el caso de las peleas entre adolescentes, o la necesidad de romper rutinas impuestas o, simplemente, de descargarse emocionalmente. El conflicto es, por tanto, algo natural, consustancial a la naturaleza social del ser humano, ha existido y existirá siempre, y, como señalan CORSON PEREIRA y GUTIÉRREZ SANZ, «podemos concebirlo como un obstáculo o dificultad en un proceso, o más bien como una oportunidad para el crecimiento y el cambio; podemos entenderlo también como una situación patológica donde las personas afectadas no tienen capacidad de decisión ni de resolución, o como una situación que puede ser resuelta por sus protagonistas»⁸. Por dicha razón si quien va a afrontar el conflicto 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 y solucionarlo, e incluso sacar partido.

Una visión más amplia del concepto, y de las causas que los originan, por el contrario, nos da también una perspectiva más amplia del problema, de todas las posibilidades que existen para gestionar el conflicto, y de sus posibles soluciones.

⁶ En el mismo sentido CONFORTI lo define, citando a ENTELMAN, 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». CONFORTI, F. *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 57.

⁷ REDORTA, J., *Gestión de conflictos. Lo que necesita saber*, UOC, Barcelona, 2011, p. 23.

⁸ CORSON PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014, p. 10.

2.- CAUSAS Y TIPOS DE CONFLICTO.

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 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 intereses o necesidades opuestos, o existe el temor, fundado o no, a que la satisfacción de esos intereses o necesidades se vean afectados por los de otra u otras personas u otros grupos, y no se percibe como posible la colaboración entre ellas, aparecerán los desacuerdos y, por tanto, los conflictos. Como señala BERNAL SAMPER, «Allí donde estén dos o más personas en interacción pueden producirse discrepancias que dan lugar a un conflicto, generando tensiones y enfrentamientos que aumentan en función de la duración del mismo, destruyendo o deteriorando las relaciones, y provocando luchas interminables»⁹.

También hay que destacar el papel que las emociones y la motivación tienen en los conflictos, y la necesidad de comprenderlas para así estar en disposición de comprender todos los aspectos del conflicto, y poder gestionarlo. Dice a este respecto REDORTA¹⁰ que las emociones juegan un papel fundamental en la vida, porque nos dan información sobre lo que es relevante para cada uno, y esa es la razón de que la reacción emocional de cada persona pueda ser distinta ante un mismo hecho, y por eso, afirma, «comprender la complejidad de la vida emocional y aprender a gestionar adecuadamente los estados emocionales es una labor que compete a la práctica social, pero sobre todo al gestor de cualquier clase de conflictos». En el mismo sentido, pero aplicado al concreto ámbito de la negociación, afirman FISHER y SAPHIRO que no sentir emociones es imposible, hacer caso omiso de las mismas no funciona, puesto que afectan al cuerpo, y

⁹ BERNAL SAMPER, T., «Conflicto y mediación», en *Medios Alternativos de Resolución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, N°11 (2007), pp. 111-122.

¹⁰ REDORTA LORENTE, J., «La comprensión del conflicto», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M.E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 427-430.

a la forma de pensar y de comportarse, y afrontarlas directamente, en lugar de concentrarse en la 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 existir¹¹. Y otro tanto sucede con las motivaciones, como puede ser el poder, el reconocimiento, etc., 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, si son muchas y muy variadas las definiciones de conflicto, también los son las clasificaciones y tipologías a que ha dado lugar su estudio, en buena medida tributarias, cada una de ellas, de la perspectiva y/o de la disciplina desde la que se aborda su estudio.

A este respecto podemos distinguir, como hace MOORE¹² —teniendo en cuenta siempre, como previene el mismo autor, que «los conflictos no aparecen en paquetes bien estructurados con sus causas e ingredientes rotulados [y] las causas a menudos están oscurecidas y desdibujadas por la dinámica de la interacción»—, entre: 1) conflictos sobre los datos, cuyas causas pueden ser la carencia de información, o que ésta sea defectuosa, las opiniones diferentes acerca de lo que es relevante, y las diferentes interpretaciones o los diferentes procedimientos de valoración de esos datos; 2) los conflictos de intereses, es decir, aquellos que tienen su causa en una situación de competencia (percibida o real), o en la existencia de intereses sustantivos, procedimentales o psicológicos en conflicto; 3) los conflictos estructurales, cuyas causas pueden ser pautas de comportamiento o interacción destructivos, 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) los conflictos de valores, que tiene su causa en diferencias de criterio al evaluar las ideas o los comportamientos, la existencia de metas intrínsecamente excluyentes, o las diferencias en los modos de vida, de ideología y de religión; y 5) los conflictos de relaciones, que tienen su causa en la presencia de emociones intensas, percepciones erróneas o estereotipadas, la comunicación mediocre, o el error en la comunicación, y el comportamiento negativo repetitivo.

¹¹ 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, pp. 30-34.

¹² MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Buenos Aires, 1995, pp. 62-63.

Más exhaustiva es la clasificación elaborada por REDORTA¹³ 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 en el mismo; es lo que denomina *CONFLICT ANALYSIS TIPOLOGY* (CAT), que concibe como una herramienta de clasificación de los distintos tipos «cuasi puros» posibles de conflicto, cuya base es la reiteración de tipos de conflictos que se convierten en típicos, lo que permite extrapolar y anticipar en cada caso el posible comportamiento y evolución de un conflicto y, a partir de la obtención de ese patrón o patrones dominantes, enfocar la intervención, al poder determinar el nivel de percepción común que tienen las partes en conflicto sobre el mismo.

Como apunta el mismo autor, en relación con los sistemas de mediación en línea (*on line*), se trata de «una nueva vía para efectuar un mapa del conflicto a partir de los patrones dominantes. Elimina los problemas que produce la casualidad y por repetición y diferencia permite establecer prototipos de conflictos, cuyo tratamiento posterior puede ser estandarizado. Esto supondrá nuevos desarrollos basados tanto en inteligencia artificial como en sicología cognitiva y otras ramas de la ciencia»¹⁴.

En definitiva, afirma el citado autor, siempre que disputamos lo hacemos por alguna o algunas de las siguientes dieciséis razones: 1) de autoestima, porque nuestro orgullo personal se siente herido; 2) de valores, porque están en juego nuestros valores o creencias fundamentales; 3) de identidad, porque el problema afecta a nuestra forma de ser íntima; 4) de información, es decir, por algo que se dijo, o no se dijo, o que se entendió de forma distinta; 5) por razón de expectativas, porque no se cumplió o se defraudó lo que uno esperaba del otro; 6) de inadaptación, porque cambiar las cosas nos produce tensión; 7) de atribución, porque el otro no asume su responsabilidad o culpa en la situación planteada; 8) de inhibición, porque claramente le corresponde al otro poner la solución; 9) por razón de poder, porque alguno de nosotros quiere mandar, dirigir o controlar más a otro; 10) de normas (normativos), porque se incumple una norma legal o social; 11) de incompatibilidad personal persistente, porque no nos entendemos como personas habitualmente; 12) de legitimación, porque el otro no está de alguna manera autorizado a actuar como lo hace, lo ha hecho, o pretende hacerlo; 13) por razón de

¹³ REDORTA LORENTE, J., *Gestión de conflictos...*, *op. cit.* pp. 43 y ss.

¹⁴ REDORTA LORENTE, J. «Análisis de conflictos por patrones: la nueva herramienta CAT», *Democracia digital e gobierno electrónico, Vol.1 n°10 Special Issue on Legal XML and Online Dispute Resolution (ODR)* Universidad Federal de Santa Catarina, 2014, p. 322.

recursos escasos, porque algo de lo que hay no es suficiente para todos; 14) estructurales, cuando disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, esfuerzo importante de muchos, o medios más allá de nuestras posibilidades personales; 15) de intereses, porque mis deseos o intereses son abiertamente contrapuestos a los de otro; y 16) de inequidad, cuando disputamos porque la acción o conducta del otro u otros las sentimos enormemente injustas.

Más allá de la utilidad que pueda tener esta herramienta para la gestión y resolución de conflictos, y por variada que pueda ser la tipología de los mismos que se nos pone de manifiesto, podemos afirmar que cualquier conflicto, en definitiva, se produce como consecuencia de una confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, en la que cada una de ellas tratará de buscar la solución que mejor se adecue a sus intereses, que estarán relacionados siempre con alguno o algunos de estos factores: los recursos, el poder, la identidad, y/o los valores¹⁵.

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.

¹⁵ Señala FISAS ARMENGOL que el estudio de los conflictos supone, entre otros aspectos, abordar sus raíces más profundas, su evolución, vinculaciones, actores y posibilidades de transformación o regulación, teniendo en cuenta que las variables son siempre muy numerosas, y que cada caso tiene especificidades propias, sin que ello sea un obstáculo para conocer dinámicas muy generalizadas que, en consecuencia, pueden preverse y, en consecuencia, evitarse en más de una ocasión, como son la «escalada», en la que juegan un papel importante las frustraciones, polarizaciones crecientes, las malas percepciones, la incomunicación, o las patologías de los dirigentes, y como son los «factores de aceleración», como la propaganda desinformadora, los rumores, o el abuso de la retórica de guerra, que multiplican la inseguridad, temor u hostilidad de los actores y refuerzan su inclinación a usar la fuerza. Señala además que un conflicto hay que identificarlo en relación a cinco aspectos 1) los actores principales, identificando a las partes y sus interrelaciones, que pueden variar a lo largo del conflicto; 2) los litigios, que pueden venir por una diferente definición de la situación, por existir un conflicto de intereses (el reparto de recursos escasos, poder, economía, prestigio, legitimidad, privilegios, sucesión, cultura, etc.), por un desacuerdo sobre objetivos y medios, litigios sobre los valores, sobre la identidad colectiva que se siente amenazada, y litigios irracionales sin causa justificable, en los que prevalece el odio y la venganza. Y en relación con ello hay que tener en cuenta otros aspectos como son el número de litigios, la simetría o asimetría de estos (la asimetría dificulta alcanzar acuerdos mediante negociación, y el más débil puede querer legitimarse mediante la violencia), y la escalada del litigio, que no solo se debe a medios o estrategias, sino que hay partes que es que precisan el litigio para sobre vivir. 3) Las estructuras de oportunidad, que se refieren a las relaciones de poder de las partes enfrentadas y a los factores del entorno favorables o desfavorables al uso de la violencia armada. 4) Liderazgo y estrategia en relación con la interacción de los representantes ante sus representados y de él frente al oponente. 5) Dinámica del conflicto. Después de que se ha sobrepasado el nivel de violencia los esfuerzos deben concentrarse en la pacificación (*peace-making*) y el mantenimiento de la paz (*peace-keeping*). FISAS ARMENGOL, V., *op. cit.*, pp. 30-32.

En el primero se produce una escalada del conflicto, en el que se entra en un círculo vicioso de acción reacción, que adopta la forma de una escalera que en muchos casos conlleva una ampliación del conflicto, que pudo empezar por un problema más o menos concreto, pero al 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 problema¹⁶. Se producen entonces fenómenos como la desinhibición de la agresión, que va creciendo en gravedad, las imágenes especulares (atribución de cualidades positivas a sí mismo, y las correlativas negativas al contrario), las profecías auto cumplidas, 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 solución, 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 acabe con 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 forma positiva, lo que no necesariamente implicará su resolución, al menos en el sentido estricto del término, porque, en determinados supuestos, 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, y es la perspectiva que ahora nos interesa, que exista una solución al conflicto. De cómo es posible hacerlo nos ocupamos a continuación.

¹⁶ En este sentido CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 26.

3.- GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

3.1.- INTRODUCCIÓN.

Conviene, para empezar, aclarar dos conceptos, por un lado el de *resolución de conflictos*, o *conflictología*, que es la ciencia que, desde un punto de vista abierto y multidisciplinar, porque recoge innumerables sistemas de conocimiento, disciplinas y tecnologías —historia, medicina, psicología, sociología, politología, polemología, antropología, etc.—, se dedica al estudio del conflicto desde un punto de vista interdisciplinario y transversal, y por otro lado el de gestión de conflictos (*conflict management*), que se revela como el área de conocimientos donde pueden aplicarse los recursos que se estudian en esa ciencia, por lo que, como señala REDORTA, de alguna manera «en la conflictología se agruparía todo el saber teórico y en la gestión de conflictos el saber más práctico orientado a la intervención y a resolver el caso concreto»¹⁷.

Refiriéndonos a este aspecto concreto, el de la gestión para la intervención y resolución de un conflicto concreto, hasta hace relativamente poco se entendía de una forma muy restrictiva, entendiéndose como tales solo aquellos métodos de intervención de un tercero que tenían como objeto frenar aquellos conflictos que podían derivar en violencia. Se trata, en principio, de un primer paso lógico, porque la reducción de la tensión y la pacificación son el primer paso en la resolución de un conflicto, y además dicha tarea es imprescindible, no solo para evitar un proceso de escalada y la violencia en que puede degenerar, sino para permitir la recuperación de las facultades de las partes en conflicto; 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 autores, como VINYAMATA CAMPS¹⁸, que señalan que hay que distinguir como mínimos 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; y la otra forma o método,

¹⁷ REDORTA, J., *Gestión de conflictos. Lo que necesita saber*, UOC, Barcelona, 2011. p. 22.

¹⁸ VINYAMATA CAMPS, E., *Manual... op. cit.* pp. 24-25, y 144.

que es la que le parece más rigurosa y efectiva, 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»¹⁹.

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 los sujetos en conflicto, sea individual o colectivo, o ambos, resuelve o intenta resolver el conflicto existente con el otro mediante su acción directa²⁰, imponiendo su decisión a la otra parte, lo que generalmente va acompañado del sacrificio del interés contrario al propio, en lugar 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 mismo.

Como señala ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, producido un litigio o conflicto, es posible que se resuelva por la actividad de las propias partes en conflicto, que sería una solución «parcial», o mediante la decisión imperativa de un tercero, que sería una solución «imparcial», pudiendo la primera revestir dos formas, según implicara el sacrificio del propio interés (que a su vez puede ser unilateral —allanamiento, desistimiento, del atacado o atacante respectivamente—, o bilateral —transacción, o duelo—), en cuyo caso estamos en el ámbito de la autocomposición, o el sacrificio del

¹⁹ Se trata de una distinción que parte de la forma de abordar el conflicto por las partes, (si se busca la resolución de la causa, o la imposición de una solución) distinta de la señalada por otros autores (GUASP) que lo abordan desde el punto de vista de la intervención o no de un tercero, al margen del papel que desempeñe en la resolución del conflicto, y al distinguir entre mecanismos de autocomposición y de heterocomposición de conflictos señalan que los primeros serían aquellas decisiones voluntarias a través de las cuales los propios interesados resuelven sus controversias (renuncia, desistimiento, transacción, allanamiento, entre otras formas que extinguen el problema), mientras que entre los segundos supondrían que las partes no son capaces de resolver el conflicto por sí mismas y necesitan acudir a un tercero (buenos oficios, conciliación, mediación, y arbitraje). 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. M. S. VELARDE ARAMAYO), Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 16.

²⁰ 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.

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.

Pues bien, tras referirse este autor a diferentes formas de autodefensa que a su juicio perviven en el ámbito civil, penal, administrativo, laboral, etc., afirma que lo que distingue a la autodefensa no es ni la existencia previa de un ataque, que no siempre existe, ni la existencia o no de un determinado procedimiento, que en ocasiones existe y podría ser igual al judicial, sino la concurrencia de dos notas: a) la ausencia de un juez distinto de las propias partes, y b) la imposición de la decisión por una de las partes a la otra. Esta es la razón por la que, tras señalar que el proceso, la autocomposición y la autodefensa se nos presentan como las tres formas posibles con las que se puede 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 merecedores 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»²¹.

Superada la autotutela, con muy contadas excepciones, de las que es posible encontrar manifestaciones reguladas por nuestro Derecho²², como forma de resolución de conflictos en las sociedades modernas, cuando surge un conflicto entre particulares, se

²¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Edit. UNAM, 2ª Edición, 1970, pp. 12-15.

²² Manifestaciones que perviven en nuestro Derecho del ejercicio de la auto tutela, o autodefensa son, en el ámbito del derecho civil, el derecho a cortar las raíces de los árboles vecinos que se extienden sobre el fundo propio (artículo 392 CC), la defensa posesoria frente a los intentos de usurpación (artículo 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 (artículo 453 CC); el usufructuario para asegurarse el cobro de los desembolsos que deben serle reintegrados por el nudo propietario al extinguirse el usufructo (artículo 522 CC); el que ha ejecutado una obra en cosa mueble hasta que se le pague (artículo 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 (artículo 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 (artículo 1780 CC); y el acreedor pignoraticio, sobre la cosa dada en prenda, hasta que se le pague el crédito garantizado con la prenda (artículo 1866 CC). En el ámbito del derecho penal cabe referirse a la legítima defensa, reconocida como eximente de responsabilidad penal, en el artículo 20. 4º CP, para el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos de agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del defensor.

venía entendiendo que pueden estos 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»²³.

Entendía por tanto, OGAYAR AYLLON, como métodos heterocompositivos, todos aquellos en los que interviniera un tercero, al margen de cuál fuera su intervención, bien fuera la mediación o buenos oficios, en el que un tercero acude espontáneamente, como manifestación de solidaridad social, para intentar resolver el conflicto, o el tercero interviene de forma provocada por las partes, bien realizando sugerencias que las partes eran libres de aceptar o no, en cuyo caso se estaba en el campo de la conciliación, bien dictaminando una resolución que previamente las partes en conflicto se habían comprometido a aceptar, en cuyo caso estábamos ante un arbitraje²⁴.

Actualmente, cuando se distingue entre sistemas autocompositivos, que pueden ser con o sin la intervención de un tercero²⁵, o heterocompositivos en la resolución de conflictos, se atiende, no tanto a la intervención o no de un tercero, como al papel decisor que pueda tener ese tercero en dicha resolución.

Así, entre los métodos heterocompositivos, que son considerados como metodologías que intentan resolver el conflicto acabando con sus síntomas o manifestaciones, no con la causa que los origina, se consideran incluidos todos aquellos en los que un tercero ajeno a las partes en conflicto es quien lo resuelve y, en determinados casos, ejecuta la resolución. Entre ellos está la resolución del conflicto mediante el recurso a los tribunales de justicia como depositarios del poder judicial del Estado para garantizar

²³ 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. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1982, comentario al artículo 2.

²⁴ OGAYAR AYLLON, T. *op. cit.*, comentario al artículo 2.

²⁵ CUCARELLA GALIANA distingue 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*, núm. 26, Iustel, Madrid. 2012.

el cumplimiento de las leyes²⁶, 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 cual 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 estaría 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 puede ejercer por ese tercero o por una parte sobre otra, podemos distinguir entre:

Evitación del conflicto	Negociación	Decisión administrativa	Acción judicial	Autotutela
Discusión informal y solución del problema	Mediación Conciliación	Arbitraje	Decisión judicial	
Toma de decisión por las partes, con o sin la ayuda de un tercero (hombres buenos, mediador, conciliador, otros)		Toma de decisión por un tercero.	Toma de decisión coercitiva, legal o extralegal.	

→

Aumento del grado de coerción y de las probabilidades de ganar-ganar a perder-ganar.

²⁶ 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.

3.2.- SISTEMAS ALTERNATIVOS DE GESTIÓN DE CONFLICTO: LOS ADR.

La gestión de conflictos se incardina en lo que se ha llamado modalidades alternativas de solución conflictos o controversias (*Alternative Dispute Resolution*, o ADR, por sus siglas en inglés²⁷), que es una denominación otorgada desde el derecho al conjunto de medios 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 propio conflicto, y que por tanto son ellas las que deben decidir la forma de 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 dada la naturaleza del conflicto.

La posibilidad del recurso a unos 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 privadas.

Así, la ONU recoge en el apartado 1 del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, dentro del Capítulo VI dedicado al arreglo pacífico de controversias, algunas figuras típicas de resolución de conflictos para evitar el recurso a la violencia como forma de autotutela o autodefensa, señalando que «las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a

²⁷ Afirma OTEIZA, que el uso del acrónimo, de origen anglosajón, ADR ha sido tomado de los Estados Unidos de Norteamérica, y tiene su origen, según la tradición norteamericana, en la conferencia pronunciada por Roscoe Pound en 1906, en la convención anual de la *American Bar Association* sobre las causas de la insatisfacción con la Administración de Justicia. Frente a dicho acrónimo en América latina se alude a ellos como: 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. Accesible en https://www.academia.edu/12154319/Punto_de_vista_MARC_ADR_y_diversidad_de_culturas_El_ejemplo_latinoamericano (fecha de acceso: 10/12/2015).

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 las Naciones Unidas (Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales)²⁸, 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*)²⁹.

Tendremos ocasión de tratar más extensamente el desarrollo que ha tenido el recurso a los sistemas ADR en la resolución de conflictos en los EE. UU., pero es posible anticipar que ha sido como consecuencia de la concurrencia de diversos factores entre los que destacaremos, esencialmente, las características propias de su sistema procesal, y el impulso institucional a través de sucesivas reformas de las normas federales de procedimiento civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) con el fin de impulsar el recurso a los sistemas ADR, incluida la *Civil Justice Reform Act* de 1990 que los implementó en los Tribunales Federales de Distrito. Son reformas que han dado lugar al surgimiento de la figura del juez gestor (*managerial judge*), que reemplaza y toma el puesto del juez tradicional (no sin críticas de buena parte de la doctrina³⁰), que hay que poner en relación con el concepto de juzgados «multi-puertas» (*multi-door Courthouse*), en el que los jueces adoptan un papel de organización y gestión activa del caso concreto (*case management*) y del desarrollo del proceso, orientado fundamentalmente a su terminación temprana sin necesidad de celebrar juicio y dictar sentencia.

²⁸ Disponible en: <http://www.dipublico.org/4042/resolucion-3710-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-declaracion-de-manila-sobre-el-arreglo-pacifico-de-controversias-internacionales/> (fecha de acceso: 04/11/2016).

²⁹ MULLERAT BALMAÑA, R.M., «La justicia alternativa («Alternative Dispute Resolution») en los Estados Unidos de Norteamérica», en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº3, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 45-73.

³⁰ MILLER, critica algunos aspectos del proceso de reforma que ha llevado a una transformación tal que le lleva a preguntarse para qué existen los tribunales. MILLER, A. R., «Simplified Pleading, Meaningful Days In Court, And Trials On The Merits: Reflections on the deformation of Federal Procedure», en *New York University Law Review*, Vol 88-286, April 2013, Edit. New York University School of Law, New York, 2013, pp. 287-371.

Lo más relevante es que se trata de un proceso al que los propios abogados han colaborado, muy probablemente no tanto como consecuencia de una «cultura de la paz»³¹ de la que estén especialmente imbuidos los abogados norteamericanos, y las partes en conflicto a quienes defienden, como por razón de algunas de las características propias del proceso judicial norteamericano que tendremos que abordar, de forma que la *American Bar Association* (ABA)³², en un informe de 1989 sobre las técnicas ADR³³, ya indicaba que se trataba de una vía muy prometedora para la resolución de conflictos, si bien prevenía frente a peligros potenciales que no debían ser ignorados, al señalar que:

«Las prometedoras evaluaciones e investigaciones demuestran que la ADR está aquí para quedarse, pero los peligros potenciales no pueden ser ignorados.

³¹ 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, que 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». Estando de acuerdo en tales principios (en realidad ¡quién podría estar en contra!) y con la existencia de diversas formas de resolver un conflicto, no solo no me parece acertado, sino que me parece una grave equivocación oponer la «cultura de la paz» a la resolución de un conflicto por un juez medio de una sentencia sobre el fondo, que resuelva las cuestiones de hecho planteadas por las partes y aplique el Derecho, esto es, las leyes que la sociedad se ha otorgado, y ello sin perjuicio de que, al margen de la *auctoritas* que pueda tener la resolución judicial, la misma aparezca respaldada por la fuerza del Estado que monopoliza la fuerza.

³² 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: 12/11/2016).

³³ «The promising evaluations and research demonstrate that ADR is here to stay, yet the potential dangers cannot be ignored. The ABA needs to assure that ADR techniques be carefully crafted and studied by legislators, the bench and the bar so that (1) litigants' Due Process, Equal Protection and other Constitutional rights are fully protected; (2) adjudicators' decisional independence and neutrality are assured; (3) conflicts of interest are scrupulously avoided; (4) openness and accountability of ADR proceedings are guaranteed; (5) ADR is an option for litigants to choose freely; and (6) use of ADR techniques does not force litigants into making uninformed decisions adversely affecting their Constitutional and legal rights and remedies. It is vital that the ABA go on record to continue to provide the leadership role in promoting ADR as well as safeguarding these Constitutional and legal rights and remedies. ADR presents the nation's lawyers and judges with new roles to fill and new resolution techniques to understand and use. The American Bar Association's continued involvement and leadership is needed to serve the professional needs of its members and uphold its public service responsibilities». Disponible en URL: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/1989_am_114.authcheckdam.pdf (Fecha de acceso: 12/11/2016).

La ABA debe asegurar que las técnicas de ADR son cuidadosamente elaboradas y estudiadas por los legisladores, el tribunal y la magistratura para que (1) el debido proceso de los litigantes, la igualdad de protección y otros derechos constitucionales están plenamente protegidos; (2) la independencia en la toma de decisiones y la neutralidad de los árbitros y mediadores están aseguradas; (3) los conflictos de intereses son escrupulosamente evitados; (4) la transparencia y la rendición de cuentas de los procedimientos de ADR están garantizados; (5) que la ADR es una opción que los litigantes pueden elegir libremente; y (6) el uso de técnicas de ADR no obliga a los litigantes a tomar decisiones desinformadas que afecten negativamente sus derechos y soluciones constitucionales y legales».

En todo caso hay que señalar que, aunque las técnicas o mecanismos ADR son muy variados y numerosos, se pueden definir con carácter general, como hace GOLDBERG, como «todos aquellos procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del aparato judicial, de forma pacífica y legal, y reservando un papel preponderante a las partes en el conflicto»³⁴.

Esta definición no sería exacta, porque no siempre se utilizan con independencia o al margen del aparato judicial, y, de hecho, aunque en un principio los sistemas ADR se entendían de una forma más restrictiva, a partir de los años 80 se produce un cambio de concepción de este movimiento en cuanto que «la nota esencial que le había caracterizado —la voluntad— 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 los sectores puramente privados, se han incorporado a las instituciones públicas, a los mismos tribunales, como parte integrante del sistema»³⁵.

³⁴ GOLDBERG, G.S. *Dispute Resolution*, Boston, 1985, citado por PUJADAS TORTOSA, V., «Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003, p.74.

³⁵ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 52-53.

Es decir, ni siquiera se podría afirmar que, como rasgo definitorio, los métodos ADR están al margen del proceso judicial, porque, de hecho, en no pocas ocasiones van a aparecer inscritos en el mismo, aunque sí aparecerían al margen o 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 judicial.

Tendremos la oportunidad de comprobarlo a continuación, al referirnos a la aparición y evolución de los ADR en EE. UU., y examinar algunos de estos métodos.

3.2.1.- Origen y desarrollo de los ADR en EE. UU.

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*, que 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 el Derecho no daba respuesta a los intereses y necesidades sociales. La repercusión de su pensamiento fue la que dio lugar a la celebración de dicha Conferencia, en la cual participó Frank Sander, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, propugnando la existencia de otros medios de resolución de conflictos alternativos al judicial.

Sin embargo, los antecedentes de este movimiento hay que encontrarlo 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 son 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 violencia.

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 ésta 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 por parte 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*—. la *Federal Mediation and Conciliation Service*, que sustituye a la *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 GÓMEZ³⁶, «se construyó una presencia omnicomprendiva de agencias mediadoras de conflictos laborales en el marco de las negociaciones colectivas. Agencias que además estaban formadas por un conjunto 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.».

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 resolver el conflicto, 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 pensamiento³⁷, llevaron a la extensión de la

³⁶ MACHO GÓMEZ, C. «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa», en *Anuario de Derecho Civil Núm. LVII-III*, Ministerio de Justicia, BOE, julio 2014, pp. 931-996.

³⁷ 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

mediación al ámbito familiar, en el que los procesos de divorcio se habían multiplicado como consecuencia de la aprobación del divorcio no culpable en sucesivos Estados de la Unión a partir de finales de los 60.

4º.- Es en abril de 1976 cuando 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, lo que 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 de esos concretos conflictos, 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 la citada conferencia comenzaron a materializarse e implementarse, tanto por el Departamento de Justicia y otras instituciones públicas del país, pese a que no faltaron críticas a este movimiento³⁸, como por la *American Bar*

pretensión de describir y explicar el Derecho en términos sociales, preocupado por la práctica real del Derecho, el funcionamiento real de los tribunales, y por el impacto que el proceso judicial tenía en el mantenimiento de relaciones, lo que le llevó al estudio y defensa de la mediación.

³⁸ Así lo destaca OTEIZA, *op. cit.* p. 11, con cita de FISS, O. *Against Settlement*, en *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».

En el mismo sentido, citado por MACHO GÓMEZ como representante del movimiento *Critica Legal Studies*, RICHARD ABEL., «The Contradictions of Informal Justice», en R. Abel, *The politics of informal justice*, Vol. I, New York, 1982, pp. 267 a 320, y también, J. Auerbach, en us bra *Justice without Law?*

Association, 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 se instauraron en las Universidades programas de formación específica en sistemas ADR, destacando especialmente la Universidad de Harvard, que edita una revista especializada en estos temas (*Harvard Negotiation Law Review*), y, como señalan VELARDE ARAMAYO y SASTRE IBARRECHE, «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, International 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. En definitiva, la Universidad se constituye en un importante foco de expansión intelectual destinado a incentivar la investigación y análisis de aquellas relaciones existentes, por una parte entre las normas e instituciones jurídicas, y por otra, entre la negociación y los mecanismos ADR»³⁹.

Un vistazo a las empresas (Coca Cola, Google, American Express, etc.), e instituciones (Departamento de Defensa de los Estados Unidos, Departamento de Policía de Los Ángeles, la policía nigeriana, etc.), participantes, por ejemplo, en uno de sus últimos programas de negociación (*Program on Negotiation*⁴⁰) de la Universidad de Harvard, demuestra la estrecha y necesaria implicación e interrelación entre Universidad, sociedad, y profesionales del Derecho para el éxito de estos programas, además de las

(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.

³⁹ VELARDE ARAMAYO, M. S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* p. 20.

⁴⁰ Disponible en <http://www.pon.harvard.edu/courses-and-training/3-day/special-three-day-combined-program> (fecha de acceso: 14/03/2017).

reformas legislativas imprescindibles para que tengan el marco adecuado para su desarrollo e implementación.

Son reformas legislativas federales e iniciativas que, desde el ejecutivo estadounidense, terminan de consolidar el recurso generalizado a los ADR, la *Administrative Dispute Resolution Act*, de 15 de noviembre de 1990⁴¹, que autorizaba el uso de las ADR para las disputas administrativas; la *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre de 1990⁴², que dentro de un ambicioso plan para la reducción de costes y retrasos en la justicia civil (que incluía la ampliación de recursos materiales y humanos, incluida la creación de más tribunales federales) implementaba las ADR en los Tribunales Federales de Distrito; la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996⁴³, que propugna que las Agencias estatales asuman el liderazgo en el desarrollo y aplicación de técnicas ADR; la *Presidential Executive Order on Civil Justice Reform* de 5 de febrero de 1996⁴⁴, que quiere facilitar el acceso de todos a la Justicia y mejorar la eficiencia de los tribunales a través de estos sistemas alternativos; y, por último, la *Alternative Dispute Resolution Act*, de 30 de octubre de 1998⁴⁵, que daba un paso más al obligar a esos tribunales a tener un programa de ADR y a ofertarlo a las partes litigantes.

En esta misma línea, por ejemplo, el Memorandum⁴⁶ de 1 de mayo de 1998, dirigido a directores de departamento ejecutivos y agencias estatales para promover el

⁴¹ Disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-104/pdf/STATUTE-104-Pg2736.pdf> (Fecha de acceso: 05/11/2016).

⁴² Disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-104/pdf/STATUTE-104-Pg5089.pdf> (fecha de acceso:10/12/2016).

⁴³ Disponible en: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf> (Fecha de acceso: 05/11/2016).

⁴⁴ Según el preámbulo de la misma, quiere promover las ADR con el objetivo de «to improve access to justice for all persons who wish to avail themselves of court and administrative adjudicatory tribunals to resolve disputes, to facilitate the just and efficient resolution of civil claims involving the United States Government, to encourage the filing of only meritorious civil claims, to improve legislative and regulatory drafting to reduce needless litigation, to promote fair and prompt adjudication before administrative tribunals, and to provide a model for similar reforms of litigation practices in the private sector and in various status... ». Disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1996-02-07/pdf/96-2755.pdf> (fecha de acceso 05/11/2016).

⁴⁵ Disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ315/pdf/PLAW-105publ315.pdf> (fecha de acceso 05/11/2016).

⁴⁶ Disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/olp/docs/1998.05.01CLINTON.pdf> (fecha de acceso: 05/11/2016).

uso de los ADR, 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 electrónica⁴⁷ se recogen los siguientes procedimientos ADR:

- *Arbitration* - Arbitraje. Proceso de resolución de conflictos mediante el cual 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 de un árbitro es generalmente vinculante y no revisable, salvo en caso de fraude o mala conducta por parte del árbitro. A los árbitros se les pide a menudo que intenten mediar una solución en primer lugar, e imponer una decisión sobre las partes sólo como último recurso. Este proceso híbrido se conoce frecuentemente como «Med-Arb»⁴⁸.

- *Conciliation* – Conciliación. Proceso que está caracterizado por los esfuerzos de un tercero neutral para ayudar en la resolución de un asunto en controversia, incluyendo la celebración de reuniones con las partes individuales para discutir la controversia y sus posibles soluciones, los contactos con las partes individuales por teléfono o por correo, sirviendo como conducto para la información entre ellos.

- *Early Neutral Evaluation* – Evaluación neutral temprana. Proceso en el que un tercero neutral (abogado, juez retirado, árbitro, etc.) da a las partes su

⁴⁷ Disponible en: www.adr.gov (fecha de acceso 06/11/2016).

⁴⁸ El procedimiento de Mediación-Arbitraje (*Med-Arb*), que en ocasiones se propone que se asuma contractualmente mediante la inserción de una cláusula, 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. Por un lado como ventaja se dice que las partes conservan el control del proceso durante la mediación, y pueden estar fuertemente motivadas para no perderlo teniendo que ir a arbitraje como consecuencia del fracaso de la mediación, pero 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 lado, y no menos importante, los problemas que suscita el mantenimiento del principio de confidencialidad, por los diferentes códigos éticos que rigen la mediación y el arbitraje, u 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, nº5 mayo 2009. THOMSON, C., FINN, A., «Mediation-Arbitration a contentious but often effective compromise», *The Lawyer Weekley*, Septiembre 15, 2006.

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* - Determinación de hechos. Proceso en el que un tercero neutral (un perito en la materia de que se trate, arquitecto, ingeniero, médico, diseñador, 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 un prelude a la mediación.

- *Mediation* – Mediación. 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 busca ayudar a las partes en la formulación de una solución mutuamente satisfactoria a la cuestión en controversia. La mediación puede adoptar dos formas: 1) mediación facilitadora, en la cual el mediador facilita simplemente las discusiones entre o entre las partes y no proporciona ninguna forma de evaluación de los méritos de sus respectivas posiciones; y 2) la mediación evaluativa, en la cual el mediador proporciona 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* - Mini-juicio. Procedimiento en el que las partes hacen presentaciones abreviadas a un tercero neutral que se sienta con los representantes principales designados de las partes para escuchar y evaluar las pruebas relacionadas con un tema en controversia. El tercero neutral puede después reunirse con los representantes principales de las partes para intentar mediar y conseguir que haya un 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.

- *Ombudsman* – Defensor. Persona que sirve como canal de comunicaciones, y para el manejo de quejas y resolución de disputas. El papel de los

«ombudsman» pretendía ser un antídoto contra los abusos de la autoridad y la administración gubernamentales y burocráticas, y los «ombudsman» pueden servir como interventores eficaces en casos de toma arbitraria de decisiones⁴⁹.

- *Summary Trial With Binding Decision* - Juicio Sumario con Decisión Vinculante. Se trata de un procedimiento ADR vinculante, utilizado por las Juntas de Apelaciones de Contratos, en el cual las partes hacen presentaciones de abreviadas de pruebas relacionadas con un asunto en 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 autores que la excluyan, como otros autores excluyen el arbitraje, y otras variantes de los métodos ADR que

⁴⁹ Es un sistema que se ha implantado de forma generalizada para la protección de los consumidores financieros, como consecuencia de la complejidad y tecnicidad propia del sector financiero, además de que en muchas ocasiones los intereses (económicamente escasos) implicados desaconsejan el recurso a los tribunales, abogándose por el recurso a los ADR, y en particular al defensor del cliente, implantado por primera vez en el Reino Unido en 1986 (*Financial Ombudsman Service*), y en 1987 en España, al crearse el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, cuyas funciones han sido asumidas desde mediados de 2013 por el actual Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, que lleva a cabo una función de recepción, tramitación y resolución de todas las quejas y reclamaciones presentadas por los clientes de las entidades bancarias supervisadas relativas a la adecuación de las actuaciones a las buenas prácticas y usos bancarios. 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°18/2016, pp. 128-134.

La diferencias entre los países anglosajones y España es esencial, y es que mientras que 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 de esa malas prácticas y usos. En este sentido: LÓPEZ-JURADO PUIG, F.J. «La litigiosidad del cliente bancario», en *La sociedad litigiosa*, (Dir. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI), *Cuadernos de Derecho Judicial*, n°13 -2007, CGPJ 2008, pp. 221-241.

pueden considerarse primarios (negociación, mediación, conciliación y arbitraje), como las que, sin propósito exhaustivo⁵⁰, 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* - Oyente neutral. 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 judge* - Alquilar un juez, o juez privado. 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* - Arbitraje de oferta final. Cada parte presenta su reclamación económica ante un tribunal arbitral que dicta su decisión aceptando y rechazando una y otra reclamación. Las partes se ven obligadas a limitar sus exigencias y 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.

El mecanismo de funcionamiento es similar al que opera en el ámbito de la negociación cuando, por ejemplo, las partes coinciden en querer acabar con la situación de copropiedad de un bien, pero discrepan de su valor y, para solventar esa discrepancia, acuerdan que uno cualquiera de ellos haga una valoración, y sea el otro el que decida si compra o vende. Las partes se ven

⁵⁰ A algunas de estas figuras - *Mini trial*, *Neutral Listener*, *Summary jury trial*, y *Moderate settlement conference*, se refiere VADO GRAJALES, L. O., «Medios Alternativos de resolución de conflictos», en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf> (fecha de acceso: 2/11/2016).

obligadas a buscar el precio más justo posible ante el riesgo de que una sobrevaloración, o una infravaloración, sea aprovechada por la otra parte en su perjuicio, eligiendo vender o comprar en cada caso.

- *Summary Jury Trial*. 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 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.
- *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* - Arbitraje o mediación anexo al tribunal. Se trata de un proceso ADR con una gran implicación del tribunal que conoce de un caso, que consiste en su remisión al procedimiento ADR que exige el tribunal, que es el que 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 es admitida 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, nos permite 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 sería el caso de la negociación, hasta la máxima implicación, como sería el caso del arbitraje; por otro lado, entre ADR intrajudiciales y extrajudiciales, dependiendo del grado de relación que tengan con el aparato judicial, en cuanto pueden desarrollarse, bien como consecuencia de la derivación desde el juzgado que conoce de un proceso judicial, y que sugiere o, en su caso, impone a las partes el recurso a un método alternativo, o bien estar al margen completamente de un proceso judicial. A su vez, dentro de los métodos ADR intrajudiciales cabe distinguir entre aquellos que son presididos activamente por el juez, aquellos en las que el juez solo los supervisa, y aquellos en las que el juez remite el caso a terceros⁵¹.

Cabría hablar, incluso, de sistemas o métodos ADR anteriores al nacimiento del conflicto, que pretenden establecer los procesos o protocolos para evitar que se produzcan, o al menos minimizarlos, y para resolverlos en caso de que terminen por producirse. Se trata de supuestos que se producen, como señala MACHO GÓMEZ⁵² dentro del comercio internacional, especialmente en contratos que se caracterizan por ser de gran duración y por implicar una gran inversión, en los que la resolución de conflictos «no comienza cuando surge la controversia, sino cuando se redactan y elaboran los contratos», siendo ejemplo paradigmático los *Relationship Contracting*, término con el que se designa al 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 los vamos a dejar simplemente apuntados, el *partenering* y el *alliancing*.

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 —de los que, dada su importancia, nos ocuparemos más extensamente—, 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 figuras, como los buenos oficios y alguna etapa del proceso judicial, y dichos métodos pueden ser tan flexibles y variados como lo permita la

⁵¹ MULLERAT BALMAÑA recoge un amplio elenco de sistemas ADR conforme a esta clasificación, que aparece recogida por la ABA *Standing Committee on Dispute Resolutions, Public Services Division Governmental Affairs Group, Alternative Dispute Resolutions: A handbook for judges*. MULLERAT BALMAÑA, R.M., *op. cit.*, pp. 51-56.

⁵² MACHO GÓMEZ, C., «Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº2, octubre 2013, Universidad Carlos III, Madrid, 2013, p. 426.

creatividad de las partes. Cada uno de ellos tiene sus propias características, mecanismos y filosofía, que se han desarrollado fundamentalmente en los Estados Unidos, y de ahí se han extendido, si bien de forma muy limitada, a Europa.

3.2.2.- Una obligada referencia a algunas características del modelo procesal de los EE. UU.

Hemos examinado el origen del movimiento de los ADR en Estados Unidos, 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 e implementación no solo por el Departamento de Justicia y otras instituciones públicas de los Estados Unidos, que no tendría nada de particular, sino muy significativamente por los profesionales del Derecho que han estado encargados tradicionalmente de la defensa legal de los intereses de las partes ante un conflicto, los abogados.

Es obligado preguntarse el por qué, y si hemos señalado que para la resolución de determinados conflictos la maquinaria judicial resultaba lenta, cara e ineficiente, puede ser útil examinar, siquiera sea brevemente, algunas de las características principales del sistema o modelo procesal en EE. UU., en comparación con el europeo, y en particular con el español, por si es posible encontrar alguna clave que ayude a comprender 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 estamos haciendo a su proceso civil federal, que comprende todas las materias excepto la criminal (los tribunales federales norteamericanos son esencialmente generalistas, no tienen órdenes jurisdiccionales especializados⁵³), y que tiene unas normas propias elaboradas por la

⁵³ Hay excepciones, como son los *United States Tax Court*, que resuelven sobre cuestiones fiscales, o los *Bankruptcy Courts*, o tribunales concursales, pero no existe la distinción entre órdenes civil, mercantil, laboral, administrativo, etc., que en el ámbito del derecho europeo y español es tan normal, por lo que hablar del procedimiento civil americano equivale a hablar de cualquier proceso no penal.

Corte Suprema, no por el poder legislativo, como son las *Federal Rules of Civil Procedure*⁵⁴, que regulan el proceso de tramitación civil en primera instancia, las *Federal Rules of Evidence*⁵⁵, que regulan todo lo referente a la prueba, y las *Federal Rules of Appellate Procedure*⁵⁶, 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 el proceso de *common law* que sería un proceso esencialmente oral, frente al proceso de *civil law* que sería esencialmente escrito⁵⁷, como con la contraposición entre un proceso *adversarial*, considerado como el proceso típico de los ordenamientos de *common law*, en el que el juez tendría un papel absolutamente pasivo, limitado a garantizar el respeto de las reglas, frente a un proceso *inquisitorial*, que

⁵⁴ Disponible en: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure> (fecha de acceso: 07/12/2016).

⁵⁵ Disponible en: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure> (fecha de acceso: 07/12/2016).

⁵⁶ Disponible en: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/apellate-rules-forms> (fecha de acceso: 07/12/2016).

⁵⁷ Así lo señala TARUFFO, cuando afirma que 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 de *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. TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales», *Ius et Praxis*, Vol. 12, N.1 (2006), pp. 69-94.

se considera como típico de los sistemas de *civil law*, en el que el juez tendría un papel mucho más activo y relevante⁵⁸.

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 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, y examinar tres instituciones cuyas respectivas configuraciones parecen directamente relacionadas con el mismo:

- a) El papel del juez y de las partes en el proceso.
- b) El concepto, naturaleza y función de la fase de *pre-trial*.
- c) La llamada *American Rule*, la norma americana sobre los costes del proceso

3.2.2.1.- 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 que responden al *civil law*, la concepción adversarial del proceso civil americano (*adversary*

⁵⁸ Señala TARUFFO a este respecto que «por un lado 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 una presencia activa del juez. Además, como se verá también más adelante, 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 (a parte del tópico 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”...» *op. cit.*, pp. 73-74.

system) aparece como la expresión más pura de un modelo procesal de resolución de conflictos (*conflicto 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 deja el más amplio espacio posible a la iniciativa particular de los individuos privados.

El *adversary system* responde a un concepto que no solo es el fundamento estructural del proceso civil, sino que es una constante ideológica de 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»⁵⁹, hasta el punto

⁵⁹ En este sentido 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.

- Respecto al pragmatismo estadounidense hay dos ideas 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 las ideas-fuerza que están presentes en los autores que conforman el pragmatismo: el movimiento de ideas que ha pasado a ser considerado como la filosofía netamente norteamericana: la concepción realista y pluralista, apegada al sentido común y al mundo de lo cotidiano y lo concreto, y la

de haber sido definido por como «*the american way of law*»⁶⁰. Se trata de una concepción, afirma KAGAN, «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. En esencia, el *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»⁶¹.

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 WEBER⁶², que tiene sus propias manifestaciones en el sistema procesal, no es cuestión baladí, puesto que podría estar en la misma base del

noción de verdad, íntimamente relacionada con la acción, y por tanto, alejada de la creencia en las verdades absolutas.

- «...la existencia de un credo norteamericano que puede quedar descrito 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*, nº10, 2006/2007, pp. 305-322.

⁶⁰ KAGAN lo define como: «a method of policymaking and dispute resolution with two salient characteristics. The first is *formal legal contestation* – *competing* interests and disputant readily invoke legal rights, duties, and procedural requirements, backed by recourse to formal law enforcement, strong penalties, litigation and/or judicial review. The second is *litigant activism* – a style of legal contestation in which the assertion of claims, the search for controlling legal arguments, and the gathering and submissions of evidence are dominated not by judges or government officials but by the disputing parties or interests, acting primarily through lawyers. Organizationally, adversarial legalism typically is associated with and is embedded in decision-making institutions in which *authority is fragmented*, and in which *hierarchical control is relatively weak*». KAGAN, R. A., *Adversarial legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2ª Edición, Cambridge (EE.UU.), 2003., p. 9.

⁶¹ En la visión de KAGAN, como señala TARUFFO, M., en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Temis, Bogotá, 2008, prólogo a la edición colombiana, p. XI.

⁶² WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, Edit. Reus, Zaragoza, 2009.

excepcionalismo norteamericano, de su concepción de la vida y del Derecho, con lo que ello implica, pero entrar en ello 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, con el fin de defender su imparcialidad y neutralidad, sólo debe resolver en virtud de los hechos, de las pruebas, y de los fundamentos jurídicos alegados y probados por las partes del proceso, observando una actitud pasiva y distante frente al protagonismo absoluto de los letrados de las partes, lo que tiene diferentes manifestaciones, y así:

- En cuanto al principio dispositivo, rige tanto en los ordenamientos procesales europeos como norteamericano, pero el juez norteamericano responde en mayor medida a la figura de un juez pasivo que modera y ordena el proceso sin implicarse en la tarea 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 puede sorprender al jurista continental europeo, es la posibilidad que tiene 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 regla 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*), consistiendo en el examen directo por la parte proponente y la repreguntas o contra-examen (*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 (Alemania) o posterior (España) al interrogatorio practicado

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 norteamericano, frente a la designación judicial de peritos en algunos procesos europeos como el alemán⁶³, o sistemas mixtos como el español, en el que el principio general es la aportación de parte, sin perjuicio de que pueda designarse uno judicial, lo que en algunos procesos se convierte en práctica habitual, por ejemplo, en materia de vicios de la construcción. Dicha posibilidad de designación judicial se acoge en algunos ordenamientos para solventar el problema 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 (*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 *Federal Rules of Civil Procedure*.

- En cuanto a la determinación de los principios jurídicos 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 calificación jurídica diferente de la alegada, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de alegar al respecto.

⁶³ El artículo 404 del Código Procesal Civil Alemán (ZPO), sobre la elección de peritos, dispone que tanto su elección como la determinación de su número corresponde al tribunal, sin perjuicio de que pueda ordenar a las partes que designen a personas adecuadas para actuar como peritos y, en tal caso, si se ponen de acuerdo, el tribunal debe aceptarlo.

En el derecho procesal civil español la norma viene recogida en el artículo 218 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, *ex* artículo 218.2 LEC, 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, es decir, al fundamento, no a la fundamentación de la pretensión⁶⁴.

El principio *iura novit curia* es, sin embargo, desconocido en el proceso federal norteamericano, cuyas *Federal Rules of Civil Procedure*, como recuerda ORMAZABAL SÁNCHEZ, «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

⁶⁴ Señala DE LA OLIVA, respecto a la relación de este principio con el principio dispositivo, que «curiosamente, algunos han afirmado que este precepto, en lugar de dar carta de naturaleza legal a un entendimiento de la regla *iura novit curia* respetuoso con el principio dispositivo, constituía un ataque frontal a tal principio. Al parecer, no entienden que las alegaciones jurídicas de las partes, es decir, el contenido de los denominados fundamentos de Derecho de la demanda y contestación y las explicaciones jurídicas que se ofrezcan en otros momentos, no vinculan, en sus propios términos, al tribunal. 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». Y señala DE LA OLIVA una serie de ejemplos que explican la utilidad de la norma por la que el tribunal, sin incurrir en incongruencia, debe aplicar el Derecho que conoce, cuando por lo alegado y pedido por la parte es posible conocer: La norma que se quería hacer valer, aun cuando no se haya citado o se haya hecho erróneamente; el principio general de Derecho, aun cuando se haya denominado incorrectamente; la calificación jurídica del negocio que fundamenta la pretensión, aunque haya sido incorrectamente calificado por la parte; la calificación jurídica de un hecho o circunstancia alegados, como fundamento de lo que se pide, aunque se haya errado al calificarlo.; el fundamento jurídico de la pretensión, pese a los errores, confusiones, contradicciones u omisiones en que haya podido incurrir la parte. 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.

fugaz»⁶⁵, tratándose de una máxima casi absolutamente desconocida en la literatura legal norteamericana.

La razón hay que encontrarla en la misma concepción del sistema adversarial norteamericano como un modelo procesal para la resolución de conflictos (*conflicto solving process, conflict solving justice*) al que antes 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 de 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 (recordemos, un juez generalista que no tiene por qué conocer necesariamente el Derecho) se limita a escoger entre ellas⁶⁶.

Y 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 los que la búsqueda de la verdad de los hechos adquiere un carácter esencial⁶⁷, como lo tiene la calificación jurídica de los mismos y el conocimiento del Derecho aplicable, en el sistema procesal norteamericano, cuyo propósito esencial es poner fin al conflicto, no existe un verdadero interés

⁶⁵ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EE. UU. y Europa*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016, pp. 33-39.

⁶⁶ Al menos en la primera instancia, en el que el juez cumple un papel de *decision-maker, law-finder, o rules-finder*, coherente con su posición pasiva, puesto que los tribunales de apelación si 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 *law-maker* (creador legal) 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.

⁶⁷ Se trata en todo caso de un concepto discutido. 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°1/2016, J.M. Bosch, Barcelona, enero 2016, pp. 19-32.

en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, y los criterios con los cuales se adopta esa decisión realmente no importan⁶⁸, puesto que hallar la verdad (algo que, en la visión de los autores que defienden esta concepción, es 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), no es el propósito del litigio civil, y por eso el sistema procesal no está orientado a su búsqueda⁶⁹.

Hay que tener en cuenta que la búsqueda de la *rule of law* en EE.UU. es a menudo una operación compleja y difícil, 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.

Es muy relevante a este respecto que la *American Bar Association* recoja en su código de responsabilidad profesional (*Aba Model Code of Professional Responsibility*⁷⁰), en el canon 7, que se refiere a la obligación del abogado de representar

⁶⁸ Afirma TARUFFO a este respecto que el tribunal podría incluso realizar decisiones echando los dados, si ese fuera un medio socialmente aceptado para resolver las disputas», lo que no significa que la decisión no deba ser «buena», debe serlo, pero lo es en la medida en que resuelve el conflicto. TARUFFO, M., *La prueba. Artículos y conferencias*, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana. Santiago de Chile, 2009, p.76.

⁶⁹ En este sentido señala TARUFFO, aunque referido a la investigación judicial y la producción de prueba por las partes, que los principios que lo inspiran en uno y otro caso –*common law* frente a *civil law*– son los mismos cuando se refiere a la búsqueda de la verdad y al rol que desempeñan el juez y las partes en ese proceso, que cuando se refiere a la calificación jurídica y al derecho aplicable. TARUFFO, M., *La prueba... op. cit.* p. 52.

⁷⁰ *Aba Model Code of Professional Responsibility* / Código modelo de responsabilidad profesional de la Asociación de Abogados Estadounidense (fecha de acceso: 08/12/2016). Accesible en URL: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/cpr/mrpc/mcpr.authcheckdam.pdf>

a su cliente con celo, diligencia o interés extremo y activo («*Zealously*» – celosa, entusiásticamente), siempre dentro de los límites de la Ley, las obligaciones del abogado para con el sistema adversarial de Justicia (*Duty of the Lawyer to the Adversary System of Justice*). A este respecto, en el apartado EC 7-23 (página. 51), después de reconocer que la complejidad de la Ley dificulta que un tribunal esté plenamente informado, establece la obligación del abogado 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 parcialmente.

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, 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 *American Bar Association* 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»⁷¹.

Se trata esta de una previsión para la determinación de los fundamentos jurídicos de la controversia verdaderamente sorprendente, que encaja dentro del concepto de *fair play* que se trata de garantizar en el *adversary system*, 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

(Fecha de acceso: 08/12/2016).

⁷¹ TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial...*, *op. cit.* p. 152.

fortaleza de su 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 juez⁷².

Es indudable que ha existido una evolución en la imagen tradicional pasiva del juez norteamericano, sobre todo desde la publicación de las *Federal Rules of Civil Procedure*, y, como señala TARUFFO, «en el tradicional 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»⁷³.

Ocurrió en Inglaterra y Gales con la publicación de las *Civil Procedural Rules* de 1998, que confieren al juez amplios poderes de gobierno y dirección del procedimiento, y en los Estados Unidos se ha venido produciendo una transformación parecida, a través de un proceso largo y complejo que no tiene una referencia temporal concreta, como sí ocurrió en Inglaterra, especialmente a partir de los años setenta (la *Pounds Conference* se

⁷² Se ha criticado (SUSSKIND), en relación con este papel asignado al juez, que algunos autores al tratar sobre los ADR lo hacen en términos de una escala con el tribunal en un extremo y la negociación en el otro, en función de la renuncia al control sobre el diseño del procedimiento para resolver la controversia y sobre el resultado, señalando que es una imagen tentadora, pero inexacta, y en su lugar sugieren pensar en términos de una escala de actividades relacionadas con los tribunales en un extremo y no relacionadas por el otro, por lo que distinguen entre los ADR relacionados con el tribunal por un lado y la «construcción de consensos» por otro, y señalando 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, más eficiente, más inteligente y más estable. «Many authors writing about ADR thinks in terms of a continuum with Court at one end and negotiation at the other. At the Court end, the parties give up control over both design of the procedure for resolving their dispute and the outcome in particular applications of that procedure. At the negotiation end, the parties retain complete control over both. Mediation, in this model falls somewhere on the negotiation side of the continuum because de parties retain the ability to make the final decision on outcome. Arbitration, with the third-party-imposed outcomes, falls closer to the court end of the continuum. Depending on their design, hybrid approaches such as the minitrial, the summary jury trial, or med-arb fall somewhere between these common ADR methods on the process continuum. This image of a process-based continuum is enticing, but inaccurate. Instead I suggest that we should think in terms of a continuum with court-related activities on one half end and non-court-related activities on the other. [...] moving a dispute into a court-connected ADR process may preclude the possibility of achieving the fairest, most efficient, wisest, and most stable agreement». SUSSKIND. L.E., «Consensus building and ADR», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), pp. 358-370.

⁷³ TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law"...» *op. cit.* p. 7.

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*)⁷⁴, que hay que poner en relación con el concepto 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*).

Sobre este proceso de evolución afirma TARUFFO que, «cuando Judith Resnick, en un ensayo justamente famoso de 1982 [RESNICK, *Managerial Judge*, en 96 Harv. L. Rev., 1982, pp. 376 ss] fotografía al *managerial judge* y analiza su origen y características principales, esta transformación está ya sustancialmente completa: no corresponde más al juez el rol de árbitro pasivo que se limita a "pitar las faltas" cometidas por las partes, sino un rol de organización y gestión activa —no sólo de control— del desarrollo del proceso»⁷⁵.

De hecho, las *Federal Rules of Civil Procedure* recogen amplios poderes discrecionales otorgados a los jueces americanos, mucho mayores que los otorgados a sus homólogos europeos. ORMAZABAL SÁNCHEZ⁷⁶ señala como ejemplos de ello: 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

⁷⁴ MILLER critica algunos aspectos del proceso de reforma que ha 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». (Cada año le pregunto a mis estudiantes de primer año de procedimiento civil: «¿Por qué tenemos tribunales?» En tiempos pasados pensé que sabía la respuesta y podría guiar a los que están a mi cargo a ella. Pero después de hacer la pregunta durante más de cincuenta años y de contemplar los cambios procesales del último cuarto de siglo, ya no estoy claro qué es esa respuesta en el mundo real del litigio. Más aun, un Tribunal Supremo que parece preocupado por la terminación temprana y la ampliación de formas de evitar la resolución en base a los méritos o en desviar las disputas a arbitraje no parece más avanzado en la respuesta a la pregunta que mis estudiantes y yo hemos hecho a lo largo de estos años.) MILLER, A.R. *op. cit.* p. 371.

⁷⁵ TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law" ...» *op. cit.* p. 7.

⁷⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *op. cit.* pp. 50-57.

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 el fin de facilitar la resolución de la cuestión principal; la facultad de eximir a las partes de 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 necesario. 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 relacionado con 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 del proceso⁷⁷.

Como afirma NOLAN-HALEY⁷⁸, 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 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 en que será el juez quien convocará a las partes para conseguir una

⁷⁷ En este sentido ZIMMERMAN, sobre el papel director de los jueces en los procesos de acción colectiva, en relación con el papel desempeñado por las agencias reguladoras federales (*Securities and Exchange Comisión, Federal Trade Commissions, 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, porque a diferencia del litigio uno a uno, donde los tribunales rara vez necesitan examinar un acuerdo propuesto, los juicios de acción colectiva difieren porque un número selecto de gerentes controlan principalmente el progreso del litigio. En tos casos los jueces deben revisar los asentamientos para asegurar que los abogados sirvan a sus clientes y que el acuerdo distribuya de manera justa los premios 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 porque se presume que sirven al interés público. ZIMMERMAN, A. S., «Distributing Justice», (2011), *Legal Studies Paper n° 2014-16*, 86 *NYU L. REV.* 500, Loyola Law School, Los Ángeles, pp. 505 y ss.

⁷⁸ NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academic Publishing, St. Paul (USA), 2013, p. 69.

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 el 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 cuando se obliga a las partes a asistir a esas conferencias⁷⁹, porque el riesgo de coerción judicial para forzar un acuerdo es demasiado grande.

Este papel más activo del juez federal resulta especialmente apreciable en el *Manual of Complex Litigation*⁸⁰, un texto editado por el *Federal Judicial Center*, cuya última edición, la cuarta, fue publicada en 2004, y no se trata de un texto legal, ni de una especie de instrucciones a los jueces federales, sino de un conjunto de recomendaciones dirigidas principalmente a los jueces, 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*). Pero, hay que destacar, dichas instrucciones 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 procesal⁸¹), que parecen estar, y de hecho es así, en franca contradicción con ese papel pasivo y desinformado tradicionalmente asignado al juez.

⁷⁹ 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 inherente de un tribunal para manejar su expediente. NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute... op. cit.*, p. 69.

⁸⁰ *Manual for Complex Litigation, Fourth, Federal Judicial Center 2004*. Versión en formato pdf disponible en: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf> (Fecha de acceso: 06/12/2016).

⁸¹ «Some cases involve important questions of law or public policy that are best resolved by public, official adjudication. Other times, however, resistance to settlement arises from unreasonable or unrealistic attitudes of parties and counsel, in which case the judge can help them reexamine their premises and assess their cases realistically. The judge can encourage the settlement process by asking at the first pretrial conference whether settlement discussions have occurred or might be scheduled. As the case progresses, the judge occasionally can suggest that the parties reexamine their positions in light of current or anticipated developments. The judge can then facilitate negotiations by removing obstacles to compromise and can help overcome the intransigence or militance of clients. Without touching on the merits, the judge can focus the parties' attention on the likely cost of litigating the case to conclusion, in fees, expenses, time, and other resources. Other helpful measures include scheduling settlement conferences, directing or encouraging

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.

Dentro de ese apartado, el sub-apartado 13, (pp. 169-172) 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 litigio. No 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 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 mucho más complicado, y exigir 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 acuerdos⁸², 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:

reluctant parties, insurers, and other potential contributors to participate, suggesting and arranging for a neutral person to assist negotiations, targeting discovery at information needed for settlement, and promptly deciding motions whose resolution will lay the groundwork for settlement». *Manual for Complex Litigation*, 13.11 *General Principles*, pp. 167-168.

⁸² Sobre las diferentes formas de debatir vid. AGUILÓ REGLA, J. «Cuatro modos de debatir», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, pp. 211-227.

- *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, 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, puesto que pueden estar más dispuestas a hablar con franqueza si no está el adversario, y el juez puede señalar debilidades sin temor a comprometer la posición de una parte a los ojos de un 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*: puesto que los abogados litigantes pueden haber desarrollado antagonismos personales en el proceso, pueden 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, con el fin de facilitar las liquidaciones en asuntos multi-parte, prohíbe la reclamación de indemnizaciones por parte de los demandados discrepantes del acuerdo, garantizando su efecto vinculante con la presencia de las partes afectadas ante el tribunal, y señalando una fórmula que permita calcular la compensación que les corresponda, basándose en el monto de la liquidación, o en la proporción de culpabilidad.

- *Offer of judgment*: que 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 incurridos después de que se haga la oferta, a menos que obtenga una sentencia más favorable. A esta regla, la 68 del FRCP, los tribunales pueden 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 puede proporcionar las bases para la resolución de otras, al proporcionar a las partes la información o el incentivo necesario para un acuerdo integral.

No resulta difícil observar, sin embargo, que esa evolución 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 juez por lo que se refiere a la averiguación y aportación de los hechos, ni a la calificación jurídica de los mismos y aplicación del Derecho, sino en el de acentuar sus facultades para encauzar el conflicto, y para estimular a las partes implicadas a que encuentren el medio más adecuado para su resolución, que no siempre va a ser una resolución judicial.

No se trata, en ningún caso, de defender el sistema adversarial norteamericano como la mejor garantía del principio de contradicción y de la imparcialidad judicial, y paradigma de la realización de la justicia⁸³, lo verdaderamente relevante respecto al tema que nos ocupa es la concepción ideológica de que son las partes las dueñas del conflicto,

⁸³ Señala TARUFO a este respecto que «La tesis según la cual solo el proceso *adversary system* es *fair*, porque es el único tipo de proceso que, fundado sobre la pasividad del juez, garantiza la imparcialidad de la decisión y el contradictorio de las partes, termina pues por tener más el tono de un artículo de fe, que la dignidad de una afirmación científicamente convalidada», como es también un artículo de fe la creencia en la «mano invisible» que guía el mercado como lugar de choque de los intereses económicos individuales, hacia el orden óptimo desde el punto de vista general, que es la imagen que se utiliza para ilustrar la dinámica fundamental del proceso adversarial, con base en los mismos principios de plena autonomía, libertad, e iniciativa individual, que parten de la igualdad formal de las partes, al margen de sus circunstancias reales, y de mínima intervención del Estado, típicos de la doctrina liberal clásica. TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial...*, *op. cit.*, p. 126.

un alegato que es muy frecuente oír en el ámbito de la defensa de la mediación, la necesidad devolver el conflicto a las partes frente a la apropiación que del mismo habría hecho el Estado a través del sistema judicial.

Esta afirmación, que podría ser válida, desde ciertas perspectivas, y no sin innumerables matices, en el ámbito del proceso de *civil law* en el que se desenvuelve el derecho continental europeo y el derecho procesal español, resulta ser, en buena parte, gratuita en el ámbito del proceso de *common law*: las partes nunca han dejado de ser dueñas del conflicto y, desde el más duro pragmatismo, alejado de «buenismos» tan infantiles como peligrosos, que reconoce las numerosas dificultades que pueden tener las partes y/o sus abogados para llegar a un acuerdo, lo que trata el derecho procesal es de promover la remoción de los obstáculos que puedan existir para su resolución.

Pueden existir, por supuesto, otras razones que hayan contribuido a la aceptación y difusión de los ADR para la resolución de los conflictos⁸⁴, que también serían de orden

⁸⁴ NIEVA-FENOLL, desde una percepción crítica, tanto sobre las bondades de los ADR, como 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 Estados Unidos, no una supuesta cultura del pacto, sino principalmente a la desconfianza no declarada 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 sorprendente veredictos, y en segundo lugar 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*, núm. 39, Iustel, Madrid, 2016.

TARUFFO, por su parte, explica que las razones del fenómeno son muchas, y muy complejas, y varían de sector a sector, pero hay unas líneas de carácter general comunes, como son la reducción sustancial de la carga de trabajo de las cortes ordinarias, y la efectividad de una justicia accesible y adecuada a la naturaleza real de las controversias, siendo la misma naturaleza *adversary* del proceso la que da lugar a su crisis de efectividad en cuatro aspectos fundamentales: por el formalismo del proceso que aparece vinculado a altos costos y los largos tiempos que lo caracterizan; porque su estructura y la ética que lo informa alientan la *contentiousness* (litigiosidad) de las partes, y sobre todo de sus abogados; porque su estructura no es adecuada para conseguir decisiones que involucren a intereses numerosos y supraindividuales; y «*Last but not least*, porque se trata de uno de los aspectos fundamentales del problema, el proceso *adversary* es ampliamente refutado también en función de su más peculiar connotación, o sea, el papel pasivo del juez en la comprobación de los hechos importantes para la decisión. Un elemento constante en la estructura del procedimiento ante los distintos *alternative forums*, desde los órganos de justicia administrativa hasta las *small claims courts* y hasta los distintos órganos de conciliación y arbitramento, es en efecto, (al lado de la simplicidad y elasticidad de las formas y de la fuerte reducción de elementos típicamente *adversary* como

práctico, y pueden existir desviaciones importantes si se coacciona a las partes para que lleguen a un acuerdo como sea⁸⁵, pero ello no obsta a que se pueda afirmar que la aplicación de estos sistemas alternativos de resolución resulta ser una consecuencia natural de una concepción ideológica previa⁸⁶ que informa a las partes, y también de un sistema procesal que aparece concebido y ordenado a dicha resolución.

3.2.2.2.- Concepto, naturaleza y función de la fase *pre-trial*. El «*Discovery*».

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,

la *cross-examination*) la presencia de un *fact-finder* activo, dotado de amplios poderes de búsqueda y adquisición de los elementos necesarios para el conocimiento de los hechos, no vinculado en esto a la iniciativa probatoria de las partes. Lo decíamos antes al valorar la evolución del papel del juez en el sistema de los Estados Unidos, abandonando su papel tradicionalmente pasivo, y lo señala TARUFFO a continuación: «Se puede decir que tales procedimientos son alternativos con respecto al proceso ordinario precisamente porque se apoyan en la figura de un juez que no solo guía activamente un procedimiento tendencialmente rápido e informal, sino que sobre todo no es un árbitro pasivo del combate entre las partes en la comprobación de los hechos». TARUFFO, M. en *El proceso civil adversarial... op. cit.*, pp. 228 y ss.

⁸⁵ MILLER, A.R., *op. cit.*, pp. 287-371.

⁸⁶ KAGAN presenta un cuadro sobre formas de aplicación de políticas y de resolución de conflictos, comparando los sistemas de organización jerárquico (de *civil law*), y participativo (*common law*), que relaciona la mediación con el sistema adversarial, con el siguiente esquema:

Organization of decision-making authority	Decisionmaking style	
	INFORMAL	FORMAL
HIERARCHICAL	Expert or political judgement	Bureaucratic legalism
PARTICIPATORY	Negotiation /Mediation	Adversarial legalism

Enfrenta el autor el estilo participativo en la toma de decisiones para la resolución de conflictos, (que sería el propio del sistema norteamericano) frente al estilo jerárquico vigente en la casi unanimidad del resto de democracias avanzadas, un sistema del que forma parte la resolución de conflictos mediante la negociación, con o sin abogados, y mediante el recurso a la mediación («whereby an “official” third party attempts to induce contending parties to agree on a policy or settlement but refrains from imposing a settlement based on law or official policy») como sistemas informales de resolución, que, formalmente, se traduciría en el sistema adversarial, frente al mayor control de los procesos y patrones en la toma de decisiones en los sistemas jerárquicos, que están controlados por especialistas, expertos, trabajadores sociales, etc., y que formalmente se traduce en el legalismo burocrático que hace hincapié en la aplicación uniforme de reglas centralizadas, la responsabilidad vertical y la responsabilidad oficial en la investigación de los hechos. («governance by means of bureaucratic legalism emphasizes uniform implementation of centralised devised rules, vertical accountability, and official responsibility for fact-finding») KAGAN, R.A. *op. cit.* p. 10.

en el que, tras las 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 es que, desde principios del siglo pasado, se ha venido configurando dentro de ese tipo de 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 películas y series norteamericanas de televisión más recientes) que, aunque aparece en principio 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*, que es, probablemente, la máxima expresión del excepcionalismo procesal norteamericano.

Tras la 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 civil⁸⁷, cuyo escrito de demanda solo debe contener una breve y sencilla exposición de la pretensión⁸⁸, aparece, podría decirse que íntimamente vinculada, la mayor y más original innovación del proceso civil federal norteamericano, que es el trámite del *discovery*.

El *discovery* consiste básicamente en una especie de proceso de instrucción en un proceso civil, previo a la celebración del juicio, que está orientado 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 implica que las partes pueden incorporar hechos relevantes y decisivos para fundar sus pretensiones con posterioridad a la formulación de sus respectivas alegaciones iniciales en la demanda, o en la contestación, pudiendo las partes 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 nuevos medios de prueba, en una especie de formación sucesiva de la pretensión, pero también en determinados supuestos durante el juicio, y después del juicio para acomodarlos al resultado de las pruebas⁸⁹.

⁸⁷ Como tan sintéticamente expresa la regla 2 de las FRCP: hay una forma de acción: la acción civil. – *Rules 2. One form of Action. There is one form of action – the civil action.*

⁸⁸ *Rules 8 (a) (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief.*

⁸⁹ Rule 15 FRCP. Amended and Supplemental Pleading. (b) Amendments during and after trial, p.23.

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], comprendiendo las reglas 26 a 37, y fue introducidas 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, 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, tanto para racionalizar el acceso de las partes a tales instrumentos impidiendo abusos (la *Civil Justice Reform Act* de 1990 se refiere a la necesidad de controlar el alcance y el tiempo para la práctica del *discovery* ⁹⁰, habiéndose introducido en una reciente reforma, de 29

(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.

⁹⁰ PECK, 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. («The survey found that the most important perceived cause for the high cost of litigation is the abuse of the discovery process. The most frequently cited types of lawyer abuse leading to high transaction costs are lawyers who "over-discover" cases rather than focusing on controlling issues, and lawyers and litigants who use discovery as an adversarial tool to raise the stakes for their opponents. With respect to reform

de abril de 2015, el requisito de la proporcionalidad⁹¹), como para la mayor corrección del juicio y 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, 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.

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 (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 (1), sobre la revelación inicial, que comprende todos los datos de contacto de todos aquellos que tenga 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

proposals, the survey showed broad and widespread support for increasing the role of federal judges as active case managers».) PECK, J.J., «Users United: The Civil Justice Reform Act of 1990», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, nº3, 1991, pp. 105 y ss.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, se refiere a esta misma cuestión al señalar 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.

⁹¹ La Regla 26 (b) (*Discovery Scope and limits*) tras la citada reforma, señala en su primer apartado (1) que las partes pueden obtener el la revelación/descubrimiento de cualquier asunto no privilegiado que sea relevante para su reclamación o defensa, pero establece ahora como requisito que sea 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 y si la carga o el gasto del descubrimiento propuesto superan su probable beneficio.

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 (2) - *Disclosure of Expert Testimony*, la obligación de revelar la identidad de todos aquellos que puedan prestar un testimonio de experto 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, así como su opinión y conclusiones sobre el asunto sometido a su evaluación de experto y el fundamento de las mismas.

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 la Regla 21 (b) (1) —*Scope in General*—, recogen la posibilidad de 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.

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* —Bases de la revelación inicial. Excusas inaceptables— 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 la insuficiente.

- *Rule 26 (a)(3) Pre-Trial Disclosure*. Esas son las revelaciones iniciales, solo para empezar, pero después está el denominado *pre-trial disclosure*, —revelación anterior al juicio—, recogido 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 testigos, con todos sus datos y, separadamente, aquellos que van 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.

- El alcance del *discovery* es tal que, cuando la regla 26 (b) (3) 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, establece en el apartado (b) unas sanciones por incumplimiento, realmente severas, como son: (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; y (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 hay que sumar la condena al pago de todos los gastos causados a la parte desobediente, incluidos los honorarios de su abogado, salvo que exista una causa suficientemente justificada.

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 uno de los adversarios 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 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 pretensión⁹², y, puesto que la cuestión de si existe fundamento jurídico 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 continuar⁹³, los litigantes están en condiciones de evaluar con total objetividad sus respectivas posiciones y perspectivas de éxito, 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

⁹² Se trata de una evaluación preliminar del material probatorio obtenido, que puede ser solicitada por actor o demandado 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*.

⁹³ 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, en ningún caso, aunque fueran probados, 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, una vez celebrado el juicio. 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,

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»⁹⁴, lo que tiene al menos dos consecuencias: que la suerte de la inmensa mayoría de las causas se juega en la fase preliminar, en el ámbito del *pre-trial*, y que el modelo del proceso de *common law* no puede ser ya definido según el esquema bifásico de *pre-trial* —nacido originariamente con el objeto de preparar el *trial*— y *trial*, por la clara razón de que entre el 90 y 98% de los casos el juicio (*trial*) no tiene lugar⁹⁵, y raramente el proceso termina con sentencia.

Solo en los raros casos en los que fallan todos los mecanismos predisuestos 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 Derechos en las Universidades de Yale y Harvard, respectivamente.

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*⁹⁶, critica desde el más duro escepticismo dicho

⁹⁴ TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law"...», *op. cit.* p. 76.

⁹⁵ KAGAN pone de manifiesto que «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 discover 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», lo que no le impide reconocer a continuación que «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.

⁹⁶ «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

movimiento, así como las reformas legales que tratan de impulsar la solución del litigio al margen de una resolución judicial, afirmando que el acuerdo es un pobre sustituto cuando se ha hecho renuncia de la función jurisdiccional, algo que no está exento de costes⁹⁷, y criticando el hecho de que los partidarios de los ADR (utiliza FISS para referirse a ellos el término *partisans* —partisanos— para destacar su tendenciosidad partidista) no distinguen entre los diferentes casos, para algunos de los cuales la conciliación y el acuerdo pueden ser apropiados, pero en absoluto lo son para otros.

El Honorable Jack B. Weinstein⁹⁸, 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 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 el sistema legal puede protegerlos, 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 muy fundada desde un punto de vista práctico, por cuanto es juez de Distrito de Nueva York) hay que diferenciar entre aquellos asuntos en los que tal terminación, o mejor dicho, la

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), en *The Yale Law Journal*, Vol. 93 n° 6, 1984, pp 1073 – 1090.

Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215 (visitada el 10/12/2016) p. 1089.

⁹⁷ En este sentido 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, especialmente el privado, 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 conceden 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 la irritación, los gastos y el retraso, no debe darse por hecho que los beneficios de tales instituciones necesariamente superan los costos. 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.

⁹⁸ WEINSTEIN, J. B. «Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement» (1984), *Fordham Law Review*. Vol. 78 N°3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009, pp. 1265-1272.

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 individuales⁹⁹.

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.

A este respecto, el *Manual for Complex Litigation*¹⁰⁰ pone de manifiesto la relación que existe entre dicha fase de *discovery* y las posibilidades de llegar a un acuerdo, 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 proceso¹⁰¹.

⁹⁹ Ejemplos paradigmáticos que ilustran esta opinión son, en nuestro ámbito, los pronunciamientos judiciales sobre la cláusula-suelo, la cláusula sobre gastos, o sobre productos financieros complejos.

¹⁰⁰ 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)».

¹⁰¹ MILLER se refiere a una modificación de la regla 26 en 1983 en la que se eliminó la sentencia que establecía que «A menos que le tribunal disponga otra cosa, el uso de los medios de descubrimiento no es limitado, algo que parecía inocuo y en principio hasta justificado para imponer ciertas restricciones, por cuanto 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, opinando que le «parece extraño que se obstaculice la eficacia de este importante método de efectuar las políticas tanto nacionales como estatales. El descubrimiento 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.

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 inadmisibile 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 recurrir, por ejemplo, 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 sumario con jurado (*Summary Jury Trial*), o a cualquiera de las otras figuras de ADR que antes hemos examinado.

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 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.

3.2.2.3.- La American Rule.

Otra regla específica del Derecho procesal norteamericano, que a estas alturas puede sorprender a la gran mayoría de los profesionales del Derecho, 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), 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. La excepción a dicha regla puede

estar fundada en las circunstancias concurrentes (por ejemplo, por la existencia de una mala fe en la conducta de la parte perdedora), o por establecerlo así alguna disposición legal específica (por ejemplo en materia de defensa de la competencia en al que se recoge el principio del vencimiento objetivo, o 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 ganadora¹⁰²), o por haber rechazado indebidamente una oferta de terminación del proceso¹⁰³, que es otra interesante especificidad procesal del Derecho norteamericano.

Pero 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 de los ciudadanos para 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 ejercitarlos.

No es en realidad un principio tan extraño, y, de hecho, era básicamente el que regía en nuestro derecho procesal civil, bajo la LEC de 1881, hasta su reforma por la Ley

¹⁰² Por ejemplo, la *Fair Housing Act*, 42 U.S.C. §3613 (c) (2) establece que en una acción civil bajo el inciso (a), el tribunal, a su discreción, puede permitir a la parte ganadora, a excepción de los Estados Unidos, unos honorarios y costos razonables de abogado. Los Estados Unidos serán responsables de tales honorarios y costos en la misma medida que una persona privada. [(2) In a civil action under subsection (a), the court, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee and costs. The United States shall be liable for such fees and costs to the same extent as a private person.] Disponible en: <https://www.justice.gov/crt/fair-housing-act-2> <https://www.justice.gov/crt/fair-housing-act-2> (Fecha de acceso: 17/12/2016).

¹⁰³ Aparece regulada en la Regla 68 —*Rule 68. Offer of Judgment*— de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que 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 defiende 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 para la reclamación de 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.

34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al seguirse el criterio de la temeridad al litigar. Dicho criterio implicaba que, solo el que sin seriedad ni base alguna reclamaba, o se oponía de forma infundada a una demanda, era el culpable de que se hubiera seguido el proceso judicial y merecedor de una sanción que implicaba un importante gravamen económico, el pago de las costas procesales de la parte o partes contrarias, por lo que era un sistema disuasorio de la litigiosidad temeraria, la única que se consideraba culpable y merecedora de esa sanción.

La Exposición de Motivos de la Ley 34/1984 se refiere a la necesidad de vincular las costas del proceso, que incluyen honorarios de abogado y derechos del procurador, al resultado final del mismo, y para ello se introduce una modificación en el sistema vigente a través del artículo 523 LEC, de forma que, si hasta ese momento el pago de las costas procesales se imponía a quien hubiera litigado con mala fe o temeridad, el principio general pasa a ser el contrario, el del vencimiento objetivo con excepciones, al señalar que, en los juicios declarativos, «las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición»¹⁰⁴.

Es una redacción que prácticamente coincide con la del vigente artículo 390 LEC 2000, salvo porque se concretan esas circunstancias excepcionales en la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, que realmente es difícil que lleguen a ser nunca apreciadas, pese a lo intrincado que pueda resultar el proceso, teniendo en cuenta en este segundo caso la «jurisprudencia recaída en casos similares», un criterio que en la práctica no resulta ser demasiado útil¹⁰⁵.

En todo caso, aunque no se trata de reintegrar lo que por concepto de honorarios pueda acordar cada parte con su abogado —lo que produciría el efecto indeseado de que los dotados de mayores recursos económicos y con capacidad para gastar más en su

¹⁰⁴ Se trata, como señala HERRERO PEREZAGUA, de que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón», partiendo de que los gastos del proceso constituyen un factor disuasorio para solicitar la tutela jurisdiccional, y del principio de indemnidad de la tutela. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español», *Anuario de derecho civil*, Vol. 60, N.º 2, 2007, p. 579.

¹⁰⁵ Sobre las costas procesales, concepto y criterios para su imposición Vid. FUENTES SORIANO, O., *Las costas en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

defensa podrían obligar a desistir de sus pretensiones a quienes se les enfrentaran judicialmente, pactando honorarios inasumibles—, sino de fijar, objetivamente y a tanto alzado, qué importe es reintegrable por tal concepto¹⁰⁶, eso no significa que el actual sistema de criterio objetivo o del vencimiento no tenga efectos indeseados.

En este sentido cabe afirmar que:

- Puede producir el efecto de hacer desistir de la reclamación o defensa de los propios derechos, ante el riesgo de verse obligado a pagar los honorarios del propio abogado y del contrario¹⁰⁷, algo que solo podrán asumir los más

¹⁰⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, señala a este respecto que «La tasación de costas en el ordenamiento español se inspira en este principio al objeto de constatar la existencia de unos gastos y unos derechos que por ley se encuentran fijados dentro de unos estrechos márgenes de discrecionalidad. [...] En la tasación de costas no se pretende remunerar la oportunidad o eficacia de la actuación de un profesional, ni tan siquiera el resarcimiento completo de los gastos causados, sino únicamente fijar a tanto alzado la contra prestación que objetivamente deba de reintegrarse a la parte por la obligación legalmente impuesta de contratar los servicios de un profesional. Este carácter objetivo de la tasación de costas, cuya finalidad es valorar objetivamente la actividad desplegada, explica a nuestro juicio, que no quepa apreciar la existencia de prácticas colusorias o restrictivas de la competencia por el hecho tasar los honorarios de unos y otros conforme a un baremo de referencia, pues no se pretende valorar la actividad desplegada por el profesional, sino fijar la cantidad que objetivamente y a tanto alzado pueda repercutirse a la contraria. Si no fuera así, se produciría el desatino, de que quien mayores recursos económicos tuviera a su disposición, podría acreditar una inversión mayor en el ejercicio de su derecho de defensa con la posibilidad repercutir mayores gastos». GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La repercusión y documentación de los gastos procesales», en *Dereito: revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 21, nº1 Xaneiro-Suño 2012, pp. 35-99.

¹⁰⁷ Aunque referido a las tasas judiciales, el mismo principio es aplicable a la condena al pago de los costes procesales, al margen de la conducta observada por el justiciable, si es temeraria y carente de fundamento o no, y la obra de BENTHAM, «Una protesta contra las tasas judiciales», como todos los clásicos, no deja de sorprender por su actualidad y vigencia. Propone el autor penalizar la litigiosidad al final, no al principio, y discriminar la mala conducta de la inocencia, señalando que «cuando se quiere evitar seriamente una mala conducta de cualquier orden se introduce una penalización para la mala conducta de ese tipo, y solo de él... Así pues, discrimine Ud. la mala conducta de la inocencia,; penalice la mala conducta y solo la mala conducta, y deje la inocencia sin represión... Aunque se demuestre eventualmente que carece de fundamento, la litigiosidad, como cualquier otra forma de conducta que puede ocasionar un daño, no es, por lo expuesto, en sí misma censurable, y cuando lo es media una gran diferencia entre los casos en que va emparejada solamente con la temeridad (Nota: en el sentido estricto de falta objetiva de fundamento, sin entrar en la conciencia que tenga o no de ello) , y aquellos en los que hay conciencia de injusticia».

DE LA OLIVA SANTOS, señala a este respecto, en nota al pie de dicha obra de BENTHAM (pp. 113-114) que «hasta la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en los procesos civiles se seguía el criterio de la *temeridad* por el que ha renacido un justificado interés en nuestros días. La temeridad al litigar determinaba un gravamen económico importante, al pago de las costas de la parte o partes contrarias, disuasorio de la litigiosidad temeraria, que aquí Bentham considera culpable y merecedora de sanción. Antes de la citada Ley, solo se imponía a un litigante la condena en todas las

puedientes, y ello a pesar de que, aunque su reclamación o defensa pudiera decirse a posteriori, judicialmente, que carece de fundamento, su actuación no pudiera calificarse nunca de temeraria.

Cualquiera que trabaje en el ámbito de los tribunales como abogado puede suscribir esta afirmación, porque conservará en la memoria tantos ejemplos concretos de personas que han renunciado a reclamar o defender sus derechos, y han preferido seguir sufriendo lo que percibían como una injusticia, ante el temor de una condena al pago de las costas procesales en el caso de que judicialmente no se le diera la razón (p. ej., contra la cláusula suelo, hasta la STS 9 mayo 2013, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, u otras cláusulas abusivas hasta diferentes pronunciamientos del TS y/o del TJUE; de hecho en el momento de redactar estas líneas había varias Audiencias Provinciales que habían suspendido sus resoluciones sobre la cláusula de vencimiento anticipado, dada la existencia de resoluciones contradictorias, hasta que se pronunciara el TJUE), como de quienes han sido condenados a su pago por la aplicación del criterio del vencimiento objetivo, además de perder el pleito e importantes cantidades de dinero, por una interpretación de los tribunales distinta de la realizada en provincias colindantes —p. ej., en procedimientos de resolución de contratos de compraventa de viviendas en construcción y de

costas si se apreciaba que había litigado con temeridad. En 1984, con mi pública oposición y crítica razonada, se pasó a seguir el denominado *criterio objetivo* o del *vencimiento*, (*el que pierde paga*, siempre que haya perdido todo), con una cierta matización, de la que se hizo poco uso durante décadas y que, perfeccionada en la Ley 1/2000, nueva LEC vigente, ahora es utilizada con alguna mayor frecuencia. En el trabajo titulado “Panorama general de la reforma de la LEC por la Ley 34/84”, en el *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6-1985 (ese *Boletín* que desapareció hace tiempo) consideraba preferible el sistema que se abandonaba, de condena en casos de temeridad. Y, en concreto, afirmaba que “...ese criterio (el del vencimiento) prima al litigante económicamente pudiente y disuade al justiciable que no goce de una situación económica desahogada ...Que la condena en costas, operando en los justiciables como perspectiva posible – y esa es su eficacia primera en el orden temporal – es disuasoria para los no pudientes ((nótese bien: no digo “para los económicamente débiles”, sino “para los no pudientes”), me parece que es, ahora mismo, algo que pertenece al reino de la realidad.” Y más adelante afirmaba: “hoy aún más que ayer, estimamos de superior racionalidad y prudencia que solo pague las costas causadas a su contrario aquel que ha demandado con audacia y astucia en demasía, sin seriedad ni base alguna de solidez (al menos aparente) o aquel que, en esas mismas condiciones, ha osado oponerse a la demanda y, antes, a la reclamación extrajudicial». 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 A. DE LA OLIVA SANTOS, traducción de Guadalupe Rubio de la Urquía, Civitas, Madrid 2013, p. 112.

reclamación de cantidades anticipadas a la promotora—, aplicando unos criterios que en no pocas ocasiones han cambiado no mucho después¹⁰⁸.

No eran demandas temerarias ni unas ni otras, se reclamaban derechos legítimos por los perjudicados, derechos que en ocasiones han venido a ser reconocidos con el tiempo por la misma Audiencia Provincial que antes los rechazaba, o por tribunales superiores¹⁰⁹.

La única opción del profesional de la abogacía, en caso de no existir un criterio firme en el ámbito de la Audiencia de que se trate, solo puede ser la de advertir del riesgo de ir en cabeza, como en las filas de un ejército que avanza hacia el enemigo, y si el justiciable no es lo suficientemente pudiente como para asumir el riesgo de sumar una condena al pago de las costas del proceso al dinero ya perdido, o lo suficientemente pobre para acudir a la justicia gratuita, aconsejarle que espere a ver si se aclaran los tribunales.

- El criterio del vencimiento objetivo puede producir, además, en determinados tipos de reclamaciones, como las que pueden dar lugar a reclamaciones en

¹⁰⁸ Es el caso de las demandas de nulidad por vicio del consentimiento en la contratación de productos financieros complejos, como los SWAP, cuando hizo fortuna en juzgados y Audiencias la aplicación del principio de la *actio nata* que había aplicado el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, a determinados productos bancarios y financieros complejos, completamente distintos a un SWAP, para determinar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción en el momento de producirse la primera liquidación negativa, no desde la extinción del contrato. El propio Tribunal Supremo declaró esta doctrina en varias sentencias, con base en un error inicial, hasta que llegó la rectificación en STS de Pleno 89/2018, de 19 de febrero, MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I. «Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la doctrina del Tribunal Supremo. ¿Un salto en el vacío?», *Diario La Ley* N.º 9079, (13/11/2017).

¹⁰⁹ Estas consideraciones son las que llevaron a la presentación por el Partido Socialista, el 14/09/2017, de una proposición de ley, de reforma de la LEC 2000 (y de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), en materia de costas del proceso, cuya toma en consideración produjo en la sesión plenaria del 14/11/2017, y en cuya Exposición de Motivos se recoge que «el temor a la condena en costas disuade en muchas ocasiones el ejercicio del derecho de acceso al proceso para solicitar el restablecimiento de derechos que se entienden vulnerados, conociendo que en la resolución del caso concreto intervienen muchas variables que no dependen exclusivamente de quien demanda la justicia que cree vulnerada. Es por ello por lo que se considera aconsejable introducir más elementos para determinar que no basta el vencimiento, sino que a él debe añadirse la necesidad de que la parte vencida haya actuado de manera dolosa o culpable es decir con mala fe o temeridad». Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados, Serie B, Propositiones de Ley, de 22/09/2017, N.º 160-1. Disponible en la web del Congreso: www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas

masa —p. ej., a propósito de la cláusula suelo en las hipotecas—, ofertas de abogados para litigar a costes muy bajos cuando no a coste cero.

Ello supone, para los afectados, un evidente incentivo para litigar, puesto que pueden hacerlo con un coste mínimo coste, si no gratis, incluso en casos en los que el importe del reintegro de resultados de la reclamación es bastante limitado, a condición de tener recursos para, eventualmente, permitirse el pago de las costas procesales en caso de perder el juicio, o le ofrezcan la asunción del riesgo de imposición del pago de las costas procesales en tal caso.

Del mismo lado, el abogado del reclamante también está incentivado para acudir al proceso judicial, aun cuando tenga que ofrecer un «gratis total», por la perspectiva de ganancia en un plazo razonable vía costas procesales, que son pagadas por la parte contraria, la entidad bancaria en el ejemplo señalado.

Y del otro lado, la entidad bancaria también puede sentirse incentivada (o al menos no desincentivada) para oponerse, aun temerariamente, a la reclamación, y no solo por la posibilidad de resarcirse en parte de los costes que tiene que soportar si puede obtener algún éxito, aprovechando tanto las asimetrías de información generada por las múltiples demandas separadas de las que conocen en diferentes partidos judiciales, como su estructura organizativa, que le permite racionalizar jurídica y económicamente su defensa¹¹⁰, sino porque le permite diferir en el tiempo los pagos ya asumidos y provisionados, incluso por concepto de costas procesales, puesto que dicha oposición injustificada no se va a ver afectada en forma alguna por una eventual declaración de temeridad, como ya se están produciendo, puesto que su efecto en un sistema de costas tasadas es prácticamente inexistente.

Se trata de unos efectos que desde luego no se producen con la *American Rule*, con carácter general, pero que sí se produciría en todo caso en casos como el ejemplificado de las cláusulas bancarias abusivas, en el que las entidades difícilmente podrían escapar de la imposición del pago de las costas procesales en aplicación del criterio de la temeridad cuando han sido condenadas repetidamente.

¹¹⁰ Sobre los intereses en juego en procesos masivos, ORTELLS RAMOS, M. R., «Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, Iustel, Madrid, 2016.

3.2.2.4.- Epílogo sobre el sistema procesal en EE. UU.

Como señalábamos, no es difícil observar la importancia que tienen estas 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 sistemas 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 civil¹¹¹.

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: «¿Para qué sirven los tribunales?». Afirma que en tiempos pasados creía conocer la respuesta y creía poder guiar a su alumnos, pero después de hacer la pregunta durante más de cincuenta años, y de contemplar los cambios procesales del último cuarto de siglo, ya no tiene clara cuál es la respuesta en el mundo real del litigio, y «más aún, 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 merecimientos, o de desviar las disputas a arbitraje no parece más avanzado en la respuesta a la pregunta que mis estudiantes y yo nos hemos hecho a lo largo de estos años»¹¹².

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 acordadas¹¹³.

¹¹¹ MILLER, A. R., *op. cit.*, pp. 306-307.

¹¹² MILLER, A. R., *op. cit.*, p. 371.

¹¹³ WOO, M.Y.K., «Case Management or Case Elimination? A Snapshot from North America», *International Journal of Procedure Law*, Volumen 8, 2018, p. 88.

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»¹¹⁴.

Ahora podemos afirmar que la combinación de los elevados costes del proceso¹¹⁵, su larga duración, el riesgo de arbitrariedad en los juicios o 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.

Y, sin embargo, no pueden criticarse sin más algunas de las características del proceso judicial e instituciones que hemos examinado, ni su incidencia en la resolución del conflicto sin necesidad de obtener una resolución judicial, al margen de los graves defectos y/o excesos que puedan producirse en su aplicación práctica.

3.2.3.- El modelo procesal civil en Europa y en España.

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

¹¹⁴ TARUFFO, M., *La prueba...*, *op. cit.* p. 76.

¹¹⁵ En este sentido afirma KAGAN que «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.

cuales hay que incluir los europeos continentales¹¹⁶ 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, 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»¹¹⁷.

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

¹¹⁶ Un caso especial sería el sistema soviético, a caballo entre los sistemas orientales y el romano occidental, y no solo desde el punto de vista geográfico, sino también espiritual (COUTURE), que incluyó a países de Europa central y occidental que respondían a las indicaciones del gobierno soviético; un sistema que concebía los tribunales como un instrumento del poder del proletariado a los que correspondía buscar el criterio aplicable a cada situación para satisfacer los intereses del Partido, cuyos postulados constituían la norma o criterio de aplicación del Derecho. El artículo 5 del Código de Procedimiento Civil Soviético señalaba que «El Tribunal está obligado a tratar por todos los medios de dilucidar los derechos verdaderos y las relaciones mutuas entre los litigantes, a cuyo fin, no limitándose a las explicaciones y datos presentados, coadyuvará al esclarecimiento de las circunstancias relacionadas con la resolución del asunto». En realidad, como señala COUTURE, las instituciones procesales del derecho soviético son análogas y en muchos aspectos idénticas a las del derecho romano occidental, «la diferencia consiste en la insólita extensión de los poderes del juez soviético, característica común de todos los procesos revolucionarios», y en la identificación del derecho de los litigantes (de la verdad buscada para la resolución del asunto) con los intereses del Partido. COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Roque Desalma Editor, Buenos Aires, 1958, pp. 16-18.

¹¹⁷ GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Civitas, 5ª Edición, Madrid, 2011.

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 GUASP y ARAGONESES, desde un punto de vista social el proceso «tiene que ser barato, rápido y sencillo»¹¹⁸, 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.

3.2.3.1.- El modelo procesal civil en Europa.

En este punto hay que recordar una observación preliminar que hacíamos al abordar el sistema procesal norteamericano, y es que nunca ha existido un modelo continental europeo único, ni ahora ni en el pasado, y es imposible sostener sensatamente la existencia de un modelo de *civil law*.

¹¹⁸ GUASP, J., ARAGONESES, P., *op. cit.* p. 40.

Ello es así porque, en realidad, 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 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»¹¹⁹. Y, aunque a principios del siglo XIX pareció existir cierta convergencia como consecuencia de la influencia del Código Napoleónico, ese proceso se frena con la caída del Imperio napoleónico, 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*.

Vamos a ver en qué medida esto es así, examinando brevemente las características principales de cada uno de estos modelos.

3.2.3.1.1.- El Código de Procedimiento Civil francés de 1806.

La historia del procedimiento civil moderno en Europa continental comienza con la Codificación¹²⁰, 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 Real de procedimiento civil del año 1667

¹¹⁹ TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law"...», *op. cit.* pp. 69-94.

¹²⁰ Como señala VAN RHEE, «The period of codification (from the second part of the 18th century) effected a change in procedural law. Elements which had defined the scholarly character of this field in the past disappeared. In the first place, this was a result of the fact that the role of the learned law had played itself out; it was explicitly set aside as a source of law.⁴¹ As a consequence, Romano-canonical procedural law could no longer be used in interpreting procedural rules of positive law. Moreover, the possibility of local and regional comparative law came to an end. After all, in many cases codification brought a uniform procedure for the entire country. The only possibility that remained was in the area of international comparative law». VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure: A European *Ius Commune*?», *European Review of Private Law*, 2000, p. 594.

promulgada bajo el imperio de Luís XIV¹²¹. Fue esta Ordenanza la que introdujo un sistema uniforme para todo el reino de Francia, superando 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 variaciones¹²².

Dicha novedad residía en que trató de crear un patrón general del procedimiento civil, sin perjuicio de la existencia de reglas concretas para necesidades específicas, puso especial énfasis en la oralidad y publicidad del procedimiento, frente al carácter escrito y relativamente secreto que caracterizaban hasta entonces los procedimientos, y en que recogía el espíritu liberal del siglo XIX y su exaltación de la autonomía de la voluntad como valor absoluto y prioritario. 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 en una posición de igualdad, por lo que no se precisaba la intervención 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», y sin que en forma alguna sirva para su identificación con determinados regímenes políticos liberales frente a otros regímenes autoritarios¹²³, sino exclusivamente

¹²¹ VAN RHEE, C.H. «Tradiciones Europeas en el Derecho Civil: una introducción», *Revista Jurídica de la Justicia*, N°15, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pp. 15-43.

¹²² VAN RHEE, C.H., «Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation», *International Journal of Procedure Law*, Volumen 8, 2018, pp. 74-75.

¹²³ 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) Núm. 1*, noviembre 2002. MONTERO AROCA señala sin embargo que no se ha destacado bastante que Código 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 de las personas 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. Entre unos y otros es posible ver la diferencia entre juez espectador, juez dictador y juez director que hizo ALCALÁ-ZAMORA. MONTERO AROCA, J. «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, y la oralidad». Texto base de la conferencia

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 prueba¹²⁴.

3.2.3.1.2.- El Código de Procedimiento Civil austriaco de 1895.

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 francés de 1806 durante gran parte del siglo XIX, supone un profundo cambio de concepción en el campo del procedimiento civil, siendo el reflejo de las nuevas ideas de los 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 suponía una reacción contra el ideal liberal del procedimiento característico del siglo XIX, introducido por el Código Napoleónico, por cuanto partía de la idea de que el litigio no debía considerarse únicamente como un medio para resolver conflictos individuales entre litigantes privados, algo que afectaba solo a ellos, sino como un fenómeno social negativo que afectaba a toda la sociedad¹²⁵, y que por ello debía

pronunciada en las «XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Recuperado el 7 de febrero de 2017 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084998.pdf>., pp. 633-634.

¹²⁴ TARUFFO, M., *La prueba... op. cit.*, p. 269.

¹²⁵ La concepción tan negativa del procedimiento judicial como método de resolución de conflictos civiles, que hoy es posible escuchar y leer a los «partisanos» —como decía OWEN FISS— de la mediación ya es posible encontrarlas en Franz Klein (1854 – 1926), autor del anteproyecto de del Código de Proceso Civil Austriaco, en cuya obra «Pro Futuro» es posible encontrar citas como esta: «¡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 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°2, 2011, p. 22.

resolverse de una forma rápida eficiente y barata, lo que requería de un nuevo equilibrio entre los poderes del juez y los 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 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 debe resolverse sobre la base de la verdad sustantiva¹²⁶, 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.

En el proceso civil alemán, dentro del área de influencias de este modelo austriaco, que en realidad sería austriaco-alemán, el juez ha estado tradicionalmente dotado de amplios poderes en relación con la prueba de los hechos, de forma que es 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, puede contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial»¹²⁷, 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.

¹²⁶ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 616.

¹²⁷ TARUFFO, M. *La prueba. Artículos y conferencia*, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009, pp. 274-275.

3.2.3.1.3.- Las reglas del procedimiento civil inglés.

Es obligada la referencia, siquiera sea breve, al sistema procesal en Inglaterra y Gales, modelo original de *Common Law*, y del sistema adversarial, por la evolución y transformaciones que ha experimentado en cuanto al papel del juez y de las partes.

Durante largo tiempo el derecho procesal inglés fue muy diferente de los sistemas continentales europeos, distinguiendo entre una fase preliminar y una fase de juicio, como una consecuencia de la práctica inglesa del juicio por jurado y del papel asignado a los legos en la distribución de justicia¹²⁸, asignando originalmente al juez el papel al que ya nos hemos referido de «árbitro» pasivo, 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*, no en el de *Equity*, que era comparable en cierta medida con el procedimiento Romano-Canónico.

Dicho papel, sin embargo, empezó a cambiar a finales del siglo XIX como consecuencia de una serie de reformas introducidas por las leyes de Administración de Justicia de 1873-1875 que, con influencias de los Códigos de procedimiento de los estados de Nueva Cork y de Luisiana (este último con influencias francesas y españolas), recopilaron en un Anexo las normas de procedimiento hasta entonces no escritas, y como consecuencia de la abolición de la distinción entre *Common Law* y *Equity*,

De fondo están, siempre, la exigencia de los diversos requisitos que debe satisfacer el derecho procesal, que dan lugar a tensiones, porque, si de un lado debe garantizar un

¹²⁸ «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 cognisance 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 phase. The English practice of trial by jury and the (related) organisation of its process may be viewed as the result of typical English thoughts about the organisation 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.

procedimiento económico y rápido, por otro debe crear las condiciones óptimas 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 las más amplia libertad de alegación y prueba, como por lo largo y costoso que finalmente resulta, de forma que hay que pensárselo dos veces antes de reclamar justicia en un tribunal inglés, por lo menos antes de la reforma de 1998 a que a continuación nos referiremos, siendo una cuestión a examinar en qué medida ha cambiado la situación¹²⁹.

La transformación más profunda, importada de los sistemas de *civil law*, se produce como consecuencia de la publicación de las *Civil Procedural Rules 1998*¹³⁰, que supuso una gran novedad en lo que hasta entonces era un modelo de derecho no escrito, porque se trata de un verdadero código de procedimiento civil, no de una recopilación no exhaustiva y sujeta a cambios por un Comité normativo compuesto mayoritariamente por jueces (como ocurre con las *Federal Rules of Civil Procedure* de Estados Unidos, aunque en este caso su elaboración también fue judicial), como lo era el Anexo antes citado, un código que dota al juez de numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección, tanto

¹²⁹ «Nevertheless, the English procedure (at least, the procedure as it existed before the recent reforms) does not constitute the ideal of efficiency. H. Kötz characterised the procedure of Common Law as the "Rolls Royce of civil procedures". This seems an apt characterisation, 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...», *op. cit.* pp. 609-610.

¹³⁰ *The Civil Procedure Rules*, disponible en: www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made

por lo que se refiere al procedimiento que debe seguir la causa¹³¹, como a la fijación de las audiencias y también para la obtención de las pruebas¹³².

Respecto a la prueba se mantiene en las *Civil Procedural Rules 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

¹³¹ Dentro de los procesos de transformación de los diferentes modelos procesales, y como consecuencia 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 consiste en que el itinerario procesal se individualiza, no por razón del Derecho sustancial 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., COMOGLIO, P., *Procesos civiles en Evolución. Una perspectiva comparada*, Proceso y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 148-149.

¹³² Señala VAN RHEE que, además, «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. Esto 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. Aunque es posible cuestionarse si es que el hecho que el juez se involucre en el proceso pone en duda su imparcialidad, en vista de que podría llegar a involucrarse demasiado en el juicio, se ha afirmado que no existen riesgos al respecto. La participación activa del juez en asuntos procesales 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 perjudicado». VAN RHEE, C.H., «Evolución ...», *op. cit.* p. 33.

Dichas facultades, por lo que se refiere 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 – pero 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 en «El proceso civil de "civil law" ...», pp. 69-94.

De hecho, el mismo autor señala, en similares términos que VAN RHEE, que en Inglaterra, como en Estados Unidos, ocurre que desde «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».

sobre la prueba en diferentes puntos, que podrían parecer similares o incluso más amplios que los otorgados a los jueces en nuestra LEC 2000; véanse si no, solo 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 expertos¹³³.
- 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 sobre esas cuestiones, 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.
- La *Rule 32.5*, que 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, su consideración como prueba principal, y la posibilidad de ampliar su testimonio y dar prueba sobre nuevas cuestiones posteriores a la notificación de la declaración del testigo a la otra parte.

¹³³ 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*, Abbingdon, 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, además, como diferencias esenciales¹³⁴ 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*:

- Respecto a la prueba documental, 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 estén 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*.

¹³⁴ CERRATO GURI, E. «Los medios de prueba en las civil procedure rules inglesas», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Nº1/2015, J.M. Bosch Editor, Barcelona, enero de 2015, pp. 309-333.

- Otra diferencia interesante se produce con la *witness statement*, o declaración de testigos, que es sustancialmente distinta de la declaración testifical de nuestra LEC, que como regla general consiste en la declaración oral del testigo ante el juez en el acto del juicio, mientras que en el proceso inglés se hace inicialmente por escrito, acompañada 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 en el proceso, bajo pena de no poderlos introducir después en juicio como en el caso de los documentos, y tienen valor aun cuando finalmente no fueran 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 la declaración jurada sobre la veracidad de unos hechos (*affidavit*), dentro o fuera del proceso, que, aunque sometido a determinados 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.

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 como consecuencia de

la Reformas de Woolf de 1995-1996. Y ello pese a que el recurso a la mediación y otros sistemas ADR —como recuerda HODGES¹³⁵— es ya parte integral del procedimiento civil desde su implementación, como consecuencia¹³⁶ de las reformas de Woolf en 1999.

Dicha reforma, además de introducir el denominado *three-track system*, o triple circuito para las reclamaciones, en función de su cuantía y complejidad, convirtió en política general dar prioridad a las opciones alternativas de resolución de conflictos (ADR), para procurar acuerdos tempranos y económicamente efectivos. A ello están claramente enfocados el procedimiento judicial, la posibilidad de penalizar con las costas procesales el rechazo injustificado del recurso a un sistema ADR, y las facultades directivas de los jueces, que han determinado un rápido crecimiento, durante los últimos treinta años, de esos sistemas (negociación, arbitraje, mediación, que puede ser evaluativa o simplemente valorativa, *med-arb*, evaluación neutral temprana, conciliación, *ombudsmen*) que ya resuelven más disputas que los tribunales civiles.

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 económico¹³⁷, en ocasiones absolutamente desproporcionado respecto al contenido económico de la disputa¹³⁸, 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

¹³⁵ HODGES, Ch., «Analyse comparative / Comparative perspectives. Proposed Modernisation of Courts in England & Wales: IT and Online Court», *International Journal of Procedural Law*, Volume 6 (2016) n° 1, pp 149-163.

¹³⁶ 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°1, pp. 103-120.

¹³⁷ ANDREWS, N., *op. cit.*, pp. 103-120.

¹³⁸ 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. Citado en SLAPPER, G., KELLY, D., *op cit.*, pp. 1117-1119.

de casos judiciales y forzado a los jueces a adoptar un papel de asesoramiento que está muy alejado de su función tradicional independiente, provocando graves retrasos en los procedimientos judiciales¹³⁹.

El problema, que 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 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 acuerdo¹⁴⁰.

3.2.3.2.- El modelo procesal civil en España. De la LEC 1881 a la LEC 2000.

Si nos hemos venido refiriendo a la contraposición entre el proceso de *common law* que sería un proceso esencialmente oral, frente al proceso de *civil law* que sería esencialmente escrito, y la contraposición entre un proceso *adversarial*, considerado como típico de los ordenamientos de *common law*, en el que el protagonismo en la alegación y prueba lo tienen las partes y el juez tendría un papel absolutamente pasivo, limitado a garantizar el respeto de las reglas, frente a un proceso *inquisitorial*, que se considera como típico de los sistemas de *civil law*, en el que el juez tendría un papel mucho más activo y relevante en el proceso¹⁴¹, la cuestión que nos podemos plantear es en cual de ambas familias es posible encuadrar el proceso civil español.

¹³⁹ Pero los problemas generados por la falta de representación legal 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, puede verse seriamente dañada si resulta que no existe igualdad de conocimiento y de poder de negociación entre las partes, 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 vulnerable. En este sentido SLAPPER, G., KELLY, D., *op. cit.*, pp. 1114-1117.

¹⁴⁰ HODGES, Ch, *op. cit.*, pp. 153-155.

¹⁴¹ TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law"...», *op. cit.* pp. 69-94.

Pues bien, dentro del área el área del proceso civil de *civil law*, y 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 ese proceso de convergencia de los países europeos en la búsqueda de un compromiso entre las concepciones social y liberal 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 nos da una buena pista de lo que ha implicado 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 *common 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 VAN RHEE caracterizaba el proceso inglés 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 menor, al menos respecto a las posibilidades casi ilimitadas de las partes para la alegación y prueba. Otra cosa es que resultara ser un vehículo un poco pesado, y que supusiera realmente en su momento una modernización del proceso, en cuanto que se trata de una ley que, en opinión bastante generalizada en la doctrina, ya nació antigua, por cuanto el legislador de 1881 acogió en la configuración del proceso tipo, que era 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 AROCA¹⁴², el *solemnis ordo iudicarius*.

¹⁴² MONTERO AROCA, J., *op. cit.* p. 585.

Se trataba de un proceso, el de mayor cuantía, que partía de la concepción de que las partes eran las dueñas de los pleitos, y un proceso plenario, por cuanto no existía limitación material alguna, ni respecto a la capacidad de alegación de las partes, que debían disponer con toda amplitud de todos los medios de defensa que consideraran adecuados, ni respecto al ámbito de conocimiento jurisdiccional, caracterizado por la lentitud, la complejidad, los mecanismos dilatorios y el excesivo formalismo¹⁴³, además de la escritura, que garantizaba la seguridad jurídica, y era además una forma de controlar 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 coste¹⁴⁴.

¹⁴³ 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 Valencia (Estudi General)* Núm. 1, noviembre 2002.

¹⁴⁴ La preocupación por la lentitud, la complejidad y los mecanismos dilatorios, además de los elevados costes de los procesos judiciales, ha sido una constante desde antiguo, aunque referida esencialmente en la actuación de los abogados, 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, así:

— 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 1946 se prescribe que los abogados tienen que hacer juramento conforme a las Partidas, que entre otras cosas se refiere a no alargar los pleitos maliciosamente.

— En la ley 39ª de las Cortes de Toledo de 1480, ya en 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.

— 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 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 los no entendidos en derecho, que ignoran fueros y costumbres y actúan como abogados, estorban en los pleitos, la prohibición de intervenir en causas desesperadas o injustas (ordenanza 2ª), exigencias respecto a la alegación y prueba (ordenanza 3ª), la exigencia de honorarios honestos y moderados con el límite de la veintea parte de la cuantía del pleito, que conforme a la ordenanza 9ª queda fijada en sentencia, sin que en ningún caso pudiera exceder de treinta mil o de quince mil maravedíes dependiendo de si actuaban en la Corte Real o en la Corte y Chancillería, o en el resto del reino., debiendo concertarse antes de que el proceso comenzara (ordenanza 12ª). ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., «Las Ordenanzas de abogados de los Reyes Católicos»,

Señalaba COUTURE¹⁴⁵, a este respecto, 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 códigos 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 en cuanto 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 la Constitución de Bayona de 1808 otorgada por José Bonaparte, y 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

Revista jurídica de la Región de Murcia», N.º 23, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1997, pp. 95-114.

NOTA: Como siempre ocurre con la Historia, resulta sorprendente la actualidad de los problemas que se planteaban en los siglos XIV y XV, tales como la profusión legislativa, que ocasiona el alargamiento de los procesos, y que, aunque se impute a los abogados que argumentan jurídicamente sobre ello, hay que entender que se refiere a los que lo hacen abusivamente y para dilatar el proceso; también se incide en la necesidad de formación suficiente, e incluso no solo de un examen previo que acredite esa formación, sino de autorización para actuar expedida por jueces y juristas, no por otros abogados, como el problema de los costes del procedimiento al que se intenta poner coto hasta el extremo de tasar 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. Son criterios que recientemente ha venido a utilizar nuestro Tribunal Supremo (Auto, Sala de lo Civil, de 4(09/2016, Recurso 2499/2011) provocando el absurdo de que al procurador que sacó fotocopias del recurso de casación y lo presentó a sellar en el juzgado se le reconoció el derecho a cobrar en virtud del arancel por el que se rigen sus denominados «derechos», el doble que al abogado que lo redactó y defendió.

¹⁴⁵ COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Roque Desalma Editor, Buenos Aires, 1958, pp. 165-167.

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 marcha¹⁴⁶.

Por lo que se refiere al proceso civil, hay algunos intentos de acoger un proceso más ágil, y, así, con la Ley de 10 de enero de 1838 se regulan los que se vienen a llamar juicios de menor cuantía, un proceso intermedio plenario, rápido, sujeto a los principios de oralidad, concentración inmediatez, publicidad e impulso de oficio, con plazos perentorios e improrrogables, y en la Instrucción del Marqués 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, abuso y dilaciones innecesarias. Ambos chocaron con el 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.

¹⁴⁶ GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., GARCÍA MARÍN, J.M., *Manual básico de Historia del Derecho*, Editorial Laxes, Madrid, 2009, pp. 414-421.

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 mediador entre las partes, siendo éstas las que asumen todas las facultades en el 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»¹⁴⁷.

Esto es lo que permite afirmar a muchos autores, como BARONA VILAR, que la LEC 1881 ya nació antigua, al ser el eslabón que unió la LEC 1855 con la voluntad codificadora que dio origen a la LEC 1881¹⁴⁸, 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

¹⁴⁷ 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

¹⁴⁸ BARONA VILAR, S., «Líneas generales y ...», *op. cit.* p. 1.

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 civil¹⁴⁹.

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 ser debida a 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 acción odiosa, inadmisibles, tanto como la alteración de la moneda o la imposición de reglas al médico»¹⁵⁰.

Frente a un modelo procesal que, como afirma DE LA OLIVA¹⁵¹, «responde a una época de muy inferior litigiosidad y sobre todo, de un *tempo*, de un ritmo vital extraordinariamente más lento», en el que prima la libertad de las partes, 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 la posibilidad de recurrir a sucesivos juicios jurisdiccionales, la LEC 2000 implica un cambio radical.

¹⁴⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La reforma necesaria del proceso civil», *Tribunales de Justicia, Revista Española de derecho procesal*, 1999, núm. 2, pp. 79-92.

¹⁵⁰ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 597.

¹⁵¹ 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, p. 140.

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 judiciales, ya en la primera instancia, que contribuyan a disminuir la litigiosidad¹⁵², para lo que se incrementan notablemente las facultades del juez en el procedimiento, tanto por lo que se refiere al control de los presupuestos procesales, mediante el control de oficio, la subsanabilidad, y el examen de la concurrencia de los presupuestos procesales antes del juicio, como a la determinación y prueba de los

¹⁵² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ ya advirtió en un editorial, en el que se preguntaba si la nueva ley debería tener algún efecto sobre la litigiosidad ante los tribunales, que su respuesta debía ser en principio negativa porque «se puede afirmar que como regla 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. El aumento o descenso de la litigiosidad civil depende de otros factores, pero no, o en una medida muy pequeña, de la legislación procesal», señalando que 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, y señala que la LEC no contiene innovaciones en las regulaciones jurídicas de esos pilares de los que pueda o deba resultar directamente y per se un cambio radical del que quepa 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.

En sentido contrario VEGAS TORRES, tras poco más de 5 años de vigencia de la LEC se pregunta en qué medida la nueva ley ha cumplido con las expectativas, en términos de mejora de la respuesta a las demandas de tutela jurisdiccional, señala que «los datos de los que se dispone indican claramente que se ha producido una sustancial mejora. Me parece muy significativa, en este sentido, la evolución de los asuntos ingresados en los tribunales civiles durante los dos primeros años de vigencia de la LEC. En el año 2001 el número de asuntos planteados ante los tribunales civiles disminuyó un 9%; el siguiente año, por contra, aumentó más del 43%. No creo excesivamente aventurado deducir de estas cifras que, pese a que en el primer año la nueva Ley fue recibida con una cierta —y tal vez comprensible— desconfianza, el segundo año la LEC habría conseguido ya ganarse la confianza de los justiciables y de sus asesores jurídicos hasta el punto de provocar un fuerte incremento de las demandas de tutela jurisdiccional civil», disminuyendo sin embargo en la segunda instancia, lo que atribuye a que «la apuesta por la "justicia de primera instancia" parece estar surtiendo efecto; la previsible eficacia disuasoria de apelaciones infundadas que podía atribuirse al nuevo régimen de la ejecución provisional, unida, 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, son factores que seguramente han propiciado la disminución de las apelaciones y, con ella, la del atasco de asuntos en las Audiencias Provinciales», 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. A. DE LA OLIVA SANTOS, A. y D. PALOMO VÉLEZ, D), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.

hechos¹⁵³, y a la aplicación del Derecho, reconociéndose en el derecho procesal civil español, en el artículo 218 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, claro está, dentro de los límites de la causa de pedir¹⁵⁴.

El ejercicio efectivo de estos poderes de dirección del Juez en la LEC 2000 no 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, lo que es una consecuencia y una exigencia de los principios de oralidad, intermediación 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»¹⁵⁵, esto es, según la Exposición de Motivos de la LEC, plenitud de garantías procesales, claro está, pero también mayor efectividad en el sentido de «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,

¹⁵³ Así lo demuestra el artículo 186 LEC sobre la dirección de los debates; el artículo 217.7 LEC sobre la carga de la prueba; el artículo 282 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 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 LEC limitar su intervención; el artículo 353 LEC decidir sobre el reconocimiento judicial; el artículo 363 limitar el número de testigos, y el artículo 373 LEC someterlos a careo; el artículo 429 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 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.

¹⁵⁴ Como señala 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, *op. cit.* p. 655.

¹⁵⁵ VEGAS TORRES, J., *op. cit.* p. 11.

puesto que la LEC 1881 no formaba parte del grupo de las variaciones de este modelo¹⁵⁶, y al menos por lo que se refiere al proceso tipo, y fundamentalmente antes de la reforma de 1984, resultaba ser 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 sub-apartados 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.

Desde luego, por lo que se refiere a la prueba, el corsé que suponía la presentación escrita de los pliegos de preguntas y repreguntas, cercenaba la espontaneidad de las declaraciones, siendo además absolutamente indiferente el lenguaje no verbal de los declarantes, puesto que la prueba no se practicaba en muchas ocasiones en presencia judicial y no había nadie para apercibirse de las posibles discordancias, lo que limitaba enormemente las posibilidades que podían ofrecer esos medios de prueba para el esclarecimiento judicial de los hechos, frente a la libertad de interrogatorio actual en el acto del juicio, en presencia del juez, lo 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 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.

¹⁵⁶ TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law" ...», *op. cit.*, pp. 69-94.

3.2.3.3.- Puntos de convergencia.

Se puede observar la distinta concepción que animaba a los modelos procesales europeos, anglosajón, por un lado, y francés y austriaco por otro, que podrían considerarse respectivamente adscritos, a grandes rasgos, a los que se han denominado procesos adversarial e inquisitivo, aunque se trate este último de un concepto discutible, que no es posible identificar sin más, por tanto, con los modelos de *common law* y de *civil law*¹⁵⁷.

En la actualidad, como consecuencia de las recíprocas influencias entre los diferentes sistemas, los modelos procesales en Europa, incluyendo el sistema inglés desde la reforma de 1998, tienden a un tipo de litigio civil que pone un mayor énfasis en la cooperación entre las partes y la dirección general del proceso por el juez, aunque se sigue percibiendo de distinto modo qué signifique tal cosa en el modelo anglosajón y en el europeo continental, de forma que si en el primero 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 entre las concepciones social y liberal de los litigios civiles, y la exigencia de un juez activo en orden a terminar con el procedimiento de una forma rápida y efectiva, 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, pero con base en la búsqueda de la verdad sustantiva, en la que colaboran las partes y el juez, como fundamento de la resolución de los procesos judiciales¹⁵⁸. Se trata de una colaboración

¹⁵⁷ Vid. a este respecto nota al pie 67, sobre la inaplicabilidad del concepto de *inquisitorio*, en opinión de TARUFFO, al proceso de *civil law*.

¹⁵⁸ Son inevitables las tensiones para conseguir un equilibrio entre la necesidad de un procedimiento civil rápido, económico y eficiente, y la necesidad de garantizar a las partes la búsqueda y exposición de la verdad, pudiendo influir a tales efectos en el curso del procedimiento y en el tribunal. En ese sentido, señala 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 realised 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

que tiende a considerarse como un deber de las partes y de sus abogados, cuyo incumplimiento puede ser sancionado, y es bajo este contexto que el término «*judicial case management*» debe entenderse en las jurisdicciones que, con diferente intensidad, lo incorporan, y en los denominados «principios de derecho procesal transnacional»¹⁵⁹.

Es evidente el interés en un proceso de confluencia de los ordenamientos procesales europeos 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, porque 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 litigación¹⁶⁰, 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 (proceso monitorio europeo, y proceso europeo para litigios de escasa

above makes it very difficult to design a satisfactory procedure». VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure...», *op. cit.*, p. 601.

¹⁵⁹ Estos principios, desarrollados por el *European Law Institute* y *Unidroit* en 2014, parten de la idea de que no existe propiamente una división de trabajo mutuamente excluyente entre los diferentes participantes en un proceso judicial, 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, y tales efectos existen acuerdos sobre la obligación de leal cooperación, sobre la dirección y planificación del proceso partiendo de la responsabilidad del tribunal en una activa y efectiva dirección del proceso concreto (*case management*), sobre la obligación de presentar os hechos de una forma temprana, preferiblemente antes del inicio de la acción judicial, en una fase previa, sobre la determinación de la ley aplicable (sin perjuicio del principio *iura novit curia*, pero sin que ello justifique una actitud pasiva de las partes), y sobre la obligación de los tribunales de promover una resolución consensuada, a la que las partes tiene que contribuir activamente. Vid. a este respecto: VAN RHEE, C.H., «Case Management in Europe...», *op. cit.*, pp. 80-83.

¹⁶⁰ A este respecto, en relación con el entonces proyecto de procedimiento europeo de escasa cuantía, haciendo constar al tiempo las resistencias de cada uno de los países miembros respecto a una verdadera armonización de los respectivos ordenamientos procesales, vid. LAREDO COLUNGA, M. «¿Hacia un Derecho Procesal Europeo? *Indret 1/2006 Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2006. Recuperado el 14 de febrero de 2017 en http://www.indret.com/pdf/325_es.pdf.

cuantía), o mediante exigencias más concretas como el acceso a la prueba en materia de propiedad industrial derivada de la Directiva 2004/48/CE, y más recientemente en materia de derecho de la competencia derivada de la Directiva 2014/104/CE¹⁶¹. 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 Humanos, y su exigencia de administrar justicia dentro de un tiempo razonable, y con un coste razonable¹⁶², que parecen exigir la existencia de un juez activo, con amplias facultades que lo garantice.

Pero no es difícil observar que, pese a esas recíprocas influencias, que han implicado una profunda modificación de los paradigmas existentes respecto al *common law* y el *civil law*¹⁶³, persisten las notables diferencias existentes entre el sistema procesal

¹⁶¹ 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*, nov, 2010, pp. 141–203.

¹⁶² 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*, Volumen 6, (2016) n°1, pp. 86 y ss.

¹⁶³ De hecho, como señala VAN RHEE, «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

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 *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 pretensión de la prueba procesal 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 hecho la doctrina durante largo tiempo, porque o ambas coinciden, o la verdad formal no es tal verdad—, pero hay que ser humildes respecto a la posibilidad de conseguirla a través del proceso civil¹⁶⁴, limitándose el

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.

¹⁶⁴ MONTERO AROCA habla 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. Vid también TARUFFO, respecto a la distinción entre

proceso a fijar la realidad de los hechos afirmados, con el objeto de conseguir la convicción judicial respecto a lo pretendido.

En este sentido cabe afirmar, con LORCA NAVARRETE¹⁶⁵, que, cuando el artículo 24.2 CE dispone que todos tienen derecho a un proceso público con todas las garantías, o el artículo 2.2 LOPJ dice que los órganos jurisdiccionales ejercen su función jurisdiccional en garantía de cualquier derecho, o la EM de la LEC 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.

Ello supone además, en opinión del citado autor¹⁶⁶, «decantarse por una opción no meramente instrumental sino efectiva de tutela judicial y que, además, supondría la confluencia de la tutela judicial efectiva propia del *civil law* con la del *debido proceso de ley* (*due process of law*) propio del *common law*, por cuanto la “deuda” que se contrae en la aplicación según “ley” de las garantías procesales —debido = deuda contraída en la aplicación de las garantías procesales según la ley (*due process of law*)— supone para el *civil law* que “justicia civil efectiva” signifique según el artículo 24.2 de la Constitución que “*todos tienen derecho (...) a un proceso público (...) con todas las -j)atención! -garantías*”», por lo que el concepto de justicia converge constitucionalmente con el proceso justo, que es el que asume la plenitud de garantías procesales, y nada más. No es justo porque en él se establezca la «verdad», ni la «justicia» en el fallo, y por ello puede

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 y la teoría de la prueba», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N°1/2016, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016, pp. 19-32.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ LORCA NAVARRETE, A. M. «¿"Justicia"... », *op. cit.* p. 257.

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 el «convencimiento de la parte respecto de que se ha desarrollado un proceso justo»¹⁶⁷.

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»¹⁶⁸.

Las diferencias y la concepción ideológica que subyace detrás de cada uno de los sistemas procesales, no obstante ese notable acercamiento —que es posible observar en conceptos esenciales, como lo que significa la justicia¹⁶⁹ y la determinación de la verdad en un proceso justo—, persisten, y para bien y para mal, el *American way of law* tiene todavía poco que ver con los sistemas continentales europeos, lo que, sin embargo, no debe servir para descartar sin más aquellas instituciones y experiencias que puedan ser útiles.

¹⁶⁷ LORCA NAVARRETE, A.M. «El denominado proceso justo», en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 25, Nº1, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013, pp. 35-47.

¹⁶⁸ 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, p. 49.

¹⁶⁹ Lo que llamamos Justicia —afirma FIDALGO GALLARDO— es «una convención: es el resultado de un acuerdo no escrito, pero no por eso menos vinculante para todo el que vive o pretende vivir pacíficamente en sociedad, por el cual, para evitar resolver nuestras diferencias matándonos unos a otros (es lo que técnicamente se denomina exclusión de la autotutela), hemos convenido encomendar a un cuerpo de profesionales independientes a los que llamamos jueces, la declaración de una verdad “oficial” sobre la cual aplicar el Derecho preexistente, y dar por bueno lo que de dicho sistema resulte». Esa verdad «oficial» no tiene por qué coincidir con la verdad, dada la limitada capacidad humana para acceder a ella, por lo que «el proceso es mentira, o puede serlo, en la medida es que es constitutiva y necesariamente un instrumento falible y limitado, que no puede dar respuesta a todos los litigios planteados en la sociedad, y que cuando lo intenta (esto es, cuando en un caso concreto se somete al conocimiento de los tribunales un litigio determinado pidiendo las partes que se haga Justicia: que se le dé a cada uno lo que en Derecho le corresponde), puede marrar en su objetivo, en mayor o menor grado y con mayor o menor frecuencia». FIDALGO GALLARDO, C., «El proceso es mentira. Esbozo de una teoría sobre la naturaleza del proceso», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, Iustel, Madrid. 2017.

4.- IMPLEMENTACIÓN DE LOS ADR EN EUROPA Y ESPAÑA.

Puede afirmarse que los sistemas ADR han existido siempre, y que siempre han coexistido con la vía jurisdiccional para la solución de conflictos; baste recordar la antigüedad y raigambre de instituciones como la conciliación o el arbitraje, como tendremos oportunidad de examinar más adelante. Pero tras un proceso de consolidación de los Estados sociales y democráticos de Derecho, que supuso la asunción de políticas tuitivas por parte del Estado —lo que exigía un poder judicial fuerte, capaz de 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.

Es en los Consejos Europeos de Viena de diciembre de 1998, y de Tampere de octubre de 1999, cuando se pone de manifiesto de una forma expresa la necesidad de estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente en relación con los conflictos familiares transnacionales. Y es en el año 2002 cuando, como consecuencia de una invitación del Consejo de Ministros de Justicia e Interior a la Comisión de las Comunidades Europeas para que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de derecho civil y mercantil distintas al arbitraje, en el que se recapitulara y analizara la situación existente, e iniciara una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniera adoptar, se presentó el solicitado Libro Verde¹⁷⁰ sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

Este Libro Verde se concibe como una oportunidad para dar a conocer los sistemas ADR a un gran número de personas, además de hacer más inteligibles las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y a escala comunitaria, todo ello con fundamento, tanto en el interés suscitado por el beneficio directo que supone su práctica para los ciudadanos, en la medida en que serán capaces de resolver sus

¹⁷⁰ Disponible en la página web del Consejo General del Poder Judicial. URL (fecha de acceso 10/11/2017): <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/NormativaEuropea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>

conflictos de una forma más rápida y eficaz al margen de los tribunales, y el beneficio indirecto derivado de un mejor acceso a la justicia por razón de la disminución del número de asuntos que llega a su conocimiento, como en los trabajos legislativos encaminados a su reconocimiento y regulación por los Estados miembros, y también, por último, en que se considera una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea, que asuman 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 ellos, 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.

No referiremos a ella con posterioridad, al tratar específicamente de la mediación, por lo que baste, por ahora, con señalar que la Directiva se refiere sólo a los litigios transfronterizos, por lo que impone un contenido mínimo que debe ser respetado por los diferentes Estados a la hora de regular los aspectos relativos a la mediación, sin perjuicio de que puedan ir más allá regulando otros aspectos distintos, 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, si se quiere que estos sistemas sean una verdadera alternativa al proceso. Y ya anticipamos, siquiera sea brevemente, que un adecuado desarrollo y reforma del proceso civil, que estimulara adecuadamente el recurso a sistemas ADR como una opción frente a la resolución mediante un proceso judicial, 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 el uso voluntario de esos sistemas alternativos. Se ha errado sin embargo en el objetivo — lo que a la postre 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 las ADR que, como hemos dicho, se apunta explícitamente en 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 (aunque dada la secular falta de medios en la Administración de Justicia, que la prolongada crisis económica no ha hecho sino agravar¹⁷¹, podría considerarse estructural), y es que las ADR constituyen una 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, y en referencia a la mediación, abunda el Informe del Consejo General del Poder Judicial 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 objeto 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»¹⁷². Y lo mismo se expresa en el

¹⁷¹ 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 presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando señala que: «En el actual contexto económico, se hace imprescindible garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales mediante la adopción de medidas que mejoren la eficiencia de todas las Administraciones Públicas, incluyendo la Administración de Justicia. Por ello se propone una reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que garantice la prestación del servicio público elevando los niveles de profesionalización de la carrera judicial. Se pretende posibilitar que en la práctica totalidad de los casos las resoluciones judiciales sean dictadas por miembros integrantes de la carrera judicial y que la actuación de jueces sustitutos y magistrados suplentes sea excepcional, ante circunstancias de necesidad acreditada y motivada, prestando de esta manera un servicio de mayor profesionalización hacia los ciudadanos. [...] Solamente y de manera excepcional, cuando no resulte posible la formación de Sala con un juez o magistrado de carrera, podrá acudir a la figura del magistrado suplente no integrante de la misma, cuyo llamamiento queda condicionado a la existencia de disponibilidad presupuestaria».

¹⁷² Sobre este punto, y la importancia del impulso de la mediación desde los poderes públicos, como sistema alternativo a la vía judicial (mediación extrajudicial) o como complementario (mediación 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

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 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 aquéllos¹⁷³, 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»¹⁷⁴.

Ni el proceso judicial puede ser concebido como un último remedio, para el caso de que no sea posible un acuerdo¹⁷⁵, ni corresponde a la mediación reducir la carga de trabajo de los tribunales. Se trata de un objetivo erróneo en su formulación, que no contribuye en nada a lo que podría ser, efectivamente, una consecuencia¹⁷⁶ de la efectiva

territorial del Estado, Vid. DORADO PICÓN, E. «El Arbitraje y la mediación en España», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, *Monográfico Arbitraje y Mediación, Problemas actuales, retos y oportunidades*, enero de 2013, (Coord. C. ALBERTO DOREGO, Dir. I. SÁEZ HIDALGO) Junta de Castilla León, Valladolid, 2013.

¹⁷³ En este sentido afirma PILIA que fue la dramática situación de crisis del sistema judicial italiano, que se manifestaba en la congestión general de las oficinas de los tribunales, y en la muy grave demora en la resolución de las disputas, las que hicieron necesaria la solución jurídica adoptada de establecer la mediación obligatoria, que ha determinado los primeros resultados positivos registrados en materia de mediación. PILIA, C., *La mediazione volontaria*, Colección Quaderni di conciliazioni - Serie Monográfica, Editorial AV, Cagliari, 2012, p. 195.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, cuando 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 Preámbulo de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuando señala que la institución de 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 de nuestra Comunidad Autónoma»; y también el Preámbulo de la más reciente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunidad Valenciana, cuando incluye los procedimientos orientados a tratar o prevenir los conflictos dentro del derecho fundamental de acceso a la justicia, y 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».

¹⁷⁵ HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 17-18.

¹⁷⁶ Como señala 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 es un antecedente de la mediación el deseo del legislador de reducir la carga de trabajo de los tribunales; eso es, en su caso (no siempre y necesariamente),

implantación ya no solo de la mediación, sino, de una forma más amplia, de sistemas ADR realmente alternativos al recurso a la resolución judicial¹⁷⁷, pero que no se puede pretender como objetivo principal, objetivo que debería ser, como señala la Directiva 52/2008, sobre mediación en el ámbito civil y mercantil, 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 aquellas¹⁷⁸.

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», hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales de justicia¹⁷⁹, y sin perjuicio de reconocer el indudable valor que por sí mismos pueden tener los sistemas ADR, la difícil coyuntura económica de muchos Estados de la Unión Europea, incluida España, incapaces de equilibrar sus presupuestos y de absorber el gasto corriente, no solo de una Administración en muchos casos hipertrofiada —aunque no precisamente

una consecuencia». BONET NAVARRO, A., «Acuerdo de mediación y proceso civil» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (Dir. A. BONET NAVARRO), Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2013. p.79.

¹⁷⁷ Crítica MUERZA ESPARZA a este respecto que se haya presentado el arbitraje 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. J. SIGÜENZA LÓPEZ, G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, Coordinadores R. CASTILLO FELIFE, S. TOMÁS TOMÁS), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 21-43.

¹⁷⁸ En este sentido BERLINGUER hace dos afirmaciones muy interesantes: en primer lugar, que no ve a nivel de cada Estado miembro el cambio cultural que llevó por lo general en los EE. UU. a un mejor acceso a la Justicia, sino que más bien al contrario, ve «una actitud generalizada, una *forma mentis* que lleva a muchos a esperar que sea el Estado quien por iniciativa propia introduzca reformas, inicie un cambio cultural» que en EE. UU. fue liderado por la sociedad civil, y se pregunta «¿cuál es el número de revistas jurídicas dedicadas al tema de los métodos de RAL? ¿Cuántas Facultades de Derecho en Italia o España ofrecen cursos especializados en la misma materia; cuántas investigaciones científicas, cuántas conferencias? » BERLINGUER, A., «Hacia un modelo europeo de mediación», *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 5/2013. Artículo BIB 2013/1768.

¹⁷⁹ En este objetivo vuelve a incidir la más reciente Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, afirmando que la mediación puede ser un instrumento útil para aliviar los sobrecargados sistemas judiciales en determinados casos, ya que puede permitir la resolución extrajudicial rápida y barata de los litigios, teniendo en cuenta que la duración excesiva de los procedimientos judiciales puede constituir una violación de la Carta de los Derechos Fundamentales, al tiempo que garantiza un mejor acceso a la Justicia y contribuye al crecimiento económico.

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 crecimiento de población, incapaz de asegurar el relevo generacional, 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, 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 existentes en el siglo XIX¹⁸⁰ (lo que no quiere decir que esa dotación fuera entonces suficiente), y exigir el correcto cumplimiento de un servicio público básico para ciudadanos y empresas, para la economía y hasta para la misma supervivencia del Estado, como es la Administración de Justicia¹⁸¹.

¹⁸⁰ 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, frente a 46.438.442 de habitantes a 31 de diciembre de 2015, para los que había un total de 5.847 jueces y magistrados, según datos obtenidos del portal de transparencia del CGPJ, lo que significaba un juez cada 7.942 habitantes. Estos datos carecen de relevancia alguna fuera del contexto social y económico con el que están en relación. Puede parecer a primera vista que la ratio ha subido, de 4,37 a 12,5 jueces y magistrados por cada 100.000 habitantes, lo que significa se habría triplicado el número de jueces y magistrados, y ello podría llevar a pensar que el problema reside en un incremento de la litigiosidad de los ciudadanos, cuando la realidad es que a mediados del siglo XIX pocos tenían nada por lo que litigar, y es que utilizar ese dato al margen de la abisal diferencia de realidad social y económica entre la sociedad de mediados del siglo XIX y la del siglo XXI induce sin ninguna duda a error sobre el problema y la forma de afrontarlo.

¹⁸¹ Opina ESPLUGUES MOTA, y aunque referido al arbitraje es extensible a todas las ADR, que «El volumen de reformas de las normativas nacionales que se han producido y el hecho de que todas vayan en la misma línea no hace sino reflejar la superación de la idea del arbitraje como una justicia de segunda o su mero encasillamiento como desmasificador de juzgados. La idea que subyace en estas reformas es mucho más clara y poderosa, y está dotada, además, de mucho mayor alcance. Es el reconocimiento por parte del Estado de su incapacidad para afrontar el reto de ofertar a los ciudadanos una justicia ágil, rápida y eficaz, y de la consiguiente necesidad de aproximar de forma crítica, incluso de refundar, la noción misma de administración de justicia. Una administración que, además de manifestación preclara del *imperium* del Estado es, sobre todo y antes que nada, un servicio prestado al ciudadano. El fomento del uso de mecanismos de ADR por parte del Estado es, en este sentido, tanto una buena noticia para los ciudadanos

El hecho es que, siendo cierto ese cambio social y económico de la sociedad, que ya apuntaba MONTERO AROCA¹⁸² 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 consumo, y siendo cierto que ello 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 modernas¹⁸³ y a los problemas en la Administración de Justicia que se denuncian, ello no viene sino a confirmar en gran medida la afirmación anterior, y es la incapacidad y la falta de voluntad política de los Estados, pese al incremento exponencial de los recursos económicos 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 XXI¹⁸⁴.

Europeos, como una aceptación por parte de los Estados y de sus gobernantes de su carácter terrenal. ESPLUGUES MOTA, C., «El arbitraje en Europa: el difícil encaje de una institución floreciente en el proceso de armonización del Derecho en la Unión Europea», 2010. URL: <https://www.academia.edu/12504589> (Acceso 23/04/2017).

¹⁸² Señala MONTERO AROCA que «El problema fundamental del proceso civil en las últimas décadas ha sido el aumento de la litigiosidad, que suele presentarse como un mal cuando es sólo un síntoma de profundas modificaciones sociales. En efecto: 1) Durante siglos el proceso civil fue el instrumento con el que los poseedores solucionaban sus litigios, de modo que los no poseedores quedan excluidos del mismo. Sólo determinadas capas de la población tendrían acceso a este proceso, lo que suponía un número no excesivo de procesos que podían ser solucionados por una organización judicial reducida y con pocos medios personales y materiales. 2) En muy poco tiempo, prácticamente en los últimos cincuenta años han accedido a la justicia amplias capas de población que antes estaban excluidos de ella, en parte porque el número de propietarios ha aumentado, pero también porque otros derechos han entrado en liza, como es el caso 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.

¹⁸³ En este sentido BARONA VILAR, que la atribuye al «aumento imparable de la conflictividad social, en todos los sectores de las relaciones jurídicas, en parte por el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos, ha provocado un claro ensanchamiento del mismo sistema legal, auspiciando, cada vez más, la conformación de relaciones jurídicas desconocidas hasta el momento»; BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.* p. 33.

¹⁸⁴ Por supuesto la viabilidad económica de la Justicia tiene una gran importancia, sin embargo, como señala HAU, habría que aceptar que la abolición de las barreras al acceso a la justicia y la

No se trata, en modo alguno, de negar el valor que indudablemente tienen por sí mismos los ADR 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 judicial¹⁸⁵, 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 la existencia de alternativas a la vía judicial, como señala el profesor DE LA OLIVA, es bueno que existan y que estén bien reguladas, «pero 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)»¹⁸⁶.

descarga de asuntos no van de la mano, tanto lo uno como lo otro sólo puede conseguirlo quien esté dispuesto 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 del 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». 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°.1, 2019, pp.32-33.

¹⁸⁵ En este sentido, el Preámbulo de la Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña, incide en la importancia que tiene por sí misma la mediación al señalar que «La voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos no sólo tiene la finalidad de agilizar el trabajo de los tribunales de justicia, sino, fundamentalmente, la de hacer posible la obtención de soluciones responsables, auto gestionadas y eficaces a los conflictos, que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos y que preserven la relación futura entre las partes».

¹⁸⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia: síntomas patológicos», en *Otrosí: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Septiembre 2011, pp. 7 y ss. En el mismo sentido NIEVA-FENOLL, cuando tras afirmar que obviamente el 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, señala que «Dichos inconvenientes son provocados, fundamentalmente por la

La realidad es que sería una paradoja que, habiendo argumentado determinados sectores en defensa de la mediación, hasta la saciedad, que el sistema judicial habría hurtado el conflicto y el poder de disposición sobre el mismo a las partes, y que hay que devolvérselo, se les hurtaran de nuevo uno y otro por los «partisanos» de la mediación.

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 número de pleitos, porque el hecho de que lo haya no es mejor ni peor a que nos 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»¹⁸⁷, mecanismo que debe tener todas las garantías jurídicas imprescindibles para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, teniendo en cuenta que, 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”»¹⁸⁸ que no es posible obviar.

Es decir, lo que debe quedar muy claro, en cualquier propuesta para implantar sistemas alternativos o complementarios al judicial, es que no puede tratarse —porque no sería admisible como principio— de una renuncia a la justicia, sino de la existencia de diversos mecanismos para resolver un conflicto, además de la vía jurisdiccional, y para ello, además de las 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

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». NIEVA-FENOLL, J., *Derecho Procesal I (Introducción)*, Marcial Pons, Madrid. 2014, p. 20.

¹⁸⁷ GUTIÉRREZ SANZ, M.R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, Madrid, La Ley, 2010, p. 5.

¹⁸⁸ Afirma TARUFFO, 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». TARUFFO, M., *La prueba, ... op. cit.*, pp. 198-199.

ADR, 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.

Una restricción directa sería la mediación obligatoria que se pretende desde determinados sectores¹⁸⁹ que se ha plasmado muy recientemente (diciembre de 2018) en un Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado en Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019, que quiere imponerla, de una forma que podríamos denominar «semi-mitigada» —limitada no ya a la sesión informativa sino a una sesión exploratoria, aunque pueden desarrollarse conjuntamente—, como presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial en determinadas materias, además de la posible derivación a mediación intrajudicial que podría ser ordenada judicialmente en cualquier momento, siempre que no se hubiera intentado previamente¹⁹⁰.

Una restricción indirecta a esa libertad es la que ha ocurrido 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 noviembre¹⁹¹, unas tasas muy elevadas,

¹⁸⁹ 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, como afirma DE LA OLIVA SANTOS, aunque en referencia al Proyecto de Ley de Mediación, no se trata sino de reintroducir un requisito de procedibilidad semejante y equivalente al que ya existió en la Justicia civil española al menos durante ciento trece años consecutivos, cuando se exigía la conciliación obligatoria previa, con nulo éxito o, para ser más exactos, con absoluto fracaso, por lo que se puede afirmar que sus promotores han descubierto no el Mediterráneo, sino más bien el Mar Muerto. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.* pp. 7 y ss. En el mismo sentido BONET NAVARRO, J., «El abogado ante el procedimiento de mediación: de espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas», en *Revista Jurídica Región de Murcia*, N.º 47, 2013, p. 17.

¹⁹⁰ Disponible en la web del Ministerio de Justicia (acceso 28 de febrero de 2019); https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429062854?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_impulso_de_la_mediacion.PDF

¹⁹¹ 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

en ocasiones exorbitantes¹⁹², 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

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 por el juzgado de Primera Instancia nº8 de A Coruña, 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, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, 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» 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».

¹⁹² Para tomar cabal conocimiento de ello, porque ha formado parte del debate, puede ser útil poner un ejemplo de un proceso habitual en el momento de crisis económica en la que se implantó: una demanda de juicio ordinario interpuesto por Don José y Doña Josefa contra la promotora La Pelota, SL, en reclamación de resolución de contrato de compraventa de vivienda en construcción por precio de 300.000 €, y devolución de cantidades anticipadas a cuenta (un 10%): Demanda de primera instancia: 300 € de cuota fija más 0,5 x 300.000 € de cuota variable. Total = 1.800 €. Recurso de apelación: 800 € de cuota fija más 0,5 x 300.000 de cuota variable. Total: 2.300 €. Es decir, sin acudir a los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, que tendría cada uno de ellos un coste de fijo de 1.200 €, es decir, 2.400 €, más la cuota variable, que ascendería en total a 3.000 €, por lo que supondría en conjunto 5.400 € de tasa judicial, la primera y segunda instancias tendrían un coste para Don José y Doña Josefa, solo por concepto de tasa judicial, de 4.100 €, y ello en un momento en el que económicamente están debilitados, precisamente porque invirtieron sus ahorros entregándolo como cantidad anticipada para la compraventa de una vivienda que nunca se construyó, y sin muchas perspectivas de poder recuperar nunca dicha cantidad, dada la más que posible situación de concurso de la promotora La Pelota, SL, ni tampoco los honorarios de los profesionales que les representan y defienden en esa reclamación. Afirmar que Don José y Doña Josefa no se tendrían que haber comprado esa casa, es una iniquidad, y argumentar que más cobran los profesionales del Derecho que les defienden, otra más grave si cabe, además de demostrar un profundo desconocimiento de la realidad, confundiendo lo que puedan ganar unos pocos abogados con los magros e inseguros ingresos de la inmensa mayoría de ellos.

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 pretende encubrir lo que es en realidad traba, cortapisa, limitación, 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»¹⁹³, 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 hacer un breve excursus, y es que se trata este de un argumento particularmente lacerante, por cuanto implica una falsa e injusta imputación a los justiciables, ese colectivo tan real como indeterminado, que tiene la misma extensión que debilidad, por cuanto todos los ciudadanos los somos potencialmente, y por lo mismo no se percibe como una necesidad hasta que nuestros derechos se ven conculcados y nos vemos en la necesidad de defenderlos, y porque es una especie de «mantra» que se repite incansable, por determinadas personas y colectivos: la supuesta tradición y gusto de los españoles por litigar, «judicializando» cualquier conflicto, en lugar de acudir al consejo o decisión de los 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 por la judicialización de los conflictos («más vale un mal acuerdo que un buen pleito», «pleitos tengas y los ganas», «el litigio solo beneficia a los que no litigan», «no hay pleito bueno sino el ajeno», etc.), antes bien todo lo contrario.

Pero es que, además, como señala DE LA OLIVA en la Introducción a la obra de BENTHAM, «Una protesta contra las tasas judiciales»¹⁹⁴, «Judicializar es un *palabro* de

¹⁹³ ASECIO MELLADO llama la atención sobre el hecho de que, aunque se alude directamente a razones recaudatorias, su verdadero 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». ASECIO MELLADO, J. M., «La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre», *Diario La Ley* N.º 8115, 201.

¹⁹⁴ Señala DE LA OLIVA SANTOS en la introducción a la reedición de la obra de Jeremy Bentham, *Protest Against Law Taxes*, que ésta «aborda prácticamente la totalidad de las cuestiones que las tasas judiciales suscitan hoy día lo mismo que al final del siglo XVIII: su efecto como factor de denegación de Justicia, su pretendida virtualidad mitigadora de la litigiosidad, reprochable en mayor o menor grado (por infundada o por trivial); su justificación en la supuesta equidad —en realidad suma iniquidad— de que quienes usan la Justicia sean quienes la paguen, etc.». BENTHAM, J, *op. cit.* p. 32.

connotaciones peyorativas que busca desprestigiar el recurso a la autoridad judicial presentando a quienes acuden a los tribunales como personas cuando menos molestas, pero de ordinario abusivas y desconsideradas, que tratan de movilizar los esfuerzos de jueces y otros servidores públicos, para tareas que no les son propias. Pero movilizar a los jueces para que resuelvan conflictos a los que son aplicables normas jurídicas no es “judicializar”...¿Hay acaso una “tradicón española” de llevar a los tribunales de justicia lo que no son pretensiones de tutela, sino discusiones y diferencias de criterio de toda índole ajenas al Derecho? No, absolutamente no. Lo que ha habido en España es, y de lo que todavía hay muchos restos, es una tradición nada lamentable, sino bendita y laudable: la de que se llevan a los tribunales los agravios, lo que consideramos injusto ilícito e ilegal, en vez de resignarse el débil frente al fuerte o incluso el poderoso ante quien le supera en poderío».

Y a propósito de estas últimas palabras no es posible obviar el momento elegido para la imposición de 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), 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.

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 el motor de un Fórmula 1, el argumento prescinde de la realidad de que la gravedad de un problema puede ser muy 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 DRAE, 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, como pone de manifiesto GIMENO SENDRA, «el informe al anteproyecto de la ley de tasas efectuado por el C.G.P.J. 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»¹⁹⁵, 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, afirma el mismo autor, el establecimiento de tasas judiciales es constitucional, también afirma que lo que puede resultar inconstitucional es el establecimiento de unas cuotas que impidan el libre acceso de los ciudadanos a los tribunales¹⁹⁶, al tratarse de un requisito fiscal desproporcionado que puede constituirse en un irrazonable obstáculo al ejercicio por los ciudadanos del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁹⁷.

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, modifica en su artículo 11 [Capítulo III de medidas en el ámbito de la Administración de Justicia] la

¹⁹⁵ GIMENO SENDRA, V., «Acerca de la constitucionalidad de las tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 29, Iustel, Madrid. 2013.

¹⁹⁶ GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y financiación de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, Iustel, Madrid. 2016.

¹⁹⁷ En este sentido también 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*, nº1, El Derecho Editores, junio 2013, pp. 71-78.

citada Ley 10/2012, declarando exentas a las personas físicas, y a las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, conforme a su normativa reguladora, 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».

Esta reforma, que no por suponer una rectificación y corrección, deseada y deseable, de la Ley 10/2012, modifica un ápice la aversión que produjo su implantación, y sigue produciendo su subsistencia, antes bien, como señala DE LA OLIVA, la «intensifica, al ver plenamente confirmada la frivolidad y la arbitrariedad extremas (no solo en las cuantías del gravamen sino en éste mismo) con que la citada Ley fue aprobada a uña de caballo apenas tres meses antes»¹⁹⁸, es además una reforma solo parcial, porque lo cierto es que siguen existiendo unas tasas judiciales muy elevadas, con una función claramente desincentivadora, que constituyen una traba para el acceso a la justicia a 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, que era 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 al menos, están gravemente afectadas por la crisis, y ello por razones 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, lo que llevó al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la ley 10/2012, que todavía sobrevivían pese a las sucesivas reformas, en la STC 140/2016, de 21 de julio, que cuestiona la proporcionalidad de las tasas, y su necesidad, además de su idoneidad para cumplir con el pretendido efecto de disuadir del recurso a la justicia a quienes la quieren utilizar abusivamente como táctica dilatoria, puesto que es evidente que las tasa 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 derechos¹⁹⁹.

¹⁹⁸ BENTHAM, J., *op. cit.* p. 40.

¹⁹⁹ GIMENO BEVÍÁ, 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*, núm. 41, Iustel, Madrid. 2017.

Tampoco existía ni existe todavía una implementación adecuada ni de la mediación ni, en general, de sistemas ADR, que pudieran constituir para las personas con un conflicto una alternativa real al sistema judicial²⁰⁰, y sin que, aun cuando existiera, 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 solo la dejamos apuntada, porque abundaremos en ella al tratar de la negociación, aunque sea extensible a todos los ADR autocompositivos, y es que todos ellos se desarrollan a la sombra de un juicio, es decir, teniendo en cuenta qué pasará si finalmente no se llega a un acuerdo, por lo que si ese acceso a los tribunales se obstaculiza se está incentivando el incumplimiento y desincentivando el recurso a la mediación.

Y ello es así, como afirma LAFUENTE TORRALBA, porque, «teniendo en cuenta que la mediación requiere la implicación de ambas partes para poder funcionar y tener éxito, es evidente que la actual regulación de las tasas no propicia precisamente el sometimiento a mediación de la parte que no ha cumplido, o ha cumplido defectuosamente sus deberes legales o contractuales. Muchos preferirán sencillamente 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»²⁰¹.

²⁰⁰ Los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad núm. 973/2013, interpuesto por ciento nueve Diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley de tasas, argumentaron la importancia que tiene en nuestra «cultura jurídica» la atribución al Estado-Poder Judicial de la función de hetero-composición de los conflictos jurídicos, en vez de optar por el fomento de mecanismos alternativos a la jurisdicción como el arbitraje o la mediación, como en los países anglosajones, lo que les llevaba a denunciar que la falta de acceso a la jurisdicción producía, además de una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1CE, «una quiebra objetiva del Estado de derecho, que la Constitución incorpora como uno de sus fundamentos, y ello como consecuencia del efecto combinado que limita de forma irrazonable y discriminatoria el ejercicio de derechos fundamentales, incorporando soluciones frontalmente contrarias a principios establecidos en el texto constitucional». STC 140/2016, de pleno, de 21 de julio de 2016.

²⁰¹ 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 economica in Italia ein Spagna*, (Dir. J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 385-398.

Al tiempo, es difícil que el justiciable que se ve en la tesitura de tener que reclamar su derecho se aventure a una mediación, con los costes asociados a ella que terminarán sumándose a los de la tasa judicial y a los de la reclamación judicial.

Se ha propuesto también por algunos autores, como una propuesta de *lege ferenda*, la introducción de estímulos fiscales a la promoción y recurso a la mediación, como una especie de recompensa o compensación por la correlativa reducción de costes que significa para la Administración de Justicia que jueces y tribunales no tengan que intervenir para resolver el conflicto, y de hecho en la Ley 10/2012 (artículo 8.5) ya se preveía una 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»²⁰², 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, con un límite de 500 €, siempre que se trate de mediación pre-procesal y lleguen efectivamente a un acuerdo, y proponiendo para los segundos —para involucrarles activamente en el recurso a la mediación— incentivos fiscales, e incluso reducción de cuotas colegiales.

Parece difícil que dichas medidas tuvieran puedan tener efecto alguno para la resolución de un conflicto acudiendo a mediación.

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 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.

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, en la medida en que puedan dar una efectiva satisfacción a sus derechos e intereses, y no parece que tal incentivo —salvo para reclamaciones de escasa cuantía, y sin otras cuestiones,

²⁰² MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado: nuevas perspectivas prácticas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, Iustel, Madrid. 2014, pp. 37-38.

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 implique 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 procesales²⁰³.

No parece que sea el camino más adecuado para la implantación de los ADR en Europa y en España centrar el debate en su obligatoriedad o no, como no lo es acudir a estímulos artificiales, bien dificultando el acceso a los tribunales a través de trabas económicas, por medio de tasas judiciales o mediante la expulsión del acceso a los tribunales de reclamaciones de hasta cierta cuantía, bien mediante incentivos fiscales directos para el recurso a la mediación, de los que solo se beneficiarían los que de todos modos lo habrían resuelto así, trasladando además el costo a los usuarios de todo el sistema económico vía impuestos²⁰⁴.

²⁰³ Sobre la falta de neutralidad sobre la forma de resolver el conflicto del actual sistema de imposición de costas procesales conforme al criterio del vencimiento objetivo, 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.

²⁰⁴ En Italia, 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.

Tampoco lo es demonizar el proceso judicial, identificándolo con una «guerra» entre las partes oponiéndolo a la «cultura de la paz»²⁰⁵, identificada con la mediación²⁰⁶.

Y tampoco es el camino más adecuado centrar todos los esfuerzos en la mediación, olvidando que los sistemas ADR son muchos, y no solo 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 en donde más se han desarrollado estos sistemas alternativos), dada la flexibilidad de su configuración que depende de la voluntad de las partes.

Ocasión habrá de tratarlo más adelante, pero su más adecuada implementación pasa por un mayor desarrollo de los ADR más comunes, más o menos usados, pero ya existentes y reconocidos en nuestro ámbito y por la legislación española, como son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, y por el desarrollo de un esquema e instituciones del proceso civil que permita acudir a esos y otros métodos ADR, no por razones extrañas y ajenas a los intereses y derechos en liza, sino porque garanticen

²⁰⁵ En este sentido GORJÓN GÓMEZ afirma 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», que la sociedad debe de tomar conciencia que existen otros métodos distintos a la vía judicial para resolver sus conflictos, lo que requiere desde luego un profundo cambio de conciencia social, y que «el uso de sus técnicas MASC permite a la sociedad participar directamente en la solución de sus controversias, evitando con ello la escalada social de los conflictos, inhibiendo acciones violentas y previendo consecuencias costosas para las partes en lo particular o en lo colectivo, consiguiendo un triple propósito, la solución, la prevención y la ciudadanización de la justicia». GORJÓN GÓMEZ, F.J., «Teoría de la impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz», en *Comunitania. Revista Internacional del Trabajo Social y Ciencias sociales*, N°10, julio 2015.

²⁰⁶ El proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que posee una sociedad para la resolución de controversias, un medio en el que las partes ciertamente se enfrentan en reclamación de sus derechos, pero dando razón de ella y justificándolo con las pruebas oportunas, bajo el principio de igualdad de un «proceso justo» que se constituye en garantía de esos derechos; el proceso no es una guerra, ni tan siquiera la simboliza, como dice NIEVA-FENOLL, «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?», en *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, p. 48.

adecuadamente esos intereses y derechos fundamentales del justiciable, sin que en modo alguno se vea afectado el derecho a la tutela judicial efectiva²⁰⁷.

5.- PRESENTE DE LOS ADR, Y EN PARTICULAR DE LA MEDIACIÓN, EN EUROPA Y EN ESPAÑA.

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, 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 mínimos²⁰⁸, limitándose 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,

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ El legislador europeo podía haber escogido otro instrumento, que regulara la institución con mayor exhaustividad y alcance, pero escogió deliberadamente éste, probablemente por las notables diferencias en su extensión y aceptación en los diferentes países que integran la Unión Europea. AZCÁRRAGA MONZONIS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N.º 25, junio 2013.

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 finalmente transpuesta en nuestro país (ya tendremos ocasión de estudiar el proceso), y el legislador español, que ya contaba con la experiencia previa de una legislación autonómica, en materia de mediación familiar, 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 pone de manifiesto un estudio publicado por el Parlamento Europeo en enero de 2012, con el significativo título «*Rebooting the mediation directive*»²⁰⁹, 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 de Mediación de 2008 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 ve obligado a reconocer que, a pesar de este movimiento, la Directiva no ha 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

²⁰⁹ 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) (Visitado 26 de marzo de 2017).

procedimientos judiciales»; sólo un país, Italia, informa en esas fechas²¹⁰ 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:

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%

²¹⁰ Sobre el proceso legislativo seguido en Italia, que se inicia con la Ley N.º 69, el 18 junio 2009, cuyo artículo 60 delegaba en el Gobierno para que éste, en el período de seis meses, aprobara la reforma sobre mediación y conciliación en materia civil y comercial, indicándole los principios generales y las directrices de política que debía observar, y que se cumple con el Decreto legislativo no 28, de 4 marzo 2010 en el que se diseña un sistema de mediación en materia civil y mercantil, que entre otros aspectos, impone como obligatoria la mediación previa en muchos asuntos antes de acudir a los tribunales, Vid. MANCALEONI, A. «La mediación en Italia. Con la mediación en material civil y mercantil, Italia elige Europa», en *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º28/2012, Editorial Aranzadi, Artículo BIB 2012/170. 2012. Todo cambió con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 28, en octubre de 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 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 los profesionales y a la Universidad, a favor de esos medios de resolución, porque se espera que el Estado lo resuelva todo. y porque para éste, como en España, el objetivo —se explique cómo se quiera explicar— ha sido uno aligerar la carga de trabajo de los juzgados. BERLINGUER, A., «Hacia un modelo europeo de mediación», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5/2013. Artículo BIB 2013/1768. 2013.

Señala el estudio que, cinco años y medio después de su adopción, la Directiva sobre mediación (2008/52/CE) no ha resuelto todavía lo que denomina la «paradoja de la mediación de la UE», y ésta es (según se formula) que, a pesar de sus probados y múltiples beneficios, la mediación en materia civil y comercial se sigue utilizando en menos del 1% de los casos en la UE²¹¹, lo que se reconoce como un resultado decepcionante que, en opinión de los 816 expertos que respondieron a la consulta, «es el resultado de políticas de pro-mediación débiles, ya sean legislativas o promocionales, en casi todos los veintiocho Estados miembros. Los expertos apoyaron firmemente una serie de medidas no legislativas propuestas que podrían promover el desarrollo de la mediación. Pero más fundamentalmente, la opinión de la mayoría de estos expertos sugiere que la introducción de una forma "mitigada" de mediación obligatoria puede ser la única manera de que la mediación llegue a ocurrir en la UE»²¹².

De hecho, pese a que al parecer de algunos expertos, del que se hace eco la asociación judicial pro-mediación GEMME, en un documento que recoge una Conferencia Europea²¹³ celebrada los días 5 y 6 de junio de 2014, se podrían haber ahorrado, teniendo en cuenta solo los procesos civiles y mercantiles, entre quince mil y cuarenta mil millones de euros, si los juicios hubieran sido precedidos de forma sistemática por un procedimiento de mediación, y eso sin tomar en consideración el tiempo de espera acumulado para la resolución que se estima en alrededor de 8 millones de años, según los cálculos más conservadores, y 12,6 millones de años, según un

²¹¹ En el mismo sentido, pero referido a los asuntos comerciales, ESPLUGUES MOTA, cuando afirma que, «Sin embargo, 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», en *Mediation in Civil and Commercial Matters, in Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross-Border Mediation, Vol II*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 485-771.

²¹² Del *Abstract*, en *Rebooting the mediation directive*, p. 1.

²¹³ «MEDIATION ROAD OF PEACE FOR JUSTICE IN EUROPE», The European Association of judges for mediation GEMME. Recuperado el día 26 de marzo de 2017 en: <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/07/mediation-road-of-peace-for-justice-in-europe.pdf>

escenario más realista²¹⁴, la mediación no funciona. Un análisis comparativo exhaustivo de los marcos jurídicos de los 28 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, 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 2011²¹⁵, como en la conducción de los litigantes para experimentar con la mediación, aunque reconoce que no se puede estimar con exactitud

²¹⁴ Las cifras resultan sorprendentes, e increíbles, en el sentido más estricto del término, 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 el documento citado, *MEDIATION ROAD OF PEACE FOR JUSTICE IN EUROPE*, página 62, después de tratar los costes financieros, tiempo empleado, costes de oportunidad, y costes relacionales y emocionales de las partes en conflicto, dentro de los costes implicados para la economía de la Unión Europea.

²¹⁵ 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)), que entre otras cosas «18. Opina que es necesario aumentar la sensibilización y el entendimiento entorno 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; 19. Considera 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».

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 el entusiasmo del legislador europeo, y de las asociaciones pro-mediación, no se ha visto correspondida por los ciudadanos, pese a los grandes beneficios que se le atribuyen por sus partidarios y, como se puede comprobar, solo en Italia ha llegado a tener cierta entidad, transitoriamente, y por razones completamente ajenas a las bondades propias de la mediación.

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, resuelta por sentencia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013 (Asunto C-492-11) —aunque sin contenido por 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—, que era la que sigue:

«¿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 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)?»

Es fácil explicarse, a la vista de las cuestiones planteadas por el tribunal, el porqué del «éxito» que tuvo la mediación mientras estuvo vigente en su integridad la citada normativa²¹⁶, y parece bastante claro, a la vista de la experiencia italiana, que no es el camino que haya que seguir para fomentar la mediación, en lo que sería una dejación intolerable de la Justicia en manos privadas²¹⁷, por más que a tantos «partisanos» de la mediación les parezcan las más adecuadas, dada cuenta que, en general, ni los ciudadanos europeos ni los abogados con capaces de apreciar por sí mismos las bondades de la mediación que pregonan.

²¹⁶ La obligatoriedad de la mediación fue reintroducida por el legislador italiano por Ley de 9 de agosto de 2013, n°98, de disposiciones urgentes para la recuperación económica, modificando algunos aspectos de la mediación (p. ej., incluyendo la asistencia legal obligatoria), y convirtiéndola en requisito de procedibilidad para determinados procedimientos, no en general 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, pero limitando la efectividad de este conjunto de medidas a un plazo de cuatro años, evaluándose a partir del fin del segundo año su impacto en la solución de los problemas de la Justicia. El resultado previsible es un fracaso, como apunta 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, sobre la que abundaremos en su momento—, «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», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, Iustel, Madrid, 2014.

²¹⁷ En este sentido afirma BARONA VILAR que el Estado «no puede incurrir en una dejación, por motivos presupuestarios, de la Justicia en manos privadas. Que las manos privadas “sirvan” a la Justicia es perfectamente posible, si bien no puede aminorarse la potencialidad de lo público que se exige como derecho fundamental a la tutela que el Estado está obligado a mantener, fomentar, favorecer y garantizar». BARONA VILAR, S. «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces To Justice», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 4, 2014.

Lo cierto es que, pese a lo conveniente que puede ser en determinados casos el recurso a la mediación, como a otros sistemas ADR²¹⁸, 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 limitado o circunscrito a los círculos pro-mediación, y 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 entusiasmo limitado es el que existe en España, en donde «la mediación sigue necesitada de apoyo para que la ciudadanía le otorgue una oportunidad en la resolución de sus conflictos»²¹⁹, aunque a lo mejor no del tenor de las propuestas que se realizan para fomentarlo.

Basta a tales efectos observar las estadísticas publicadas por el CGPJ, las correspondientes a 2015²²⁰ (están publicadas a esta fecha los datos de 2016 y 2017 de movimiento de asuntos en los juzgados, pero no ocurre lo mismo con los de mediación intrajudicial, que han dejado de publicarse), que se refieren a toda España, para corroborar esta afirmación.

²¹⁸ MARTÍ MIRAVALLS señala dos características propias de la mediación, como son el mantenimiento de las relaciones subyacentes y la conservación del control sobre el final del conflicto, como especialmente adecuadas en un derecho mercantil moderno, que ha dejado de ser un derecho de relaciones de cambio en la plaza a un derecho de relaciones duraderas en el mercado, lo que trae consigo la generación de conflictos de mayor o menor intensidad durante la vigencia de la relación, y afirma que es «Esta es una ventaja muy significativa de la mediación frente a las alternativas del proceso judicial o a la vía arbitral, por lo que el maridaje entre mediación y controversias empresariales, y por extensión Derecho Mercantil, está llamado a consolidarse en un futuro próximo». MARTÍ MIRAVALLS, J., «El Derecho mercantil ante la mediación: una nueva realidad», en *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tomo I (Editora BLANCO GARCÍA, A. I.), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 189.

²¹⁹ AZCÁRRAGA MONZONIS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, N.º 25, junio 2013, p. 8.

²²⁰ Datos del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Justicia-Dato-a-Dato/>

Movimiento de asuntos.

	Ingresados	Resueltos	En trámite	Sentencias
Civil	1.972.116	1.908.900	1.065.480	504.021
Penal	5.805.619	5.997.051	826.743	644.693
Contencioso-Adm.	198.720	230.040	207.146	145.938
Social	399.592	419.052	312.460	218.739
Militar	224	252	70	186
Salas especiales TS	40	43	6	5

En el ámbito civil, que es el que ahora mismo nos interesa, observamos que ingresaron en los juzgados casi dos millones de asuntos²²¹, resolviéndose casi otro tanto, lo que contrasta fuertemente con los datos publicados de mediación intrajudicial que podemos observar en el siguiente cuadro.

Mediación (intrajudicial).

	Derivados	Finalizados con avenencia	Finalizados sin avenencia
Familiar	7.485	732	5.723
Civil	1.217	155	642
Instrucción	2.435	874	779
Penal	137	46	54
Social	7.003	2.491	5.527

²²¹ Hubo en 2016 una leve disminución en los asuntos civiles, bajando hasta 1.868.228, aumentando según los datos provisionalmente publicados de 2017 hasta 2.040.018 asuntos, disminuyendo en el mismo periodo (aunque referido al conjunto de jurisdicciones) el número de jueces, de 5.847 en 2015 a 5.507 en 2017 (-340), cayendo la tasa de jueces por cada 100.000 habitantes de 12,5 a 11,8, pasando en el mismo periodo el número de abogados de 149.818 en 2015 a 152.954 en 2017, con una proporción de 23,5 a 27,8 abogados por juez en 2015, a 27,8 en 2017. Datos obtenidos de la web del CGPJ.

Es verdad que los datos de mediación se refieren solo a la intrajudicial, que es de la que se tienen datos estadísticos fiables, y bien podría argumentarse la novedad de la implantación de dicho sistema, y la escasez de medios, esencialmente económicos para la remuneración de los mediadores, que en muchas zonas están ejerciendo una especie de voluntariado, sin percibir remuneración por la prestación de sus servicios profesionales, dado que no existe presupuesto para contratarlos, a cambio de determinadas compensaciones morales, o motivaciones personales²²².

Pero la cuestión no es tanto el escaso número de mediaciones en relación con el número de asuntos ingresados en los juzgados civiles, que también, como el pequeño porcentaje de avenencias, que podría denotar varias cosas, entre otras, una cuestión «cultural»²²³, como es la falta de valoración del trabajo de los profesionales si éste no se traduce materialmente en una demanda y un juicio, la falta de recursos negociadores de las partes, encerrados normalmente (y cabe incluir a sus letrados) en un regateo posicional, la propia concepción de la mediación en nuestro sistema, y algunas

²²² Es el caso de la Unidad de Mediación Intraprocesal (UMI), creada dentro del ámbito del TSJ de la Región de Murcia, integrada dentro de la Nueva Oficina Judicial (NOJ), en el Servicio Común General, en el que no se percibe ninguna remuneración, y la única motivación es participar en el proyecto, y ganar una experiencia que de otra forma sería mucho más difícil, si no imposible. PASCUAL DE RIQUELME HERRERO, M., «La experiencia de la unidad de mediación intraprocesal 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. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ) Huigens, Barcelona, 2014, pp. 57-60.

²²³ Señala ASECIO MELLADO a este respecto que la mediación, tal y como viene establecida, deja a los abogados fuera de la solución del conflicto, y aunque entiende que la ley de mediación era necesaria afirmar que deberían haberse explorado otros mecanismos más cercanos a la experiencia profesional y forense española, y afirma que «no parece que el establecimiento de beneficios para los abogados mediante un incremento de sus honorarios para los casos de acuerdo hubiera sido una mala solución. Aumentar las minutas para los supuestos de composición en un porcentaje determinado, entiendo que hubiera sido más eficaz que el recurso inmediato a la mediación». ASECIO 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.

Coincidiendo en que la estructura de incentivos de los abogados no abona el recurso a la mediación, el problema es a mi juicio, que en un sistema de libertad de honorarios profesionales es imposible establecer tal cosa; la única solución para tratar de conseguir algo semejante es que los profesionales tuvieran la obligación de ofertarlo en la hoja de encargo profesional, algo en lo que sí se puede incidir desde los colegios profesionales, a través de las normas deontológicas, pero sin que sea posible obligar a fijar un precio, en ningún sentido, y ahí se vuelve a tropezar con el problema cultural aludido de la falta de valoración del trabajo profesional, cuando no se traduce en algo material como un juicio.

instituciones de nuestro proceso judicial que, directa o indirectamente, pueden retraer, justificadamente en ocasiones, de recurrir a sistemas ADR para resolver un conflicto.

No se pueden presentar los ADR, y a la mediación entre ellos, como un recurso para solucionar los problemas de la Justicia, porque lo que los ciudadanos quieren 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 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.)²²⁴, sino para normalizarlos como unos sistemas a los que se puede recurrir para resolver un conflicto, si el caso así lo requiere.

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»²²⁵.

²²⁴ La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, se congratula porque los Estados miembros ofrecen incentivos económicos para que las partes acudan a mediación, ya sea en forma de reducción de costes, asistencia jurídica o sanciones en caso de negativa injustificada a la mediación, lo que demuestra que la mediación puede proporcionar una resolución extrajudicial rentable y rápida, al tiempo que lamenta que no lleguen al 1% los conflictos tratados en mediación, y que prácticamente no exista información estadística fiable completa sobre mediación, número de asuntos, duración media y tasa de éxito de los procedimientos. (Publicada en DOUE de 20/09/2018, 2018/C/337/01).

²²⁵ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial...*, op. cit., p. 15

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, por un mayor desarrollo de los ADR más comunes, como son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, a los que nos referiremos a continuación, y por el desarrollo de un esquema e instituciones del proceso civil que permita acudir a esos y otros métodos ADR; 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 lleve al convencimiento al ciudadano, y sobre todo al profesional que lo defiende, 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 sistema ADR para resolver el conflicto puede ser en ocasiones lo más acertado.

Como señala SEUL²²⁶, parafraseándolo para adaptarlo a la realidad en España, 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, 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.

²²⁶ «The popular image of the litigation has become so bleak, one can easily forget that an essential purpose of litigation is to resolve disputes, not to perpetuate them. [...] Some dyed-in-the-wool trial lawyer shun arbitration, mediation and other alternatives to litigation. Some proponents of those process are almost dogmatically opposes to litigation as a dispute resolution alternative. Both perspectives are shortsighted. It makes little sense to ask which dispute resolution process in the abstract. Rather, we must consider the relative merits of each process for particular purposes, at particular moments, and in particular context». SEUL, J.R., «Litigation as Dispute Resolution alternative», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), p. 336.

6.- BREVE RECAPITULACIÓN A MODO DE INTRODUCCIÓN AL EXAMEN DE LAS FIGURAS PRIMARIAS DE ADR.

Antes de pasar a ocuparnos específicamente de cada una de las figuras primarias de ADR que ya existen ya en España y que vamos a examinar, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, trataremos de llegar a una visión de conjunto de lo que hemos tratado hasta ahora.

Nos hemos referido en primer lugar al concepto de conflicto, a los tipos de conflicto y a sus causas, dado que «el conflicto como tal, es el objeto, la materia prima con la que va a trabajar el operador»²²⁷, para referirnos a continuación, de forma introductoria, a las diferentes formas que existen para gestionarlos y solucionarlos, formas que van desde la violencia y la autotutela, que es la forma más primitiva de resolución, hasta el proceso judicial, que sería la forma más compleja y sofisticada de resolución de conflictos²²⁸, aunque pueda considerarse el Derecho como otra forma de resolución violenta de conflictos basada en el monopolio de la fuerza por el Estado, que ejerce a través de determinados funcionarios de su administración²²⁹, coincidiendo ambas

²²⁷ «El conflicto es al operador como la arcilla al alfarero» CONFORTI, F. *Tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 57.

²²⁸ Si CONFORTI, al preguntarse en qué momento de la historia de la humanidad nacieron los conflictos, señala que acaso el de Adán, Eva y la manzana fue el primero de ellos, y que los conflictos son inmemoriales porque están entre nosotros desde los orígenes de los tiempos, el profesor VAN RHEE, citando a E.J.H. SCHRAGE —(Descended into hell – Nedergedaald ter helle)—, sitúa el origen de las leyes procesales en el Paraíso, al afirmar que «God did not want to condemn Adam without first summoning him [...] and without having heard him [...]. In other words, God did not summarily condemn Adam to earn his bread by the sweat of his brow, but rather observed a number of procedural formalities before he imposed the onerous punishment which has continued to weigh down upon us until this day. Eve was also heard before she and her sisters came to share the pain of childbirth. Only the serpent was condemned without the benefit of any procedural formalities. The book of Genesis offers no explanation for this, but fortunately the Dutch Authorised Version comes to our aid in this regard. In an explanatory note the comment is made that there was no need to hear the serpent, as it had functioned as a tool of the devil and the devil had no excuse, an argument that would surely not have withstood the fair trial test of Article 6 of the European Convention on Human Rights, had it applied in that case». CONFORTI, F. *Tutela judicial efectiva...* *op. cit.*, p. 59. VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure...», *op. cit.*, p. 589.

²²⁹ En este sentido PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Convenciones y convicciones», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº24, 2007, p. 232.

con formas extremas de resolución de conflictos que hemos denominado como autocompositiva (las partes lo resuelven por sí mismas) y heterocompositiva (las partes acuden a un tercero para que lo resuelva), para referirnos a continuación a los sistemas ADR (o MARC/MASC) que serían sistemas alternativos y/o complementarios al proceso judicial para la resolución de los conflictos.

Hemos examinado el concepto de ADR, su flexibilidad y gran variedad (facilitadores, evaluadores y resolutorios), y su expansión, no exenta de críticas, en EE. UU., que es donde han alcanzado su máximo desarrollo, lo que nos ha llevado a preguntarnos por las características de su proceso judicial, por si era posible encontrar claves que lo justificara, y a descubrir que, aparte el evidente impulso institucional sostenido desde hace décadas, hay razones relacionadas con las características del proceso judicial que han favorecido la aceptación y recurso generalizado a esos métodos por las partes en conflicto y por los profesionales del Derecho.

Ello nos ha llevado a su vez a examinar los modelos procesales civiles en Europa y en España, para descubrir, tanto las diferencias entre ellos, como las diferencias esenciales respecto al proceso judicial seguido en EE. UU., pese a la existencia de puntos de convergencia tanto entre ellos como con el proceso judicial en EE. UU., que, sin embargo, no han sido suficientes para favorecer la implantación y desarrollo de los ADR en la Europa continental, y ello pese al impulso que se le viene tratando de dar desde la UE, y también en España, esencialmente por razón de lo que se ha llamado «crisis de la Justicia», que en buena parte son razones de carácter económico, de falta de medios, o de voluntad de emplearlos en Justicia, que se han tratado de solucionar, en ocasiones, castigando el recurso a los tribunales, o recurriendo a diversas clases de «incentivos» o «desincentivos», todos los cuales se han demostrado inútiles.

Partíamos de esta última afirmación, el fracaso de su implantación efectiva en la UE continental, como de una premisa, que no podía quedar sin demostrar, por lo que hemos examinado el presente de los ADR en Europa que confirma esa aventurada premisa: su incidencia en la resolución de conflictos roza la irrelevancia.

Y tras esta breve recapitulación de lo examinado hasta ahora, estamos en condiciones de afrontar el estudio particular de algunos de los sistemas de resolución de conflictos, distintos del proceso civil, que ya existen en España, y en particular de la mediación, sin perder nunca la perspectiva respecto del proceso judicial.

**CAPÍTULO II. EXAMEN DE LAS FIGURAS
PRIMARIAS DE ADR: NEGOCIACIÓN,
MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE**

1.- INTRODUCCIÓN A LAS FIGURAS PRIMARIAS DE ADR.

Ante un conflicto se pueden presentar diversas situaciones, como es que no se resuelva nunca, o que se resuelva por la decisión unilateral de una de las partes, bien sea porque es capaz de imponer su propio criterio sobre la resolución (autodefensa o autotutela²³⁰), o porque se somete al que se le impone, renunciado al derecho propio en beneficio del interés ajeno (desistimiento o allanamiento, que se pueden producir dentro o fuera de un proceso judicial). También es posible que el conflicto se resuelva mediante el acuerdo de las partes, con o sin la intervención de un tercero, o que se resuelva por la decisión de un tercero, lo que nos permite distinguir inicialmente, en función del papel que tenga en su caso ese tercero para intervenir y decidir en la resolución de un conflicto, entre: la negociación, cuando no existe ese tercero, la mediación, cuando el papel del tercero consiste en facilitar la comunicación entre las partes, la conciliación, cuando el tercero no solo facilita la comunicación sino que además puede formular propuestas²³¹, el arbitraje, cuando el tercero decide el litigio pero no ejecuta la decisión, y el proceso judicial, en el que el tercero decide la controversia y ejecuta la decisión adoptada.

Se trata de una delimitación inicial, de trazo grueso, que admite muchas matizaciones porque, como veremos al examinar con más detenimiento esos conceptos, y cómo se configuran algunos de ellos por nuestro Derecho, es posible, por ejemplo, que haya terceros en un proceso negociador, y no es tan clara, por ejemplo, la diferencia entre conciliación y mediación, porque no necesariamente el conciliador tiene que formular

²³⁰ A este respecto hay que recordar que nuestro Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, castiga en su artículo 455.1, como un delito contra la Administración de Justicia, la realización arbitraria de un derecho propio fuera de las vías legales cuando se emplea violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

²³¹ En este sentido, por ejemplo, GUTIÉRREZ SANZ, cuando, tras definir la mediación como un proceso voluntario en el que el mediador carece de todo poder de decisión y su labor consiste, básicamente, «en estimular la comprensión y el diálogo constructivo entre las partes para que se impliquen y consigan, por sí mismas, elaborar su propia respuesta y compromiso ante el conflicto», afirma que «Por su parte la conciliación cuenta también con la intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo aunque, en este caso su implicación en el proceso decisorio es mayor, ya que se admite que cuando el proceso no avance, presente propuestas de solución a las partes...En cambio en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes». GUTIÉRREZ SANZ, M. R. *La conciliación... op. cit.*, p. 38.

propuestas, pudiéndose limitar a intentar avenir o exhortar a las partes a llegar a un acuerdo, y tampoco existe, salvo excepciones, una prohibición legal explícita y expresa de que el mediador formule propuestas de solución, aunque sí que parece existir un consenso generalizado, que no unánime, en que no debe hacerlo, porque afectaría a su neutralidad, aun cuando se interprete este principio de una manera más flexible²³², lo que plantea la cuestión por qué tiene que ser así, y si no cabría acoger un modelo de mediación que permitiera directamente la realización de propuestas²³³.

A ello habría que añadir, como afirma OTEIZA²³⁴, como ejemplo de la relatividad de las categorías de MASC, o MARC (o ADR, en su versión anglosajona, aunque el autor no llega a identificar por completo ambos conceptos), en función de la persona que sea ese tercero que interviene en la resolución de un conflicto el uso que en algunos países se realiza de los conceptos de mediación y conciliación, porque, mientras que en países

²³² En este sentido VÁZQUEZ DE CASTRO señala que «Aunque el principio de Imparcialidad debe resultar incuestionablemente intocable, se está planteando flexibilizar el principio de Neutralidad. ¿Si existe desequilibrio de poder no puede el mediador ser directivo para equilibrar la posición de las partes (*empowerment*)? Nadie cuestiona que las habilidades del mediador deben servir para procurar que exista un equilibrio entre las partes y evitar que una de las partes juegue un papel más débil en la negociación o evitar que los acuerdos se adopten con vicios del consentimiento. Estas situaciones requieren una posición más activa del mediador, aunque tampoco pasa por realizar propuestas de acuerdo a las partes». VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en el marco de la recepción de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La pendiente trasposición de España», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 28/2012. *Aranzadi*. BIB 2012/167, 2012, p. 21,

²³³ La Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social de la Generalitat de Cataluña, recoge una fase de mediación para las personas en situación de sobreendeudamiento, que implica una modificación sustancial de los parámetros al uso de la mediación: El artículo 13, que se refiere a la fase de mediación, establece que el mediador «debe elaborar un estudio de orientación con el análisis del activo actual y futuro previsible y el pasivo actual y futuro del deudor, su situación personal y familiar y, si procede, los planes convencionales de reestructuración de las deudas, aportados por los distintos acreedores, y debe proponer un plan de saneamiento para superar la situación económica del deudor», que tendrá una duración máxima de 3 años, que será objeto de debate en la sesión o sesiones de mediación (se prevé una duración máxima de dos meses), en la que las partes pueden sugerir modificaciones, debiendo levantarse acta de la sesión y elaborar una propuesta definitiva y plan de saneamiento que debe presentar el mediador a la Comisión de Vivienda y Asistencia para Situaciones de Emergencia Social para su ratificación; la Comisión puede convocar a las partes para profundizar en el debate de las propuestas para superar la situación de sobreendeudamiento del deudor, y solicitar a las personas interesadas las aclaraciones necesarias. Si existe acuerdo, la Comisión ratifica el plan de saneamiento y el plazo de ejecución. Si no existe acuerdo, la Comisión concluye el procedimiento con una resolución que detalla el plan de saneamiento propuesto para superar la situación de sobreendeudamiento, y hace constar los puntos de desacuerdo y de acuerdo, si existen, y, si procede, las recomendaciones que considere pertinentes. Esta resolución debe notificarse a las partes, y puede ser presentada ante el órgano jurisdiccional en caso de que cualquiera de las partes decida recurrir a un procedimiento judicial.

²³⁴ OTEIZA, E., *op. cit.* p. 8.

como Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay se alude a la conciliación cuando es llevada a efecto por un juez y a la mediación cuando interviene un tercero que no forma parte de la jurisdicción estatal, en el caso de países como Colombia y Venezuela se utiliza la voz conciliación con independencia que intervenga o no un juez, y en Ecuador, Costa Rica y Bolivia se emplean como sinónimos los términos de mediación y conciliación.

A estas figuras, con la excepción del proceso judicial, nos referimos a continuación, no sin antes insistir en que, si por algo se caracterizan las ADR, como hemos tenido ocasión de comprobar al examinar su expansión en EE. UU., y la variedad de fórmulas existentes, es por su voluntariedad y por su flexibilidad.

- Voluntariedad, en el sentido de que las partes deben ser libres para acudir o no a ellas, lo que está claro en el ámbito de las ADR convencionales, es decir, aquellas alternativas a las que recurren las propias partes en conflicto antes de que se judicialice, pero también debe ser y es aplicable a las ADR intrajudiciales, es decir, aquellas que se producen en el marco de un proceso judicial ya iniciado, bien las protagonicen las mismas partes, como el intento de conciliación para llegar a un acuerdo o transacción ante el juez en la audiencia previa, bien sea mediante la intervención de un tercero por invitación del órgano judicial, instando a las partes para asistir a una sesión informativa de un proceso de mediación (artículo 414 LEC).

- Flexibilidad, en el sentido de que las partes deben ser libres, en su caso, de decidir «qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento»²³⁵.

En qué medida estas directrices, que aparecen muy claras en el del Libro Verde, que afectan a la voluntariedad del proceso, estén siendo respetadas en los procedimientos de mediación intrajudicial por derivación desde el órgano judicial que ya está conociendo de un procedimiento judicial, o en algunas regulaciones en sectores del Ordenamiento

²³⁵ Página 9 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

muy específicos²³⁶, será una cuestión que habrá que tratar en su momento, como las presiones e iniciativas a favor de su obligatoriedad²³⁷.

²³⁶ Son iniciativas interesantes, contestadas desde el ala más puritana de la mediación, la regulación de los procesos de acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere la Ley 22/2003, de 22 de julio concursal tras la introducción del nuevo Título X, por el apartado siete del artículo 21 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en el que se prevé el nombramiento de un mediador concursal —si es que es posible llamarle mediador— que deviene administrador concursal en caso de fracaso del acuerdo extrajudicial, o la más reciente Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social de la Generalitat de Cataluña, que no solo permite sino que ordena al mediador —si es que es posible también llamarle mediador— realizar unas propuestas tan concretas como es un plan de reestructuración de la deuda, y un plan de saneamiento, y negociarlo, además de otras previsiones interesantes en relación con esos planes y el proceso sobre las que habrá que volver, por ejemplo por sus implicaciones con respecto a la confidencialidad.

²³⁷ Señala VÁZQUEZ DE CASTRO a este respecto, tras analizar una serie de sentencias en los que percibe una evolución positiva hacia la mediación en el ámbito judicial, que «La confirmación de la apuesta decidida de la judicatura española por la mediación se plasmó en el acta de la reunión de Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que se celebró los días 20 a 23 de noviembre de 2011. Habida cuenta de que uno de los éxitos de la mediación viene determinado por la derivación judicial y la colaboración en la mediación intrajudicial, una declaración de principios, tan representativa como la referida, en la que se recoge la conveniencia de promover la mediación es muy significativa y reveladora de una inmejorable disposición de jueces y tribunales. Resulta alentador para la mediación que los jueces y tribunales observen las ventajas de la mediación y generen confianza en los justiciables que deseen acudir a la misma. Es evidente que si los jueces y tribunales derivan a mediación está asegurada buena parte del éxito de la práctica de la mediación intrajudicial. De hecho, uno de los principales factores del éxito de los sistemas de A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) en EE. UU. pasa por la derivación judicial y el mucho más amplio margen de discrecionalidad judicial en la dirección y planificación procesal que tienen los jueces estadounidenses». Pero en la nota al pie del mismo autor hace referencia a uno de los peligros que existen en esta derivación intrajudicial hacia la mediación, y que amenazan uno de sus principios básicos como es el de la voluntariedad —que de hecho ya hemos señalado que, sin mediar mediación, ya se viene produciendo en nuestros tribunales, particularmente pero no exclusivamente en el ámbito del proceso de familia— y es que «Hasta tal punto llega la persuasión de los jueces americanos a acudir a mediación que, alguna de las posiciones críticas en EE.UU. llevaron a definir las ADR como la creación de incentivos o presiones que fuerza a los litigantes a pactar. (OWEN. M.FISS «Out of eden», *Yale Law Review*, 1985). Contestado por LIEBERMAN, JK, HENRY, J.F., «Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 53, No. 2. (Spring, 1986), pp. 424-439. (vid. con más detalle VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La Mediación como método moderno de gestión de conflictos: Expansión desde EE.UU.», *Estudios de Derecho Español y Europeo*, Santander, 2009, pp. 1045-1063». VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en el marco ...», *op. cit.* pp. 19 y 20.

2.- LA NEGOCIACIÓN: CONCEPTO, PARTES Y PROCESO. RESULTADO: LA TRANSACCIÓN.

2.1.- CONCEPTO DE NEGOCIACIÓN.

La negociación se define por el DRAE, en una primera acepción, como la *acción o efecto de negociar* (1), que se refiere a su vez al tratamiento de asuntos públicos o privados procurando su mejor logro (4), y en una segunda acepción como *los tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto* (2).

De dicha definición se pueden extraer las características esenciales que conforman el concepto de negociación, como son la existencia de un asunto público o privado en el que existen, junto a puntos e intereses en común, un desacuerdo o un interés contradictorio en otros, que puede o no devenir en conflicto, y que se trata de solventar por cada una de las partes de la mejor forma posible para sus propios intereses, intercambiando mediante el diálogo sus respectivos puntos de vista, argumentando sobre los mismos, y formulando propuestas explícitas con el objetivo de terminar con un acuerdo o pacto que regule o dé solución a ese asunto.

En este sentido se ha definido la negociación como una comunicación de ida y vuelta diseñada para llegar a un acuerdo entre dos o más partes que comparten algunos intereses comunes, y otros que pueden entrar en conflicto o simplemente ser diferentes²³⁸.

Si algo se puede decir de esta forma de resolución de conflictos es que es muy común, hay negociaciones en todas las escalas de la acción humana y muchas de ellas se producen de manera inconsciente o rutinaria, porque se trata de una realidad cotidiana: todo el mundo negocia algo o con algo, cada día, todos los días. Las personas negocian un aumento de sueldo, de una comisión o de sus honorarios, el precio de una casa, de un

²³⁸ «Negotiation can be defined as back-and-forth communication designed to reach an agreement between two or more parties with some interests that are shared and others that may conflict or simply be different», PATTON, B., «Negotiation», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), p. 279.

cuadro, o de un teléfono móvil, los términos de un contrato de alquiler, las condiciones en las que se podrá colocar una salida de humos en un local comercial, o la explotación de los recursos existentes en los fondos marítimos de aguas internacionales; la lista sería interminable. Como señalan FISHER, URY y PATTON, «al igual que el personaje de Molière, monsieur Jourdain, al que le encantó saber que toda su vida había estado hablando en prosa, la gente negocia incluso cuando piensa que no lo está haciendo»²³⁹, ya sea el lugar para ir a cenar con el cónyuge o con los amigos, la hora de apagar la luz, primero, y después la hora de volver a casa por la noche, con los hijos, o el lugar en el que pasar las vacaciones (playa, montaña, viaje...) lo cierto es que nos pasamos el día negociando sin darnos cuenta.

La negociación no requiere de la existencia previa de un conflicto, y puede partir incluso, ya no de la compatibilidad sino de la confluencia de intereses de las partes, como ocurre en el ámbito de las transacciones comerciales, en el que la negociación es en primer lugar el proceso a través del que las partes interesadas acercan sus posiciones para obtener un mutuo beneficio, pero es al tiempo «una potente herramienta de prevención de conflictos, de mantenimiento del equilibrio a lo largo de la vida de las relaciones contractuales, y de solución de problemas o graduación de la responsabilidad caso de quiebra de la relación jurídica»²⁴⁰.

Pero dentro del ámbito de nuestro estudio, que se refiere a la solución de conflictos, la negociación es la primera alternativa real a otras posibles soluciones, incluida la judicial, cuando ya se ha producido, pudiendo definirse entonces como «un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo algo cada una de ellas»²⁴¹.

²³⁹ FISHER, R., URY, W., PATTON, B., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000, Planeta, 1ª Edición, Barcelona, 201, p. 15.

²⁴⁰ DUTREY GUANTES, Y., «La negociación como garantía en las transacciones comerciales entre particulares», en *Métodos alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 181-192.

²⁴¹ SAN CRISTOBAL REALES, S. «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLVI (2013)*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2013, pp. 39-62.

2.2.- LAS PARTES EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN.

En la negociación intervienen directamente las partes, o sus representantes, para la resolución del conflicto, sin intervención de terceros —juez, árbitro, mediador—, por lo que hay que incluirla dentro de los sistemas autocompositivos de resolución de conflictos, en el sentido de que son alternativos, o complementarios en su caso, al sistema judicial; sin embargo hay autores que no incluyen la negociación dentro de los ADR, precisamente por la ausencia de ese tercero o terceros que, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudarían a las partes a resolver el conflicto, además de «la falta de estructura de la que carece la negociación, cuando los métodos alternativos de solución de conflictos sí son mecanismos con una configuración, más o menos —muchos extremos dependerán de lo que acuerden las partes— organizada»²⁴².

En todo caso, al margen de la cuestión o no de su clasificación entre los sistemas ADR, hay que matizar que cuando decimos que son las partes las que resuelven el conflicto por sí mismas, y que no existe intervención de «terceros», eso no significa, obviamente, que no puedan existir terceros a las propias partes en conflicto que participen en su resolución, sino que esos terceros pueden existir, y en muchos casos deben (por recomendable) existir. Es el caso, por ejemplo, de peritos reconocidos o no por ambas partes a los que se solicita una opinión o dictamen que delimite o clarifique algunos aspectos objetivos de la controversia (por ejemplo el valor de un bien, o la causa objetiva de un daño), y también es el caso de los abogados de cada una de las partes, cuando llevan a cabo la negociación entre ellos conviniendo en los términos de la transacción, o del procedimiento objetivo por el que se podrían fijar las bases para esa transacción, que deberá ser llevada a término por las propias partes, o incluso por los propios abogados si tienen conferidos poderes suficientes para ello, aunque en estos casos el abogado actúa en nombre y representación de una de las partes en conflicto, se identifica con esa parte, y por eso no interviene propiamente como un tercero en el conflicto, como sería el caso de mediadores, conciliadores, árbitros, letrados de la Administración de Justicia, o jueces.

²⁴² En este sentido MACHO GÓMEZ, Carolina «Los ADR...», *op. cit.* p. 406.

2.3.- EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN.

La negociación es el proceso desarrollado por las partes para evitar o poner fin a un conflicto, y como tal es una actividad, que se desarrolla en el tiempo, que consiste en una comunicación en la que se intercambian argumentos en apoyo de sus respectivas pretensiones que, en cuanto se desarrolla en el ámbito de una relación, tiene componentes cognitivos, sobre cuestiones de hecho o de Derecho, y componentes de persuasión, basado en el uso de amenazas, promesas, etc., cuya importancia para la calidad de la decisión que se adopte es esencial, que están orientados «a (con)vencer a otro(s)»²⁴³, para llegar a un acuerdo en unos determinados términos.

Ello implica un debate entre las partes negociadoras que puede reunir diferentes características en función de la variable conflicto/cooperación en la que se muevan los negociadores, de forma que una negociación puede tener momentos de disputa, incluso de amenaza, de controversia, de diálogo racional (o irracional, como cuando una parte, con una perspectiva poco realista de su propia situación y posibilidades, pide a la otra en un proceso de negociación más de lo que en el supuesto más favorable podría conseguir con una sentencia judicial) y de consenso, sobre cada uno de los puntos que sean objeto de esa negociación para solucionar la controversia²⁴⁴.

En una negociación, apuntábamos, son esenciales los componentes cognitivos y de persuasión, y ello es así porque la calidad del acuerdo o de la decisión que se adopte —que puede ser no llegar a un acuerdo— depende de la calidad del proceso de negociación que le precede, en el sentido de que si, por ejemplo, existe una visión parcial o incompleta de los hechos, bien porque se haya negociado mal por las partes, bien porque se haya negociado de mala fe, o siguiendo un comportamiento estratégico, ocultando

²⁴³ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación... op. cit.* . p. 57.

²⁴⁴ Sobre la distinción entre argumentación y negociación, el diferente peso específico que tienen el proceso y la obtención de un resultado en uno y otro, y la negociación como amenaza y como argumentación, aspectos ambos que no pueden ser negados ni ignorados en proceso negocial dirigido a la resolución de un conflicto, vid.: CALVO SOLER, R. «Entre ángeles y demonios anda el juego», *La trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, n.º 12, octubre 2004.

PÁRAMO ARGÜELLES se refiere también a la necesaria distinción entre los conceptos de argumentación y negociación, y a la importancia que tiene el comportamiento estratégico en la negociación y en la mediación. PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Convenciones y convicciones», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº24, 2007, pp. 235-238.

información o dando información errónea, bien porque las partes no han sido capaces por sí mismas de averiguar qué acuerdos son posibles (cuando exista(n), porque hay casos en que no existe, o no está clara la ventaja del acuerdo frente a un pleito²⁴⁵), si se termina por producir un acuerdo tiene muchas probabilidades de fracasar, todo lo contrario que si la decisión se adopta después de tomar en consideración información suficiente y relevante. Pensemos por ejemplo en una negociación cuyo objetivo declarado es salvar una relación, un contrato (de préstamo, de arrendamiento, etc.) en el que se oculta una situación de insolvencia por quien viene obligado al pago, y consigue en ese proceso quitas o esperas que serán inútiles porque ya sabe que no podrá cumplir.

Y lo mismo sucede en el caso de que el acuerdo o decisión que se adopte sea fruto de la pura presión o imposición, psicológica, económica, etc., que una parte pueda ejercer sobre la otra, en lugar del resultado de un proceso de debate de buena fe, equilibrado y racional. Pensemos, por ejemplo, en un proceso de negociación para la renovación de una póliza de crédito en el que el Banco, bajo la amenaza de no renovar y, consecuentemente, la obligación de la empresa de tener que devolver el total del crédito dispuesto al inminente vencimiento —lo que puede implicar su colapso (incumplimientos, despidos, concurso, responsabilidades personales, etc.)—, endurece las condiciones financieras, y, ya de paso, el director de la oficina aprovecha para «colocar» un par de productos a los administradores de la acreditada, y así cumplir sus objetivos comerciales.

En ambos casos existía la posibilidad de un acuerdo razonable, si el proceso lo hubieran abordado de una forma cooperativa, en lugar de tratar de maximizar el propio interés, pero se llega finalmente a acuerdos / decisiones que están condenados al fracaso de antemano, salvo circunstancias imprevistas extrañas al propio acuerdo, y que pueden terminar resultando que no eran los más convenientes para quien lo ha provocado.

²⁴⁵ PASTOR PRIETO señala que llegar a un acuerdo también tiene costes, normalmente consistentes en pago de abogados, mediadores, y tiempo y dinero de los afectados, y de si existe o no comportamiento estratégico de los afectados, lo que pueden obtener en función de las diferentes opciones y comportamientos, propios y contrarios, dada la naturaleza estratégica de la negociación, señalando que, «Por lo general, los análisis teóricos sobre la relación entre pleito y acuerdo tienden a ensalzar las bondades de éste frente a aquél, por ser más barato, más expeditivo, menos crispado. Existen no obstante supuestos en los cuales las ventajas netas del acuerdo sobre el pleito no están tan claras», PASTOR PRIETO, S. *¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 145-147.

Vemos pues que la negociación puede darse tanto en un contexto conflictivo como de cooperación entre las partes, pues bien, como señala AGUILÓ REGLA, «lo que ubica a una negociación en el dominio del conflicto o de la cooperación es la percepción que tienen los diferentes negociadores a propósito de sus respectivos fines u objetivos: si los perciben como complementarios, entonces la negociación se sitúa básicamente en el ámbito de la cooperación; y si los perciben como incompatibles, se sitúa en el ámbito del conflicto»²⁴⁶. Es por eso que los teóricos de la negociación distinguen entre la negociación distributiva (o competitiva), que es un juego de ganar-perder, o de suma cero, porque lo que gana una parte lo pierde la otra, y la negociación integrativa (o colaborativa), que es un juego de ganar-ganar, en el que se busca que todos queden satisfechos.

Cuando la negociación entre las partes es competitiva, se trata de un proceso en el que se regatea con las posiciones, que cada parte trata de reafirmar, intentando ganar terreno a costa del contrario utilizando diferentes estrategias para ello, como es la exageración, la amenaza de romper la negociación y acudir a los juzgados, para ganar, o para hacer todo lo penoso posible la victoria de la contraparte, en tiempo y costes (económicos, psicológicos, etc.), o amenazando con una más penosa o inútil ejecución de la sentencia, etc.; es lo que se llama negociación posicional, la más habitual, y en ella se pretende que el contrario ceda antes las propias pretensiones. Por el contrario, cuando la negociación es de tipo colaborativo, ambas partes asumen que tienen que ceder en sus posiciones de partida con el fin de mantener la relación, e incluso, con las técnicas adecuadas pueden superar esa negociación posicional para tratar sus verdaderos intereses, que pueden ser más amplios y abarcar más puntos que el que ha provocado el conflicto, en un proceso negociador cuyo resultado tiene más posibilidades de que sea satisfactorio para ambas partes.

Por supuesto, la elección entre uno u otro método dependerá de múltiples y variables circunstancias, y no serán pocas las ocasiones en que habrá que poner de manifiesto los riesgos que conlleva el primero de ellos, para estimular a la otra parte a una negociación más creativa conforme al segundo.

El hecho de que negociar, en el sentido amplio de la palabra, sea una actividad tan cotidiana, como hemos puesto de manifiesto, ha provocado que durante mucho tiempo no se le prestara la atención debida, por lo menos a nivel académico, quedando confiada

²⁴⁶ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación... op. cit.*, pp. 64-65.

a las habilidades naturales e instinto de cada cual, que a veces pueden llegar a ser muy superiores sin duda a las que se puedan adquirir en las mejores escuelas de negociación.

Todo esto cambió con la aparición en 1981 del libro *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder* (*Getting to YES. Negotiating Agreement Without Giving In*), de FISHER, R., URY, W., y PATTON, B, que es, en opinión de muchos autores²⁴⁷, el libro de negociación más importante de las últimas décadas, y con toda seguridad el de más éxito, que ha marcado un hito en los ámbitos tanto de la negociación como de la mediación, siendo la propuesta de la escuela de Harvard, a la que pertenecen estos autores, la propuesta más seguida por los profesionales de todas las latitudes, no solo de la negociación sino también de la mediación (que no es sino una negociación asistida para esas situaciones, ya referidas, en las que las partes no son capaces por sí mismas de encontrar, si lo hay, un acuerdo posible), puesto que muchas de las ideas plasmadas en ese libro sirven de punto de partida para la mediación²⁴⁸, y también están, o debieran estar en el desarrollo de la conciliación²⁴⁹, que podría considerarse otra forma de negociación asistida con el mismo objeto de evitar o resolver un conflicto.

Como señalan los citados FISHER, URY y PATTON²⁵⁰, la negociación es «un medio básico de conseguir de los demás aquello que Ud. desea. Es una comunicación de ida y vuelta, diseñada para alcanzar un acuerdo, cuando Ud. y la otra parte comparten algunos intereses y tiene otros que son opuestos entre sí», señalando además —aunque no se trate aquí de profundizar en los métodos de negociación, ni en el proyecto Harvard de negociación, pero es ilustrativo de lo que debiera ser el objeto de una negociación encaminada a resolver de verdad un conflicto— que «cualquier método de negociación puede ser juzgado equitativamente por medio de tres criterios: debe producir un acuerdo sabio y prudente, si es que ese acuerdo es posible, debe ser eficiente, y deberá mejorar, o

²⁴⁷ En este sentido, por ejemplo, se manifiestan AGUILÓ REGLA, J., en *El arte de la mediación...*, *op. cit.*, p. 70, y CONFORTI, F. *Tutela judicial efectiva...*, *op. cit.*, p. 100.

²⁴⁸ En algunas ocasiones no se trata de una utilización, sino de una verdadera «apropiación», como cuando para explicar el modelo de Harvard, se afirma que parte de «la consideración de que las partes pueden asumir la responsabilidad de gestionar su conflicto, si se ponen a ello con la ayuda de un tercero que marque la secuencia a seguir», CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 38.

²⁴⁹ SÁEZ GONZÁLEZ, J. «La negociación como base del acto de conciliación civil y la nueva Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37, Iustel, Madrid, 2015.

²⁵⁰ FISHER, R., URY, W., PATTON, B., *op. cit.* pp.15 y 22

al menos no dañar, la relación existente entre las partes. (Un acuerdo sabio y prudente puede definirse como uno que aproxima los intereses legítimos de cada una de las partes en el mayor grado posible, resuelve los conflictos de interés de forma justa, es duradero, y tiene en consideración los intereses de la comunidad)».

La metodología de trabajo en el proyecto Harvard de Negociación consiste básicamente en distinguir dentro del proceso los siguientes puntos de partida, sobre los que hay que desarrollar ese proceso, que comprende el análisis de la situación, el planeamiento del proceso, y la discusión sobre cada uno de los puntos de conflicto:

- 1º Las personas. Hay que separar a las personas del problema, esto es, que las partes logren verse a sí mismas empeñadas en el mismo trabajo de atacar el problema, no a la otra persona, lo que tiene un componente objetivo, que es la realidad y cómo se percibe ésta por cada una de las partes, y también en un componente emocional que es importante tener en cuenta, y que también es objeto de estudio en la escuela de Harvard²⁵¹, por la importancia que tienen en una negociación, que no de tratamiento.
- 2º Intereses. Hay que concentrarse en los intereses, no en las posiciones, descubriendo los intereses subyacentes en las posiciones que cada una de las partes mantiene y manifiesta. Se trata de conceptos distintos. Una posición es un resultado propuesto que representa meramente una forma entre muchas en que las cuestiones conflictivas podrían ser resueltas y el interés alcanzado para la parte que la sostiene. La noción de interés abarca sin embargo una amplia gama de posibilidades, desde objetivos sustanciales como dinero, plazos o garantías a deseos emocionales tales como respeto, reconocimiento, sentirse tratado de una forma justa, o incluso ver a otra persona feliz.

²⁵¹ Básicamente se señala que las emociones pueden ser un grave obstáculo para una negociación, por bien que se pueda llevar el proceso objetivamente, desviando la atención de los asuntos sustanciales, dañando la relación, utilizándose para manipular a la otra parte, aunque también pueden ser un activo muy importante que produzca el efecto contrario; no sentir las es imposible, como intentar ignorarlas, y afrontarlas directamente puede ser muy complejo, por la cantidad de emociones y positivas y negativas que pueden existir y que interactúan a lo largo del proceso en función de múltiples variables. La propuesta consiste en centrarse en las cinco expectativas básicas de cualquier ser humano, que son las que generan todas las emociones, con el objetivo de superar las emociones negativas y suscitar positivas, que deben satisfacerse de forma apropiada (justa, sincera, y consecuente con las circunstancias): aprecio, afiliación, autonomía, estatus, y función. FISHER, R., SAPHIRO, D., *Las emociones en la negociación... op. cit.*, pp. 30-34.

Detrás de las posiciones de las partes puede haber intereses en conflicto, pero también intereses simplemente diferentes y compatibles, o intereses compartidos, que si se descubren pueden utilizarse para resolver el conflicto.

Hay que tener en cuenta, como señala PATTON, que si bien se suele suponer que la negociación es una batalla adversarial centrada en intereses en conflicto, esta presunción pasa por alto dos puntos importantes, como son, en primer lugar, que algunos de los conflictos más intensos a menudo se alimentan de intereses idénticos, ambas partes quieren sentirse tratadas con justicia, lo que sorprende a los negociadores y les lleva a explorar por qué son diferentes las percepciones de cada uno; y, en segundo lugar, que el valor potencial inherente a los intereses compartidos o diferentes puede ser tan grande o mayor que el valor de los que están en disputa²⁵², por ejemplo, en litigios comerciales.

3º Opciones. Hay que inventar opciones de beneficio mutuo, tratando de pensar de forma creativa²⁵³, trabajando las partes con un sistema de «lluvia de ideas» que les permita superar la dinámica ganar-perder, que es de suma cero, lo que gana uno lo pierde el otro, conciliando intereses diferentes de forma que la solución sea satisfactoria (ganar-ganar), y sea la mejor opción de entre las posibles para ambas partes.

La mejor razón para negociar es, precisamente, conseguir un resultado que ofrezca mayor valor que el MAAN²⁵⁴ —la mejor alternativa posible a un

²⁵² PATTON, B., «Negotiation», ..., *op.cit.*, p. 281.

²⁵³ Cualquiera que ha participado en una negociación sabe lo difícil que le resulta en ocasiones a muchas personas, incluidos los profesionales que los asesoran, llevar de forma ordenada un debate, al aglomerarse todos esos aspectos en una ceremonia de confusión que contribuye a la reafirmación de las posiciones de partida, y al bloqueo, en lugar de a un debate creativo y constructivo. Edward Bono señala a este respecto que el pensamiento es el recurso máximo del ser humano, una capacidad de la que nunca estamos satisfechos salvo «aquellos pobres pensadores que creen que el objetivo de pensar es probar que tienen razón – para su propia satisfacción», y dado que la dificultad principal para el pensamiento es la confusión, puesto que se intentan manejar muchas variables al mismo tiempo, propone una forma sistemática de «conducir» el pensamiento, de formas que sea posible afrontar creativamente un problema de forma conjunta, usando de forma premeditada seis sombreros de diferentes colores, cada uno relacionado con una función: el sombrero Blanco (se ocupa de hechos objetivos y cifras), el Rojo (emociones); el Negro (aspectos negativos); el Amarillo (esperanza, aspectos positivos); el Verde (creatividad); el Azul (control y organización del proceso). BONO, E., *Seis sombreros para pensar*, Granica, Barcelona, 1988.

²⁵⁴ «Since a negotiator unable to reach an agreement will have to choose one of his or her various alternatives to pursue, a key question is which one? Among the various alternatives courses of action a

acuerdo negociado— de cada una de las partes en conflicto, al menos lo suficientemente buena como para justificar la inversión de tiempo y esfuerzo personal y económico en negociar, y las opciones son los posible acuerdos o partes de un potencial acuerdo en el que los negociadores pueden posiblemente convenir. Las opciones crean valor en la negociación maximizando la satisfacción de los intereses compartidos, o explotando constructivamente las diferencias entre intereses.

- 4º Criterios. Hay que utilizar criterios objetivos —externos a las partes, de mercado, técnicos, de eficiencia, costos, etc.—, no cediendo nunca ante la presión, para proponer y valorar puntos de acuerdo, que han de ser independientes de las partes, legítimos y prácticos en el sentido de que deben ser aplicables a ambas partes.

En este proceso, que puede ser muy complicado y en el que «hay que hacer muy bien los deberes»²⁵⁵, lo que exige un notable esfuerzo²⁵⁶ que no siempre es adecuada ni

negotiator could pursue, which would best satisfy that negotiator's interest? This alternative is commonly referred to as negotiator's Best Alternative To a Negotiated Agreement or BATNA». PATTON, B., *op. cit.* pp. 283-284.

²⁵⁵ «Es preciso trabajar con los directivos de la empresa en el entendimiento del conflicto, conocer bien los hechos y los fines que se pretenden, estudiar el camino y el método a seguir y buscar alternativas. ... hay que invitar a la otra parte a que exponga su posición y la justifique. Luego, uno contradice y explica la suya. Es bueno exponer el caso brevemente, exagerando las dificultades y los perjuicios propios. Conviene introducir al comienzo puntos sencillos de discutir y de acordar. El éxito inicial anima mucho. En cambio, un fracaso lleva a las partes a cerrarse, incluso en lo fácil. Interesa pedir información de todo y a la vez informar. Cuanto más se sepa, mejor se llega a soluciones. No se debe engañar, por ética y porque se puede engañar una vez, pero no siempre. Conservar el crédito generando confianza es importante, en particular si hay que volver a negociar en el futuro». CUVILLO CONTRERAS, I., «La Negociación y la Mediación como sistemas alternativos de resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Actualidad Civil*, N°1, enero 2010, Tomo 1, La Ley, 2010, p. 3.

²⁵⁶ Señala PUJADAS TORTOSA, en relación con el recurso habitual a la negociación en EE. UU. para la resolución de conflictos, que aunque su utilización por los abogados es instintiva «por el ahorro de trabajo que supone satisfacer al cliente sin acudir a los Tribunales, la negociación no puede ser rebajada aun simple proceso intuitivo, sino que su estudio supone el conocimiento previo de las técnicas y trámites procesales, de las normas éticas de responsabilidad profesional, del derecho sustantivo, y el aprendizaje de las teorías del consenso, de los obstáculos psicológicos para la toma de decisiones racionales y las estrategias de desarrollo», PUJADAS TORTOSA, V., *op. cit.* p. 81.

Mucho más negativa la opinión de NIEVA-FENOLL, aunque en el contexto de la crítica del recurso a los sistemas alternativos como la panacea de los problemas de la Justicia, y de los abusos en la *negotiation* en los EE. UU. y UK, que describe como «conversaciones orales o escritas, más o menos informales, entre los

crematísticamente valorado, es muy importante que las partes conozcan , o al menos sean capaces de evaluar lo más correctamente posible, cuál es su MAAN, lo que les permitirá evaluar las opciones posibles, que por supuesto incluye el recurso a los tribunales, y las bondades de un posible acuerdo para sus respectivos intereses y, en su caso, terminar el proceso elaborando y formalizando un acuerdo, o no.

Es este último un punto principal, y es que la participación de las partes en un proceso negociador, «se realizan a la sombra de un juicio, es decir, teniendo en cuenta que es lo que pasará si ambas no llegan a una solución pactada del conflicto y por tanto deben intervenir los tribunales», como afirma RAMOS ROMEU²⁵⁷, porque, en principio, ni el demandante estará dispuesto a aceptar menos de lo que espera obtener si acude a los tribunales, ni el demandado por su parte estará dispuesto a pagar más de lo que le espera que le condenen. Solo si existe un rango en el que las expectativas de ambos coincidan será posible un acuerdo, y para ello las partes en conflicto tendrán en cuenta una serie de factores. Como señala el citado autor, «en este proceso de negociación importará la cuantía de la pretensión, la cuantía de los costes procesales, la cuantía de los gastos de negociación, la duración del pleito, la eficacia judicial, la aversión al riesgo, y muy especialmente la probabilidad de que la demanda prospere, que normalmente cada parte considera de forma distinta. En efecto, lo que cada parte espera que decida el juez determina en gran parte el valor de ir a juicio para cada uno, y afecta al rango de acuerdo. De hecho, son las divergencias de creencias entre las partes respecto de lo que ocurrirá si se va a juicio el principal factor que hace que no se produzca el acuerdo, divergencias provocadas a su vez por la incertidumbre sobre los hechos —lo que será demostrable— o sobre el derecho —lo que este exige y determina—»²⁵⁸.

abogados de cada parte, durante las cuales se lanzan ofertas de negociación, pero también exhiben parte de las armas probatorias que utilizarían en un proceso con el fin de persuadir a la otra parte», que ni son rápidas, ni son baratas en su sistema en el que los abogados facturan por horas, lo que lleva a las partes a asumir finalmente cualquier propuesta de acuerdo, agotados anímica y económicamente, antes que afrontar un proceso de resultado incierto cuyos costes no podrían asumir. NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje...», *op. cit.* p. 5.

²⁵⁷ RAMOS ROMEU, F. «¿Puede el juez contribuir a reducir la litigiosidad?», *La sociedad litigiosa*, (Dir. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI) *Cuadernos de Derecho Judicial* nº13 -2007, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 65-119.

²⁵⁸ En un proceso de reclamación por daños, el objeto de controversia era una cuestión de hecho, la responsabilidad del propietario titular del uso privativo de una terraza común en los daños causados en la tela asfáltica que había provocado filtraciones, una tela asfáltica ya en proceso de deterioro por la falta de aislante térmico, cumpliendo su función en la mayor parte del edificio, en proceso de sustitución en algunos puntos, y en este en particular agujereada por las raíces de plantas colocadas por el propietario. La

Tenemos aquí expresados algunos de los principales puntos, que ya hemos visto en buena parte a lo largo de este trabajo, y sobre los que incidimos al examinar algunas de las características del proceso civil en los EE. UU., y también en Europa y España, que determinan, allí y aquí, la actitud de las partes ante un conflicto:

1º La mayor o menor incertidumbre sobre los hechos. En la medida en que los hechos (suficientes y relevantes) sean conocidos por ambas partes, disminuirá la probabilidad de querer utilizarlos judicialmente contra el otro.

La institución del *discovery* en el proceso civil en los EE. UU., como vimos, cumple la función de evitarlo, alentando el juego limpio (*fair play*) frente al recurso a la emboscada judicial aprovechando el desconocimiento que, de algunos hechos, y/o de la prueba que los sustenta, tiene la parte contraria, para utilizarlos en un momento procesal en el que quede muy poco o ningún margen de maniobra a la otra parte para reaccionar²⁵⁹.

evaluación del MAAN de la Comunidad llevaba a pensar que era posible ganar judicialmente en un 100%, pero también en un 50% (compartir el coste de la reparación en ese porcentaje) como consecuencia del deterioro acreditado en varios puntos. El MAAN del propietario llevaba a pensar que era posible que consiguiera un 50%, pero corría el riesgo de perder en un 100%. Evaluados los costes del proceso (abogados, procuradores y peritos de cada una de las partes), y la alta probabilidad de que judicialmente se optara por repartir los costes de la reparación entre las partes, en el porcentaje que fuera, con lo que cada una tendría que asumir sus propios costes del proceso, no resultó difícil llegar a la conclusión de que la mejor opción era evitar el proceso, y llegar a un acuerdo de reparto de los costes.

²⁵⁹ En este sentido, el de evitar la indefensión que causaba al demandante el no conocer los motivos de oposición del demandado hasta el mismo acto del juicio hay que entender (HERRERO PEREZAGUA, J.F.) la reforma introducida en la LEC por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, al generalizar la contestación por escrito, en la que deben realizar todas las excepciones, alegaciones de hecho y de derecho de que disponga (artículo 438 LEC, en relación con el artículos 405 y 399 LEC) evitando que el demandante se enterara en el mismo acto del juicio, con nulo margen de maniobra para contrarrestar las excepciones opuestas. Y también, en el mismo sentido cabe entender la reforma operada en el proceso monitorio para la que el legislador, entre las opciones disponibles en el caso de que la cuantía no exceda de la propia del juicio verbal, escogió la de exigir al deudor (artículo 815.1 LEC) que «alegue de forma fundada y motivada en escrito de oposición, las razones por las que a su entender no debe en todo o en parte la cantidad reclamada», dando traslado después al acreedor para que impugne el escrito de oposición (en lugar de establecer el mismo sistema previsto para cuando la cuantía exige un procedimiento ordinario) en una solución criticable (JIMENEZ CONDE, F.) en cuanto supone invertir el contradictorio y obligar al deudor a formalizar una oposición como demanda ordinaria en toda regla (artículo 399), sin conocer con detalle las pretensiones del acreedor y con los efectos preclusivos previstos en el artículo 400 LEC. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «El cambio de modelo de juicio verbal», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, (Directores G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, J. SIGÜENZA LÓPEZ, Coord. S. TOMÁS TOMÁS, R. CASTILLO FELIPE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 43-101 JIMÉNEZ CONDE, F., «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo*

2º La valoración sobre unos mismos hechos ya conocidos, o incluso sobre el Derecho aplicable. En la medida en que exista la posibilidad de acudir a instrumentos, implicados en el proceso que permitan fijarlos, hechos o Derecho, de forma objetiva se eliminarán puntos de conflicto.

Ya vimos cómo, instrumentos como la evaluación fáctica neutral, respecto a los hechos, o la evaluación jurídica temprana, respecto del Derecho, o técnicas como las discusiones confidenciales con el juez, o el recurso al *Settlement counsel, special masters, or experts*, contribuían en el proceso en EE. UU. a allanar el camino a un acuerdo temprano, al eliminar puntos de debate.

3º La cuantía de los gastos del pleito, lo que está en relación con la estructura de incentivos de la actividad de los abogados, y con la posibilidad de repercutir los gastos a la otra parte a través de la condena al pago de las costas procesales.

No es indiferente la estructura de incentivos de la actividad de los abogados que, normalmente, y por razones en buena medida imputables a los propios clientes, aunque también a los abogados que no entienden su papel en ese proceso, además de carecer de recursos para una negociación²⁶⁰, van a cobrar más, y con menos esfuerzo, si van a pleito que si llegan a un acuerdo previo, y también si apelan o si recurren en casación que si no lo hace. Eso no significa, normalmente, que el abogado vaya a actuar malévolamente en contra de los intereses de su cliente²⁶¹, pero es imposible no advertir la existencia de intereses divergentes, lo que en un entorno de máxima competencia como el actual²⁶², por lo menos a determinados niveles, lleva al ofrecimiento de la

panorama socioeconómico, (Directores G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, J. SIGÜENZA LÓPEZ, Coord. S. TOMÁS TOMÁS, R. CASTILLO FELIPE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 103-115.

²⁶⁰ Sobre el papel de juristas y profesionales de la abogacía en los procesos de mediación vid. GARRIDO SOLER, S., «Mediación y Derecho. El papel de juristas y profesionales de la abogacía en los procesos de mediación», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 97-118.

²⁶¹ PASTOR PRIETO, S., «Eficiencia y medios alternativos», en *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N°11 (2007), pp. 49-78.

²⁶² No puede ser indiferente a ello el espectacular incremento del número de abogados entre los años 2007 y 2017, coincidiendo con la crisis económica pasando de 116.394 a 152.954 censados en España, lo que supone un incremento del 31,42%.

llevanza de procedimientos gratuitamente, o por precio irrisorio, con la esperanza de poder cobrarse de la otra parte, a través de las costas procesales.

Y tampoco es indiferente, a este respecto, quién asume el pago de los costes del proceso. Recordemos que en EE. UU. existe la llamada *American Rule*, que implica que cada cual —como principio general— asume los costes del proceso, sin posibilidad de repercutirlos a la parte contraria salvo en contadas excepciones. Es un sistema parecido al que estuvo vigente en España hasta la reforma de 1984, en el que las costas procesales se imponía a quienes litigaban con mala fe o temeridad, un sistema por el que no he ocultado mi preferencia frente al sistema de vencimiento objetivo vigente desde entonces, que es el que recoge la vigente LEC 2000, y que contribuía a favorecer el acuerdo frente al recurso al proceso judicial, castigando solo al que utilizaba los tribunales temeraria o maliciosamente sin afectar al derecho a la tutela judicial efectiva ni a las partes como dueñas del conflicto y del proceso²⁶³.

- 4º La duración del pleito. Se trata de un elemento esencial que se tiene en cuenta a la hora de llegar a un acuerdo, actuando como un incentivo o desincentivo para llegar a un acuerdo frente al recurso a la vía judicial.

Recordemos en este punto cómo afirmaba CAVUOTO²⁶⁴ su absoluta desconfianza en la efectividad de la mediación obligatoria porque «en realidad la mediación tiene posibilidades razonables de éxito, como instrumento alternativo de resolución de la controversia, únicamente en un país en el que la Justicia funcione ya». La razón es clara y muy fácil de entender: en un país en el que los procesos se dilatan en el tiempo, la parte que actúa maliciosamente

²⁶³ En este sentido RAMOS ROMEU, cuando señala que «la reasignación de un coste hace menos probable el acuerdo y aumenta las posibilidades de que se produzca un litigio. Esto ocurre porque la posibilidad de que un coste pueda reasignarse hace que forme parte de lo que está en juego, si se va a juicio, de forma que durante una negociación las diferencias de opinión sobre quién ganará el pleito implicarán que cada parte crea que podrá cargar a la otra este coste, lo que hará menos probable el acuerdo y más probable el litigio». RAMOS ROMEU, F., *op. cit.* p. 81. En el mismo sentido PASTOR PRIETO, S. en *¡Ah de la Justicia! ...op. cit.*, p. 140, y también en «Litigiosidad ineficiente», en *La sociedad litigiosa*, (Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino,) en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº13-2007, CGPJ. Madrid, 2008, pp. 354 y 391 y ss.

²⁶⁴ CAVUOTO, E., «La nueva mediación obligatoria en Italia<>», en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 34, Iustel, Madrid, 2014, pp. 8 y ss.

puede aprovechar, y así lo hará, esos tiempos dilatados oponiéndose temerariamente a la reclamación que se le formule, al no tener incentivo alguno para llegar a un acuerdo, y máxime cuando rige un sistema de costas procesales tasadas, que cuando se revisan por el juzgado sólo es a la baja, y que, además de castigar por igual al que legítimamente reclama o defiende su derecho que al que lo hace temerariamente o de mala fe, permite descontar (económicamente hablando) el coste que le supondrá el pago de esas costas procesales, alentando así artificialmente la litigiosidad²⁶⁵.

En el mismo sentido PASTOR PRIETO afirma que los datos demuestran «que buena parte de la litigiosidad actual (que no debiera producirse) es endógena, esto es, causada por el propio funcionamiento inadecuado del sistema judicial y tiene un carácter propio de litigantes que usan los tribunales como parte de su estrategia negociadora. [...] 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»²⁶⁶, 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.

Afirma a este respecto RAMOS ROMEU que la duración es asimilable a un coste procesal que no puede ser reasignado, y opina que la reducción de la duración de un pleito tiene el efecto de aumentar el valor de la pretensión para el demandante y, consecuentemente, hace que sea más probable que interponga la demanda, aumentando la litigiosidad, puesto que si puede obtener antes la satisfacción de derecho, su valor sufre menor descuento que cuando lo puede obtener después; pero también afirma después (p. 100), que «una mejora de la duración de los pleitos reduciría la litigiosidad de forma global, al mejorar el efecto disuasorio del pleito»²⁶⁷.

²⁶⁵ RAMOS ROMEU, F. *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁶⁶ PASTOR PRIETO, S. «Litigiosidad ineficiente», *La sociedad litigiosa*, (Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino,) en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº13-2007, CGPJ. Madrid, 2008, pp. 391-392.

²⁶⁷ RAMOS ROMEU, F., *op. cit.*, pp. 83-84.

Sin duda es así. La mejora en los tiempos de la justicia tiene un doble efecto: es posible que no incentive a tratar de alcanzar un posible acuerdo porque la «tasa de descuento» al incumplidor no exista o sea insatisfactoria, y por descontado que no existe relación que salvar u otros incentivos para negociar, pero no es posible obviar que ese acuerdo sería a costa de los legítimos derechos del demandante, obligado a transar por la lentitud e ineficacia de la Justicia, por lo que con la mejora de los tiempos de respuesta, además de hacer Justicia a quien tiene derecho a ello, desincentiva el uso temerario y malicioso de los tribunales, al aumentar el efecto disuasorio del pleito.

No ha sido infrecuente, en la todavía reciente crisis, asistir impotente a la negativa infundada de grandes empresas a pagar a subcontratas, con los más diversos pretextos, conociendo las graves dificultades económicas que estaban soportando, lo que les hacía extremadamente difícil acudir a los tribunales, máxime cuando se les impuso el pago de tasas judiciales, e imposible esperar a una resolución judicial, y por descontado que rechazaban cualquier tipo de acuerdo, a la espera de que la subcontrata pereciera por asfixia económica.

Podemos recordar en este punto que en el *Manual of Complex Litigation*, texto editado por el *Federal Judicial Center* de EE. UU., una de las técnicas recomendadas era el *firm trial date*, es decir, una fecha creíble y firme de juicio, para estimular a las partes a llegar a un acuerdo antes de esa fecha.

5º La eficacia judicial, en relación con la posibilidad de error judicial y con la efectividad a la hora de otorgar la tutela judicial solicitada, produce efectos diversos, puesto que el aumento de la posibilidad de error puede incentivar tanto al demandante para llegar a un acuerdo (ante la posibilidad de un error en alguna instancia que le sea contrario), como al justamente demandado para oponerse maliciosamente, a la espera de ese error del demandante, o del tribunal, que le salve de tener que cumplir sus obligaciones.

Y lo mismo puede afirmarse de la efectividad, que, por una parte, desincentivará al demandante para llegar a un acuerdo, aumentando el recurso a los tribunales, pero, por otra parte, desalentará el incumplimiento de las obligaciones, lo que produce el efecto contrario.

6º La misma existencia de un pleito, que a veces, y en contra de lo que se afirma en muchas ocasiones por los partidarios de los sistemas alternativos a la resolución judicial, puede ser el más poderoso de los estímulos para que las partes negocien un acuerdo.

En este sentido afirma PASTOR PRIETO, y la experiencia demuestra que es así en muchos casos, que hay estudios recientes que «parecen relativizar lo acertado de los llamamientos en favor de estos mecanismos alternativos a la resolución judicial y, en su lugar sugieren la necesidad de potenciar los aspectos “no adjudicatorios” de la actuación judicial (p. ej., la conciliación en fase de demanda o ulterior). Porque, en contra de la opinión más extendida en la literatura sobre lo indeseable de la litigación y sobre la contraposición entre litigación y acuerdo, la evidencia parece mostrar que, presentada una demanda al órgano judicial competente, los abogados pasan la mayor parte de su tiempo intentando llegar a acuerdos en lugar de continuar hasta el juicio»²⁶⁸.

Todos estos puntos, y otros muchos que afectan al proceso civil²⁶⁹, no pueden tratarse aisladamente, porque todos ellos están interrelacionados, y resulta evidente su incidencia en la valoración del MAAN que realizará cada una de las partes en un proceso de negociación, o de mediación, para seguir con el mismo o no.

Conviene aclarar en este punto la íntima relación que existe entre negociación y mediación, utilizando esta última conceptos y principios que proceden de la primera, y es que la mediación no es sino una negociación asistida por una persona, el mediador, cuya función es, básicamente, no que las partes alcancen un acuerdo, que al final puede existir

²⁶⁸ PASTOR PRIETO, S. *¡Ah de la Justicia! ...,op. cit.*, pp. 154-155.

²⁶⁹ HERRERO PEREZAGUA habla a este respecto de la incierta duración del proceso, los gastos y reembolsos inciertos, la disparidad de criterios en la resolución de controversias como consecuencia de la maraña legislativa y de leyes oscuras o ambiguas, y de la incertidumbre del proceso como cauce de la tutela judicial, por la incertidumbre sobre el juez competente, sobre el modo de proceder, y sobre el alcance de lo decidido en función de la clase de resolución, de la pretensión deducida, de la extensión del objeto examinado, como causas que retraen del recurso al proceso judicial para la resolución de conflictos pese a la ventaja que supone obtener una resolución en Derecho sobre el fondo del conflicto. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La incertidumbre del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 42, Iustel, Madrid, 2017.

o no, sino que las partes desarrollen un buen debate negocial, supliendo el déficit de racionalidad que impide a las partes tener ese debate por sí mismos²⁷⁰.

En todo caso sí se puede afirmar que un buen proceso de negociación nunca debiera partir de la premisa, tan manida y conformista, de que «es mejor un mal acuerdo que un buen pleito», sino antes bien, al contrario, hay que ser ambicioso y afirmar que si hay algo mejor que un buen pleito es un buen acuerdo, porque, con las técnicas adecuadas, es posible para las partes y/o sus representantes conseguir un acuerdo satisfactorio en el que ambos puedan sentirse ganadores, ponga fin a la controversia, y salve la relación. Sí, seguro, pero ello es inviable sin unos tribunales de justicia que actúen pronta y eficazmente, de forma que se desincentive el incumplimiento, sin un proceso civil que evite la incertidumbre fáctica y jurídica y que no incentive artificialmente la litigiosidad mediante la imposición de costas procesales con base en el vencimiento objetivo, al margen de la temeridad o no de la demanda u oposición, y si no se aumenta la fuerza vinculante y ejecutiva de los acuerdos a los que se pueda llegar.

2.4.- EL RESULTADO DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN: EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

2.4.1.- Concepto de contrato de transacción.

Desde el punto de vista del resultado, la negociación, de llegar a buen término y cumplir con el objeto de que las partes convengan en los términos de la resolución del conflicto, puede finalizar con un contrato de transacción, que se trata de una figura que se regula en el libro IV de nuestro Código Civil, dedicado a las obligaciones y contratos, y que se define (artículo 1.809 CC) como el «contrato por el cual las partes, dando,

²⁷⁰ En este sentido afirma AGUILÓ REGLA al tratar el sentido de la mediación que «dos actores plenamente racionales no necesitan de la intervención de ningún mediador. [...] Dos abogados que negocian en nombre y representación de sus respectivos clientes, en la medida en que sean buenos profesionales, (es decir, competentes y honestos), no necesitan de la intervención de ningún mediador. La relación profesional de los abogados con el caso les permite —supuestamente— desarrollar un debate negocial fructífero sin necesidad de que un tercero intervenga para ordenarlo y/o canalizarlo en ningún sentido», de dónde se extrae el sentido de la mediación y el papel del mediador, que no es que se alcance un acuerdo, sino «garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial», supliendo los déficit de racionalidad que les impiden enjuiciar su situación y debatir correctamente las posibilidades de llegar a un acuerdo. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. ...op. cit.*, pp. 103-105.

prometiendo, o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito, o ponen término al que había comenzado».

De hecho lo mismo se puede predicar, desde el punto de vista del resultado, de la mediación²⁷¹, que, de llegar a buen término y cumplir con el objeto de que las partes convengan en los términos de la resolución del conflicto, finalizará —se le llame como se le llame— con un contrato de transacción, al que por eso hay autores que consideran como el verdadero antecedente en nuestro Código Civil de la mediación²⁷², al concurrir «casi» todos los elementos que concurren en la mediación como son, los elementos personales, esto es, las personas con capacidad para obligarse y transigir, los reales, que es la materia sobre la que existe un conflicto que es objeto de esa transacción, y los formales, puesto que contenido y términos de la transacción, sin que exista obligación formal de hacerlo, normalmente se documentarán por escrito, para dejar constancia de lo acordado.

Solo faltaría un elemento personal para que, no la transacción, que tal y como se articula en el Código Civil sería el resultado, sino el proceso negociador por el cual se llega a esa transacción, pudiera equipararse a la mediación, y es el mediador, una tercera

²⁷¹ «La mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo, o el proceso a la sentencia», lo que exige conocer sus límites, y la normativa que a ella se refiere, tanto sustantiva como procesal. ROGEL VIDE, C., «Mediación y transacción en el Derecho civil», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Dir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 19-39.

²⁷² En este sentido afirman BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO D.M., RODRÍGUEZ BENOT, A. IBARRA BORÉS, A que «Si el legislador español, como ha ocurrido en otros Estados miembros de la Unión Europea (un ejemplo claro lo tenemos en Francia), hubiera querido ampliar los efectos de la *transacción* o trasponer la Directiva 2008/52/CE a nuestro Código Civil, sólo habría tenido que modificar el artículo 1.809 añadiendo que “la transacción tendrá efectos de mediación civil y mercantil cuando se realice voluntariamente como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, y que éste reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención”. Ampliando, a su vez, como de hecho se hace en la LEC, los acuerdos que llevarán aparejada la ejecución; es decir, los acuerdos en materia civil y mercantil establecidos por escrito entre personas privadas a través de la mediación, en que intervenga como tercero un mediador que reúna los requisitos legales y personales para su formalización. Pero el legislador no ha querido desarrollar o completar la *transacción* como *mediación*; ha preferido dotar de autonomía sustantiva y de respaldo legislativo a esta iniciativa y exaltar sus bondades como instrumento que puede llegar a descongestionar los juzgados y tribunales». 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. LÓPEZ SIMO, F., GARAU SOBRINO F.F., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 50-51.

persona profesional, imparcial, neutral y competente que ayuda a las partes en ese proceso, que en principio no existe como tal, con las características personales y de procedimiento que le son propias y la caracterizan, en la negociación.

Se trata la transacción de un contrato nominado, consensual, bilateral y recíproco, y oneroso, que exige que las partes se hagan recíprocas concesiones («dando, prometiendo, o reteniendo alguna cosa», dice el precepto), que pueden tener por objeto las mismas pretensiones que fueron objeto de la controversia, este ya judicializada o no, u otros derechos, obligaciones, titularidades o pretensiones que no formaban parte de la controversia, inicialmente al menos, por no estar en discusión, pero que forman parte del acuerdo porque sirven para poner fin a la controversia, pudiendo llamarse a las primeras transacciones puras o simples, y a las segundas complejas o mixtas.

En todo caso, como todo contrato, debe recaer sobre un objeto cierto, real o posible, determinado o susceptible de determinación y que esté dentro del lícito comercio (artículos 1.271 a 1.273 CC), además de no tratarse de materia indisponible para las partes²⁷³, por lo que está sujeto a los mismos requisitos que el artículo 1.261 CC señala como esenciales para todos los contratos, consentimiento, objeto, y causa, siendo nula la transacción en la que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, conforme a los artículos 1.817 y 1.265 CC, aunque no se puede oponer el error de hecho a quien por la transacción se ha apartado de un pleito comenzado (artículo 1.817 CC).

²⁷³ En este punto hay que tener en cuenta el principio de interés y orden público del artículo 6.2 CC, que son límites a la capacidad dispositiva de las partes, y la regulación de los artículos 1810 a 1814 CC, que establecen límites a la capacidad de transigir, en función de que se trate de bienes o derechos de hijos bajo patria potestad, del tutor, de corporaciones con personalidad jurídica, impidiéndolo respecto a la acción pública para la imposición de una pena consecuencia de un delito, y respecto del estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales (aunque no comprende las cuestiones puramente patrimoniales), y los alimentos futuros, estableciendo un límite en la propia vigencia del principio dispositivo, que no se tiene sobre esas cuestiones ni aquellas que afecten de derechos fundamentales. A este respecto la STC 81/1992, de 28 de mayo (RTC 1992/81) señala que, «En cualquier caso, la conciliación, como los demás medios autocompositivos, desde siempre ha tenido como límite infranqueable la propia vigencia del principio dispositivo. En aquellas contiendas en las que esté comprometido el interés u “orden público” (cfr. arts. 6.2 y 1814 del Código Civil) las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer, a través de la conciliación, de los derechos o intereses en conflicto. Pues bien, dentro de este standard de orden público hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de derechos fundamentales (STC 277/1983, STC 19/1985 de 13 de febrero [RTC1985/19], STC 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987/199], STC 39/1988, de 9 de marzo [RTC 1988/39], STC 54/1989, de 23 de febrero [RTC 1989/54], de entre las que se encuentra, naturalmente, el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE».

2.4.2.- Naturaleza jurídica del contrato de transacción.

La naturaleza jurídica del contrato de transacción es, como afirma GULLÓN BALLESTEROS²⁷⁴ «uno de los puntos más debatidos de la doctrina, y las soluciones no son concordes», pudiendo distinguir, atendiendo al objeto de la transacción, cuando: a) una de las partes renuncia a sus pretensiones a cambio de que la otra, que ve reconocida su situación jurídica, se comprometa a realizar una prestación a favor del renunciante, en cuyo caso lo sacrificado es un derecho distinto del controvertido, el contrato de transacción es la causa del desplazamiento patrimonial y tiene naturaleza dispositiva; b) una de las partes renuncia parcialmente a sus pretensiones, y en contraprestación la otra hace igual, en cuyo caso no tiene naturaleza traslativa porque las renunciaciones no tienen por objeto derechos ciertos y determinados, sino pretensiones, sin que tampoco sea claramente modificativa de la situación preexistente porque lo que hacen las partes es fijar o interpretar su verdadera situación jurídica; y c) cuando ambas partes renuncian a sus pretensiones a cambio de la eliminación o modificación de la relación jurídica de la que nació la controversia, en cuyo caso tiene naturaleza extintiva o modificativa por novación de la relación jurídica anterior.

No es una cuestión baladí, por los efectos que va a desarrollar el contrato de transacción, que deben ser correctamente evaluados por las partes durante la negociación para llegar a ese acuerdo que ponga fin a la controversia, que puede estar ya judicializada, en cuyo caso será una transacción judicial, o no, en cuyo caso será extrajudicial, cuyos efectos pueden ser distintos por lo que se refiere a la ejecutabilidad de los acuerdos.

2.4.3.- Clases y objeto: transacción judicial y extrajudicial.

La transacción puede ser anterior al nacimiento del litigio entre las partes, en cuyo caso será extrajudicial, o tras el nacimiento de dicho litigio, en cuyo caso la transacción será judicial.

En el primer caso la transacción tiene un carácter exclusivamente material, su regulación corresponde exclusivamente al Código Civil, y se llevará a efecto y exigirá su

²⁷⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A., «De las transacciones y compromisos», comentarios al Título XIII, del Libro IV, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, (Dir. C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

cumplimiento en la forma en que se exige el cumplimiento de los contrato puesto que no llevará aparejada la vía de apremio, como establece el artículo 1.816 del Código Civil, que reserva dicha posibilidad para la transacción judicial²⁷⁵, aunque en cierta manera también aparece vinculado a un proceso en la medida en que impide su nacimiento.

Las transacciones judiciales, que son las que se producen cuando está pendiente un proceso judicial, pueden a su vez ser procesales o extraprocesales, siendo las primeras las que tienen lugar cuando constan en autos como consecuencia de la homologación del acuerdo de transacción por el juez, y la segundas las que tienen lugar con la finalidad de poner fin al proceso judicial iniciado, pero al margen del mismo, al no aportarse el contrato de transacción al proceso, al que ponen fin, bien pidiendo la suspensión y dejando caducar la instancia, bien utilizando otras formas de terminación del proceso como la renuncia, el desistimiento o el allanamiento²⁷⁶.

Respecto a la transacción judicial procesal señala la STS 468/2010, Sala 1ª, de lo Civil, de 14 de julio, que «aunque después no lo regula de forma expresa, el Código Civil admite la figura de la transacción judicial que queda incluida en la definición que proporciona el artículo 1.809 CC. De acuerdo con la doctrina de esta Sala, este tipo de transacción es aquella que efectúan las partes para acabar un pleito ya comenzado, de modo que es necesario que no solo se adopte el acuerdo, sino que, además, se incorpore a los autos. De este modo, la antigua sentencia de esta Sala de 21 abril 1942 dice que, junto al aspecto de tratarse de un acto de Derecho material, la transacción en este caso integra un acto procesal propiamente dicho, de modo que para que finalice el proceso iniciado, se le debe incorporar en aquellos supuestos en que debe pedirse la ejecución al organismo jurisdiccional. Esta postura ha sido ratificada por lo dispuesto en el artículo 19

²⁷⁵ Como señala GUTIÉRREZ SANZ, «La Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido tradicionalmente parca a la hora de regular la transacción. De hecho, fue la reforma de 1984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la que dio entrada a la transacción cuando, al modificar el artículo 692, se estableció que el juez exhortase a las partes para llegar a un acuerdo; si se lograba, debía ser firmado por el juez, los intervinientes y el secretario, y se dispuso que dicho acuerdo debía estar ajustado a las *normas generales para la validez de los contratos, así como a las reguladoras de la renuncia y la transacción*. En la actual Ley, los arts. 19 a 25 LEC, consagrados al “poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones”, regulan la transacción al igual que otras figuras que tienden a procurar poner fin a un proceso mediante un acuerdo entre las partes, y novedosamente se introduce una figura que ya se encontraba regulada en el artículo 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que es la satisfacción extraprocesal». GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación... op. cit.*, pp.60 y 61.

²⁷⁶ SAN CRISTOBAL REALES, S. «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLIV (2011)*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2011, pp. 277-302.

LEC, previéndose, además, el procedimiento para incorporar el acuerdo transaccional en el artículo 415 LEC, señalando este último precepto que “2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la Ley a la transacción judicial, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados”».

Para ello se exige el cumplimiento de tres requisitos, presentación al tribunal, ratificación de las partes en el acuerdo suscrito, y homologación judicial de ese acuerdo. Faltando cualquiera de ellos, en cuanto lo querido haya sido una transacción judicial, la transacción carecería de eficacia entre las partes y no se le podría atribuir efecto alguno.

Y habría un cuarto requisito, relacionado con la homologación judicial del acuerdo, que viene dado por el artículo 19 LEC, y es que el acuerdo, conforme al apartado 2 del precepto, debe ser conforme a lo previsto en el apartado 1, esto es, que se refiera al objeto del proceso. La cuestión es que no siempre las transacciones serán puras y simples, sino que en muchos casos serán complejas o mixtas, al referirse a un objeto (prestaciones, derechos, pretensiones de presente y de futuro) más amplio que el propiamente litigioso, que también pueden ser objeto de acuerdo, lo que puede plantear problemas —para poner fin a una controversia por medio de una negociación, pero también de una conciliación o una mediación— si se hace una interpretación demasiado restrictiva del objeto del proceso, limitándolo a la pretensión principal, a la acción ejercitada.

Hay que entender que el objeto del proceso está constituido tanto por la acción ejercitada por el demandante como por la excepción opuesta por el demandado, y así lo reconoce el artículo 412.1 LEC cuando prescribe que «establecido lo que sea el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Es decir, tanto la pretensión como la contra-pretensión que conforman acción y excepción son, necesariamente, objeto del proceso, como lo son los hechos que las integran y sustentan, porque «raya en la evidencia que la pretensión no configura el objeto del proceso si se la considera abstractamente, esto es, como mero acto de pretender, sino en cuanto está perfilada con determinados elementos»²⁷⁷, que son unos concretos y determinados hechos y unos determinados fundamentos jurídicos; y en cuanto la contra-pretensión no siempre se limita a la falta de fundamento de la pretensión principal sino que puede sustentarse en la aportación de hechos nuevos que sirven para tratar de sustentar una excepción extintiva, lo que implica una ampliación del objeto del proceso,

²⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2005, p. 28.

sobre todo para la congruencia de la sentencia, pero incluso para institutos jurídicos procesales como la litispendencia y la cosa juzgada.

Por ejemplo, la alegación de compensación del demandado, a efectos del objeto procesal, adquiere una relevancia casi idéntica a la que merecería una reconvencción, aunque ésta no sea formulada, señalando el apartado 3 del artículo 408 LEC que la sentencia que se dicte sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores —el apartado 1 se refiere a la alegación de compensación— deberá resolver sobre los mismos, y tendrá fuerza de cosa juzgada, y en el mismo sentido el artículo 222.2 LEC señala que «la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a los que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley». Por tanto, en este caso de alegación de compensación que utilizamos como ejemplo, es posible afirmar que «el proceso tiene dos objetos, y el de la contra-pretensión del demandado posee una singular entidad pues, en sí mismo, es de igual sustancia al de la demanda»²⁷⁸.

A este respecto hay que recordar que en el *petitum* de la demandada, que sirve para identificar su pretensión, se solicita la declaración de la existencia de un crédito compensable a la reclamación del demandante, con base en los hechos alegados, que pueden ser varios, y que son parte inescindible de esa alegación en cuanto que los elementos fácticos integran la *causae petendi*, y que, aunque la excepción de compensación conllevaría, caso de ser estimada, una simple desestimación de la demanda (no la condena a pagar un saldo, al haberse esgrimido el crédito compensable como defensa, y no como fundamento de una reconvencción), la existencia y exigibilidad del crédito esgrimido por el demandado, y de los hechos en los que se sustenta, requieren un pronunciamiento judicial y quedan comprendidos en la cosa juzgada (junto a los sujetos y el *petitum*), porque sin ellos es imposible determinar que está incluido o excluido de una sentencia²⁷⁹, y, por ejemplo, se abriría al acreedor demandado la posibilidad de cobrar dos veces por los mismos hechos, una vía compensación, y otra mediante la exigencia en el correspondiente proceso del equivalente económico a una obligación de hacer, es decir, en moneda de curso legal.

Es necesario concluir, por tanto, que son objeto del proceso las acciones principales ejercitadas judicialmente, pero también las excepciones opuestas, y los hechos

²⁷⁸ DE LA OLIVA SANTOS, *op. cit. Objeto del proceso...*, p. 38.

²⁷⁹ DE LA OLIVA SANTOS, *op. cit. Objeto del proceso...*, pp. 234-240.

en que éstas se sustentan, que son inescindibles de la excepción, en cuanto que 1) requieren un pronunciamiento judicial, por aplicación del principio de congruencia, 2) su alegación produce litispendencia (no sería posible oponerlo como excepción, y/o reclamarlo en otro procedimiento judicial), y 3) también produce cosa juzgada, en cuanto su estimación o no produce dicho efecto; y siendo objetos del proceso las acciones y excepciones planteadas, siempre que el contenido del acuerdo versa sobre dichos objetos, es posible la homologación judicial de la transacción que recaiga sobre ellos, por aplicación del artículo 19 LEC, siempre que la ley no lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

No se trata ésta de una cuestión irrelevante porque, aunque como dice SAN CRISTOBAL REALES, «el efecto básico que produce la transacción procesal es la terminación del proceso iniciado sin necesidad de sentencia, pero carece del efecto de cosa juzgada, porque “la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por ello el artículo 1.817 CC permite la impugnación por vicios del consentimiento”[cita STS 26 de enero 1993 La Ley, 12929/1993]»²⁸⁰, tampoco es menor el efecto de constituir título ejecutivo, conforme a los artículos 1.816 CC y 517.2.3º LEC.

Por otro lado, la transacción como contrato que pone fin a una controversia evitando la provocación de un pleito, también puede ser pre-procesal, es decir, con carácter previo al proceso judicial, y fuera de la sede judicial (cuando no sea un acto de conciliación), y aunque como contrato consensual no está sujeto a formalidad alguna y es posible incluso realizar la transacción de forma oral²⁸¹ —el problema solo será de prueba del consentimiento y del objeto del mismo—, normalmente se documentará por escrito, por medio de un contrato que producirá los efectos propios del mismo, de exigibilidad u oponibilidad de lo acordado en un proceso judicial.

Pero si ese acuerdo se eleva a escritura pública se consiguen los beneficios propios de la fe pública que otorga la intervención de un notario, que da fe «de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la

²⁸⁰ SAN CRISTOBAL REALES, S., «La transacción como sistema...», *op. cit.* p. 292.

²⁸¹ «El contrato de transacción (no el documento de transacción como dice el recurrente) no es formal y puede celebrarse en cualquier forma al no exigirse en ninguna disposición que dicho contrato haya de sujetarse a ninguna formalidad como requisito para su validez (STS de 30 julio 1996). Por tanto, es posible realizarla transacción en forma oral...». STS (Sala 1ª) núm. 391/2009, de 28 de mayo.

voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes» —artículo 145 del Reglamento Notarial—, con la presunción de certeza de todos esos extremos que, conforme a la ley, comporta dicha intervención. Es por dichas razones que la escritura se convierte en título ejecutivo, en los términos previstos en el artículo 517.2.4º LEC, aunque en este caso con unos límites, que vienen dados por la misma LEC, puesto que la autonomía de la voluntad no puede convertir en ejecutivo un título que procesalmente no lo es, y es que:

- 1º No son ejecutables los títulos extrajudiciales que incorporen obligaciones no pecuniarias, o tal vez sería más apropiado decir que no son ejecutables las obligaciones no pecuniarias contenidas en un título extrajudicial, dado que la transacción puede tener carácter complejo, puesto que el artículo 520 LEC limita la ejecutabilidad de los títulos previstos en los números 4º a 7º del artículo 517.2 LEC a cantidad determinada que exceda de trescientos euros.

Quedan fuera por tanto de esa limitación, y pueden referirse a cualquier objeto, derecho o pretensión (dar, hacer o no hacer), (1º) las sentencias firmes, (2º) los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y (3º) las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso.

- 2º El artículo 557 LEC recoge respecto a estos títulos, «no judiciales ni arbitrales», un elenco de causas de oposición bastante más amplio y generoso que el recogido en el artículo 556 LEC para las ejecuciones de resoluciones procesales, arbitrales, o acuerdos procedentes de mediación.

No se entiende cuál es exactamente el «plus» que aporta la intervención de un mediador para otorgar distinto grado de ejecutabilidad a una escritura pública otorgada con o sin su intervención²⁸², pero es una limitación que habrá que tener en cuenta en un

²⁸² En este sentido manifiesta SIGÚENZA LÓPEZ, respecto a la equiparación de a efectos de ejecución de ese nuevo título ejecutivo —el acuerdo de mediación— a los laudos y resoluciones arbitrales, algo que no le parece una decisión acertada porque «no es aceptable que un acuerdo entre dos sujetos jurídicos, aun cuando se encuentre documentado por un fedatario público, se equipare a la decisión que alcanza un tercero —tribunal jurisdiccional o Corte Arbitral— tras un proceso reglamentado con todas las garantías [...] tras un examen riguroso y detallado de lo expuesto y acreditado por cada uno de ellos. Y no porque la decisión consensuada no sea «justa», ya que, obviamente, puede serlo, sino porque el camino seguido para su elaboración es radicalmente distinto en uno y otro caso, lo que justifica que el tratamiento procesal, en

proceso negociador en el que se traten y transijan diferentes obligaciones (transacción mixta o compleja), algunas de las cuales pueden ser no pecuniarias, buscando el medio adecuado a los efectos de dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos como máxima garantía de lo acordado.

La negociación entre las partes, directa o indirecta, es la primera forma a la que se acude para resolver un conflicto, una vez que éste ya ha nacido, e incluso cuando ya está judicializado, porque es posible pedir la suspensión del proceso para llegar a un acuerdo (artículo 19 LEC), o incluso existe sentencia firme (casi nunca es tarde para negociar, siempre es posible cuando hay algo que ofrecer y algo que ganar) pero a veces puede ser insuficiente, las partes pueden ser incapaces por muy diversas circunstancias de afrontar y solucionar por sí solas el conflicto, y se requiere de la intervención de un tercero, que puede adoptar diferentes posiciones, y asumir distintas facultades u obligaciones, respecto a ese conflicto. A ello nos referimos a continuación.

3.- BREVE REFERENCIA, SOLO A EFECTOS SISTEMÁTICOS, A LA MEDIACIÓN.

El término mediación se define por el DRAE como la «acción o efecto de mediar», verbo éste que en su tercera acepción significa «interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad», una definición que contiene los elementos básicos de la misma: la existencia de un conflicto que afecta a dos o más personas o grupos, y la intervención de un tercero que procura solventarlo ayudando a recomponer las relaciones dañadas por aquel.

Dentro del ámbito de las ADR, como hemos señalado en la introducción a estas figuras primarias de estos sistemas, podemos definir la mediación como un proceso voluntario y confidencial de gestión de conflictos en el que existe un tercero imparcial y neutral, el mediador, cuyo papel consiste en facilitar la comunicación entre las partes para tratar que sean ellas mismas las que consigan desarrollar de una forma satisfactoria un

orden a su ejecución, también lo sea». SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 143.

debate negocial adecuado para explorar todas las posibilidades de un acuerdo y, si ello es posible, llegar a ese acuerdo y resolver el conflicto.

Basta de momento con apuntar esta definición, básica, que hace referencia a los principios rectores de la mediación, a los puros efectos sistemáticos de la clasificación realizada en función del papel del tercero en la resolución del conflicto a que nos hemos referido y que estamos siguiendo, puesto que a este sistema de resolución de conflictos nos referiremos más adelante con mayor amplitud.

4.- LA CONCILIACIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, EFECTOS Y EFECTIVIDAD.

4.1.- CONCEPTO DE CONCILIACIÓN.

La voz conciliación proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*, que significa componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, lo que coincide con la definición que hace el DRAE, en su primera acepción, y aunque la definición se refiere más a la finalidad del proceso conciliatorio que al proceso en sí mismo, algo en lo que coincide con otras vías autocompositivas de gestión de conflictos, en ella podemos encontrar ya las características definitorias básicas de la institución, como es la existencia de un conflicto, entre varias personas, que se intenta componer o ajustar, lo que requiere de un proceso aunque no se mencione, como tampoco se hace referencia expresa al «conciliador» como tercero ajeno a las partes, aunque lo presuma.

Sin embargo, con carácter general, tanto en el ámbito de la gestión de conflictos como en el del Derecho, cuando hablamos de la conciliación nos referimos a un procedimiento en el que las partes en conflicto se reúnen con un tercero que es imparcial (ya sea un juez, un letrado de la Administración de Justicia, o una autoridad u otros órganos designados o constituidos conforme a las reglas del Estado), y cuya función es la de facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas para que, en su presencia, puedan delimitar el conflicto y tratar de solucionarlo, intentando activamente que las partes se avengan a resolver sus diferencias, haciendo incluso propuestas de solución, para evitar un proceso judicial. La conciliación puede considerarse, por tanto, como un sistema de auto-compositivo en la gestión de conflictos, porque son las mismas partes las que

intentan encontrar la solución para poner fin al mismo, aunque necesiten o requieran para ello de la intervención activa de un tercero ajeno a ellas mismas y al conflicto, aunque hay autores que, por la participación activa de ese tercero en el proceso conciliador, lo considera como un sistema heterocompositivo²⁸³.

Se trata de una institución que carece de antecedentes legales²⁸⁴ en los textos antiguos, y cuyo origen en España 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 sin embargo obligatoria en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, y también en las Ordenanzas de Burgos de 1776, cuyo texto fue el que pasó a la Novísima Recopilación, en la que se disponía (Libro IX, Título II, Ley VIII) que:

«Cuando cualquier persona compareciere en este tribunal a intentar alguna acción, mando que no se le admita ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante sí a las partes, y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensa, procuren ajustar el pleito y diferencia que hubiese con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escritos».

La Constitución Española de 1812, cuyo Título V se refería a los Tribunales y a la Administración de Justicia, reguló la conciliación en los artículos 282 a 284, configurándola con las siguientes características: la encomendaba al alcalde de cada pueblo, era obligatoria como requisito previo para poder entablar «pleyto», y se concebía

²⁸³ Así lo considera, por ejemplo, ALVARADO VELLOSO, A. en «La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses», (*Estudio en homenaje a Antonio Castiglione*), en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº3 (1986), Montevideo, p. 236.

²⁸⁴ ALVARADO VELLOSO, A. «La conciliación», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº1, enero 1989, San Sebastián, pp. 1-21.

En sentido contrario SAN CRISTOBAL REALES, S., cuando señala que «La conciliación es otro mecanismo autocompositivo —junto con la negociación y la mediación— por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la Audiencia Previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes». SAN CRISTOBAL REALES, S. «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLVI (2013)*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2013, p. 45.

como un proceso que terminaba con una resolución que ponía fin al conflicto, si era libremente aceptada por las partes, al señalar que «El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin del litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan a esta decisión extrajudicial».

La CE 1812 tuvo una vigencia efímera, al ser derogada en 1814 por Fernando VII tras su vuelta a España, y tras ese breve paréntesis, textos similares a los anteriores a la CE 1812 se reproducen en las normativas posteriores (RD de 29 de septiembre 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, el ámbito mercantil²⁸⁵) hasta llegar a la LEC 1881²⁸⁶, que regulaba la conciliación en sus artículos 460 a 480 —Título I, del Libro II— estableciendo su carácter obligatorio, previo al ejercicio de una acción judicial en los artículos 460 y 462, y describía el proceso conciliador en el artículo 470, en unos términos que, por lo que se refiere a su objeto y al propio proceso, desafían el paso de los siglos:

«Comenzará el demandante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoye. Contestará el demandado lo que crea conveniente y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones. Después de la contestación podrán los interesados replicar y contrarreplicar, si quisieren. Si no hubiere avenencia entre ellos, los hombres buenos y el juez municipal procurarán avenirlos. Si no pudiesen conseguirlo, se dará el acto por terminado».

De todo ello estaba previsto que se extendería un acta, que sería firmada por todos los concurrentes, en un libro que llevaría el secretario del juzgado (artículo 472), de la

²⁸⁵ El artículo 1º impedía el inicio de una acción judicial, conforme a lo previsto en el artículo 1.205 de Código de Comercio de 1829, sin haber celebrado antes comparecencia ante el «juez avenidor», debiendo aportar certificado de haberse celebrado, o de su no celebración por «contumacia del demandado», multando personalmente al juez o escribano que infringiera esa disposición, y declarando la nulidad (artículo 2) de todo lo actuado de no haber precedido dicha comparecencia, resarciendo el demandante de las costas causadas.

²⁸⁶ Versión original publicada 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>

que se daría certificación al interesado, o de haberlo intentado sin efecto en caso de falta de comparecencia de los demandados (artículo 474), a los citados efectos legales.

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, que convirtió la conciliación previa en voluntaria, eliminándola como requisito de procedibilidad, y por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficinal Judicial, que encomendó la conciliación, que hasta entonces venía atribuida al juez de paz o de primera instancia, al secretario judicial²⁸⁷. La LEC 2000 se refirió exclusivamente al intento de conciliación en el seno del proceso, en la audiencia previa²⁸⁸, y dejó fuera de su ámbito la conciliación previa o preprocesal, al mantener en su disposición derogatoria —apartado 1, 1ª y 2ª— la vigencia del Título del Libro II de la LEC 1881 sobre la conciliación, hasta la entrada en vigor de una futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, que estaba previsto en la DF 18ª que fuera enviada a las Cortes en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la propia LEC 2000, plazo que, como suele ser normal, no se cumplió.

²⁸⁷ «Pese a que la actividad conciliadora pre-procesal no es la que genera el entorpecimiento del trabajo jurisdiccional de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil, el legislador ha decidido poner por obra en este aspecto concreto, la Recomendación número 86 del Comité de Ministros de Los Estados miembros del Consejo de Europa que sugería a los Estados Miembros que, para prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, atribuyeran a otros órganos algunas actuaciones no jurisdiccionales. El asunto estaba esperando su regulación procesal, en concreto, desde que en el año 2003 se reformó la LOPJ, en cuyo artículo 456.3 c) se atribuye a los secretarios judiciales la función propia del acto de conciliación con actividad mediadora». BONET NAVARRO, A. , «La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24 (2011), Iustel, Madrid, 2011, p.3.

²⁸⁸ A la conciliación judicial se refería el artículo 682 LEC 1881, tras la reforma ordenada por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, en la que el juez civil estaba obligado a exhortar a las partes para que llegaran a un acuerdo, y a ella se refiere en la actualidad la LEC 2000, en los artículos 414 y siguientes, reguladores de la audiencia previa, en cuya convocatoria —artículo 414 LEC— está previsto que se informe a las partes de la posibilidad de «recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación», debiendo las partes en la audiencia comunicar su decisión al respecto y las razones de la misma, estando previsto como primer objetivo de esa audiencia previa «intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso», pudiendo el juez en atención al proceso «invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un proceso de mediación, instándoles a que asistan a una sesión informativa»; y en la que está previsto que —artículo 428 LEC— con posterioridad a la fijación de hechos conformes y controvertidos, que es otro de los objetos de la audiencia previa, y a la vista del objeto de la controversia, el juez exhorte de nuevo «a las partes o sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio».

Pero si la conciliación, por el momento en que se desarrolla, puede ser previa o coetánea al proceso judicial, en nuestro Derecho, cuando nos referimos a la conciliación como sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos nos referimos a la conciliación previa o pre-procesal, no a la conciliación judicial que tiene lugar una vez ya iniciado el proceso ante el juez encargado de la resolución del mismo, y se presenta, por tanto, como una forma de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, dado que, como en el caso de la mediación, no se trata —o tal vez sería más correcto decir que «debería tratarse»— más que de un proceso de negociación asistido.

Han de pasar quince años, y superar en el último tramo un intenso debate como consecuencia de la intención del gobierno, plasmada en el Proyecto de LJV de 5 de septiembre de 2014²⁸⁹, de atribuir competencias exclusivas a favor de determinados profesionales (notarios y registradores)²⁹⁰, hasta que se promulga la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que regula la conciliación en los artículos 139 a 148, y que, pese al tiempo transcurrido, no aporta novedad alguna a la conciliación previa. Sigue confiada a los jueces de paz (para asuntos de cuantía inferior a 6.000 €, y siempre que no sea materia competencia de los Juzgados de lo Mercantil) y a los secretarios judiciales —hoy letrados de la Administración de Justicia— para los demás (de los juzgados de lo mercantil en caso de tratarse de materia de su competencia), y descrita en el artículo 145 LJV de forma sustancialmente idéntica a como lo hacía la LEC 1881, salvo el hecho de enfatizar que la conciliación queda fuera de los actos preparatorios de un proceso, como serían las diligencias preliminares, al señalar que su único fin es alcanzar un acuerdo que evite un pleito, sancionando con la inadmisión (artículo 139 LJV) su utilización para cualquier otro fin, cuando además suponga abuso de derecho o fraude de ley o procesal²⁹¹.

²⁸⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 112-1 de 5 de septiembre de 2014. Accesible (16/04/2017) en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF

²⁹⁰ LUDEÑA BENÍTEZ, O. D., «Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio», en *Revista Práctica de los Tribunales* N°116, La Ley 5185/2015, Wolters Kluwer, Septiembre - Octubre 2015.

²⁹¹ Señala MARTÍNEZ DE SANTOS que, «Dejando al margen las posturas doctrinales sobre la figura, la celebración del acto solo puede explicarse en relación a su objeto (evitar un pleito), lo que supone un cambio de rumbo violento, permítanme la expresión, respecto al que se sigue en la actualidad, en el que, por ejemplo, se persigue obtener datos o documentación del requerido, interrumpir la prescripción o reducir la base imponible del IVA; así que confundida la conciliación con otros mecanismos procesales destinados a preparar el juicio, el acto en la actualidad carece de utilidad. ¿Mejorará la situación en el futuro? Aventuraré una opinión. La nueva ley exige que tanto los solicitantes como los letrados de la Administración de Justicia

No proporciona la LJV un concepto legal de conciliación en el orden jurisdiccional civil, como tampoco lo hacía la LEC 1881, limitándose a establecer la finalidad de esta, que es la de evitar la provocación de un pleito.

Sin embargo, partiendo de dicha finalidad, y del proceso descrito para tal fin, puede definirse la conciliación civil como la comparecencia facultativa de las partes en conflicto ante una autoridad designada por el Estado, que de forma típica será el juez de paz o el letrado de la Administración de Justicia (artículos 139-148 LJV), y de forma atípica el notario o registrador —artículos 81-83 de la Ley Orgánica del Notariado, y artículo 103 Bis de la Ley Hipotecaria, introducidos, respectivamente, por las DF 11ª y 12ª de la LJV—, para que en su presencia, conforme al procedimiento establecido, y siempre que se trate de materias disponibles, traten de solucionar el conflicto que los enfrenta para evitar la provocación de un pleito, procurando el conciliador avenirlos de no hacerlo ellos por sí solos, y produciendo el resultado de la conciliación determinados efectos jurídicos, que serán ejecutivos en caso de terminar la conciliación con avenencia, conforme a lo previsto en la propia LJV y la LEC (artículo 517.2.9º).

4.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCILIACIÓN.

Aunque se discute por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la conciliación, lo cierto es que, una vez desaparecida en el ámbito civil, tras la Ley 34/1984, su exigibilidad como requisito previo para la admisión de las demandas, estamos ante un acto voluntario de carácter previo a la presentación de la demanda, que no cabe confundir con ésta. No se trata de un acto procesal de una parte actora en ejercicio de una acción procesal solicitando de un tribunal que dicte una sentencia que tutele su derecho frente a un demandado, sino, por el contrario, se trata de un proceso voluntario que intentar evitar ese proceso judicial, propiamente dicho, que se iniciaría con la demanda, cuyo objeto es llegar a un arreglo amistoso sobre la cuestión controvertida planteada, con ayuda de la

sean respetuosos con la finalidad del acto y que solo se celebren aquellos en los que se busque un acuerdo que evite el pleito y eso, de momento, no sucede. Se continúan presentando requerimientos genéricos (sean de pago o de averiguación) que nada tienen que ver con una conciliación y, por lo mismo y en el supuesto de admisión de la petición, esta sería una de las cuestiones que podría impedir la válida prosecución del referido acto (artículo 145.2 LEC (LA LEY 58/2000)), dándose por terminado y teniéndose por intentado. Esto es, serán impedimentos las cuestiones procesales (legitimación), de fondo y el incumplimiento de su finalidad». MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Diario La Ley*, N.º 8699 (10/02/2016).

«mediación», originariamente judicial, y ahora del letrado de la Administración de Justicia²⁹², que intentará que las partes se avengan caso de que no lo hagan por sí mismas.

Es decir, no existe un proceso judicial —demanda, postulación en juicio, sentencia— y, por ello doctrina y jurisprudencia²⁹³ han entendido mayoritariamente que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, aunque tampoco cabe confundirlo completamente con ella, puesto que en la conciliación existe una controversia, lo que no ocurre en un expediente de jurisdicción voluntaria²⁹⁴.

²⁹² El artículo 456.3 LOPJ, tras la redacción dada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre (RCL 2003/308) vigentes desde el 16 de enero de 2004, señala entre las funciones de los secretarios judiciales las «c) Conciliaciones, llevando a cabo la labor de mediación que les sea propia», si bien, señala expresamente el mismo precepto, «cuando así lo prevean las leyes procesales», y no ha sido hasta la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (RCL 2009/209), que en su artículo 1 modifica la redacción de los artículos 460, 463 a 468 y 471, 472 y 476 LEC 1881 (y el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), prescribiendo la tramitación y celebración de la conciliación ante el secretario judicial, al que atribuye la función de tratar de avenir a las partes si no hubiera avenencia entre ellas, y la aprobación por Decreto de la conciliación con avenencia, que será un título que llevará aparejada ejecución a los efectos previstos en el artículo 517.2.º de la vigente LEC.

²⁹³ En este sentido SOLAZ SOLAZ, E. «La nueva regulación del acto de conciliación», *Revista Práctica de los Tribunales* Nº116, La Ley 5183/2015, Wolters Kluwer, Septiembre - Octubre 2015. También SANTOS MARTÍNEZ, A.M., «La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/20015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 38, Junta de Castilla León, Valladolid, enero 2016, con cita de HERCE QUEMADA, LIÉBANA ORTIZ, GÓMEZ ORBANEJA, PRIETO CASTRO, GOLDSCHMIDT y ARAGONESES.

La sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª) número 81/2008, de 11 de junio [Recurso 333/2008], en el mismo sentido, señala que «Si bien se discute en la doctrina la verdadera naturaleza jurídica de la conciliación, lo cierto es que desaparecida su necesidad como requisito previo para la admisión de demandas, se trata verdaderamente de un acto voluntario y de carácter previo a la presentación de la demanda para intentar llegar a un arreglo amistoso entre las partes sobre la cuestión planteada, con ayuda de la mediación judicial, por lo que la encuadramos con la mayoría de la doctrina dentro de la jurisdicción voluntaria». En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) número 519/2009, de 14 de octubre [recurso 363/2019].

²⁹⁴ De hecho, el artículo 1811 LEC 1881 define los actos de jurisdicción voluntaria como todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, sobreseyéndose el expediente en caso de existir oposición, como ocurre con el deslinde y amojonamiento, o en los apeos de foro (artículo 2.070 y 2.080 LEC 1881, respectivamente). En el mismo sentido el artículo 1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria define los expedientes de jurisdicción voluntaria como «...todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en proceso contencioso».

Abundaría en esta idea el hecho de que, al contrario que la LEC 1881, que la regulaba dentro de la jurisdicción contenciosa, en el Título Primero del Libro Segundo, el legislador de la LEC 2000 entendió que se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria, y por ello la Ley, en su disposición derogatoria única, mantuvo la vigencia del Título I del Libro II así como del artículo 11 de la LEC 1881 sobre la conciliación, a la espera de su futura regulación en una LJV que quedaba prevista en su DF 18^a, dejando así fuera de la LEC a la conciliación pre-procesal.

Se trata de una decisión que ha sido criticada por algunos autores²⁹⁵, por cuanto conciliación y jurisdicción voluntaria tienen distinto carácter, naturaleza y efectos:

- En la conciliación hay posiciones contradictorias en torno a un conflicto jurídico, mientras que en la jurisdicción voluntaria no existe en principio tal conflicto, y no hay contradicción ni dualidad de partes, sino promotores de un expediente y personas interesadas que coadyuvan a la petición de los promotores, aunque el expediente pueda devenir finalmente contencioso.
- En la conciliación el conflicto suele referirse a pretensiones declarativas de condena que, en caso de llegar a un acuerdo, quedan recogidas en los términos acordados en un título que lleva aparejada ejecución para el caso de incumplimiento, sin que sea precisa una actividad probatoria por cuanto el acuerdo es decidido por las partes, mientras que en la jurisdicción voluntaria es un tercero (juez, letrado de la Administración de Justicia, notario, registrador, u otros funcionarios públicos), el que toma la decisión por lo que puede requerir de una actividad probatoria mínima para convencerlo.

²⁹⁵ Afirma LIÉBANA ORTIZ que «el acto de conciliación, en nuestro criterio, no pertenece a la jurisdicción voluntaria —en aquel se verifica una controversia entre las partes cuya ausencia es presupuesto necesario de ésta—, sino que se trata de un sistema autocompositivo contractual de resolución de controversias, alternativo a la vía judicial». LIÉBANA ORTIZ, J. R., «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», *REDUR* 9 diciembre 2011, p. 155. ALONSO FURUELOS, por su parte, critica el «traslado forzoso» de la conciliación regulada en la LEC 1881 a la LJV de 2015, considerando un «error de sistemática y de técnica procesal que la conciliación y la jurisdicción voluntaria se regulen en el mismo cuerpo legal (LJV 2015) dadas las enormes diferencias existentes entre ellas. ALONSO FURUELOS, J. M., «El discutible destino de la conciliación en el ordenamiento jurídico español», *Revista de derecho procesal*, N°2/2015, J.M. Bosch Editor, Barcelona, diciembre 2015, pp. 162-163.

- El objeto de la conciliación no está predeterminado, puede ser cualquiera siempre que respete el ámbito del artículo 139 LJV, mientras que los expedientes de jurisdicción voluntaria están tasados.
- El acuerdo de conciliación es un título judicial, mientras que la decisión tomada en un acto de jurisdicción voluntaria no lo es, y solo otorga una tutela provisional.
- El acuerdo en la conciliación está sujeto al principio de libre disposición de su objeto por las partes, mientras que la decisión en un expediente de jurisdicción voluntaria puede afectar a materias disponibles o indisponibles, pero pueden estar en juego la defensa de la legalidad, del interés público, de los intereses de menores, incapaces o ausentes, la integración de voluntades interesadas no concurrentes, todo lo cual está fuera del ámbito de la conciliación.

Es por ello por lo que algunos autores critican que haya quedado fuera de la LEC, en donde debería estar regulada como un acto previo al proceso, señalando ALONSO FURUELOS en este sentido que las diferencias entre la conciliación y la jurisdicción voluntaria justifican que la primera se hubiera regulado en la LEC, y no en la LJV como se ha hecho, la previa con los actos previos al proceso, y la coetánea en el juicio ordinario y verbal²⁹⁶. La razón es que en la conciliación, a diferencia de la jurisdicción voluntaria, en la que en principio no hay contienda, se dilucida un conflicto, y por ello puede definirse como «la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido»²⁹⁷.

Esta finalidad de superación del conflicto es lo que lleva a LIÉBANA ORTIZ a afirmar que «a pesar de existir dicho conflicto de intereses jurídicos entre las partes la conciliación se basa precisamente en la no confrontación; es decir, en que la resolución de la disputa se produzca a través del acuerdo entre las partes. Por ello, se puede conceptualizar como un método de resolución de controversias pre-procesal,

²⁹⁶ ALONSO FURUELOS, J. M., *op. cit.*, p. 122.

²⁹⁷ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 179.

autocompositivo y no adversativo»²⁹⁸; de ahí que, en caso de no existir avenencia entre las partes, porque no sean capaces de resolver el conflicto que los enfrenta, el acto se dará por intentado y terminado sin efecto.

En realidad la conciliación previa al proceso judicial es una institución muy poco útil a tales efectos, como tendremos ocasión de comprobar, porque tal y como está concebida no es nada fácil que el actor modifique sus pretensiones, ni que el demandado haga otra cosa que prestar resistencia a las mismas, aunque sea no compareciendo al acto de conciliación, por virtud de un acto en el que el juez o el letrado de la Administración de Justicia no intervienen de forma efectiva en ningún sentido²⁹⁹; y así seguirá siendo, salvo que cambien mucho las cosas y se transforme en un verdadero proceso de negociación de las partes en conflicto, asistido por un tercero que tenga la capacidad real de intervenir, y las condiciones y formación necesaria para ello.

En este punto, respecto a la naturaleza jurídica de la conciliación previa a la vía judicial, cabe observar que se trata de una materia contenciosa, pero no es jurisdiccional, por cuanto, aunque se desarrolla en sede judicial, no existe una resolución con ese carácter, por lo que no es posible encajarla entre los procesos contenciosos, y sin embargo tampoco encaja dentro de los procesos de jurisdicción voluntaria, precisamente por tratarse de una cuestión litigiosa.

La conciliación sería en realidad algo muy distinto a una y otra —jurisdicción contenciosa o voluntaria—, una especie de *tertium genus*³⁰⁰ que estaría integrado por los sistemas alternativos al judicial para la resolución de conflictos, junto a la mediación y otros sistemas que se pudieran acoger, que, sin perjuicio de su conexión funcional con la jurisdicción³⁰¹, muy bien podría haberse regulado, de forma independiente o en unión de otros sistemas alternativos, en una ley propia, distinta a la LEC y también a la LJV.

²⁹⁸ LIÉBANA ORTIZ, J. R., *op. cit.* p. 154.

²⁹⁹ SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.* p 2.

³⁰⁰ En este sentido SÁEZ GONZÁLEZ, J., *op.cit.* , p. 12.

³⁰¹ Imprescindible para su efectividad. Como señala SAN CRISTOBAL REALES, «El arbitraje y los mecanismos autocompositivos de resolución de controversias están pensados únicamente para resolver el conflicto en fase declarativa, pero necesitarán ser complementados por la jurisdicción para la ejecución forzosa, y la adopción de medidas cautelares ejecutivas, además de otro tipo de colaboración, respecto al nombramiento de árbitros, prueba, acción de anulación *exequatur*, etc. Por lo anterior se podría decir que le arbitraje, la mediación y la conciliación, más que sistemas alternativos a la jurisdicción son sistemas

4.3.- EFECTOS Y EFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN.

Desde el punto de vista del resultado la conciliación, de llegar a buen término y cumplir con el objeto de que las partes convengan en los términos para la resolución del conflicto, finalizará con una transacción al igual que en la negociación, pero, a diferencia de ésta, llevará aparejados determinados efectos como consecuencia de haberse celebrado ante una autoridad designada por el Estado —juez de paz o letrado de la Administración de Justicia del juzgado de Primera Instancia, o de lo Mercantil por razón de la materia (artículo 140 LJV)³⁰²—, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, y de que quedará reflejado en un documento público y solemne dictado por dicha autoridad, un auto o un decreto, respectivamente, lo que se traducirá esencialmente en el carácter ejecutivo de lo acordado, conforme a lo preceptuado en el artículo 147.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, en relación con el artículo 517.2.9º de la LEC 2000.

A este respecto, y aunque la conciliación tiene naturaleza autocompositiva, hay que tener en cuenta que mientras que un acuerdo alcanzado en el ámbito contractual privado no impide la posibilidad de su ulterior discusión en sede judicial, la cual se deberá producir por los cauces del proceso declarativo, no ocurre lo mismo si ese mismo acuerdo se rubrica ante la autoridad competente en un acto de conciliación, porque será más complicado atacar su fondo al estar recogido en un decreto, o en un auto, que son títulos judiciales ejecutables por sí mismos, por lo que el debate será más limitado al desarrollarse en fase de ejecución³⁰³, sin perjuicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos que puede ejercitarse en el muy limitado plazo de quince días, tal y como previene el artículo 148 de la LJV³⁰⁴.

complementarios de la misma. Como consecuencia de ello, en otros ordenamientos dejan de llamarse ADR, como alternativas a la jurisdicción, para considerarse “*adequated dispute resolution*”, aunque las siglas coincidan (ADR)». SAN CRISTOBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución ...», *op. cit.* p. 53.

³⁰² También puede celebrarse ante un notario, conforme a los artículos 81-83 LON, o ante un registrador, conforme al artículo 103 Bis LH.

³⁰³ En este sentido HIDALGO CEREZO, A., «El Acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria: ¿precisa procurador la persona jurídica para comparecer? Reflexiones a raíz de un caso práctico», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40 (2016), Iustel, Madrid. 2013, p.17.

³⁰⁴ Se trata de una previsión que parece contraria a la naturaleza de las causas que caracterizan la nulidad de los contratos, que justifican más amplios plazos —imprescriptible en los casos de nulidad, por falta de los requisitos del artículo 1.261 CC, cuatro años ex artículo 1.301 CC en los casos de anulabilidad, y cuatro años también en los casos de rescisión del artículo 1.291 CC, ex artículo 1.299 CC— para su ejercicio, y

Pese a ello, hay que dar por reproducida, al menos en parte, la crítica que ya hacíamos al tratar de la negociación y de la ejecutabilidad de la transacción documentada en una escritura pública, y es que este título ejecutivo —el auto o el decreto—, pese a dictarse en un juzgado por un juez de paz o por un letrado de la Administración de Justicia (especialmente en este último caso, por su formación y cualificación profesional), si bien no está sujeto a la limitación del artículo 520 LEC, sí que está comprendido dentro de los títulos «no judiciales ni arbitrales» del artículo 557 LEC, por lo que es posible oponerse a su ejecución con mayor facilidad que a las resoluciones procesales y arbitrales, y también que a los acuerdos procedentes de mediación a que se refiere el artículo 556 LEC.

Como ya dijimos al tratar de la negociación, y puesto que partimos de la base de que en todos los casos, ya sea una conciliación o una mediación, al margen de quién participe en el proceso y dónde se desarrolle, se trata básicamente de una negociación, no se entiende bien, en principio, cual es exactamente el «plus» que aporta la intervención de un mediador para otorgar distinta consideración a una escritura pública otorgada tras un proceso de mediación, que a una escritura pública con el mismo contenido otorgada en un acto de conciliación celebrado ante el mismo notario, o ante un registrador, conforme a los artículos 81-83 LON, y artículo 103 Bis LH, o a un auto o a un decreto dictados por un juez de paz o un letrado de la Administración de Justicia.

El legislador, con la reforma del artículo 476 de la LEC 1881 por Ley 13/2009, superó la antigua distinción entre lo convenido ante el juez que conociera del procedimiento judicial o no —conciliación coetánea o previa al proceso, respectivamente—, que otorgaba eficacia ejecutiva solo al primero mientras que al segundo lo consideraba como un documento público y solemne pero no ejecutivo. La razón de que el legislador actuara así, generalizando la eficacia de lo convenido en el acto de conciliación para fundar una pretensión ejecutiva, al señalar que llevaban aparejada

que, como señala SANTOS MARTÍNEZ, «parece destinada a reforzar la eficacia de lo convenido y a evitar que pueda llegarse a frustrarse su cumplimiento por el ejercicio de acciones tendentes a dejar sin efecto los pactos convenidos». SANTOS MARTÍNEZ, A.M., *op. cit.*, p. 25. SOLAZ SOLAZ sin embargo, sigue distinguiendo, con base en la distinción efectuada por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la LEC 1881, entre impugnación por motivos materiales e impugnación por motivos procedimentales, y afirma —y la diferencia es muy sustancial respecto a la efectividad de lo acordado— que el plazo de quince días al que alude el artículo 148.2 LJV, al igual que lo hacía el anterior artículo 477.2 LEC 1881, «debe entenderse solo para la impugnación de los defectos de carácter procesal que hayan podido cometerse durante el acto de conciliación, pero no a las razones de derecho sustantivo (incapacidad, dolo, simulación, etc.) que puedan acarrear la invalidez del acuerdo, para las cuales el plazo de prescripción será el ordinario de cuatro años previsto en los artículos 1.301 y 299 CC». SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 12.

ejecución el testimonio del acta del acto de conciliación con el del decreto del letrado de la Administración de Justicia, o del auto del juez de paz, haciendo constar la avenencia de las partes, es muy claro, y era ofrecer el acto de conciliación celebrado fuera del proceso jurisdiccional como un instrumento alternativo eficaz para la resolución de conflictos³⁰⁵.

¿Puede ser la conciliación, previa o coetánea al proceso, tal y como aparece configurada, ese instrumento alternativo eficaz para la resolución de conflictos que se pretende? ¿Puede considerarse una institución efectiva a tal fin?

Respecto a la efectividad de esta institución, cuando se trata de la conciliación previa, cuya función es que «se propicien las condiciones para una comunicación directa entre las partes encaminada a facilitar un acuerdo entre ellas» [STC 155/2011, de 17 de octubre], con el «fin de evitar un pleito» (artículo 139 LJV), lo que justificaría que solo se admitan y solo se celebren aquellos actos de conciliación en los que se busque un acuerdo que evite el pleito, la realidad es que eso de momento no sucede, y se continúan presentando como demandas de conciliación requerimientos genéricos, ya sea de pago, de averiguación, de avenencia etc., que nada tienen que ver con una conciliación³⁰⁶, ni pretenden otra cosa que el allanamiento a la pretensión.

La realidad es que el acto de conciliación previa carece de utilidad alguna, y ni ha cumplido, ni cumple, ni puede cumplir esa función de facilitar un acuerdo que evite un pleito, resultando ser una institución perfectamente inútil para tal fin con la configuración actual, que es básicamente la misma desde hace siglos, cumpliendo únicamente la función³⁰⁷, en el mejor de los supuestos, de rubricar el acuerdo previamente negociado con la obtención de un título ejecutivo.

³⁰⁵ BONET NAVARRO, A., «La ejecución de lo conciliado...», *op. cit.*, p. 5. En el mismo sentido: SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 10.

³⁰⁶ En este sentido MARTÍNEZ DE SANTOS, A. *op. cit.* p. 9.

³⁰⁷ Dicho sea por lo que se refiere a la resolución de conflictos, porque también cumple, por supuesto, otras funciones, como interrumpir la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, desde el momento de su presentación, siempre que sea ulteriormente admitida (artículo 143 LJV), o como fundamentar la condena al pago de las costas procesales en caso de allanamiento posterior a la interposición de la demanda, en caso de incomparecencia al acto de conciliación, o de no avenirse a lo requerido, si el contenido de la conciliación previa intentada por el demandante es el mismo que el de la demanda judicial que se ve obligado a interponer y a la que el demandado se allana (artículo 395.1 LEC). SOLAZ SOLAZ señala a este respecto que «además de los casos para los que inicialmente ha sido pensado, se ha venido empleando con otros fines bien distintos siendo capaz de producir determinadas consecuencias en la esfera del Derecho material,

La razón del fracaso es clara, y no se puede imputar, al menos por completo, a la necesidad de un cambio de mentalidad de quienes han venido a ser llamados «operadores jurídicos y procesales», un eufemismo con el que se evita aludir directamente a los abogados como principales responsables de que no funcionen como debieran los ADR.

Si, como dice SÁEZ GONZÁLEZ, «conciliar es negociar, tratar de avenirse a un acuerdo que inicialmente parece no viable»³⁰⁸, con la configuración actual del procedimiento de conciliación, y el modo en que se desarrolla, en un solo y breve acto, es imposible que un juez o un letrado de la Administración de Justicia, que desconocen en buena parte, si no por completo, los datos esenciales del conflicto, pueda intervenir de una forma efectiva, más allá de «exhortar» a las partes a que lleguen a un acuerdo. El conciliador no conoce los antecedentes del conflicto, ni los hechos ni las pruebas que están a disposición de las partes o que podrían obtener, ni las posiciones e intereses de las partes, del demandado por supuesto, puesto que hasta el mismo acto de conciliación no puede tener idea de ello, pero tampoco del demandante, del que solo conoce su pretensión, y hasta desconoce su misma situación y posición personal en el contexto del conflicto, del proceso de conciliación y ante un futuro proceso. De hecho, se llega a afirmar que un conciliador no tiene que asumir la carga y la responsabilidad de estudiar el conflicto ni la de proponer soluciones a las partes, pese a que de no hacerlo el proceso negociador no avanza, y que su papel, llegado el caso, debe ser el de animar a las partes a que lleguen a sus propios acuerdos, confiándolo todo a una mayor cultura de negociación de los operadores jurídicos, que debe ir abriéndose paso³⁰⁹.

Pudiendo coincidir por completo en esa necesidad de una mayor formación y cultura de la negociación y cooperación entre los abogados, parece claro también que ello debería ir parejo a un cambio de «cultura» de los clientes —que solo puede ser propiciado por los mismos abogados— que haga valer el trabajo intelectual que hay detrás del estudio

y así (3) : a) porque es rápido y de bajo coste, el acto de conciliación puede ser intentado con la sola intención de convencer al demandado de la decidida voluntad del actor de iniciar los trámites para exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación infringida; b) puede sustituir, en ocasiones, a un requerimiento notarial, por ejemplo para el ejercicio del derecho de retracto, a efectos resolutorios de la compraventa (4) , o como declaración de que se acepta una donación (5) , y en general sirve como vehículo para la emisión fehaciente de una declaración de voluntad (6) ; y c) el intento de conciliación puede ser utilizado como medio rápido y económico para interrumpir la prescripción (o cumplir un plazo de caducidad) cuando el acaecimiento de alguna de éstas sea inminente». SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p 2.

³⁰⁸ SÁEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.* p. 31.

³⁰⁹ SÁEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.* pp. 35-36.

y consejo legal en un conflicto, con independencia de que finalmente se recurra o no un proceso judicial para resolverlo, porque es un error muy común, del que participan determinados sectores pro-mediación, pensar que implica más trabajo, o que en realidad solo se trabaja o se ha trabajado, si se va o se ha ido a juicio, estando poco justificado cobrar honorarios en caso contrario, cuando en realidad es justo al revés en buena parte de los casos. Y también parece claro que, en caso de que se solventara esa tradicional minusvaloración del trabajo intelectual, cuando queda al margen de la materialidad física de una demanda judicial, y se extendiera esa cultura negociadora entre los operadores jurídicos, la conciliación devendría igualmente inútil como sistema ADR, al menos tanto como lo es ahora, porque no se precisaría de nadie que «exhortara» a negociar, puesto que los abogados negociarían por sí mismos, y se seguiría utilizando la conciliación, como hasta ahora, para rubricar los acuerdos ya negociados previamente con un título ejecutivo.

En todo caso, tanto o más que los abogados, los jueces y letrados de la Administración de Justicia carecen de técnicas y habilidades de autocomposición³¹⁰ para hacer otra cosa que no sea «exhortar» a las partes a que se avengan a un acuerdo, y además, no es su función hacer otra cosa, y, aunque las tuvieran o adquirieran por sí mismos, carecen del tiempo necesario para poder aplicarlas de forma efectiva³¹¹.

En esas condiciones hay que convenir necesariamente en que no es posible una verdadera negociación de las partes en el acto de conciliación previsto por nuestra ley, y eso no es siempre imputable a los operadores jurídicos, sino a una regulación cuyas limitaciones son más que evidentes³¹².

En ese procedimiento de conciliación y en ese contexto no hay razón alguna para que el demandante desvele todas sus armas, limitándose normalmente a requerir al

³¹⁰ BARONA VILAR, S., «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces To Justice», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 4, 2014, p. 8.

³¹¹ GARCÍA MONTORO afirma al respecto que, «si tan colapsados están los órganos judiciales, el Secretario Judicial, como funcionario que participa activamente en el procedimiento judicial probablemente no tenga la capacidad, por sobrecarga de asuntos, de tramitar con agilidad aquellos que pudieran resolverse mediante conciliación», GARCÍA MONTORO, L., «La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº15/2015, pp. 102-103.

³¹² En este sentido afirma MONTES REYES que «El éxito del acto de conciliación, como el de cualquier otra institución jurídica, depende de una buena regulación legal», y no es ese el caso de la conciliación. MONTES REYES, A., «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, núm. 10, 1986, p. 264.

demandado para que se avenga a reconocer su pretensión, y por supuesto tampoco hay razón alguna para que el demandado en conciliación admita el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, facilitando a la parte contraria un título ejecutivo con carácter inmediato, ni tampoco para que adelante al demandante cuales son las razones de su oposición a la pretensión³¹³, perjudicando su futura defensa en el juicio posterior.

Y eso es así máxime en un sistema en el que, salvo en los limitados casos previstos en las diligencias preliminares (o prueba anticipada), no es posible conocer con carácter previo al procedimiento jurisdiccional las excepciones, hechos y pruebas que se podrán esgrimir de contrario, con lo que la negociación es en falso, y un sistema en el que, además, para la imposición de las costas procesales se sigue el criterio del vencimiento objetivo, sin que la declaración de mala fe o temeridad tengan consecuencia alguna, al tratarse de un sistema de costas tasadas en el que cuando el juzgado interviene es solo para modificar a la baja la minuta del abogado, y la del procurador solo si no se ajusta al arancel.

En este punto merece la pena recordar —para apreciar las diferencias, que son sustanciales— cómo se recoge la conciliación (*Conciliation*) en la guía electrónica³¹⁴ elaborada por el *Alternative Dispute Resolution Working Group*, creado por el Memorandum³¹⁵ de 1 de mayo de 1998, dirigido a directores de departamento ejecutivos y agencias estatales para promover el uso de ADR, bajo la dirección del Fiscal General

³¹³ En este sentido GARCÍA MONTORO, cuando afirma que, a diferencia de la mediación, «en la conciliación no se observa el principio de confidencialidad, es más, el párrafo 4 del artículo 145 de la Ley 15/2015 prevé que el desarrollo de las comparecencias se registre en “soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Podría pensarse que esta configuración del proceso podría impedir a las partes expresarse libremente y admitir un eventual incumplimiento de sus obligaciones contractuales u otras que hubieran dado origen al conflicto, pudiendo verse perjudicada su defensa en un juicio posterior a consecuencia de esas declaraciones. De ahí que el principio de confidencialidad sea uno de los rectores del procedimiento de mediación». GARCÍA MONTORO, L., *op. cit.* pp. 101-106.

No entendemos, por nuestra parte, que exista diferencia esencial respecto al procedimiento de mediación, por lo que se refiere a la confidencialidad, salvo en el hecho de la grabación de la vista, que no es poco, porque obliga a no admitir nada en ningún caso. Nada puede impedir que lo revelado en el procedimiento de mediación se pueda utilizar con posterioridad en un proceso, la fuente no podrá ser el propio proceso de mediación, ni el mediador, pero nada impide buscar la prueba adecuada para ese hecho revelado, ni utilizarlo.

³¹⁴ Disponible en: www.adr.gov (fecha de acceso 06/11/2016).

³¹⁵ Disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/olp/docs/1998.05.01CLINTON.pdf> (fecha de acceso: 05/11/2016).

como director del Departamento de Justicia de los EE.UU.. La conciliación es un proceso en el que un tercero neutral ayuda a las partes en la resolución de un asunto en controversia, un proceso que se desarrolla, como cualquier negociación, a lo largo de un tiempo, que incluye la celebración de reuniones con ambas partes para discutir la controversia y sus posibles soluciones, y reuniones y contactos por teléfono o por correo con las partes por separado, sirviendo el conciliador de conducto para que fluya la información entre ellos. Se trata de un proceso que se combina frecuentemente con un *Fact Finding* —determinación de hechos—, a través del cual un tercero neutral ayuda a las partes a determinar de manera objetiva los hechos relacionados con el asunto en controversia, y también con una *Early Neutral Evaluation* —evaluación neutral temprana—, mediante la cual el tercero neutral informa a las partes de su opinión sobre las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones relacionadas con el tema en controversia, para que las valoren adecuadamente.

En estas condiciones, a lo largo de todo ese proceso, las partes tienen la oportunidad de conocer mejor tanto sus propias fortalezas y debilidades como las de la parte contraria, y pueden estar en mejores condiciones de desarrollar un debate fructífero³¹⁶ —bien sea una negociación distributiva (o competitiva), bien sea integrativa (o colaborativa), aparcando las posiciones y atendiendo a los intereses compartidos o complementarios, cuando ello sea posible— que puede terminar en un acuerdo que evite la provocación de un pleito, que es lo que se pretende con esta institución.

Y en este momento también merece la pena recordar la regulación que hacía la CE 1812 del acto de conciliación, que se concebía como una especie de mini-juicio que terminaba con una resolución que podía ser aceptada o no por las partes, terminando el proceso en el primer caso, y quedando expedía la vía judicial en el segundo. Se trataba de una regulación que nos puede recordar el *Mini-Trial* —Mini-juicio—, un procedimiento ADR recogido en la guía electrónica del *Alternative Dispute Resolution Working Group*, del Departamento de Justicia en EE. UU., en el que el proceso breve celebrado ante un tercero neutral puede terminar con una resolución no vinculante, o *Court-annexed mediation or arbitration* —arbitraje o mediación anexo al tribunal—, en el que se remite

³¹⁶ No en el sentido de llegar a un acuerdo, que a veces no será posible, sino de tener un debate racional que permita la evaluación por las partes de todas sus posibilidades. Recordemos en este punto lo ya tratado al hablar del proceso de negociación, y la importancia de los componentes cognitivos y componentes de persuasión —cuya importancia para la calidad de la decisión que se adopte es esencial—, que están orientados «a (*con*)vencer a otro(s)», para llegar a un acuerdo en unos determinados términos. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, *op. cit.*, pp. 103-105.

el conflicto por al tribunal al procedimiento ADR de su elección, de forma que si la decisión dictada en el seno de ese procedimiento es aceptada por las partes, se admite por el tribunal y adquiere la misma fuerza que una sentencia, pero si no es así y alguna de las partes solicita la continuación del proceso judicial, si la sentencia no le es sustancialmente más favorable que la decisión tomada en ADR, puede ser sancionada económicamente.

En estas otras condiciones —que no son excluyentes de la primera, porque es posible combinarlas de forma que si las partes no se arreglan por sí mismas, se pueda dictar por el conciliador una resolución no vinculante—, las partes tendrían la oportunidad de conocer anticipadamente un resultado posible y/o probable en un proceso judicial, podrían evaluar mejor sus opciones y, en su caso, sentirse estimuladas —que no intimadas— para llegar a un acuerdo, máxime si existe una oferta razonable de una parte a la otra, o una decisión razonada y razonable del conciliador —nada obsta al carácter autocompositivo que se dicte una decisión siempre que la misma deba ser aceptada por las partes³¹⁷— y una penalización (p.ej. la imposición del pago de las costas procesales, aun cuando venciera completamente en el procedimiento judicial), si la resolución que obtuviera en el proceso no difiriera sustancialmente de la dictada por el conciliador, siempre que hubiera sido aceptada de contrario.

Nada de esto se podía pretender del proceso de conciliación, tal y como venía regulado en la LEC 1881, de ahí su estrepitoso fracaso³¹⁸, y nada cabe esperar sino el fracaso de la «nueva» regulación del acto de conciliación en la LJV, en la que sigue apareciendo —pese a que se haya sacado del ámbito de los procesos judiciales regulados

³¹⁷ No se trata de algo completamente ajeno a nuestro Derecho, y así en el RD 2756/1979, de 23 de noviembre al regular la conciliación obligatoria ante el IMAC establece que el letrado conciliador invitará a los interesados a que lleguen a un acuerdo, con el auxilio, en su caso, de los hombres buenos, concediéndoles cuantas intervenciones sean pertinentes a tal fin, y pudiéndoles sugerir soluciones equitativas; y de una forma más aproximada la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, que en materia de invenciones laborales —artículos 140-142— establece una conciliación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales, una conciliación que se celebra ante una Comisión de conciliación que debe emitir una propuesta de acuerdo en el plazo de dos meses desde que se solicitó el acto de conciliación, que puede ser aceptada o no por las partes (artículo 142). En este sentido MONTES REYES, A., *op. cit.*, pp. 267-268.

³¹⁸ Señala DE LA OLIVA a este respecto que una conciliación judicial preceptiva previa al proceso civil ya venía impuesta por la LEC 1881 para la práctica totalidad de los procesos civiles, requiriéndose acreditar que esa conciliación judicial había terminado sin avenencia o había sido «intentada sin efecto». El porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaba ni siquiera el 1% de los litigios civiles y mercantiles, por lo que no es de extrañar que la Ley 34/1984 eliminara tal exigencia. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.* pp. 7 y ss.

en la LEC, y llevado formalmente a la LJV— más como una especie de trámite previo al proceso judicial posterior que un cauce estructurado de negociación institucional que tenga vida propia destinado a evitar el pleito judicial³¹⁹.

El problema puede ser, por supuesto, que un proceso de negociación, que puede no referirse al resultado final, sino al proceso para tomar una decisión (desistir, allanarse, transigir, pleitear), y en su caso de resolución, aunque no sea vinculante, si se quiere que sea realmente efectivo puede requerir de un esfuerzo e implicación que exigen tiempo, estudio y trabajo profesional, de los jueces de paz o letrados de la Administración de Justicia, y ni a los primeros se les puede exigir más, dadas las condiciones en las que prestan sus servicios, salvo que se afrontara una reforma en profundidad³²⁰ de esta institución centenaria, ni tampoco a los segundos³²¹, y no solo por la carga de trabajo que ya pesa sobre ellos con los asuntos en curso judicial —aunque podría implicar una reducción sustancial en el medio plazo— sino porque por su formación y oficio no parecen los más adecuados para evaluar el conflicto y dirigir una negociación.

Por último —de momento, aunque después profundizaremos más al tratar de delimitar la conciliación y la mediación— es preciso destacar que el legislador ha configurado en ocasiones la conciliación como un presupuesto procesal, como un requisito previo para la tramitación ulterior de un proceso judicial; así lo hacía, por

³¹⁹ En este sentido SÁEZ GONZÁLEZ, J. *op. cit.* p. 33.

³²⁰ En este sentido BONET NAVARRO apunta que los Jueces de Paz podría desempeñar un papel importante si se acometiera una reforma en profundidad de la institución En un punto intermedio, entre mantener el estado de cosas como están y eliminar la figura del juez de paz, está el afrontar una reforma con profundidad que, de un lado, subsane las carencias en lo referente a las garantías constitucionales y, de otro, perfeccione la regulación —actuando sobre las competencias, sistema de acceso, formación exigible, y organización de la oficina judicial y recursos económicos, técnicos y humanos— para alcanzar mayores dotes de eficiencia y eficacia en el servicio, lo que es sin duda más complejo, pero permitiría aprovechar una institución de más de siglo y medio de tradición en nuestro sistema jurisdiccional, relativamente económica en relación con el servicio que cumple, y que cuenta con cercanía con las personas y los conflictos. BONET NAVARRO, J., *Justicia de paz y alternativa*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 231.

En sentido similar, desde la defensa de los juzgados de paz por el papel que puede desempeñar para responder a la necesidad del Estado de ofrecer a los justiciables un amplio espectro de técnicas de resolución de conflictos, al margen de la resolución jurisdiccional, y abogando por la conversión de los juzgados de paz en Centros Municipales de Resolución de Conflictos (CMRC), Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Propuesta de futuro para la justicia de paz en España», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44 (2018), Iustel, Madrid. 2018.

³²¹ GARCÍA MONTORO, L., *op. cit.* pp. 101-106.

ejemplo, la LEC 1881, hasta su reforma por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que la eliminó por su ineficacia, y así lo sigue contemplando el artículo 63 de la citada Ley reguladora de la jurisdicción social, que exige la «conciliación o, en su caso mediación»³²² previas, sin que ello afecte al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales como en su momento declaró respecto de la conciliación, y habrá que entender que la misma argumentación es aplicable a la exigencia de la mediación previa, la STC 75/2001, de 26 de marzo³²³. Pero no necesariamente debe ser así. De hecho, las leyes de enjuiciamiento civil de los Estados miembros de la Unión Europea suelen referirse a la conciliación de forma muy variada, bien sea como la posibilidad de consultar al juez a tales efectos³²⁴, bien sea como una fase obligatoria del procedimiento³²⁵, bien sea a lo largo del desarrollo de este³²⁶ promoviendo una actitud activa de los jueces al objeto de

³²² El artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo texto refundido fue aprobado por RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, y estuvo vigente hasta el 11 de diciembre de 2011 hablaba únicamente de conciliación, introduciéndose la posibilidad de mediación, como una alternativa a la conciliación, por la nueva ley reguladora de la jurisdicción social, lo que plantea una cuestión interesante, sobre la que tendremos que volver, en relación con la obligatoriedad que se pretende de la mediación previa para la jurisdicción civil, y es si la introducción de esa posibilidad ha tenido alguna aceptación, y se ha reclamado la mediación en lugar de la conciliación —si es que se puede hablar de que se trate de cosas distintas— y que incidencia ha tenido en su caso en la evitación del recurso a los tribunales.

³²³ La STC 75/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/75) dice que «A este respecto es aún preciso recordar que el trámite preprocesal 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 extraprosesal 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)».

³²⁴ En Italia y Grecia sus respectivas leyes de enjuiciamiento civil (arts. 322 y 209, respectivamente) atribuyen a los jueces de paz esa función conciliadora, y en Bélgica, en donde el artículo 731 de su Código judicial atribuye esa función de actuar con miras a una conciliación a los primeros jueces, ante los que se puede presentar una instancia en tal sentido.

³²⁵ En Finlandia, por ejemplo, el juez está obligado en cualquier proceso civil a intentar previamente que se alcance un acuerdo entre las partes. En España está previsto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), cuanto establece en su artículo 63 que «*Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso de mediación, ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones...*».

³²⁶ Tanto en Alemania como en Francia sus respectivas leyes de enjuiciamiento civil se refieren a la conciliación como una de las misiones de los jueces. En España la LEC 1881 se refería expresamente a la conciliación ante el juez de paz o de primera instancia, como acto previo a la interposición de un procedimiento judicial, en los artículos 460 y siguientes, si bien con carácter voluntario para las partes

conseguir un acuerdo entre las partes en conflicto, o bien contemplando todas o varias de esas posibilidades.

Hay que advertir a este respecto que esta actitud activa de los jueces para avenir a las partes en el mismo procedimiento judicial que va a dirigir y resolver debe tener unos límites muy claros, lógicamente, sin ejercer presiones sobre ninguna de las partes ni comprometer su imparcialidad. Por eso no puede ni debe exceder de una sencilla invitación a las partes a considerar, de forma abstracta y sin entrar en el detalle de los hechos por ellas alegados, y de las pruebas, todavía por proponer al inicio de la audiencia previa, y por practicar al final de la misma, la conveniencia para ambas de solucionar el conflicto sin necesidad de llegar a juicio —lo que en ocasiones se habrá intentando ya, infructuosamente, por las partes y/o por sus respectivos abogados³²⁷—, evitando la perniciosa práctica de prejuzgar, adelantando (siempre antes de que las cámaras empiecen a grabar la vista, y siempre «sin ánimo de prejuzgar») el posible resultado de una sentencia que solo puede ser dictada tras la celebración del juicio, una vez valorados los

desde la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que modificó profundamente la legislación anterior haciendo perder a la conciliación su carácter de requisito de admisibilidad de la demanda. La vigente LEC 2000 no la recoge expresamente, declaró vigente la regulación de la conciliación de la derogada LEC 1881, en su disposición derogatoria única, 2ª, hasta la entrada en vigor de la futura ley de jurisdicción voluntaria que debía regularla, y que ya es presente tras la publicación (BOE de 3 de julio de 2015) de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, en vigor desde el 23 de julio de 2015. Además de esa conciliación pre-procesal, y contemplando también la posibilidad de una conciliación judicial, al señalar la vista para la celebración de audiencia previa como el momento adecuado para que las partes intenten llegar a un acuerdo, tanto al principio de la audiencia (artículo 415 LEC), como al final de la misma (artículo 428 LEC), al establecer como su primer objeto intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso (artículo 414 LEC), a cuyo fin, de no comparecer las partes, los procuradores deberán tener poder suficiente para renunciar, allanarse o transigir, o no se les tendrá por comparecidos; tras la reforma realizada por Ley 5/2012 se acentúa la intervención judicial para conseguir dicha conciliación, al señalar que el secretario judicial deberá informar a las partes, en la convocatoria para la celebración de la audiencia previa (artículo 414 LEC), o en su caso para la vista en el juicio verbal (artículo 440 LEC), de la posibilidad de «recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a la mediación», lo que tras la Ley debiendo explicar las partes al juez, llegado el momento de celebración de la audiencia (o de la vista en su caso), de su decisión al respecto y las razones de la misma, y que continuada la audiencia y fijado el objeto del proceso, el juez, en atención al mismo, podrá invitar a las partes a que pongan fin al proceso, en su caso acudiendo al procedimiento de mediación, e incluso instarles a que acudan a una sesión informativa.

³²⁷ No siempre, desde luego, y de antiguo es la desconfianza por los abogados, baste recordar que en los procesos mercantiles de los que conocían los tribunales consulares, junto a la instauración de la conciliación previa obligatoria —al principio se intentó que fuera voluntaria pero pronto se dispuso que la conciliación debía ser intentada por el prior o los cónsules—, se prohibió la intervención de los abogados, señalando las Ordenanzas de Burgos (1494), para justificar la misma existencia del consulado, que los pleitos entre mercaderes «nunca se concluían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por manera que por mal pleyto que fuese, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales». MONTERO AROCA, J., *op. cit.* p. 589.

hechos y las pruebas practicadas en relación con las pretensiones de las partes, ni adelantando las posibles dificultades en la eventual ejecución de una hipotética sentencia estimatoria; y eso por no hablar de prácticas más agresivas que incluyen advertencias —que a veces constituyen verdaderas coacciones— sobre el valor que le merece una prueba, o sobre un posible resultado de no haber avenencia por alguna de las partes a lo que se le invita a aceptar, con el objetivo de que las partes lleguen a un «acuerdo» que les evite tener que decidir, y que se suelen producir fundamentalmente, pero no exclusivamente, en el ámbito del derecho de familia.

Hay que tener en cuenta que la presencia del juez en el desarrollo de la actividad conciliatoria —coetánea, se entiende— puede garantizar que se respeten una serie de normas, de principios y derechos, pero es imposible que asuma un papel de mediador entre las partes en conflicto, como alguna vez pretenden, porque, como afirma GUTIÉRREZ SANZ, lo que el juez no puede hacer, porque implicaría pedir que asumiera dos roles distintos, incluso a veces contradictorios, es «utilizar las herramientas que de forma pacífica la doctrina considera necesarias para facilitar el arreglo entre las partes y, al mismo tiempo, no tener en cuenta nada de lo que se diga u oiga, en el momento, si es que llega, de llegar a sus propias conclusiones y dictar una sentencia». La misma autora, sin embargo, también señala que, teniendo en cuenta que el conciliador interviene de una forma mucho más activa que un mediador, porque puede proponer soluciones, o puede hacer ver a las partes las consecuencias negativas del mantenimiento de sus posiciones, es más acorde con lo que se persigue en el ámbito de la audiencia previa hablar de un juez mediador que de un juez conciliador, porque «El juez mediador lo único que debe salvaguardar es un acuerdo que no vulnere el derecho, pero que podría vulnerar la equidad si una de las partes valorara más, por ejemplo, la continuidad de una relación de amistad o empresarial que la equitativa reciprocidad económica en el asunto en cuestión»³²⁸.

Este matiz, sin embargo, no salva la cuestión esencial, y es que es el mismo juez que tiene la *potestas* para, en su caso, dictar sentencia en el mismo conflicto en el que intenta mediar, está impedido para efectuar esa mediación, salvo que ésta se entienda en un sentido tan amplio que quede desprovisto del contenido que tiene como método específico de resolución de conflictos, y por su misma condición impide de hecho a las partes en conflicto que pongan encima de la mesa todos los aspectos del mismo, por simple estrategia de defensa procesal, no solo frente al contrario, sino frente al mismo juez que terminará dictando sentencia caso de no prosperar un acuerdo.

³²⁸ GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación... op. cit.* pp. 32 y 41.

Los jueces que conocen ya judicialmente de un asunto, precisamente porque es a quienes en ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 2 LOPJ) corresponde juzgar, dirigiendo el procedimiento judicial a tal efecto, dirigiendo los debates en las vistas, ya sea de la audiencia previa o del juicio (artículo 186 LEC), y dictando sentencia (artículo 206 LEC), y es también a quienes corresponde, en su caso, hacer ejecutar lo juzgado (artículo 545 LEC), no son precisamente los más adecuados de entre las posibles opciones para esperar que las partes, como consecuencia de su impulso conciliador / mediador, le expliquen, antes de la celebración de la vista, las motivaciones e intereses que les animan, hagan una valoración anticipada de las pruebas que ya han aportado junto con sus escritos, o de las que tengan planteado proponer, desvelando a la otra parte sus bazas y su estrategia procesal, y hasta valoren el hipotético resultado del juicio y sus consecuencias, por lo que esa actitud «activa» en aras de la conciliación debiera entenderse de una forma absolutamente restrictiva y exquisitamente respetuosa con las partes, y con sus respectivos letrados.

Además hay que tener en cuenta que, como señala GUTIÉRREZ SANZ, la esencia del conflicto no es muchas veces lo que ha ocurrido, porque unos mismos hechos pueden ser percibidos de distinta forma atendiendo a distintas circunstancias, y por eso, analizar cuáles son los hechos reales de un conflicto, es decir, llegar a conocer «la verdad en su versión más aséptica», es necesario, pero influirá poco en su resolución, ya que las partes, en principio, rechazarán cualquier versión distinta de la suya³²⁹, y en una negociación —que está en la base de una conciliación— se mezclarán problemas de intereses, de legitimación, de relaciones entre las partes, de opciones, de ofertas, de comunicación, emociones encontradas, y todo ello a la sombra o con la perspectiva de un juicio.

Se trata de un proceso que, como ya señalamos al tratar de la negociación, puede ser muy complicado, que exige «hacer muy bien los deberes»³³⁰, y exige un gran esfuerzo con las técnicas adecuadas³³¹ para que las partes sean capaces de evaluar lo más correctamente posible sus mejores opciones, su MAAN, bien sea llegar a un acuerdo satisfactorio para los respectivos intereses, terminando el proceso elaborando y formalizando un acuerdo, bien sea recurrir a los tribunales para la resolución del conflicto en otro caso.

³²⁹ GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación...* *op. cit.*, p. 137.

³³⁰ CUVILLO CONTRERAS, I., *op. cit.* p. 3.

³³¹ PUJADAS TORTOSA, V., *op. cit.* pp. 81-85.

Si se quiere que la conciliación sirva para evitar el pleito, hay que transformarla radicalmente, porque tal y como está regulada no sirve a tal fin. Si ni las partes ni sus abogados han sido capaces de establecer un dialogo racional que les permita hacer esa evaluación por sí mismas, es inútil pretender que lo hagan en la vista de una conciliación previa, y menos todavía con las cámaras grabando, porque el juez o el letrado de la Administración de Justicia les exhorte a ello. Por su parte, el juez que conoce de la conciliación coetánea, que sí podría estar en condiciones de hacerlo por su mayor conocimiento del asunto, no dispone del tiempo necesario para dedicarlo a ese proceso de negociación³³², ni tampoco es la persona más adecuada para ello al ser el que juzgará en caso de no llegar a un acuerdo, dado el riesgo evidente de prejuzgar.

La solución podría ser, una vez regulada la conciliación de forma que pueda cumplir su verdadero cometido, la creación de una Oficina de Conciliación, que podría estar integrada dentro del organigrama de la Nueva Oficina Judicial, al modo que se ha hecho con la Unidad de Mediación Intrajudicial, y a la que se derivarían las conciliaciones previas que se solicitaran, y también las coetáneas siempre que hubiera avenencia de las partes para ello. Dicha oficina podría estar integrada —como conciliadores— por profesionales del derecho con experiencia en procedimientos judiciales o arbitrales (jueces sustitutos sin plaza, abogados retirados del ejercicio profesional, árbitros con experiencia), y formación específica en técnicas de negociación y mediación, lo que precisaría de una dotación de personal auxiliar y presupuesto mínimos³³³.

³³² GUTIÉRREZ SANZ propone un «debate comunicativo» que se realizaría por las partes bajo la dirección del juez, que se desarrollaría en una serie de etapas (establecimiento de hechos, paráfrasis positivadora, formulación de opciones por las partes, cierre de la sesión) que guardan similitud con un proceso de mediación, lo que requiere un tiempo considerable del que un juez no dispone. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación... op. cit.*, pp. 179-186.

³³³ Sobre la necesaria reforma de la conciliación para que sea útil como sistema alternativo de resolución de conflictos vid. MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «La conciliación como sistema alternativo de resolución de conflictos. Una reforma pendiente», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N°2, 2018 Tomo XXX, pp. 373-403.

5.- EL ARBITRAJE: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, HISTORIA, PRESENTE, Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

5.1.- CONCEPTO DE ARBITRAJE.

En las sociedades más primitivas no hay vestigios de la existencia órganos específicos encargados de impartir Justicia, considerada como el supremo fin del Estado, puesto que los conflictos entre grupos o individuos se resolvían mediante la autotutela que en no pocas ocasiones aparecía más como un acto de venganza que como un acto de justicia en aplicación de unas leyes preexistentes. Es en un estadio más avanzado de la convivencia social cuando aparece la justicia administrada por algún(os) miembros del grupo, o por asambleas, pero hay que esperar todavía a un mayor desarrollo de la sociedad para que aparezcan unos órganos específicos y permanentes a los que se encarga esa función judicial, y a la época contemporánea para su generalización como un servicio público, y el reconocimiento de un Poder Judicial independiente encargado de administrar justicia como inherente a un Estado de Derecho³³⁴.

Sin embargo, también desde hace siglos, los individuos o los grupos que se ven enfrentados en un conflicto han buscado alternativas para resolverlos al margen de los tribunales de justicia, como consecuencia de los problemas históricamente asociados al recurso a este tipo de solución, como son, la duración excesiva de los procesos judiciales, la incertidumbre sobre el resultado y sobre la efectividad de este, y los elevados costes directos e indirectos implicados.

En este contexto el arbitraje ha sido posiblemente la vía más utilizada a la hora de esquivar un proceso, y por ello «no puede sorprendernos —afirman VELARDE ARAMAYO y SASTRE IBARRECHE— que algunos autores como MOTULSKY distinguan entre “*justicia estática*” y “*justicia arbitral*”, entendiéndola ésta última como

³³⁴ PINA VARA, R., CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa. México, 2007.

aquella que se administra de forma diferente y que responde a un esquema mixto por ser convencional en su origen, pero jurisdiccional por su función»³³⁵.

Hay otras razones para elegir el proceso arbitral, que son positivas frente al simple recurso contra la lentitud de los tribunales, como son la naturaleza de las cuestiones en conflicto, que exijan una particular experiencia de quienes tienen que resolverlas, la conveniencia de sustraer a la publicidad el proceso, la dificultad de servirse en el proceso ordinario de documentos que no se encuentren en regla con las prescripciones tributarias, o la opción por el juicio de equidad frente al juicio de derecho³³⁶, a las que habría que añadir la mayor rapidez al ser un proceso de instancia única, la flexibilidad en todo lo que atañe a su configuración, proceso, elección de árbitros, etc., siempre que se respeten unos principios básicos, y las ventajas inherentes a la ejecutabilidad del laudo arbitral.

El arbitraje es una forma clásica de heterocomposición en la resolución de conflictos, y se puede definir como un procedimiento por el que las partes, mediante la celebración de un convenio arbitral (previo o posterior al conflicto), acuerdan someterlo voluntariamente a un tercero, el árbitro o árbitros, que decide sobre el mismo emitiendo una resolución, llamada laudo arbitral, que es vinculante para las partes, como lo sería una resolución judicial, aunque su ejecución, en caso de que no se cumpla voluntariamente, queda reservada al poder judicial³³⁷.

5.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

Esta doble vertiente, su nacimiento contractual, y la anulabilidad o la ejecutabilidad del laudo a través de los tribunales, han provocado que tradicionalmente doctrina y jurisprudencia hayan estado divididas en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, entre las tesis contractualistas, que destacan que el arbitraje es ante todo un

³³⁵ VELARDE ARAMAYO, M. S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* p. 11.

³³⁶ Cfr. CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, Volumen I, 5ª Edición, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pp. 115-116.

³³⁷ COLE y BLANKLEY definen el arbitraje de forma más sintética señalando que: «Arbitration is a process by which a private third-party neutral renders a binding determinative of an issue in dispute». COLE, S.R., BLANKLEY K.M., «Arbitration», en *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), p. 318.

contrato por el que las partes delegan en un tercero elegido de común acuerdo la resolución de un conflicto, ya existente o no, y terminaría con el laudo arbitral, y la tesis procesalistas o jurisdiccionales, que sostienen que lo principal del arbitraje es el proceso que termina con un laudo, que es un título ejecutivo en los mismos términos que la sentencia de un proceso judicial (artículos 45.1 LA y 517.2.2º LEC), que produce además el efecto de cosa juzgada (artículo 43 LA), no siendo el convenio arbitral más que un acto preparatorio de ese proceso. «Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo quiere la Ley»³³⁸.

Por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje se inclina, por ejemplo, ALCALÁ-ZAMORA, cuando señala que en cuanto a su naturaleza «se enfrentan, como es sabido, dos teorías: la *contractualista*, que tiene en MATTIROLO y CHIOVENDA sus más prestigiosos paladines, y la *jurisdiccionalista* de MORTARA, a la que sin vacilar nos adherimos por una serie de razones que no es del caso exponer aquí mediante un largo paréntesis desviatorio, pero sí afirmaremos que la sustanciación de un litigio ante jueces privados origina, no ya un “equivalente” sino un auténtico proceso jurisdiccional, con la peculiaridad orgánica de que en él intervienen jueces nombrados por las partes al amparo de la autorización estatal oportuna...», que termina con la resolución del litigio por el árbitro, un tercero imparcial que, como el juez, se encuentran supra-partes e impone la solución³³⁹.

³³⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil, II, Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª Edición, 2016, p.587. Señala CRUZ VILLALÓN, a propósito de la naturaleza jurídica, que el hecho de que el TC conozca por la vía del recurso de amparo de las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva ha motivado abundante jurisprudencia en relación con las resoluciones judiciales en ejercicio de la acción de nulidad de los laudos —directamente del laudo no es posible— lo que ha ocasionado una «querrela de escuela, acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, entre “jurisdiccionalistas” y “contractualistas”. La cuestión tiene alguna repercusión pues, si es auténticamente jurisdicción, en el arbitraje pueden vulnerarse derechos fundamentales procesales por parte de particulares revestidos defunción pública. Si es un equivalente, pero no es jurisdicción, si lo que se vulnera es solo la legislación de arbitraje, entonces el acceso al amparo es bastante más restringido». Tras algunas sentencias que introducen la duda, el TC (STC 9/200) se inclina por diversas vacilaciones se inclina por considerar que «el equivalente arbitral de las garantías constitucionales no tiene el carácter de derechos fundamentales, ni siquiera de configuración legal: se mueven en un ámbito inferior». CRUZ VILLALÓN, P. «Medios Alternativos y Constitución», en *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N°11 (2007), pp. 15-26.

³³⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *op. cit.* pp. 75-77.

Existen, por otro lado, posturas mixtas o eclécticas, que destacan la doble naturaleza jurídica del arbitraje³⁴⁰, que sería contractual por su origen y procesal por sus efectos³⁴¹, y quienes distinguen entre el arbitraje propiamente dicho, que es todo el proceso que terminaría con el laudo, y los procedimientos judiciales (anulación o ejecución) vinculados a ese resultado, quienes hablan del arbitraje como un sustituto o equivalente jurisdiccional. Otros autores como PINHO³⁴², por ejemplo, entienden la jurisdicción como el deber estatal de resolver los conflictos, partiendo de la premisa de que no está vinculada al poder judicial, y señalan que es posible reconocer la legitimidad

³⁴⁰ En este sentido PÉREZ VALLEJO, A.M. cuando afirma que «Puede colegirse, en lo que a la naturaleza jurídica del arbitraje se refiere, que este instituto, presenta un doble carácter: contractual o negocial de un lado, que es reflejo del principio de la autonomía de la voluntad y preside el proceso; y de otro, en cuanto a sus efectos, un carácter estrictamente jurisdiccional o procesal. En este sentido BURGOS LADRÓN DE GUEVARA señala cómo la nueva Ley acentúa su carácter convencional, no sólo en sus orígenes, sino también en su desarrollo, y subraya la naturaleza jurisdiccional de la decisión arbitral, en orden a la ejecución del laudo arbitral». PÉREZ VALLEJO, A. M., «Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, p. 92.

³⁴¹ En este mismo sentido la STS (Sala 1ª) núm. 776/2007, de 9 de julio, cuando señala (FD 3º) que: «La doctrina científica y en la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal. En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral como relacionada con el principio de autonomía de la voluntad, pero regulada por la legalidad ordinaria al margen de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha disciplinada por la regulación del expresado derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La STC núm. 9/2005, declara, en efecto, que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento. La CE, según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo».

³⁴² «Assim, fixada a premissa de que a jurisdição não está atrelada ao Poder Judiciário, é possível reconhecer legitimidade aos meios desjudicializados de solução de conflitos [...] Cabe ao juiz assumir seu novo papel de gerenciador do conflito, de modo a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado para tratar aquela lide específica». PINHO, H.D.B., ELVA STANCATI, M.M.M., «A ressignificação do princípio do acesso à Justiça à luz do artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015»
Recurso electrónico. Academia.edu. Disponible en: <https://www.academia.edu/32200932> (fecha de acceso: 21/04/2017).

de medios desjudicializados para la resolución de conflictos, y que corresponde al juez asumir un nuevo papel como administrador del conflicto con el fin de guiar a las partes, mostrándoles el mecanismo más adecuado para hacer frente a cada supuesto. Desde este punto de vista, abarcando la jurisdicción³⁴³ las modalidades de actividad chiovendana sustitutiva, y la carnelutiana de resolución de conflictos, frente a la concepción clásica que la constriñe a la imposición de una resolución exclusivamente por el poder judicial —como culminación de un proceso histórico que lleva al Estado a reclamar el monopolio de la jurisdicción como un poderoso instrumento para la imposición de la Ley— no cabe duda de que el arbitraje —en una época en la que se aspira a una mayor libertad y autonomía en todos los ámbitos— está llamado a ocupar un lugar entre las herramientas de resolución de conflictos, junto al proceso judicial, y al lado de la conciliación y de la mediación, y, de hecho, es incluido tradicionalmente entre los medios alternativos a la resolución de conflictos, frente al proceso jurisdiccional, del que además sería excluyente.

Dentro de esos sistemas alternativos al judicial se vienen considerando con carácter general en EE. UU. que está incluido el arbitraje³⁴⁴, que comprende una amplia variedad de modalidades, aun cuando no existan diferencias sustanciales respecto del arbitraje en España y en Europa³⁴⁵.

³⁴³ «A Jurisdição é o dever estatal de solucionar conflitos, abarcando as modalidades chiovendiana, de atividade substitutiva, e carneluttiana, de resolução de conflitos. Todavia, na concepção clássica, o Judiciário só se presta a resolver os conflitos na forma negativa, ou seja, pela resolução deles com a imposição de vontade do juiz, determinando um vencedor e um vencido. [...] A jurisdição, que inicialmente seria entregue exclusivamente ao Poder Judiciário, pode ser delegada para serventias extrajudiciais, ou ser exercida por câmaras comunitárias, centros e conciliadores e mediadores extrajudiciais, ou ainda se manifestar por meio da decisão arbitral». PINHO, H.D.B., «O novo marco legal da arbitragem no direito brasileiro: anatomia do instituto no Código de Processo Civil de 2015 e as inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015». Recurso electrónico. Academia.edu. Disponible en: <https://www.academia.edu/32226052> (fecha de acceso: 21/04/2017).

³⁴⁴ MULLERAT BALMAÑA, R.M., *op. cit.*, pp. 45-73.

³⁴⁵ PUJADAS TORTOSA, señala que se puede distinguir entre 1) el arbitraje tradicional, caracterizado por la voluntariedad, y el arbitraje obligatorio, en creciente aumento en los EE. UU., que ha sido impulsado en tres áreas concretas, como trámite final para la aprobación de convenios colectivos con funcionarios públicos, en supuestos de responsabilidad médica (que a su vez puede revestir diferentes formas, con laudos que pueden ser no vinculantes), y en sede de «*Court-annexed arbitration*», o arbitraje judicial, ya sean ofrecidos o impuestos, que se llevan a cabo en salas anejas a los juzgados, cuya constitucionalidad —hay un derecho constitucional a un *trial by jury*— se salva con la posibilidad de recurrir el laudo siempre que los requisitos de impugnación no sean tan estrictos que hagan prácticamente imposible esa revisión. 2) También se distingue entre arbitraje de derecho y de intereses, equivalente éste al nuestro de equidad. 3) Entre arbitrajes administrados o no, según sean o no ofrecidos por una organización que establece las reglas, ofrece una lista de árbitros, etc. Y 4) entre arbitrajes en que las ofertas finales son realizadas por el árbitro,

No es este, sin embargo, el criterio seguido en Europa, en donde el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, que, si bien por un lado con el concepto de modalidades alternativas de resolución de conflictos se refiere a aquellos procedimientos extrajudiciales de resolución en los que interviene un tercero imparcial (ignorando así como sistema alternativo a la negociación), excluye expresamente³⁴⁶ de entre ellos al arbitraje, al considerar que se trata de un tipo de resolución más cercano a un proceso judicial que a las modalidades alternativas a ese proceso, en la medida en que el laudo arbitral viene a equivaler a una sentencia judicial; y es que, como afirma CUVILLO CONTRERAS³⁴⁷, el arbitraje es la alternativa más próxima a la jurisdicción y los procesos arbitrales han alcanzado un carácter cuasi-judicial³⁴⁸.

y aquellos en que es realizada por las partes, debiendo elegir el árbitro entre una de ellas. PUJADAS TORTOSA, V., *op. cit.* pp. 102-104.

³⁴⁶ El arbitraje se regula, tanto en los Estados miembros como a escala internacional por el Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, (fecha de acceso: 20/03/2014) o en el marco del Consejo de Europa, por el Convenio Europeo de 1966, por el que se establece una ley uniforme en materia de arbitraje: http://conventions.coe.int/?pg=/Treaty/MenuTraites_en.asp (Fecha de acceso; 20/03/2014).

³⁴⁷ CUVILLO CONTRERAS, I., *op. cit.* p. 2

³⁴⁸ Particularmente interesantes en este punto son Informe al Anteproyecto de LA, de 15 de septiembre de 2003, y el Informe al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la administración general del Estado, de 13 de mayo de 2010, así como el ATC 259/1993, de 20 de julio citado en el primero de esos informes (aunque con la referencia equivocada), cuando señala en su FD 1 que: «...que resulta obligado averiguar qué sea el arbitraje desde la perspectiva constitucional. En tal sentido, los «Jueces avenidores», escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellas, según Las Partidas, o los «Jueces árbitros» cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (artículo 280), no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo. La semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra —se ha dicho— son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 CE).

Sin embargo, las diferencias son también nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el artículo 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, y del «árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta

Puede por ello afirmarse desde dichas posturas doctrinales que, con el arbitraje, no estamos ante una alternativa al proceso, sino ante un proceso alternativo³⁴⁹.

Se trata de una tesis que parte de la definición —que conlleva una constrictión— de los ADR como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual, tanto por lo que se refiere al acuerdo inicial como al acuerdo que pone fin a la controversia, y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayuda(n) a las partes a solventar la controversia, a la que ponen fin con un acuerdo que ni produce efecto de cosa juzgada, ni tiene la condición de título ejecutivo.

En este sentido se pronuncia MACHO GÓMEZ³⁵⁰ cuando afirma que a «pesar de las similitudes que el arbitraje pueda tener con los ADR —como la confidencialidad, la imparcialidad o la general utilización de expertos para actuar de terceros, o la posibilidad de acordar otros extremos configuradores del procedimiento—, las diferencias entre ambos son suficientemente importantes como para entender que aquel no puede ser considerado un método alternativo de resolución de conflictos. Ni comparten la misma naturaleza —el arbitraje es contractual-jurisdiccional y los ADR son puramente contractuales—; ni gozan de las mismas características —los ADR son más flexibles e informales, apenas están regulados, todo ello con el fin de resolver las controversias de la

contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (artículo 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (artículo 177 del Tratado [LCEur 1986, 8] ; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987). En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal Constitucional, negando la posibilidad de cobijar el arbitraje a la sombra del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, toda vez que fueron los recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial y sus posibles controversias».

³⁴⁹ En este sentido, excluyéndolo de las formas alternativas de acceso a la Justicia, DONDI, A., ANSANALLI, V., COMOGLIO, P., *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁵⁰ MACHO GÓMEZ, C. «Los ADR...» *op. cit.*, p. 405.

forma más rápida y económica posible; mientras que el arbitraje es más rígido, a la vez que es objeto de una mayor reglamentación con el fin de aportar garantías suficientes a las partes, haciendo el procedimiento más lento y costoso—».

Dejando al margen que pueda ser discutible que esos otros métodos alternativos que sí se consideran incluidos entre los ADR, singularmente la mediación, a la que parece circunscribirse ese concepto en Europa, no lleguen a tener efectos semejantes a una sentencia judicial, por lo que se refiere al efecto de cosa juzgada entre las partes y a su ejecutabilidad, como causa de diferenciación para la exclusión del arbitraje de entre los ADR, y que, por esa misma razón, sea posible oponer la naturaleza contractual-jurisdiccional del arbitraje frente a la mediación que sería puramente contractual, sí que se apuntan una serie de elementos —progresiva rigidez, complejidad, lentitud y coste— sobre los que habrá que volver, no tanto por su carácter diferenciador respecto de los ADR como por su negativa incidencia en la institución.

5.3.- HISTORIA, PRESENTE, Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL ARBITRAJE.

El arbitraje es una institución muy antigua, que ya se utilizaba para dirimir controversias, entre particulares y entre las ciudades-estado de Babilonia, 3000 años a.C., como se utilizaba en Mesopotamia y en la Grecia antigua. Fue regulada en el Derecho Romano (*Lex Aebutia*, Código de Justiniano, Ley de las XII Tablas, etc.), y también en nuestro Derecho, en el que aparece recogida en el Fuero Juzgo (Ley XII del Libro II), y más ampliamente en Las Partidas, en la que, en la Ley 1 del Título IV de la Partida III, que lleva por título «De los jueces y de las cosas que deben hacer y guardar», tras referirse a las diferentes clases de jueces, termina señalando que «hay aún otros que son llamados en latín árbitros, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes».

Más relevante es el reconocimiento que hace la Constitución de Cádiz de 1812 del arbitraje como forma de resolución de conflictos, en el Capítulo II del Título V, que lleva por título «De la administración de justicia en lo civil», y no solo por ser expreso, sino por cuanto el artículo 280, que se refiere a esta institución, es el primer precepto de dicho capítulo que se refiere a la justicia civil, y eleva a rango constitucional el derecho a resolver las diferencias mediante un árbitro al señalar que «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes», lo que implica, en consonancia con la ideología liberal que inspiró la

Constitución 1812 frente al absolutismo monárquico, la concepción del arbitraje como un instrumento del derecho de los ciudadanos a resolver las diferencias al margen del poder absoluto del Estado, representado por el poder judicial.

También se refiere al arbitraje el Código Civil, en sede de obligaciones y contratos, al tratar en el capítulo II, del Título XIII, del Libro IV, en los artículos 1820 y 1821, del contrato de compromiso, es decir, aquel contrato por el que las mismas personas que tenían capacidad para transigir, y sobre las materias sobre las que podían transigir — puesto que la misma regulación existente para el contrato de transacción era aplicable al de compromiso—, podían «comprometer en un tercero» la decisión de sus contiendas, debiendo estar a lo que al respecto recogía la LEC de 1881, cuyos artículos 790 a 839 se referían a los juicios de árbitros y amigables compondores, resolviéndose los primeros por personas vinculadas al derecho, y los segundos por personas legas en dicha ciencia.

Dichos preceptos fueron derogados por la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953³⁵¹, señalando su artículo 1 que la misma regula «los arbitrajes de Derecho privado en sustitución de las normas que a los mismos dedican el Código Civil (artículos 1820 y 1821), el Código de Comercio (artículos 50 y 638), la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 487 y 790 al 839) y disposiciones de igual naturaleza, tanto sobre arbitraje como sobre amigable composición».

El propósito declarado de esta ley de arbitraje era conseguir una mayor sencillez en la regulación de la institución, y una mayor eficacia, solventando los problemas que planteaba la regulación anterior, del que no era el menor su configuración puramente contractual³⁵².

³⁵¹ Pese a que no fueron derogados expresamente, la disposición derogatoria de la Ley de Arbitraje de 1953 no permitía muchas dudas al respecto de que fueron derogados, tanto los preceptos del Código Civil que regulaban el contrato de compromiso (Capítulo II, de Título XII, del Libro IV del Código Civil) —a lo que se refería también la disposición transitoria primera de la Ley al disponer que las cláusulas compromisorias válidamente estipuladas a la fecha de promulgación de la Ley se regirían en cuanto a su eficacia por las disposiciones de la misma—, como de los preceptos de la LEC de 1881 reguladores del arbitraje, al declarar derogadas cuantas disposiciones regularan los arbitrajes privados, que quedaban sustituidas íntegramente por las prescripciones de esta Ley. Hay que esperar a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje para que se declare expresamente sin contenido la regulación del Código Civil.

³⁵² Señala al respecto la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 que «No sólo la dualidad de textos planteó algún problema de coordinación, sino que, sobre todo, al no haberse atrevido el legislador a proclamar explícitamente la fuerza expresa y positiva de estas convenciones, se creó una situación dificultosa dentro de la vida real. Pues el compromiso, como contrato creador de un arbitraje, determina, sí, el apartamiento de los órganos jurisdiccionales del conocimiento de un cierto litigio, pero no

En el artículo 2 de la citada LA 1953 se define el arbitraje como la «institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión», definición que compendia los requisitos esenciales de la institución, como son: que se trata de una institución de Derecho Civil, pues tiene su origen en el contrato de compromiso; que hay una controversia, actual o potencial, entre dos o más sujetos; que la resolución de ese conflicto o controversia se encomienda a alguien distinto de los que se contradicen, esto es, a un tercero; y que la solución que da éste al conflicto es vinculante para los interesados, por haberse sometido éstos voluntariamente a su decisión.

La voluntariedad aparece, por tanto, como un elemento básico del arbitraje, hablándose impropia­mente de tal cuando se habla de un arbitraje obligatorio o necesario, frente al voluntario, que es el que tiene un carácter normal³⁵³.

Precisamente por el carácter resolutorio del conflicto que tiene el laudo arbitral se distingue el arbitraje de otro tipo de intervención de terceros, a que se refería el párrafo dos del mismo precepto, cuando señala que «No se considera arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente», que sería lo que la doctrina ha denominado «*arbitrador*, que solo afirma un hecho del que depende la resolución de un asunto jurídico, pero no resuelve nada»³⁵⁴ (como es el caso del precio fijado por un tercero al que se refiere el artículo 1.447 CC), o el caso del perito dirimente; y hay que distinguirlo también del arbitraje irritual, libre o impropio, al que se refiere el artículo 3 de la LA 1953³⁵⁵, que es el que se configura libremente por las partes, y al margen de las

lleva consigo la obligación positiva del instituirlo concretamente, ni la posibilidad de acudir al Juez para que lo haga en defecto de la parte que incumpla esta obligación. Queda así la figura del arbitraje como una especie que ni permite litigar en él, por las posibilidades abiertas a una parte de mala fe para obstaculizar su implantación, ni deja litigar fuera de él, por la excepción que permite invocar en contra de la intervención de Jueces y Tribunales».

³⁵³ OGAYAR AYLLON, T. «Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de derecho privado», en *Comentarios al Código Civil, Tomo XXII, Vol. 2* (Director MANUEL ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1982.

³⁵⁴ Cfr. Comentario al artículo 2 de la Ley de Arbitraje de OGAYAR AYLLON, T., *op. cit.*

³⁵⁵ La STS núm. 86/1979, de 15 de marzo se refiere a esta distinción en el primer considerando afirma, que es imprescindible que no haya «la menor duda acerca de que lo que las partes quisieron fue, previa formalización del compromiso, la de someterse a la decisión de terceras personas sobre las divergencias surgidas en la interpretación o cumplimiento de dicho contrato, y esta sumisión, previa a tal resolución

formalidades legales, frente al carácter eminentemente formal del arbitraje propiamente dicho, lo que impide que sea suficiente para eliminar la competencia jurisdiccional de los tribunales de justicia para conocer del conflicto, al margen del valor que pueda tener en el proceso el convenio libremente adoptado y la resolución.

Los elementos esenciales de esa definición del arbitraje, y el rigor formal, se mantienen en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje, cuyo artículo 1 señalaba que «mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho», y también en la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que, entre otras cosas:

- Aumenta la vinculación del arbitraje con la jurisdicción, al prever la asistencia judicial para la práctica de pruebas bajo la exclusiva dirección del tribunal (artículo 33).
- Prevé una posibilidad interesante, como es que se pueda dictar un laudo sobre la base del acuerdo previo que haya sido alcanzado por las partes (artículo 36) siempre que los árbitros no tengan motivo para oponerse con base en una causa jurídica fundada. Se trata de una previsión, dice la Exposición de Motivos de la Ley para justificarla, que, aunque «podría considerarse innecesaria —dado que las partes tienen poder de disposición sobre el objeto de la controversia—, no lo es, porque a través de su incorporación a un laudo del acuerdo adquiere la eficacia jurídica de aquel».

decisoria de los árbitros, no aparece en la cláusula litigiosa, en la que solamente aceptan los contratantes la intervención de "hombres buenos", lo que, contrariamente a lo que la resolución impugnada expresa, da lugar a la ambigüedad de dicha estipulación, por falta de claridad en sus palabras, como se hace ver en la resolución dictada en primer grado, pues de ellas no se deduce esa expresa aceptación previa y necesaria sumisión a un procedimiento arbitral que resuelva el conflicto suscitado, ya que la expresión "hombres buenos" no puede estimarse necesariamente como equivalente a la de árbitros de derecho o de equidad que, según la Ley anteriormente mencionada, son quienes han, de resolver las cuestiones sometidas a su decisión, y sabido es que el arbitraje es una institución eminentemente formal, con requisitos esenciales y de ineludible cumplimiento, uno de los cuales, y el primero de ellos, es el otorgamiento del contrato de compromiso, por el cual los interesados acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un tercero o terceros que formalmente designen, y en el caso presente no se habla de decisión sino de intervención de hombres buenos, lo que parece indicar una mediación para conseguir un acuerdo entre las partes, pero sin resolución vinculante, que necesariamente ha de interpretarse como una cláusula de un arbitraje impropio».

- Dicha previsión adquiere mayor relevancia en cuanto que la nueva LA suprime el carácter preceptivo de la protocolización, por lo que el laudo será válido y eficaz, y también constituirá título ejecutivo, por sí solo, sin necesidad de ser previamente protocolizado notarialmente, aunque en este caso existirá la posibilidad de oponer la falta de autenticidad (artículo 559.4º LEC) por vía de oposición³⁵⁶.

- Su principal criterio inspirador, reconocido en la Exposición de Motivos, es el de «basar el régimen jurídico español en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley modelo CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea general en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional», por lo que no responde plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero facilita su difusión y uso entre operadores con los que España mantiene relaciones comerciales internacionales, al responder a un compromiso entre las tradiciones europea-continental y anglosajona, sin que el hecho de que esté pensada para el arbitraje comercial internacional obste a su mayor uso interno, porque su inspiración y soluciones son perfectamente válidas también para el mismo.

Es indudable, como hemos podido ver a lo largo de la exposición, tanto la antigüedad de la institución, como el esfuerzo del legislador³⁵⁷ para dotarle de cada vez mayor claridad y uniformidad con las leyes reguladoras del arbitraje en el comercio internacional, y todo ello con el objeto de favorecer e impulsar la difusión de su práctica, tratando de ofrecer a través de esta regulación ventajas e incentivos para que las personas físicas y jurídicas acudan a esta vía de resolución de conflictos.

³⁵⁶ PÉREZ VALLEJO, A. M., *op. cit.*, p.94.

³⁵⁷ Vid. ESPLUGUES MOTA, sobre los esfuerzos legislativos en material arbitral que se han venido produciendo en Europa, tanto en los países que forma parte de la Unión Europea como fuera de ella, en torno a los principales elementos de la institución arbitral, coincidentes en «la voluntad de facilitar el recurso a esta institución como vía abierta a los ciudadanos de lograr de forma ágil, eficaz y discreta la satisfacción de sus expectativas», tanto en los litigios de naturaleza interna como de origen internacional, superando la idea del arbitraje como una justicia de segunda o su mero encasillamiento como medio de desmasificarlos juzgados. ESPLUGUES MOTA, C., «El arbitraje...», *op. cit.*

Sin embargo, a pesar de que se trata de una institución madura, y suficientemente conocida y estudiada, lo cierto es que no se recurre a ella —al menos a las Cortes de Arbitraje sitas en España, impulsadas fundamentalmente por las Cámaras de comercio, y también por Colegios de Abogados— con la frecuencia con que se recurre a ella en otros países, especialmente en los anglosajones.

Sirva como ejemplo de lo que se afirma la estadística de la Corte de Arbitraje de Madrid³⁵⁸ que, creada en 1989, por lo que cuenta con 26 años de antigüedad, y se presenta como la Corte líder en el mercado español, tanto por el número de casos como por el volumen económico en disputa, refiere haber conocido de 155 casos en el año 2011, de 180 casos en 2012, de 200 casos en 2013, cifra similar a la de 2014, descendiendo a poco más de 130 casos en 2015.

Y no son mejores las cifras del Tribunal Arbitral de Barcelona³⁵⁹, que muestran, desde 1989 un crecimiento inicial que parece espectacular, pero que se estanca en un máximo de 121 arbitrajes en el año 2004, descendiendo a 51 arbitrajes en el año 2014.

Las estadísticas demuestran que, dejando fuera el arbitraje de consumo, que tiene sus propias características, dentro del ámbito civil y mercantil, que es el que nos ocupa, se acude al arbitraje muy poco, en casos muy limitados.

El arbitraje ordinario³⁶⁰, que es presentado como un proceso sencillo, flexible³⁶¹, rápido, económico y confidencial, caracterizado por la especialización y la voluntariedad

³⁵⁸ Corte de Arbitraje de Madrid: <http://www.arbitramadrid.com/web/corte/estadisticas-de-la-corte> (Fecha de acceso: 20/04/2017).

³⁵⁹ Tribunal Arbitral de Barcelona:
http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=186&Itemid=20&lang=es
(Fecha de acceso: 20/04/2017).

³⁶⁰ Junto al arbitraje ordinario «existe un buen número de material en las que rigen normativas especiales, debiéndose distinguir entre aquellas a las que LA no es aplicable (arbitrajes laborales, v. artículo 1.4 LA) y aquellas que cuentan con unas normas especiales pero a las que se aplica supletoriamente la LA (arbitrajes de consumo, en materia de propiedad intelectual, en materia de seguros, en materia de transportes terrestres, o en materia de cooperativas»; cfr. artículo 1.3 LA). DE LA OLIVA SANTOS, A, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil, II, Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª Edición, 2016, p. 591.

³⁶¹ Así se describe el arbitraje en EE. UU.: «Arbitration is a flexible process. Parties may negotiate virtually every aspect of the arbitration process, including the number of arbitrators who will hear the case; the location of the hearing; the applicable law; the availability, types, an amount of discovery; the timetable of

—que se refiere tanto al objeto, como al procedimiento y al árbitro u árbitros— ha evolucionado y ha alcanzado «un carácter cuasi-judicial. Las partes tienen menor disposición del proceso y han de someterse a unas reglas preestablecidas. Las actuaciones no son tan confidenciales. Los trámites no son tan rápidos, si bien algunas instituciones limitan el plazo para dictar el laudo, y los costes empiezan a ser elevados»³⁶².

Se trata de unas características que está adquiriendo la institución del arbitraje (progresiva rigidez³⁶³, complejidad, lentitud y costes elevados) que, como ya hemos señalado, han servido a algunos autores³⁶⁴ para excluirlo de entre los sistemas ADR, y a ello habría que añadir otros problemas que han llevado, también en EE. UU. —en donde tuvo una gran difusión en una amplia variedad de áreas, como hemos tenido ocasión de examinar—, a una utilización cada vez menor de esta institución³⁶⁵.

events; the evidentiary standards; the appropriateness of expert witness; whether or not attorneys will represent the parties; and the use of pre- or post-hearings briefs. Arbitration's flexibility also enables parties to exercise considerable control over arbitrator selection. Thus, parties may select an arbitrator who is an expert in the field in which the dispute has arisen. Moreover, parties can and often do select arbitrators who are not lawyers. Arbitration's flexibility enables parties to tailor the arbitral process for each particular dispute». COLE, S.R., BLANKLEY K.M., «Arbitration», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), pp. 318-319.

³⁶² CUVILLO CONTRERAS, I., *op. cit.* p. 2.

³⁶³ Sobre los problemas y modificaciones legislativas introducidas en torno a la ejecución de laudo arbitral, Vid. PARDO IRANZO, V., «Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26 (2012), Iustel, Madrid (2012), pp. 1-30.

³⁶⁴ MACHO GÓMEZ, C. «Los ADR...», *op. cit.* pp. 403-405.

³⁶⁵ El arbitraje se utiliza en EE. UU. en una amplia variedad de áreas, tales como comercial, construcción, trabajo, consumo, etc., como consecuencia de la amplia flexibilidad que la caracteriza, pero muestra ciertos signos de disminución en su uso, en particular en el mundo de los negocios como consecuencia del control judicial de los abusos cometidos en las cláusulas o contratos de sumisión expresa al arbitraje por algunas empresas, particularmente con el objetivo no tanto de resolver el conflicto a un menor coste como de eludir el jurado y sus no pocas veces sorprendentes veredictos, especialmente en materia de consumidores. En este sentido NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje...», *op. cit.* p. 3.

La corrección ha venido de la mano de los tribunales mediante la aplicación de la doctrina del abuso: «A Court may declare an arbitration agreement void because it is unconscionable.. [...] Underlying the doctrine of unconscionability is the goal of preventing oppression and unfair surprises in a contract between parties with unequal bargaining power. Procedural unconscionability may be found in an adhesion contract that is presented to a person on a “take it or leave it” basis. Procedurally unconscionable contracts are most common in employment contracts and in consumer transactions. A procedurally unconscionable contract almost always involves a disparity in bargaining power between the two parties, which prevents the weaker party from successfully negotiating to change unfavorable terms». COLE, S.R., BLANKLEY K.M.,

Las perspectivas de futuro del arbitraje dependen de la correcta identificación de algunos de los factores que influyen negativamente en su elección por los ciudadanos como sistema alternativo, vinculados en gran medida al arbitraje administrado o institucional, a que a continuación nos vamos a referir.

1.- Un primer factor a tener en cuenta es el dominio absoluto del arbitraje administrado o institucional, y la inexistencia de un arbitraje alternativo.

Si en EE. UU. se distingue entre arbitrajes administrados o no, según sean o no ofrecidos por una organización, que es la que establece las reglas, el procedimiento, una lista de árbitros, etc., aquí se hace la misma distinción en la LA 2003, en su Título III sobre los árbitros, y aunque el arbitraje institucional lo circunscribe a corporaciones y entidades públicas, y asociaciones sin ánimo de lucro, no hay nada que exija que un profesional cualificado para ser elegido como árbitro en un conflicto tenga que estar incorporado a una de esas organizaciones, y nada impide en principio su derecho asociarse. Pero mientras que en nuestro país se multiplican las Cortes de Arbitraje organizadas por diversas instituciones —Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados, etc.— que ofertan la prestación del servicio de arbitraje, con sus listas de árbitros, sus reglas de procedimiento y, por supuesto, sus tarifas o aranceles, no existe un «mercado» de árbitros que, en libre organización y competencia —sin perjuicio de que pudiera y debiera existir una supervisión estatal, dada la función cuasi-judicial que desempeñan, jurisdiccional para algunos autores— que ofrezcan ese servicio de arbitraje.

2.- El factor personal, es decir, la persona de los árbitros y el prestigio, solvencia intelectual e independencia —también económica— que tienen, o de los que carecen, cuando acceden a la función arbitral a través de esas instituciones tampoco es indiferente para entender esa desafección a la institución del arbitraje.

No se trata de generalizar, y sin duda también hay que tener en cuenta otros factores, como los económicos y culturales, o la desconfianza de las empresas frente a resoluciones arbitrales que cuestionen sus prácticas, y que puedan convertirse en un precedente de futuras resoluciones, para explicar por qué no se recurre más al arbitraje en España, pero, a nuestro juicio, el factor personal puede ser determinante en el momento

«Arbitration», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), p. 329.

en que las partes, en previsión de un conflicto o ya ante un conflicto, prevean o decidan renunciar al ejercicio de una acción judicial, con la garantía que suponen (al menos teóricamente) el sistema de elección y formación de jueces y su independencia, para someter su controversia a arbitraje³⁶⁶.

3.- Otro factor muy importante a tener en cuenta, también relacionado con el arbitraje administrado o institucional, son los elevados costes del arbitraje.

El artículo 37.6 LA 2003 señala que, con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado, por la institución administradora del arbitraje, y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral, lo que puede llegar a suponer una cantidad muy importante por cuanto vienen fijados por estas instituciones mediante un sistema de «tarifas» o «aranceles» en función de la cuantía del proceso y al margen de quien sea el árbitro y del principio de libre competencia en materia de honorarios.

Baste un simple ejemplo, con base en los honorarios de árbitros y derechos de administración fijados por la Corte de Arbitraje de Madrid³⁶⁷, para apercibirse de la falacia que suponer afirmar que es un proceso más barato que un proceso judicial, aun cuando no exista una segunda instancia, lo que no siempre es una ventaja, y hay que ponderarlo muy bien, aun cuando se prescinda del coste del procurador.

Supuesto tipo y típico de estos pasados años tras el pinchazo de la denominada «burbuja inmobiliaria»: resolución de contrato de compraventa de vivienda en construcción, por incumplimiento, siendo la cuantía de 300.000 €.

³⁶⁶ Baste pensar en el carácter raquítico de los requisitos exigidos para adquirir la condición de árbitro en las Cortes de Arbitraje creadas por algunos Colegios de Abogados, para los que basta tener la condición de abogado colegiado ejerciente durante cinco años (en algunos se piden diez años, y es igual de insuficiente), sin ningún otro requisito o exigencia de experiencia profesional y académica que avale su formación y preparación, salvo realizar un curso de formación que se imparte en el mismo Colegio, lo que combinado con la falta de nombre e independencia económica que pueda garantizar la recta prestación de ese servicio resulta ser un cóctel con muy poco atractivo. Como abogado no podría recomendar nunca a un cliente que sometiera la resolución del conflicto que le afecta a nadie con tan escaso bagaje.

³⁶⁷ Fuente: Corte de Arbitraje de Madrid. URL <http://www.arbitramadrid.com/web/corte/costes> (fecha de acceso: 21/04/2017).

La sumisión a arbitraje, tratándose de un solo árbitro, supondría el pago de los siguientes importes, por los siguientes conceptos: a la Corte de arbitraje, 2.000 € como entidad nominadora, más 4.400 € por gastos de administración, a los que hay que sumar un 10% de los honorarios que facture el árbitro, que también serán facturados por la Corte una vez concluido el arbitraje; al árbitro hay que pagarle entre un mínimo de 2.975 € y un máximo de 14.300 € en concepto de honorarios, siendo la fijación entre uno y otro potestad de la Corte; y a todo ello hay que sumar, claro está, el IVA, más los gastos en que pueda incurrir el árbitro, que tienen que ser aprobados por la Corte. Es decir, que el coste de acudir al arbitraje estaría entre un mínimo y un máximo de 11.703,73 € y 26.777,30 € (IVA incluido), a discreción en buena parte de la misma Corte de Arbitraje, y ello sin contar con otros gastos, ni con el dictamen periciales que pueda ser necesarios, ni con los gastos de la defensa letrada que precisará para el procedimiento. Pero puede ser peor. En el supuesto de que hubiera reconvencción —si la promotora demandada reconviene exigiendo el cumplimiento del contrato, el otorgamiento de escritura y pago de la cantidad pendiente, que asciende a 100.000 €— está previsto que hay que calcular separadamente los derechos de administración correspondientes a demanda y reconvencción, esto es, habría que sumarle a la cantidad anterior entre un mínimo de 4.782,52 € y un máximo de 12.136,30 €, con lo que la opción por el arbitraje - sin contar otros gastos y defensa legal - tendría un coste de entre 16.486,25 € y 38.913,60 €.

Si se trata de un contrato de cien millones de euros, con tres árbitros, el coste estaría en torno a un millón de euros, que podría incrementarse hasta en un 20 % —a discreción de la misma Corte que cobra por intervenir en el arbitraje y percibe un porcentaje de los honorarios— si el arbitraje es internacional; y es posible que haya otras razones —mayor adaptación al medio, singularmente en el contexto del comercio internacional³⁶⁸ en el que el arbitraje encuentra una razón de ser propia, conocimiento de los usos y prácticas del sector del tráfico de que se trate, definición de los procedimientos a seguir y fijación de criterios de decisión, elección del foro y de la norma, que sí sabrán aprovechar los equipos jurídicos de esas empresas o corporaciones en conflicto, mayor celeridad, confidencialidad, y conservación de las relaciones en cuanto normalmente el recurso al arbitraje ya estará previsto— que puedan aconsejar acudir al arbitraje en lugar de a la jurisdicción ordinaria, pero ello demuestra que esta institución se ha convertido en una realidad elitista.

³⁶⁸ VIRGOS SORIANO, M., «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N°11 (2007), UAM, Madrid, pp. 79-88.

Así lo considera NIEVA-FENOLL³⁶⁹, cuando recuerda que casi el 80% de los asuntos conocidos por la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio superan el millón de euros, o que la media del coste mínimo de un arbitraje en la Corte Internacional de Londres es de 100.000 €³⁷⁰, y, aunque reconoce que las hay más económicas, ello no le impide afirmar que «Los estímulos de los litigantes para acudir al arbitraje podrían ser otros, pero la simple perspectiva de un proceso en única instancia, sin posibilidad de recursos, y que ya de entrada tiene costes adicionales a los tradicionales de abogado, no parecen ser los mejores acicates para someterse a un arbitraje, sin contar con el hecho de que es imprescindible el acuerdo de ambas partes. Todos esos factores hacen que el arbitraje, en realidad, sólo parezca rentable en litigios de gran cuantía, en los que celebrar un proceso judicial puede generar muchísimos más gastos en tiempo y dinero que un arbitraje, sin contar con las dificultades en la determinación de la jurisdicción internacional en caso de litigios transnacionales, y la consiguiente desventaja —y también dificultad— en la determinación de la ley aplicable al amparo de las normas de Derecho internacional privado».

4.- La rigidez del procedimiento arbitral, que no es fijado libremente por las partes sino por las instituciones arbitrales.

Aunque la Ley prevé que el procedimiento arbitral lo pueden fijar libremente las partes, siempre que respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción (artículos 24 y 25 LA)³⁷¹, y en su defecto se regirán por lo establecido en la propia Ley, la realidad es que esa flexibilidad resulta mitigada por el oligopolio *de facto* del arbitraje por determinadas instituciones, con una competencia muy limitada.

³⁶⁹ NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje...», *op. cit.* p. 8.

³⁷⁰ Según datos obtenidos del periodo 2013-2016 de la página web de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la duración media de un proceso de arbitraje está en 16 meses, oscilando entre los 9 meses para asuntos inferiores a 1 millón de dólares, 18 meses para asuntos entre 10 y 100 millones de dólares, y 29 meses para asuntos superiores a 100 millones de dólares, siendo el coste medio de 97.000 dólares, pero en función de la cuantía oscila entre los 64.000 dólares para asuntos inferiores a 1 millón de dólares, y 648.0000 dólares para asuntos superiores a 100 millones de dólares. URL <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx> (Fecha de acceso 1/12/2017).

³⁷¹ SAN CRISTOBAL REALES, S. «Sistemas alternativos ...», *op. cit.*, pp. 39-62.

La rigidez que este sistema de monopolio de facto conlleva respecto a los procedimientos arbitrales y a los árbitros, a lo que hay que sumar los elevados costes derivados de sus tarifas o aranceles, que no honorarios, es un grave lastre para que se pueda aspirar a un recurso más normalizado a esta institución, puesto que, aunque nada puede impedir a un profesional —que en principio no tendría por qué ser del Derecho, puesto que el artículo 13 de la LA 2003 solo exige estar en pleno ejercicio de los derechos civiles—, ofertar sus servicios como árbitro, lo cierto es que no existe un «mercado» de árbitros especialistas³⁷² por materias que, en libre organización y competencia, estén en condiciones de ofertar libremente ese servicio de arbitraje, pero bajo una estricta supervisión pública, objetiva e independiente, dada la función cuasi-judicial que desempeñan, jurisdiccional para algunos autores, que, además, contribuiría a dar credibilidad a quienes ofertaran como árbitros ese servicio, y confianza a sus usuarios.

A este respecto una propuesta concreta útil a atales efectos sería la creación de un Instituto de Arbitraje³⁷³, como un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Justicia, cuya misión fundamental consistiría en el ejercicio de esa supervisión pública, asumiendo además funciones como, la autorización e inscripción en el registro oficial de árbitros y sociedades de arbitraje —puesto que dicha inscripción sería condición necesaria para el ejercicio profesional de la función de árbitro en España, al margen de los que operen al amparo de las Cortes de Arbitraje ya existentes—, la adopción de normas en materia de ética, control de calidad interno en la actividad de arbitraje y supervisión de su adecuado cumplimiento, asegurarse de la formación continuada de los árbitros, y por supuesto el régimen disciplinario y el sistema de inspecciones y de investigación.

³⁷² BLANCO GARCÍA se refiere, por ejemplo, a las posibilidades que tiene su uso en el ámbito financiero, a las ventajas que pueden tener los métodos extrajudiciales para la tutela de la clientela bancaria señalando la apuesta de algunos expertos por la implantación de un sistema híbrido —técnica escalonada Med-Arb— donde los conflictos financieros queden resueltos a través de un procedimiento de arbitraje en caso de que la mediación previa no tenga éxito, señalando las ventajas de un arbitraje especializado en asuntos bancarios, al estar integrado por árbitros con conocimientos suficientes de procedimiento arbitral, y con experiencia —profesional y/o académica— en materia bancaria, seguros y bolsa e inversión. «Especialización y formación que sin duda supondría una ventaja competitiva con respecto al resto de técnicas ADR e incluso otros tipos de arbitraje, como el de consumo». BLANCO GARCÍA, A. I., «El arbitraje y la mediación como garantía de la protección de la clientela bancaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 53-54, Mayo-Junio 2015, pp. 60-69.

³⁷³ El modelo podría ser el papel que desempeña el ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) respecto de los economistas que ejercen como auditores de cuentas.

De forma similar a lo que hacíamos con la conciliación podemos preguntarnos si el arbitraje puede llegar a ser, no ya tanto un instrumento alternativo eficaz para la resolución de conflictos, que en muchos casos puede serlo ya, sino un instrumento al que se recurra por los ciudadanos de forma más generalizada, y la respuesta es que seguro que es muy difícil de concebir «que el arbitraje se erija en una alternativa a los tribunales para la generalidad de los litigios. Si tal cosa llegara a suceder, en el fondo el arbitraje se convertiría en una suerte de jurisdicción paralela»³⁷⁴, pero tampoco hay porque resignarse a que el arbitraje ordinario siga siendo solo una realidad elitista, para litigios de gran envergadura, al alcance solo de grandes empresas y corporaciones.

³⁷⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *op. cit.* , p. 588.

CAPÍTULO III. LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL.

1.- MODELOS DE MEDIACIÓN Y CONCEPTOS.

Ya hemos adelantado el concepto de mediación del DRAE, los elementos esenciales que encontramos en esa definición, y hasta un concepto inicial de mediación, a los efectos de encajarla sistemáticamente entre los diferentes sistemas primarios de ADR, atendiendo al grado de intervención del tercero en la resolución del conflicto.

Pero para definir la institución de la mediación se ha recurrido a fórmulas muy variadas, atendiendo tanto al tipo de conflicto como a la comparación con otros métodos de resolución de conflictos, de forma que se han sucedido múltiples definiciones y aproximaciones a definiciones, pese al corto espacio de tiempo transcurrido desde que se le reconoce como una disciplina, tanto por razón de la desvinculación que hay entre el esfuerzo teórico desarrollado y la práctica de la mediación, como por razón de la disciplina desde la que se hace la definición, dada la heterogeneidad de profesionales que ejercen como mediadores (sociólogos, psicólogos, politólogos, trabajadores sociales, abogados, arquitectos, etc.), como por el ámbito al que se aplica, ya sea familiar, laboral, empresarial, administrativo, organizacional, diplomática o internacional, o comunitaria, que comprende la mediación penal, vecinal, de consumidores e intercultural.

Por eso, *a priori*, se puede definir la mediación, como hace CONFORTI, simplemente como «el encuentro de tres partes, el mediador, el requirente (solicitante), y el requerido (la otra parte) que trabajan conjuntamente para resolver un problema»³⁷⁵.

A partir de ahí, y aun cuando existen unas características básicas que son comunes a cualquier proceso de mediación, el concepto que se pueda dar, en general, de lo que es la mediación, y cuáles son los objetivos y el papel que ha de desempeñar el mediador, va a depender en buena medida del modelo de mediación del que se parta para ello, porque, aun con diferentes variantes dentro de cada uno de los que vamos a aludir, podemos hablar básicamente de tres modelos de mediación: el tradicional, que es el modelo directivo de Harvard, el de mediación transformativa, y el circular–narrativo. A ellos nos referimos a continuación.

³⁷⁵ CONFORTI, F. *Tutela judicial efectiva...* *op. cit.* p. 91.

1.1.- MODELO DIRECTIVO DE LA ESCUELA DE HARVARD.

En primer lugar podemos citar el modelo directivo de la Escuela de Harvard³⁷⁶, que es el modelo tradicional, también llamado de solución de problemas, según el cual las partes en conflicto deben, básicamente, olvidarse del regateo posicional, separar a las personas del problema, centrarse en los intereses y en su conciliación, no en las posturas, inventar soluciones en beneficio mutuo, y utilizar criterios objetivos justos e imparciales, con el objetivo de lograr un acuerdo y preservar, o al menos no perjudicar, la relación.

El objetivo principal del proceso de mediación, y el papel del mediador, están orientados a obtener un resultado: un acuerdo que cumpla esas premisas y requisitos.

Lo normal cuando surge un conflicto del tipo que sea, dice esta Escuela, y es fácil de comprobar que así sucede en la práctica, es que las partes se sometan de forma rutinaria a un regateo posicional, en el que cada una de ellas toma una posición, la discute y regatea con ella haciendo concesiones hasta llegar, o no, a un acuerdo. Y lo que dice este modelo es que el regateo posicional es ineficaz, porque es un proceso que requiere muchísimo tiempo al crearse incentivos que paralizan o impiden el acuerdo, y cuando los produce suelen ser poco aconsejables porque al identificarse la parte cada vez más con la posición que defiende, se ve comprometida personalmente con ella³⁷⁷, y olvida las preocupaciones e intereses subyacentes a esas posiciones, siendo el mejor resultado probable, en caso de llegar a un acuerdo, una partición mecánica de la diferencia en lugar de una solución elaborada para satisfacer los intereses legítimos de cada una de las partes, poniendo además en peligro —por la tozudez que se requiere para mantener las respectivas posiciones— la pervivencia de la relación entre las partes.

³⁷⁶ Obtenga el sí—Getting Yes— es una obra de FISHER, URY y PATTON, que se refiere a la negociación, pero los principios en los que se inspira son los mismos aplicables a la mediación, siendo la diferencia que en la mediación se trata de una negociación asistida por un tercero, el mediador. FISHER, R., URY, W., PATTON, B. *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Barcelona. Gestión 2000. Planeta. 1ª Edición, 2011.

³⁷⁷ Puede provocar el efecto de «escalada» de conflicto, como consecuencia y efecto de esa progresiva identificación del problema con la persona, que hemos examinado junto con este concepto, y al que se referían CORSÓN PEREIRA y GUTIÉRREZ HERNANZ, en *op. cit.* pp. 24-30.

El método para superar ese regateo posicional consiste, básicamente, en los siguientes puntos:

- 1º Personas *v.* problemas. Hay que separar a las personas del problema, evitando que la relación se entremezcle con el problema, que es a lo que hay que atacar, pero sin olvidar que se trata entre personas, con sus respectivas percepciones y emociones, y los problemas de comunicación que se suscitan por la tendencia a no escuchar o a escuchar selectivamente, y las malas interpretaciones que produce el regateo posicional, y que hay que enfrentarse con el problema, no con las personas, enfocando el proceso como una actividad conjunta, no como un enfrentamiento.
- 2º Intereses *v.* posiciones. Hay que centrarse en los intereses, que son los que definen el problema, no en las posiciones, porque detrás de las posturas opuestas pueden existir intereses compartidos y compatibles, junto a otros que se hallan enfrentados o en conflicto.

El ejemplo típico en cualquier curso de iniciación a la mediación es el de una naranja que es pretendida por dos partes en conflicto, cuando sus intereses son en realidad compatibles, porque uno está interesado en la pulpa para hacer un zumo, y el otro en la piel, para elaborar un postre. Pero podemos pensar en un ejemplo más real, como es un proceso de ejecución hipotecaria, en el que, en un contexto como el de la todavía reciente crisis económica y pinchazo de la burbuja inmobiliaria, que produjo caídas en el precio de la vivienda hasta situarlo en ocasiones por debajo del importe otorgado para su financiación, acreedor y deudor hipotecarios tienen un interés compartido, puesto que ni el primero quiere quedarse con la vivienda y con los gastos asociados a ella, ni el segundo perderla, junto al interés enfrentado que consiste en el pago/cobro de la deuda y la forma de afrontarlo.

Hay que identificar por tanto esos intereses, reconocerlos como parte del problema y hablar sobre ellos, siendo duro con el problema, no con las personas.

- 3º Intereses compartidos *v.* intereses particulares. En tercer lugar, hay que inventar opciones en beneficio mutuo, ampliando las opciones, identificando

esos intereses compartidos y encajando los discrepantes, intentando facilitar, no entorpecer, la toma de decisiones.

- 4º Criterios objetivos v. criterios subjetivos. Hay que intentar utilizar criterios objetivos, porque es mucho más fácil el trato entre las partes cuando ambas utilizan esos criterios que si cada una intenta obligar a la otra a ceder, y para ello hay que desarrollar criterios justos e imparciales, afrontando cada asunto como una búsqueda conjunta de esos criterios, cuál sea el procedimiento justo, cuáles son las normas más apropiadas y cómo deben aplicarse.

No vamos a abundar más en este punto, remitiéndonos a lo ya dicho más ampliamente al tratar la negociación, porque, como ya apuntábamos, existe una relación muy íntima entre negociación y mediación, manejando esta última conceptos y principios que proceden de la primera.³⁷⁸ Y es que la mediación no es sino una negociación asistida por una persona, el mediador, cuya función es conducir el proceso para evitar el regateo posicional y que las partes utilicen los criterios indicados para, tratando de «poner la razón y el sosiego que les falta a las partes»³⁷⁹, intentar que éstas alcancen un acuerdo justo que resuelva el conflicto entre ellas, o, al menos, y puesto que al final el acuerdo puede existir o no en función de múltiples circunstancias, que las partes desarrollen un buen debate negocial, supliendo el déficit de racionalidad que les impide tenerlo por sí mismos³⁸⁰.

³⁷⁸ En este sentido, por ejemplo, se manifiestan AGUILÓ REGLA, J., en *El arte de la mediación...*, *op. cit.*, p. 70, y CONFORTI, F. *Tutela judicial efectiva...*, *op. cit.*, p. 100.

³⁷⁹ SÁEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 3.

³⁸⁰ En este sentido afirma AGUILÓ REGLA al tratar el sentido de la mediación que dos actores plenamente racionales no necesitan de la intervención de ningún mediador, y que el verdadero sentido de la mediación y el papel del mediador no es que se alcance un acuerdo, sino «garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial», supliendo los déficits de racionalidad que les impiden enjuiciar su situación y debatir correctamente las posibilidades de llegar a un acuerdo. AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, *op. cit.*, pp. 103-105. En este mismo sentido BERNAL SAMPER, cuando señala que el objeto de la mediación «es elaborar un proceso, previa aceptación de las partes en el que éstas puedan manejar el conflicto y estudiar las opciones que tienen para resolverlo», un proceso flexible que puede ser definido y redefinido por las partes en conflicto y el mediador una y otra vez en cada caso (KOVACH), una flexibilidad que es uno de los puntos fuertes de la mediación, al tiempo que produce cambios considerables para cualquiera que trate de dar un concepto amplio de mediación. BERNAL SAMPER, T., «Conflicto y mediación», en *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N°11 (2007), pp. 111-122.

La mediación se puede definir así como un proceso de negociación³⁸¹ en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes en disputa a alcanzar una resolución mutuamente aceptable, facilitando el intercambio de información, promoviendo la comprensión entre las partes y fomentando la exploración de soluciones creativas, de forma que, frente a otros métodos de resolución de disputas, como pueden ser litigio o el arbitraje, en el que las partes dependen de un tercero que dicta una resolución vinculante, la mediación invita a las partes a participar en un método potencialmente creativo y colaborativo de resolución de problemas, sin forzar la decisión de ninguna de ellas³⁸².

1.2.- MODELO DE MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA.

Se trata de un modelo que se desarrolla como reacción al anterior por profesionales de la mediación procedentes del mundo terapéutico, especialmente de la psicología, que pone el acento no tanto en la consecución de un acuerdo como en los aspectos relacionales del conflicto y en la adquisición de habilidades para gestionarlos.

Parte de la experiencia de que para muchas personas lo más duro de un conflicto no es tanto que no se satisfagan sus derechos e intereses como el hecho de que el conflicto les fuerza a ellos y a los demás a actuar de una manera que les produce rechazo, al quedar inmersos en una especie de círculo vicioso en el que debilidad, hostilidad y demonización del otro, y el ensimismamiento y cerrazón se alimentan mutuamente haciéndoles entrar en un proceso en espiral que es destructivo de la relación y de las mismas partes que la integran, por lo que lo que las partes buscan es revertir ese proceso.

³⁸¹ «At its most basic level, mediation is an extension of the negotiation process. A third party, the mediator, assists disputing parties in resolving their disputes». NOLAN-HALEY, J., «Lawyer, Clients, and Mediation», *Notre Dame Law Review*. Vol. 73 N°5 February 2014, New York, 1998, p. 1374.

³⁸² «Mediation is commonly defined as a process in which a third party neutral, the mediator, assists disputing parties in reaching a mutually agreeable resolution. Mediators aim to facilitate information exchange, promote understanding among the parties, and encourage the exploration of creative solutions. In other methods of dispute resolutions, such as litigation or arbitration, the parties rely on a third party to make a binding determination of right or wrong. Mediation, by contrast, invites the parties to engage in a potentially creative and collaborative method of problem solving, without forcing a decision on either party». KOVACH, K. K., «Mediation», en *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), pp. 304-317.

Desde este punto de vista, el conflicto como fenómeno social no se refiere solo a los derechos, a los intereses o a la relación de poder entre las partes, aunque también comprenda todas estas cosas porque no se ignora la importancia que tiene resolver los problemas específicos, sino fundamentalmente a la interacción de las partes en conflicto como seres humanos. A este respecto afirman BUSH y POPE que, «para que la intervención en conflictos sea útil para las partes no se puede centrar sólo en la resolución de los problemas, o en la satisfacción de las necesidades e intereses, sino que ha de abordar directamente la crisis de interacción en sí misma»³⁸³, para que las partes hagan cambios positivos en su interacción —entre otras cosas, que escuchen y comprendan realmente lo que la otra parte dice, sin reinterpretarlo conforme a un filtro personal que lo distorsiona de modo que uno acaba oyendo lo que cree que el otro va a decir, con independencia de lo que realmente diga—, y así encuentren por ellas mismas términos de resolución aceptables de los conflictos que se produzcan.

El objetivo es, por tanto, modificar la relación, de manera que lo verdaderamente importante no es conseguir un acuerdo, sino el crecimiento moral y personal, mediante la transformación de las relaciones entre las partes en conflicto³⁸⁴, lo que requiere de dos elementos, oír y escuchar de forma activa, tanto las partes como el mediador, y con base en dos premisas: el potencial transformador de las personas y de la sociedad en general que tiene la mediación, y su carácter positivo siempre que el mediador, a través de su actitud y métodos, los conduzca a la revalorización o empoderamiento (*empowerment*) y reconocimiento mutuos, para favorecer la libre determinación, autonomía, asunción de responsabilidad y mayor sensibilidad de las partes en conflicto.

Los conceptos de mediación, y también del mediador, que tienen los defensores de este modelo de mediación transformativa difieren del modelo directivo anterior, y definen la mediación como «un proceso en el que una tercera parte trabaja con las partes en conflicto para ayudarles a cambiar la calidad de su interacción y pasar de lo negativo y destructivo a lo positivo y constructivo, cuando exploren y hablen sobre cuestiones y posibilidades para la resolución del conflicto»³⁸⁵, siendo el papel del mediador, como

³⁸³ BUSH, R, y POPE, S. «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares», *Revista de Mediación*, Año 1, nº2, octubre de 2008, URL: http://imotiva.es/wp-content/uploads/2013/06/Revista_Mediacion_02_03.pdf (Fecha de acceso 26/11/2015), p. 18.

³⁸⁴ En este sentido CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014. pp. 40-42.

³⁸⁵ BUSH, R, y POPE, S., *op. cit.*, p. 21.

señalan BUSH y POPE, el de «ayudar a que las partes lleven a cabo cambios positivos en su interacción (cambios de revalorización y reconocimiento), apoyándolas para que ejerciten sus capacidades de fortaleza y respuesta mediante la deliberación, toma de perspectiva, comunicación y toma de decisiones»³⁸⁶.

Puede afirmarse, por tanto, que desde cierto punto de vista —el de la priorización de la consecución de un acuerdo que solucione el conflicto— se trata de un modelo de mediación que estaría situado en el lado opuesto al modelo de Harvard.

1.3.- MODELO CIRCULAR NARRATIVO.

Este modelo, elaborado por Sara Cobb, puede entenderse como un híbrido entre el modelo tradicional directivo de la Escuela de Harvard y la mediación transformativa de Bush y Folguer, «procede de diversas áreas de las ciencias sociales, como la Teoría de la Comunicación Humana (Bateson y Watzlawick), la Terapia Familiar Sistémica, la Teoría General de los Sistemas y el Constructivismo Social (Kenneth Gergen)»³⁸⁷.

Este modelo, que aparece como muy cercano a los procesos terapéuticos, se apoya en las teorías post-estructurales de la narrativa y trata de cambiar la historia que cada parte ha elaborado, que la mantiene prisionera de sus posiciones, con el objeto de introducir flexibilidad, mejorar las relaciones, y conseguir acuerdos que pongan fin al conflicto en la medida de lo posible, aunque éste ese no sea su objetivo primero.

Para ello se fundamenta, como señala MUNUERA LÓPEZ³⁸⁸, en los siguientes componentes teóricos:

- 1º La llamada psicología del «yo». El mediador trata de liberar las propias capacidades —afectivas, de conocimiento y acción— de las personas, para

³⁸⁶ BUSH, R, y POPE, S., *op. cit.*, p. 21.

³⁸⁷ CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014, *op. cit.* p. 43.

³⁸⁸ MUNUERA GOMEZ, P. «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *Portularia*, Vol. VII, nº1-2. 2007, pp. 86-87.

que sean capaces de reducir sus temores o su ansiedad, y de sentirse esperanzados y motivados para cambiar, implicándose mejor en la resolución del conflicto, en lugar de recurrir a mecanismos autodefensivos que no funcionan.

- 2° La «Pragmática de la Comunicación Humana, en la Teoría General de Sistemas y en Conceptos Cibernéticos». Las personas no están aisladas, sino que están como insertas en un sistema, en el que son interdependientes, lo que pone en relación con los procesos de comunicación, de cambio, roles, etc.
- 3° La «causalidad-circularidad» de las pautas de interacción familiar, aunque es aplicable a todo tipo de conflictos. En el concepto clásico la causalidad es lineal (causa-efecto), pero esto tiene poco sentido en las relaciones humanas en las que la causalidad es un proceso circular, no tiene principio ni fin, y por eso no hay que retroceder en la sucesión de hechos para poder entenderlos.
- 4° La construcción de historias «que contienen argumentos organizados en secuencias temporales y/o lógicas, que funcionan a veces como simples o puras descripciones o como interpretaciones de hechos y/o comportamientos, que ocurren en determinados escenarios o contextos, con personajes que cumplen roles, siendo estos roles la razón de determinados comportamientos, que a su vez sirven impulsivamente para consolidar el rol que se desempeña basado en valores»³⁸⁹. Cuanto más estables son esas historias más encerradas quedan las personas y más difícil resolver los conflictos implicados.

El papel del mediador, según los partidarios de este método, consiste facilitar un vínculo relacional confortable y claro, obtener de las partes las versiones «oficiales» de la historia, y cuestionar el carácter objetivo de esas versiones, mediante la construcción de nuevas narrativas que desestabilizan las historias construidas por las personas que tienen un conflicto, unas historias que las mantienen prisioneras y no les permiten crecer, para que así puedan afrontar el conflicto desde una nueva perspectiva en la que ellos, y no la historia construida, sean los protagonistas, conduciéndoles a mejorar la relación y la comunicación, facilitando así la consecución de un acuerdo.

³⁸⁹ MUNUERA GÓMEZ, P. «El modelo circular...» *op. cit.* p. 87.

Se trata de un método que, en relación con el modelo tradicional directivo de la escuela de Harvard, en lugar de diferenciar las personas del problema se propone reformular los roles e intenciones; frente a la distinción entre intereses y posiciones, y la especial incidencia en los primeros, propone reconstruir la lógica de la posición; frente a la propuesta de inventar opciones para beneficio mutuo, propone construir y planificar escenarios; frente a la necesidad de recurrir a criterios objetivos, propone desarrollar la historia para interpretar el acuerdo (meta-historia); y, frente al papel del mediador que consiste en conseguir acuerdos, la función del mediador para la escuela circular narrativa es destruir las historias, introducir el caos para así flexibilizar las posiciones de las partes.

A cuál de estos modelos responde la mediación en España o, para ser más precisos, la regulación que ha hecho nuestro legislador de la mediación, es la pregunta que a continuación nos podemos formular.

Ello implica el examen previo de la regulación existente sobre dicha institución, para así llegar a algunas conclusiones sobre qué modelo de mediación se ha querido implantar, si es que es que se ha deseado seguir alguno de ellos, y por qué, así como, en su caso, si ese modelo es pacíficamente aceptado o, por el contrario, coexiste con tendencias que tratan de dotar de un contenido más amplio a la mediación que la consecución de acuerdos que terminen con los conflictos, o que desbordan el concepto tradicional de mediación avanzando hacia otras figuras³⁹⁰, de difícil encaje en ese concepto, al menos en los términos en los que aparece configurada en la Ley 5/2012 de Mediación Civil y Mercantil³⁹¹.

³⁹⁰ Piénsese, por ejemplo en el papel asignado al llamado «mediador concursal», al que se refiere la Ley 22/2003, de 9 de julio de Concurso de Acreedores, tras la modificación realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, que terminará siendo el administrador del concurso si fracasa el proceso de acuerdo extrajudicial de pagos; o piénsese en el papel asignado al mediador en la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social de la Generalitat de Cataluña, en la que se prevé, entre otras cosas, que el mediador debe hacer un análisis de la situación económica del deudor, proponer un plan de reestructuración de la deuda, y un plan de saneamiento.

³⁹¹ En este sentido GÓMEZ AMIGO se refiere al papel preponderante que tiene un negociador especialmente cualificado, al que se denomina mediador concursal, en el procedimiento extrajudicial de pagos de la Ley Concursal, cuyas funciones no parecen compatibles con los principios con los que la Ley de Mediación caracteriza la actuación del mediador, como son la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, además de que la voluntariedad no tiene el mismo alcance, ni para el deudor ni para los acreedores, al verse comprometida por las consecuencias de un acuerdo o su inexistencia y el subsiguiente concurso consecutivo. GÓMEZ AMIGO, L., «El procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos» en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34 (2014), Iustel, Madrid, 2014.

2.- LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.

Hay autores³⁹² que señalan que como antecedentes remotos de la institución de la mediación pueden mencionarse algunos tribunales populares de España, como la Junta de parientes en Aragón, para la resolución de conflictos en el ámbito de Derecho de Familia, o como el Tribunal vecinal de las Aguas de Valencia, que es una institución encargada de dirimir los conflictos derivados del uso y aprovechamiento del agua de riego entre los agricultores de determinadas comunidades de regantes. Y en el mismo sentido se puede añadir el Consejo de Hombres Buenos encargado de dirimir esos mismos conflictos sobre el agua en la Huerta de Murcia, que, de origen islámico y con más de diez siglos de antigüedad, es un tribunal consuetudinario y tradicional³⁹³ para los asuntos de riego en la Huerta de Murcia, donde se imparte un tipo de justicia basado en la costumbre, caracterizándose sus sentencias por la oralidad, rapidez —inmediatamente después de haber oído a las partes y examinadas las pruebas—, y equidad, adoptándose por mayoría de votos, siendo sus sentencias inapelables, y estando obligadas todas las personas y entidades públicas y privadas a prestar la colaboración requerida por este tribunal consuetudinario, así como a respetar y cumplir sus resoluciones, en los mismos términos que lo dispuesto para los jueces y tribunales por el artículo 17 LOPJ.

Caracterizada la mediación, esencialmente, como un proceso autocompositivo de resolución de conflictos en el que el tercero —el mediador— carece de facultad alguna para resolver, y hasta para proponer algún tipo de solución al conflicto, aunque esta sea una afirmación discutible y discutida, sobre la que habrá que abundar³⁹⁴, difícilmente se

³⁹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. «La mediación familiar y la vertebración territorial de España», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2013. Artículo BIB 2013/901, 2013.

³⁹³ Así está reconocido por el número 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducido por la LO 13/1999, de 14 de mayo (BOE 15 mayo), de modificación de los artículos 19 y 240 LOPJ, como ya venía reconocido en el número 3 del mismo precepto para el Tribunal de Aguas de la Vega Valenciana.

³⁹⁴ En el ámbito anglosajón se habla de *evaluative mediation*, para distinguirla de la *facilitative mediation*, en la que el mediador conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni ofrecer propuestas de solución, en nuestro Derecho, tanto en la legislación estatal como en la autonómica, podemos asegurar que se configura en general según el segundo de los modelos señalados, con la sola excepción de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia (LG 201/2006), que en su Exposición de Motivos acepta expresamente la posibilidad de que el

puede coincidir con esa opinión, aun cuando se etiquete de antecedente remoto. Y es difícil coincidir desde el momento en que estos tribunales populares, reconocidos en la LOPJ como tribunales consuetudinarios y tradicionales, son eso, tribunales, aunque sean populares, y su función en todos los casos consiste en dictar una resolución, después de oír a las partes, que será ejecutiva de distinta forma según el tribunal de que se trate, pero que todos deben acatar y cumplir como las sentencias judiciales, por lo que en realidad estamos ante un proceso heterocompositivo de resolución de conflictos, en cuanto que es ese tercero, el tribunal tradicional, el encargado de resolverlo mediante una resolución.

Lo cierto es que en España no ha existido tradicionalmente ni una regulación de la mediación, ni órganos mediadores de alguna forma institucionalizados u organizados, pero, como señala el informe de 13 de mayo de 2010 del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil, la inexistencia en nuestro ordenamiento de un tratamiento sistemático de la mediación como procedimiento general de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, que contrasta con la pronta regulación del arbitraje, ya en el Código Civil, no implica que se trate de algo absolutamente novedoso y desconocido. La carencia de tratamiento legal no significa que la mediación no se haya utilizado, de hecho, como un método para alcanzar la resolución de controversias sobre las bases a las que nos hemos referido como una característica esencial de los sistemas ADR, fundamentalmente en el derecho anglosajón, esto es, la voluntariedad y la flexibilidad para acogerse al procedimiento, y para articularlo, diseñando la forma de llevarlo a efecto y el modo y alcance de la intervención del mediador, y los efectos del acuerdo, pero sin que los acuerdos adoptados, afirma el informe del CGPJ, pudieran beneficiarse de la nota de ejecutividad que le otorga su reconocimiento expreso por Ley.

Se trata ésta de una afirmación que hay que matizar, porque es cierto que la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, modifica en su DF 3ª la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y su apartado 15 modifica la redacción del artículo 517 LEC en cuyo nº2 señalaba que «Solo tendrán ejecución los siguientes títulos: 2. Los laudos o resoluciones arbitrales», que pasa a tener la siguiente redacción: «2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles».

mediador realice propuestas, aunque a ellos nos referiremos posteriormente con mayor amplitud, al delimitar el concepto de mediación frente a conceptos afines.

El laudo es un documento escrito expedido y firmado por los árbitros (artículo 37 Ley de Arbitraje), que puede ser protocolizado a instancia de cualquiera de las partes, sin que, como ya hemos visto, esa protocolización sea un requisito formal necesario para su ejecutividad, lo que justifica que se mencione expresamente como título ejecutivo en el artículo 517.2.2º LEC para otorgarle dichos efectos.

Pero eso no ocurre en el caso del acuerdo de mediación, a que se refiere ahora expresamente el artículo 517.2.2º LEC, porque para que tenga efectos ejecutivos se precisa que haya sido elevado a escritura pública, y ocurre que las leyes de enjuiciamiento civil siempre han recogido como título ejecutivo la escritura pública. Así lo hacía el artículo 1.429.1º de la LEC 1881, que otorgaba la condición de título que lleva aparejada la ejecución a la escritura pública, con tal que fuera primera copia, o, si era segunda, que estuviera dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien debiera perjudicar o de su causante; y así lo hace el artículo 517.2.4º de la vigente LEC desde la primera de sus redacciones hasta hoy, al aparejar la ejecución a «Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».

Resulta, por tanto, matizable la afirmación del CGPJ de que hasta la regulación legal de la mediación el acuerdo salido de la misma carecía de ejecutividad, por no recogerse expresamente tal efecto en la LEC, porque sí la tenía si las partes así lo querían:

- Dado que, como ya hemos señalado, la mediación se trataba de un procedimiento convenido íntegramente por las partes, cómo dotar de efectividad al acuerdo alcanzado y sus efectos siempre podía ser parte de este.

Como sabe cualquier profesional que interviene en un proceso de negociación, una de las preocupaciones principales de las partes en ese proceso siempre ha sido y es el aseguramiento del cumplimiento de lo acordado, por lo que podían convenir para asegurar esa efectividad, y eso era y es lo normal al término de una negociación, asistida o no, elevar a escritura pública los citados acuerdos, teniendo la primera copia de la escritura en que se protocolizaran los efectos ejecutivos previstos por la LEC.

- Además, las partes podían convenir y conseguir otros efectos de carácter o con consecuencias procesales, como la interrupción de la prescripción, el

deber de confidencialidad del mediador —caso de existir— ante cualquier actuación o proceso posterior, o la posibilidad de que los costes de la mediación pudieran computarse, si no como costas procesales, puesto que este es un concepto legal procesal e indisponible, sí como una indemnización en caso de existir un proceso posterior por el incumplimiento de lo acordado.

No obstante sí que es verdad que hay unas diferencias entre la ejecutabilidad de una escritura pública notarial fruto de un contrato de transacción, que estaría contemplada dentro del artículo 517.2.4º LEC, y esa misma escritura pública notarial cuando se realiza «de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», a que se refiere el artículo 517.2.2º LEC, como ya apuntamos al tratar sobre el contrato de transacción como fruto del proceso de negociación, y son:

- 1º Que no son ejecutables las obligaciones no pecuniarias contenidas en un título extrajudicial, puesto que el artículo 520 LEC limita la ejecutabilidad de los títulos previstos en los números 4º a 7º del artículo 517.2 LEC, a cantidad determinada que exceda de 300 €, Quedan fuera de esa limitación, y pueden referirse a cualquier objeto, derecho o pretensión (dar, hacer o no hacer), las sentencias firmes, los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso.
- 2º El artículo 557 LEC recoge respecto a los títulos, «no judiciales ni arbitrales», entre los que habría que excluir el acuerdo de mediación elevado a escritura pública conforme a la LMC, un elenco de causas de oposición bastante más amplio y generoso que el recogido en el artículo 556 LEC para las ejecuciones de resoluciones procesales, arbitrales, o acuerdos procedentes de mediación.

Tras constatar que la mediación no deja de ser más que un proceso de negociación asistido por un tercero cuyo papel es el de facilitar la comunicación y remover los obstáculos, de información, emocionales, etc. que impiden a las partes desarrollarlo por sí mismos, y como ya anticipábamos al tratar del contrato de transacción en el proceso de negociación, se sigue sin poder entender —al menos de momento— qué aporta al acuerdo la intervención de un mediador para que el legislador haya querido otorgarle distinto grado de ejecutabilidad a una escritura pública otorgada con o sin su intervención.

2.1.- LEYES DE MEDIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

2.1.1.- Título competencial.

La Constitución Española no hace referencia alguna a la figura de la mediación 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 entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

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»³⁹⁵ —reglas 6ª y 8ª 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 filiación³⁹⁶, no solo no aparece en dicho listado de competencias exclusivas reservadas por el artículo 149 CE

³⁹⁵ 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 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».

³⁹⁶ En este sentido, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación en la Comunidad de Madrid (LCM 2007/93), 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 en el siguiente párrafo 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».

para el Estado, sino que el artículo 39.1 CE, la consagra, dentro de los principios rectores de la política social y económica, como una obligación que corresponde a todos los poderes públicos³⁹⁷, 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 ya existe una segunda ley de mediación que ha venido a sustituir a leyes anteriores, y en ocasiones ha rebasado el marco de sus competencias.

Así, pueden citarse, por orden cronológico, las siguientes leyes autonómicas reguladoras de la mediación: la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio que ahora se refiere, más ampliamente, al ámbito privado; la Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia; la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, derogada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunidad Valenciana, que extiende su ámbito a toda materia de libre disposición o sobre las que la ley autorice alcanzar acuerdos; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias; la Ley 4/2005, de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación en la Comunidad de Madrid; la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias; la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco³⁹⁸; la Ley 1/2009, de 27 de febrero,

³⁹⁷ 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 presente 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».

³⁹⁸ En el País Vasco, dando un paso más para impulsar la mediación en el ámbito de las relaciones familiares, hay que mencionar la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en cuyo Capítulo III, titulado «De la mediación familiar» se quiere poner de manifiesto, como dice el Preámbulo de la Ley, la importancia de la mediación familiar como instrumento clave para reducir la litigiosidad en esta materia, y reconducir las relaciones familiares en caso

reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, que ha derogado a la anterior 1/2001 de 15 de marzo, que se circunscribía al ámbito familiar; la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de normas reguladoras de la mediación familiar en las Islas Baleares, que derogó a la anterior Ley 18/2006, de 22 de noviembre; la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; y la última, que es la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

No referida específicamente a la mediación, pero acogiendo una singular especie de mediador y de proceso de mediación, si es que es posible denominarlos así, la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social de la Generalitat de Cataluña, recoge una fase de mediación para las personas en situación de sobreendeudamiento, que implica una modificación sustancial de los parámetros al uso de la mediación³⁹⁹.

2.1.2.- Relación con la Administración de Justicia.

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 vinculaciones con la Administración de Justicia, que no se olvidan en algunos de estos textos.

Así, por ejemplo, cabe destacar a este respecto la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias que, pese al título competencial en virtud el cual promulga

de ruptura, disponiendo en el apartado del artículo 6 el carácter obligatorio de la asistencia a una sesión informativa de mediación intrajudicial, al disponer que «2. Una vez iniciado el proceso, el juez, a iniciativa propia o a petición de una de las partes, y a los efectos de facilitar un acuerdo entre estas, podrá derivarlas con carácter obligatorio a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador o mediadora su decisión de continuar o no el proceso de mediación».

³⁹⁹ Nota: En relación con la regulación de la mediación en Cataluña en materia de protección de los consumidores en otra materia, como es la de créditos y préstamos financiero, la reciente Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional número 54/2108, de 24 de mayo, declaró la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley de Cataluña 20/2014, que añadió un nuevo artículo 132-4 al Código de consumo de Cataluña, cuyo apartado tercero vulneraba las competencias estatales al convertir la mediación, siempre voluntaria, según el artículo 6.1 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en presupuesto procesal para la interposición de una demanda judicial, lo que entraba en el ámbito de la legislación procesal que es competencia exclusiva del Estado.

la ley, declara en su Preámbulo que «Finalmente, se ha optado por vincular esta institución al departamento que en esta Comunidad Autónoma tenga en cada momento las 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 mucho más si se tiene en cuenta que los acuerdos que se obtengan han de ser ejecutados, en su caso, por los tribunales competentes».

Y, en el mismo sentido, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuyo artículo 15 señala que «La Comunidad Autónoma de Cantabria 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», sin perjuicio de que esté también prevista su actuación coordinada con las áreas de gobiernos con competencia en materia de «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario, incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de género, así como de protección y tutela de menores».

Íntimamente vinculadas aparecen también en la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias, cuando señala en su Preámbulo que «El fundamento de la competencia del Principado de Asturias para la aprobación de la presente Ley se encuentra en el artículo 10.1.24 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las materias de asistencia y bienestar social», y, señala a continuación —habiéndose producido ya la modificación del artículo 770 LEC por Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo una regla 7ª en el precepto por el que las partes, de común acuerdo, podían solicitar la suspensión del proceso conforme al artículo 19.4 LEC para someterse a mediación—, que «4. Debe entenderse que la mediación familiar supone un procedimiento de solución de conflictos que presenta numerosas ventajas para el ciudadano por su sencillez, su rapidez y el ahorro de costes que supone en relación con los procesos judiciales tradicionales. Desde esta misma perspectiva, la mediación familiar también presenta 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. Ahora bien, la presente Ley no incluye ninguna disposición de carácter civil o procesal, materias sobre las que el Principado de Asturias carece de competencias».

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, se rigen por lo establecido por la normativa estatal.

E íntimamente vinculadas aparecen también, mediación y Administración de Justicia, en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón, que se hace eco de que su vigente Estatuto de Autonomía atribuye la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en lo relativo a los medios personales y materiales de la Administración de Justicia, al haberse hecho efectiva la transferencia en Administración de Justicia desde la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón mediante RD 1702/2007, de 14 de diciembre, localizándose orgánicamente en el Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior. 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 se 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, disponiendo que se sustanciarán por los trámites 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 la mediación intrajudicial como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por Juzgados y Tribunales».

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, aunque lo configura como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia, también hace referencia a las dificultades de la Administración de Justicia para hacer frente a estos conflictos, al señalar en su Preámbulo que «Los conflictos familiares, además, son difícilmente resolubles, con la eficacia y la rapidez necesarias, por parte de los órganos judiciales, generalmente sobrecargados de trabajo, carentes de una formación especializada en las disputas de familia y privados, salvo ciertos Juzgados de grandes ciudades, de los imprescindibles apoyos procedentes de otras profesiones (psicología, trabajo social...)».

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.

Así ocurre con Canarias, cuya Ley 15/2003 de Mediación Familiar es posterior a los RRDD 2462 y 2463/1996, de 2 de diciembre, sobre traspasos de funciones de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia (BO. 20-12-96), complementado por RD 1191/2006, de 13 de octubre, sobre modificación de medios patrimoniales adscritos a las funciones traspasadas a la Comunidad Autónoma de Canarias; también con Cantabria, cuya Ley 1/2011 de Mediación es posterior al RD 817/2007 de 22 de junio, por el que se traspasan las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia (BOE 27-06-07), con efectos desde el 1 de enero de 2008, complementado con el RD 1919/2008 de 21 de noviembre, sobre modificación y ampliación de medios personales y económicos traspasados a la Comunidad, y el RD 1163/2010 de 17 de septiembre, sobre ampliación de bienes patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria; también con Asturias, cuya Ley 3/2007 de Mediación familiar es posterior al RD 966/2006, de 1 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia (BOE 05-09-06), con efectos desde el 1 de octubre de 2006, complementado con el RD 2003/2008, de 5 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de las funciones y servicios de la Administración General del Estado en materia de provisión de medios personales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia; y así ocurre también con Aragón, cuya Ley 9/2011 de mediación familiar es posterior al RD 1702/2007, de 14 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia (BOE 31-12-07), con efectos desde 1 de enero de 2008, complementado con RD 254/2010, de 5 de marzo, de ampliación de esos medios personales, patrimoniales y económicos adscritos a los servicios de la Administración de

Justicia.

No es de extrañar por tanto que las leyes de mediación comunidades autónomas con competencias transferidas, —por las mismas razones ya apuntadas respecto a 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.

2.1.3.- Carácter expansivo de algunas leyes autonómicas.

Junto con la vinculaciones con la Administración de Justicia, como consecuencia de la asunción de competencias en esta materia por las comunidades autónomas, y vinculado con ella en muchos casos, se ha venido produciendo otro fenómeno notorio, que hay que destacar, 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 al marco propio del título competencial —la competencia exclusiva en servicios sociales— al que antes nos hemos referido.

Así, si la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco ya incluía dentro del ámbito familiar —artículo 5— los conflictos por causa de herencias o sucesiones o derivados de negocios familiares, la Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado se refiere en su artículo 2 —«Objeto de la mediación»— no solo a la mediación familiar recogida de la forma más amplia posible, con una cláusula de cierre omnicomprendiva —letra r del número 1— que se refiere a «Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente», sino a la mediación civil, que, conforme al número 2 del citado artículo, 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», y se refiere particularmente «entre 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.

En el mismo sentido, la Comunidad Autónoma de Cantabria regula la mediación en la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación, 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».

En el mismo sentido, la reciente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunidad Valenciana, señala en su artículo 3 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».

2.1.4.- Concepto de mediación en la legislación autonómica.

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 objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio, generando un marco que facilite la comunicación y poniendo en su manos las técnicas y la información necesaria para alcanzar esos acuerdos, justos, duraderos y estables, y así evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados, o reducir su alcance⁴⁰⁰, todo ello bajo los principios de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad⁴⁰¹.

Hay excepciones a esa configuración general, y así la Ley 4/2001, de 31 de mayo, 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, «esta institución participa, en realidad, de las características técnicas de la mediación y la conciliación»⁴⁰². Y en el mismo sentido se manifestaba la derogada Ley 18/2006, de 22 de noviembre de mediación familiar en las Islas Baleares, en cuyo artículo 2, sobre principios rectores, afirmaba: «c) Neutralidad: la persona mediadora debe ayudar a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en su toma de decisiones, aunque puede ofrecerles propuestas de solución», habiendo sido eliminada esta posibilidad en el mismo precepto de la vigente Ley 14/2010, de 9 de

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ 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.

⁴⁰² Ambas instituciones. mediación y conciliación, efectivamente 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* núm. 34/2014, Aranzadi, 2014.

diciembre.

En sentido completamente contrario, sin embargo, se manifiesta explícitamente el artículo 8 de la Ley 1/2008 de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco, al prescribir en relación con el deber de neutralidad que «f...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. Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación».

Sobre este tema, que no es ni pacífico ni baladí, porque puede afectar a uno de los principios básicos de la mediación como es la neutralidad, volveremos con posterioridad con más profundidad, cuando tratemos de delimitar la mediación de algunas instituciones afines, y en particular respecto de la conciliación.

2.1.5.- Evolución del mediador en la legislación autonómica

Nos hemos referido a la mediación como un proceso que aparece caracterizado por la intervención de una tercera persona imparcial y experta que todos coinciden en señalar como el eje central de la mediación, el mediador, al que nos referiremos más tarde con más amplitud, pero respecto a las condiciones que debe reunir esa tercera persona imparcial para ser considerada como tal experto, merece la pena destacar la evolución que se ha ido produciendo en las leyes autonómicas con el paso del tiempo, así:

- El artículo 7 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, exigía que fuera abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo, colegiado en el colegio profesional respectivo.
- El artículo 2 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar en Galicia, requiere que sea un profesional especializado, que según el artículo 5 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-socio-familiares.

- El artículo 7 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, establecía que «El profesional de la mediación familiar, salvo que por normativa legal se establezca la titulación específica que habilite para desempeñar tal actividad, deberá tener formación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, sin perjuicio de que deban acreditar, para poder inscribirse en el Registro de Personas Mediadoras Familiares, el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o master. No obstante lo anterior, podrán ejercer la mediación otros licenciados universitarios superiores, siempre que acrediten previamente el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado, mínima de especialista».

- El artículo 5 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias, exige «titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, en su caso. Además, deberá acreditar una formación específica en mediación familiar con los requisitos que reglamentariamente se establezcan, así como estar inscrito en el Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias».

- En parecidos términos el artículo 6 de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de mediación familiar en Castilla La Mancha, requiere licenciatura en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o diplomatura en Trabajo a Educación Social.

- El artículo 8 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla León, recoge el mismo listado que la anterior, y le añade cualquier otra Licenciatura o Diplomatura o titulaciones equivalentes de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario.

- En los mismos términos que la anterior se expresa el artículo 13 de la ley 1/2009, de 27 de febrero, de Mediación familiar en Andalucía.

- El artículo 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 artículo 9 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco, requiere «titulación universitaria o título de grado en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o la titulación que en el desarrollo reglamentario de esta ley por el Gobierno Vasco se equipare a ellas por el contenido de su formación, será imprescindible demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar».

- Particularmente incide en dicha cualificación específica, a que se refiere la ley anterior, la Ley 15/2009 de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña, que, en su Preámbulo, afirma que «el eje central del sistema de mediación va unido a la preparación técnica de la persona mediadora», por lo que afirma que es preciso potenciar la especialización, junto a los principios básicos del sistema, razón por la que en su artículo 3 incide en la formación específica en mediación al señalar que «Puede ejercer como mediador o mediadora, a los efectos de la presente Ley, la persona física que tiene un título universitario oficial y que acredita una formación y una capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente. Esta persona debe estar colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración».

En el mismo sentido se pronuncia la vigente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunidad Valenciana, cuando establece en su artículo 20, como requisito para inscribirse como mediador en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunidad Valenciana, «a) Estar en posesión de título universitario oficial o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer

la mediación que reglamentariamente se determine».

- Y en dicha formación especializada en mediación también incide la Ley 1/2011, de 28 de marzo de mediación en la Comunidad de Cantabria, al requerir en su artículo 25, junto a la titulación universitaria, que «3. Además, será preciso acreditar la superación de un curso teórico-práctico de experto, máster o postgrado en mediación cuyo contenido y duración se determinarán reglamentariamente, en el que necesariamente se incluirá la formación jurídica necesaria para poder informar a las partes sobre la legalidad del acuerdo alcanzado en cada caso, así como módulos diferenciados jurídicos, psicológicos y de detección de violencia de género».

El examen de este proceso legislador nos permite comprobar la evolución de la exigencias para tener esa condición de «experto» que va recogiendo la normativa autonómica con el transcurso del tiempo; cómo, progresivamente, se van ampliando las titulaciones universitarias que son exigidas para poder actuar como mediador, o a sensu contrario disminuyendo o diluyendo la exigencia de una determinada formación universitaria específica, y cómo, simultáneamente, va aumentando progresivamente la importancia y la exigencia de una preparación técnica específica y continuada en mediación. Se trata de algo que es razonable —y me refiero tan solo a la segunda parte de este proceso, no a la primera, una cuestión que habrá que tratar con más profundidad— porque, como afirma la ley catalana, y afirmó también después el proyecto de ley de mediación civil y mercantil de 2011, y la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil, el mediador es la pieza central de todo el procedimiento, el eje en torno al cual se construye todo el sistema, y del que depende en buena medida su éxito.

2.2.- LA DIRECTIVA 2008/52/CE, DE 21 DE MAYO, QUE REGULA CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

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 1999⁴⁰³, 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:

- 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 de para la creación y consolidación de un espacio de libertad seguridad y justicia en la Unión Europea, como vía para la integración de los Estados y garantía de las libertades.
- Al tiempo, como parte de la configuración de ese espacio europeo de justicia, y por lo que al objeto de este estudio interesa, instar a todos los Estados miembros a la instauración procedimientos alternativos de carácter extrajudicial para la solución de conflictos civiles y mercantiles.

2.2.1.- Antecedentes de la Directiva.

No obstante, y con carácter previo a esta 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 iniciativas comunitarias sectoriales⁴⁰⁴, especialmente en el ámbito de 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

⁴⁰³ Accesible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (Acceso: 30/04/2017).

⁴⁰⁴ 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*, coordinado por VELARDE ARAMAYO, M.ª Silvia, Salamanca, Ratio Legis, 2006, pp. 79-83.

comunicación de la Comisión de 28 de junio de 2000, sobre la implantación de los ADR para la modernización del espacio social europeo.

Pero, pese a ser ajenas en principio al ámbito civil y mercantil, son iniciativas que recogen ya en buena medida la necesidad sentida por el legislador europeo de implantar y fomentar medidas y/o procedimientos para la resolución de conflictos, que sean alternativos, o sería más correcto decir complementarios, a la vía judicial.

Basta hacer un listado de las normas emanadas de la Unión Europea y del Consejo de Europa para apercibirse del interés por implantar estos sistemas de resolución:

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Recomendación R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros, que refuerza el recurso a la mediación familiar.

- Recomendación R (99)19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que tiene como objetivo la mediación penal y su desarrollo.
- 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.
- Recomendación R (2002) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que refuerza la mediación en materia civil.
- 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.
- 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)]
- 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)].
- 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.
- 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.

De entre las normas citadas nos referiremos a continuación, un poco más ampliamente, a las Recomendaciones R (86) 12 y R (98) 1, por su importancia como antecedentes de la Directiva 2008/52/CE, y también al Libro Verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

2.2.1.1- La Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros.

El origen de la andadura que se va a iniciar para fomentar el recurso a los ADR como sistemas alternativos a la vía judicial, y de buena parte de la argumentación que, en 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 la misma, 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 1986⁴⁰⁵, con el clarificador título, que no deja lugar a dudas sobre su objeto, «*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 se considera que puede interferir con el derecho a una audiencia dentro de un plazo razonable, tal y como prevé el artículo 6.1 de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, y teniendo en cuenta además 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:

- Promover, cuando sea apropiada, la solución amistosa de los conflictos, ya sea fuera del sistema judicial, o antes o durante el proceso judicial, promoviendo con los incentivos apropiados la conciliación, antes de que se inicie el procedimiento judicial, así como encomendar al juez la tarea de buscar una solución amistosa a las disputas en cualquier fase del procedimiento, así como promover como un deber ético de los abogados la búsqueda de la conciliación antes que recurrir a los procedimientos judiciales.

- 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.

⁴⁰⁵ Disponible en la web del Consejo de Europa: <http://www.coe.int/en/web/portal/home> (fecha de acceso: 30/04/ 2017).

- Adoptar medidas, por los medios adecuados y en los casos apropiados, para hacer más accesible y eficaz el arbitraje, como un medio de resolución alternativo a los procedimientos 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 jueces⁴⁰⁶, se alude a la necesidad de promover, en los casos adecuados, sistemas alternativos para la resolución

⁴⁰⁶ Ejemplo del —hay que decir— tardío desarrollo de este proceso en España es la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que obliga a la desjudicialización del Registro Civil, que aún no se ha llevado a efecto pese a que era intención del Gobierno hacerlo para julio de 2015, como consecuencia del debate suscitado por la intención de encomendar su llevanza a los Registradores de la Propiedad, señalando la Ley en su Preámbulo que «la modernización del Registro Civil también hace pertinente que su llevanza sea asumida por funcionarios públicos distintos de aquellos que integran el poder judicial del Estado, cuyo cometido constitucional es juzgar y ejecutar lo juzgado. En efecto, la aplicación al Registro Civil de técnicas organizativas y de gestión de naturaleza administrativa permitirá una mayor uniformidad de criterios y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos expedientes, sin merma alguna del derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial. Esta Ley deslinda con claridad las tradicionales funciones gubernativas y judiciales que por inercia histórica todavía aparecen entremezcladas en el sistema de la Ley de 1957, y aproxima nuestro modelo de Registro Civil al existente en otros países de nuestro entorno, en los que también se ha optado por un órgano o entidad de naturaleza administrativa con el fin de prestar un servicio público de mayor calidad, sin perjuicio de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos». En el mismo sentido la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria es un buen exponente de este proceso —respondiendo en buena medida al apéndice de materias recogido en la R (86) 12 del Consejo— señalando en su Preámbulo que la ley, «conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria 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. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados».

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 mediación.

Así lo considera explícitamente la Ley 3/2007 de Mediación Familiar de Asturias cuando en su Preámbulo, tras señalar que la mediación familiar aparece como uno de los procedimientos alternativos a la vía judicial de solución de conflictos, 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».

2.2.1.2.- 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 el 21 de enero de 1998⁴⁰⁷, conocida como la 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 que resultan 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 que se trata de conflictos en un contexto emocional difícil y que implica a personas con relaciones que van a continuar— para hacer notar las consecuencias perjudiciales que de ahí se derivan, no solo para las familias, sino también para los Estados, por el coste social y económico que conllevan, para referirse a la

⁴⁰⁷ Accesible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea.pdf> (fecha de acceso 7 de julio de 2019).

necesidad de desarrollar vías de solución amistosa de los conflictos.

La justificación, con base en las experiencias seguidas en distintos países, es que el recurso a la mediación familiar puede —y aquí, en el punto 7, aparecen por primera vez explícitos los principios justificativos de la implantación de la mediación, como un sistema alternativo al judicial, que después se va a reiterar de una u otra forma por las diferentes leyes reguladoras—, como son: 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 se declara convencido de la necesidad de recurrir más a la mediación familiar, y recomienda a los gobiernos de los Estados miembros, instituir o promover la mediación familiar 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 la promoción y la utilización de la mediación familiar como el medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.

A tales efectos, define la mediación familiar —con un concepto amplio que es de aplicación general— como un proceso en el cual 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 a continuación, por su relevancia en el mismo concepto de lo que sea la mediación y la figura del mediador, los que se refieren a la organización de la mediación por los Estados miembros, al propio proceso de mediación, al estatuto de los acuerdos de mediación, a la relación que haya de existir entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial, y a la promoción y desarrollo de la mediación.

— Organización de la mediación.

Se establece que la mediación no debe, «en principio», ser obligatoria, por lo que se establece un principio de voluntariedad matizado o no esencial, que puede ser obviado por los Estados; y se establece que éstos son libres de organizar y poner en marcha la mediación de la forma que estimen apropiada, bien sea por la vía del sector público o del sector privado, pero cualquiera que

sea esa forma debe garantizarse con los mecanismos adecuados su existencia, 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»; 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 respecto a la vida privada u 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 hay que entender que 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 autores⁴⁰⁸ 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 motivos⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, R., MARTÍN LÓPEZ, J.J.: *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid 2003, p.11.

⁴⁰⁹ Así lo señala, entre otras, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia, cuando señala que «En el contexto internacional, es particularmente relevante en esta materia la Recomendación núm. R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, por la que se realza la eficacia de esta institución...»; 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, cuando se refiere en su Preámbulo a que «Más recientemente, y por lo que a nuestro entorno europeo se refiere, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación de 21 de enero de 1998 (R 98), precisamente en base a los escalofriantes datos aportados por los respectivos estados miembros sobre el índice de separaciones y divorcios y su coste social y económico, recomendó la implantación de dicho instrumento, implantación que se ha venido llevando a cabo de forma sucesiva y sistemática»; la Ley 4/2005, de 24 de mayo, que regula el servicio de mediación familiar en Castilla La Mancha, cuando en su Exposición de Motivos reconoce a esta recomendación R (98) que «pese a su

2.2.1.3.- Otros antecedentes. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

2.2.1.3.1.- Consejo Europeo de Viena, de 11 y 12 de diciembre de 1998

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 justicia⁴¹⁰.

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.

modesto carácter normativo, ha servido para sentar las bases del régimen jurídico de la mediación familiar en el viejo continente»; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla León, cuando señala que «El creciente interés por la mediación familiar tiene su reflejo en Europa en la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ella se insta a los gobiernos de los Estados Miembros, conforme a las experiencias llevadas a cabo por diversos países, a instituir la y promoverla»; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, cuando señala que «En el contexto internacional, el creciente interés por la mediación familiar se manifiesta en la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ella se insta a los estados miembros, conforme a las experiencias llevadas a cabo por diversos países, a instituir la y promoverla, señalando, entre otros beneficios de la mediación familiar, la posibilidad de reducir los conflictos entre las partes en desacuerdo, posibilitar convenios amistosos, mejorar la comunicación entre los miembros de la familia y asegurar el mantenimiento de relaciones personales entre padres e hijos»; la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar de Asturias, cuando tras señalar como antecedente primero a nivel europeo la Recomendación realizada en 1986 por el Consejo de Ministros Europeo (la R (86) 12), se refiere explícitamente a la Recomendación de 1998 como específicamente dirigida a la promoción de la mediación familiar, además de al Consejo Europeo de Tampere de 1999 y la comunicación (COM (2002) 196 de la Comisión, Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos, enmarcando la mediación familiar dentro de ese proceso más amplio de fomento de modalidades alternativas.

⁴¹⁰ Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123%2801%29> (Fecha de acceso: 30/04/2017).

2.2.1.3.2.- Recomendación 98/257/CE, de la Comisión de 30 de marzo de 1998

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 consumo⁴¹¹, 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.

2.2.1.3.3.- Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños.

El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996⁴¹², dispone en su artículo 13 [«Mediación y otros sistemas de resolución de controversias»], 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 determinen⁴¹³».

2.2.1.3.4.- Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001.

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

⁴¹¹ Accesible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31998H0257> (Fecha de acceso: 30/04/2017).

⁴¹² Accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CORT/BOCG/A/BOCG-10-CG-A-241.PDF (Fecha de acceso: 30/04/2017).

⁴¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*. Editorial Reus. Zaragoza, 2006, pp. 265-266.

litigios en materia de consumo⁴¹⁴ 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 onerosa.

Se hace eco esta Recomendación de la Resolución de 25 de mayo de 2000 del Consejo, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, la cual resalta que los órganos extrajudiciales que escapan al ámbito de la Recomendación 98/257/CE desempeñan un papel útil para el consumidor e invita a la Comisión a que desarrolle, en estrecha cooperación con los Estados miembros, criterios comunes para la valoración de los órganos extrajudiciales, que deberán garantizar, entre otras cosas, la calidad, equidad y eficacia de dichos órganos, de forma que puedan ser incluidos en la red a la que se hace referencia en el documento de trabajo de la Comisión sobre la creación de una Red extrajudicial europea.

En su considerando (8), hace referencia al Dictamen sobre la propuesta de Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en la que el Parlamento Europeo aboga por el uso extensivo de la resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, teniendo en cuenta el coste y la demora que conlleva la vía judicial, y en el número (9) señala que los principios establecidos en esta Recomendación no afectan a los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE, que deberán respetarse en cualquier otro procedimiento, independientemente de su denominación, en el que un tercero facilita la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo, por ejemplo, haciendo propuestas informales sobre las opciones de solución.

2.2.1.3.5.- 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

⁴¹⁴ Accesible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001H0310> (Fecha de acceso: 30/04/2017).

resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁴¹⁵.

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 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 calidad⁴¹⁶.

Este Libro Verde, además de 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

⁴¹⁵ Accesible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52002DC0196> (Fecha de acceso: 2/12/2015).

⁴¹⁶ 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».

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 se plantea en el Libro Verde, que también se va a plantear con posterioridad en la regulación de la mediación, es su papel en relación con el derecho de acceso a la justicia, que está amparado tanto por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, como por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴¹⁷, 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 continuación una respuesta muy limitada, como no puede ser de otra manera dado que llegar a un acuerdo depende en definitiva de la voluntad de las partes, y es que «65. Cuando las partes gozan de la libre disposición de sus derechos, en caso de incumplimiento de las obligaciones resultantes de un acuerdo de ADR, las soluciones deben buscarse en la interpretación de la voluntad de las partes y en el recurso al derecho contractual. La respuesta de un tribunal indicando su negativa a participar en un procedimiento alternativo de resolución de litigios previsto en un contrato

⁴¹⁷ 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».

podría sancionarse en tanto que violación de una obligación contractual. Tal denegación podría tener por consecuencia que el juez ante el cual se presenta una demanda referente a la ejecución de otras disposiciones del contrato declarase esta demanda inadmisibile. Del mismo modo, el hecho de no querer participar en el mecanismo alternativo de resolución de litigios podría considerarse como una violación de la obligación de buena fe», que podría tener consecuencias procesales, por ejemplo, en materia de imposición del pago de las costas procesales. Para ello, como ya hemos señalado con anterioridad⁴¹⁸, y solo vamos a recordar brevemente, sería necesario revisar el sistema vigente de vencimiento objetivo, que impone el pago de las costas al margen de la mala o buena fe con la que se recurra a los tribunales, porque en un sistema de costas tasadas, que cuando se revisan solo es a la baja, dicha condena ya está anticipada económicamente, y resulta ser irrelevante al efecto pretendido.

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 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 social,⁴¹⁹ 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».

Se trata de ideas que aparecen ya esbozadas en este Libro Verde, que van a volver a aparecer más tarde en relación con la mediación, una vez comprobado que la institución de la mediación no está funcionando ni tiene la acogida que sus valedores quisieran, y sobre las que tendremos que volver en cuanto afectan al principio de voluntariedad, e

⁴¹⁸ Al tratar sobre la *American Rule* como característica del sistema procesal americano, o al tratar sobre la estructura de incentivos a la actividad negociadora, o recurso a otros sistemas ADR para las partes y para sus abogados. Vid. BENTHAM, J., *op. cit.*, p. 112. PASTOR PRIETO, S., «Eficiencia y medios alternativos» *op. cit.* pp. 49-78. RAMOS ROMEU, F. *op. cit.*, pp. 65-119.

⁴¹⁹ MARTÍN DIZ, F., «Políticas de la Unión Europea...» *op. cit.* pp. 78-79.

incluso al derecho a la tutela judicial efectiva.

2.2.1.3.6.- 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.

Dejando ya aparte el Libro Verde, aunque tendremos ocasión de volver sobre él, cabe mencionar, además, como antecedente de la Directiva 2008/53/CE el «Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea» (Diario Oficial de la Unión Europea C 198/1, 12.8.2005)⁴²⁰, 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.

2.2.1.3.7.- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Y por supuesto hay que señalar también, como antecedente necesario que explicita ese apoyo de la UE a la promoción del recurso a los ADR, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴²¹, cuyo artículo 81.2.g, se refiere expresamente al desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos⁴²², dentro del ámbito de regulación que se refiere a 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.

⁴²⁰ Accesible 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: 2/12/2015).

⁴²¹ Accesible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (Fecha de acceso: 30/04/2017).

⁴²² Se trata de un apartado de ese artículo único, muy significativamente incluido en la parte III del Tratado, que lleva por título «Políticas y acciones internas de la Unión», dentro del Título V, «Espacio de libertad, seguridad y justicia», y Capítulo III, «Cooperación judicial en materia civil».

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 de los justiciables 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 medios⁴²³, 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.

2.2.2.- 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 justicia⁴²⁴, a

⁴²³ 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.

⁴²⁴ Afirma 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, mediante la adopción de estos actos, 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. Cuando yo trabajaba en la Comisión Europea, a menudo tratábamos de entender cuál era el daño a la economía que se derivaba de la subida de los conflictos y su resolución por vía judicial. Tratábamos de imaginar un sistema judicial que funcionara bien, con decisiones precisas y puntuales. Cuando un caso terminaba con una decisión judicial, las relaciones comerciales entre las partes se interrumpían permanentemente y eso causaba, sin ninguna duda, un daño a la economía. Y nadie puede dudar de que las instituciones europeas no solo intentan preservar la paz social, sino, al mismo tiempo, las relaciones y los beneficios económicos entre las partes. Por esta y otras razones, la mediación resulta ser una mejor resolución, más sencilla, rápida y barata, de controversias. 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

cuyo fin es necesario permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que simplifique y mejore el acceso a la justicia. Y señala (considerando 5) que el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios, 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».

La Directiva 2008/52/CE, tiene precisamente como finalidad (artículo 1) facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo a tales efectos el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, sin que en ningún caso exceda su ámbito de aplicación de los litigios transfronterizos en los asuntos civiles y mercantiles, con excepción hecha de los derechos y obligaciones que sean indisponibles para las partes.

La Directiva, partiendo del respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, contempla sin embargo la posibilidad de la mediación obligatoria⁴²⁵, siempre que no afecte a ese derecho, y contempla también la remisión por los tribunales a mediación, el establecimiento de incentivos para el recurso a la

a acudir a la tutela judicial efectiva». BERLINGUER, A., «Hacia un modelo europeo de mediación», *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 5/2013. BIB 2013/1768, 2013, p.4.

⁴²⁵ De hecho, en el artículo 3, letra a, de la Directiva, tras definir la mediación se establece que «Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro», aunque a este punto nos referiremos más ampliamente al tratar del principio de voluntariedad de la mediación.

mediación⁴²⁶, y también de sanciones para desincentivar el recurso a de las partes en conflicto los tribunales⁴²⁷, y así favorecer la elección de la mediación como forma de

⁴²⁶ Un incentivo puede considerarse el recogido en la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, sobre normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, en cuyo Preámbulo ya se señala que debe incentivarse «a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia». A este punto se refiere el Capítulo VI, en el que el artículo 18.3 prevé la posible consideración por la autoridad de la competencia como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial; o la posibilidad (en las condiciones, y con los límites señalador en el artículo 19) de que tras un acuerdo extrajudicial la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se vea reducida en la parte proporcional que el coinfractor con el que participó en el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho a la competencia ocasionó a la parte perjudicada.

⁴²⁷ En España, aunque la legislación acoge formalmente el principio de voluntariedad, se ha elegido la vía indirecta de la penalización del acceso a la vía judicial mediante la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia que, aun cuando declara en su Exposición de Motivos que «pone todo el cuidado en que la regulación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, no afecte al derecho a acceder a la justicia como componente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución, de acuerdo con la jurisprudencia a este respecto del Tribunal Constitucional». Sobre esta cuestión recordaba MAGRO SERVET que no se trata de una medida que haya surgido *ex novo* con la Ley 10/2012, porque el artículo 35 de la Ley 53/2002 ya la contemplo como requisito para acceso a la jurisdicción para las personas jurídicas que no tuvieran la consideración de pequeña entidad, y ya se pronunció el TC a favor de su constitucionalidad (STC 20/2012, de 16 de febrero), pero la cuestión por determinar «si la generalizada extensión de los conceptos que exigen ese pago de la tasa y la cuantía en su doble versión de fija y variable pasará el filtro del TC en cuanto a la observancia de la debida proporcionalidad que debe observarse en su establecimiento» MAGRO SERVET, V. «Las tasas judiciales ...», *op. cit.* pp. 71.

Contra dicha imposición se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad, por posible vulneración precisamente del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE, además de ser contrarios al principio de igualdad ante la Ley (artículo 14 CE) —recursos núm. 1024/2013, (BOE 23 marzo 2013); núm. 4972/2013 (BOE 7 octubre); núm. 4948/2013, (BOE 7 octubre); núm. 7601/2014, (BOE 30 abril); núm. 3667/2015, (BOE 9 octubre); núm. 6987/2015, (BOE 26 enero)...etc.— que en parte quedaron sin objeto como consecuencia de la modificación de la Ley 10/2012 por RDL 1/2015, de 27 de febrero, que declaró exento del pago de la tasa a las personas físicas, siendo resueltos por la STC 140/2016, de 21 de julio en el sentido de, en relación con el artículo 1 señalar que la previsión de una tasa judicial no puede ser catalogada por sí misma de inconstitucional, en relación con el artículo 3, que se refería a su imposición a las personas físicas, declarar la pérdida sobrevenida de objeto, y en relación con el artículo 7, que se refería a las cuantías, declarando su inconstitucionalidad por considerar desproporcionadas las tasas para el acceso a la jurisdicción y a los recursos, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. En el mismo sentido se han ido pronunciando sentencias posteriores, hasta las más recientes SSTC 24/2017, de 16 de febrero, y 35/2017, de 1 de marzo.

resolverlo.

El 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 sociedad⁴²⁸, 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, ejecutabilidad de los acuerdos⁴²⁹— 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 que los mismos sufran ningún menoscabo.

Para ello, desde la mencionada Directiva, se incide en que el mediador es el eje central de la mediación, al definir la mediación como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan

Recordamos en este punto lo ya señalado al tratar sobre la imposición de las tasas judiciales a propósito de la implementación de los ADR en Europa y en España, y las críticas de varios autores, entre otros: ASENSIO MELLADO, J. M., BENTHAM, J (anotado por DE LA OLIVA SANTOS), GIMENO BEVÍA, V., GIMENO SENDRA, V., y LAFUENTE TORRALBA.

⁴²⁸ Sobre su importancia para la economía de un país señala GONZALO QUIROGA 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 responden 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.

⁴²⁹ A tal fin el artículo 6 de la Directiva establece en sus dos primeros apartados que: «1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. 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».

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 calidad de la mediación, y que debe ser accesible al público en general a través de internet⁴³⁰.

A tal fin el artículo 4, sobre la calidad de la mediación, establece, si bien de una forma harto amplia y, probablemente, insuficiente por la necesaria vaguedad por su campo de aplicación, Europa, que: «1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. 2. Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes».

Cabe señalar a este respecto que 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))⁴³¹, siempre dentro de lo que considera un objetivo clave de la Unión Europea, que es asegurar un mejor acceso a la justicia, y partiendo de que ese concepto debe incluir el acceso a «procedimientos adecuados de solución de controversias para particulares y empresas» de forma amistosa, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, reconoce por un lado que el artículo 5, apartado 2 de la Directiva 2005/52/CE permite a los Estados miembros ir más

⁴³⁰ Código de conducta europeo para mediadores. http://ec.europa.eu/civil_justice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (Fecha de acceso: 04/04/2014).

⁴³¹ 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, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//ES> (Fecha de acceso: 06/12/2015).

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 un aspecto obligatorio del procedimiento judicial.

A tales efectos, opina 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»

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 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 en determinados procedimientos, para poder acudir a los tribunales, al modo de la desaparecida conciliación previa obligatoria en el ámbito procesal civil, 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 reales⁴³² 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»⁴³³.

Los «partisanos» de la mediación hacen un flaco favor a su causa cuando la proponen como la solución a los problemas de la humanidad, sin consideración a las limitaciones propias del sistema y sin distinguir entre unos casos de otros, y tratan de impulsar su imposición como requisito de acceso al proceso judicial,⁴³⁴ en la elevada confianza de que terminará por contribuir a esa solución, o bien en la más prosaica de rentabilizar, crematísticamente hablando, lo invertido en la burbuja de la formación para ser mediador⁴³⁵.

⁴³² 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.

⁴³³ En el mismo sentido se pronunció la Comisión Europea, como recuerdan GINEBRA MOLINS, y TARABACH 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, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, a propósito de la ductilidad del concepto de obligatoriedad de la mediación, en relación con la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, que la admite como posible, dejando la elección del modelo a cada Estado, y es que dicho concepto es dúctil «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., TARABACH BOSCH, J., «La ductilidad del principio de voluntariedad en la mediación», en *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi económica in Italia ein Spagna*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, p. 463.

⁴³⁴ El 16 de diciembre de 2014 se admitía a trámite una ILP por la Mesa del Congreso de los Diputados, promovida por la Asociación Española de Mediación, con una proposición de ley para la implantación obligatoria de la mediación civil, mercantil y concursal, de forma que no se pudiera iniciar o continuar ningún procedimiento judicial sin haber iniciado previamente un proceso de mediación. Bien es verdad que la ILP limitaba la obligatoriedad a la sesión inicial informativa, pero también era absurdo pretender nada más. URL (acceso 13/05/2017) <http://www.asedmed.org/iniciativa-popular-promediacion/C3%B3n/>

⁴³⁵ «Miles de mediadores en búsqueda desesperada de clientela», era el titular de un artículo en *diariojuridico.com*, de 18/09/2014 (con palabras clave como mediación, burbuja, lobbys), 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. URL <http://www.diariojuridico.com/miles-de-mediadores-en-busca-desesperada-de-clientela/>

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 de la mediación, que estará relacionada tanto con el modelo de mediación que se escoja, si es que se escoge explícitamente alguno, 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; tampoco, por último, se regulan otros aspectos como son la eficacia de las cláusulas de sometimiento a mediación, ni la posible impugnación de los acuerdos⁴³⁶.

2.3.- LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE MEDIACIÓN.

2.3.1.- 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 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, cuya finalidad es 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 era el cese efectivo de la convivencia conyugal o la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, lo que en muchos casos provocaba un enconamiento y agravación del conflicto.

La reforma da solución a dicha situación, que *de facto* ya venía siendo abordada por muchos juzgados y tribunales admitiendo la pérdida de la *afectio maritalis* como

⁴³⁶ Algunos de estos aspectos se recogen en 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.

causa suficiente para conceder el divorcio, sin necesidad de probar la culpabilidad del otro cónyuge, eliminando la exigencia de la separación previa, que obligaba a un doble proceso judicial, con el consecuente coste, tanto económico como personal, al alargarse la situación de conflicto, aunque se mantenga la posibilidad de separación judicial como figura autónoma, 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 DA 1ª de la Ley, modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y, entre otros, modifica su artículo 770, que regula el procedimiento de separación o divorcio, añadiendo una nueva regla, la 7ª, en la que se establece que «Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, 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 haciendo⁴³⁷ al amparo del mismo artículo 19.4 LEC al que se refiere, 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

⁴³⁷ Como recuerda JIMENEZ 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*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ y S. TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 371-383.

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 mención⁴³⁸.

Por otro lado, en la misma disposición final primera de la Ley, 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...».

Por último, en la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se 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 servicios de mediación creados por las comunidades autónomas. Todavía habría que esperar siete años para que se cumpliera ese mandato (sin establecer un plazo para ello, aunque, a la vista de lo que viene a ser una tradición inveterada de nuestros legisladores,

⁴³⁸ COBAS COBIELLA, M. E., y VALERO LLORCA, J., refieren como pionera, a propósito de la mediación familiar intrajudicial —en este caso en segunda instancia, después de una sentencia dictada en primera instancia—, que es la SAP Valladolid (Sección 1ª), núm. 390/2011, de 27 de diciembre, señalando que «Desde el punto de vista jurídico, es de destacar en primer lugar que la sentencia se adelanta a las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil producidas por la aprobación de la Ley 5/2012. Las partes solicitan la suspensión del procedimiento para someter el asunto a un proceso de mediación basándose en los artículos 19 y 770.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, esta última aunque no se mencione en la resolución. Estas dos normas son el marco jurídico que permite a los magistrados de la Audiencia Provincial suspender el procedimiento para que las partes acudan a Mediación. Sólo el artículo 770.7 mencionaba la palabra mediación, pero el Juzgador utiliza sabiamente el artículo 19 de la misma norma procesal para suspender el procedimiento en segunda instancia por estar las partes en vías de llegar a una solución amistosa. La nueva redacción del artículo 19 —derivada de la aprobación de la Ley 5/2010— ya dispone que cuando la materia sea disponible por las partes podrán someterse a mediación para transigir sobre el objeto del juicio». 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* Núm. 30/2013, Aranzadi, Artículo BIB 2013/524. 2013.

hubiera dado lo mismo que se estableciera) y, para entonces, buena parte de las comunidades autónomas ya habían dictados sus propias leyes regulando al 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; también esa norma (Disposición final tercera) fijó el compromiso futuro de una ley estatal de mediación 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»⁴³⁹.

2.3.2.- 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 (21 de mayo de 2011) para incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, y frente a dicha Directiva que se limitaba a unas normas mínimas para el fomento de la mediación en los litigios transfronterizos, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales un proyecto de ley de mediación con el que el legislador — dando cumplimiento a la DF 3ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio— quiso ir más allá, conformando 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.

El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011⁴⁴⁰, 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

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ 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: 06/12/2015).

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 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 cuyas características fundamentales referimos a continuación.

2.3.2.1.- Ámbito de aplicación del Proyecto de Ley de Mediación de 2011.

Habría que empezar por señalar que este proyecto no limitaba su aplicabilidad a la mediación en los asuntos civiles o mercantiles, como señala su enunciado, y como proclama su artículo 2.1, sino que, en consonancia con la no exclusión expresa, en su artículo 2.2, del ámbito de aplicación de la ley 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 DF 3ª modificaba el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, acogiendo la mediación intra-judicial en este ámbito, permitiendo que en los procedimiento en primera o única instancia el juez, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, pudiera «imponer» a las partes el sometimiento a las normas de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles a los efectos de que llegaran a un acuerdo en materias que, lógicamente, fueran susceptibles de transacción, y en particular en las reclamaciones de cantidad.

A tales efectos modificaba también el artículo 106 de dicha Ley, añadiéndole un nuevo apartado 7, para permitir la ejecución forzosa de dicho acuerdo en los mismos términos previstos para las sentencias firmes, lo que resulta cuanto menos llamativo (aunque no tan grave como estaba previsto para los asuntos civiles y mercantiles) por más que una de las partes intervinientes fuera una Administración Pública, y por más que el auto del juez o tribunal por el que se declarara terminado el procedimiento conllevara el juicio sobre los términos del acuerdo, con el objetivo de que este no fuera «manifiestamente» contrarios al ordenamiento jurídico (¿y si es solo un poquito, sí, y se hubiera podido ejecutar como una sentencia, cabe preguntarse?), ni lesivo del interés

público o de terceros.

Se desconoce que utilidad puede tener en un procedimiento contencioso-administrativo cuyo único objeto es garantizar el cumplimiento de la legalidad, al que la Administración Pública no puede renunciar⁴⁴¹, imponer a las partes, y en particular a la Administración Pública, que se sometan a un proceso de mediación, cuando el éxito depende de la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo, y cuando ya ha existido, con carácter previo a la vía contencioso administrativa, una vía administrativa en la que ha sido imposible llegar al mismo⁴⁴², salvo por supuesto, para la Administración Pública, el

⁴⁴¹ A diferencia del Derecho privado en el que impera la autonomía de la voluntad, la Administración está fuertemente constreñida por el principio de legalidad, es decir, el Derecho administrativo tutela el interés general y este interés se sustrae a la disponibilidad de las partes, no pudiendo ser objeto de transacción, de manera que cuando la Administración ha de aplicar la ley sin margen alguno de apreciación (por tratarse de una actividad enteramente reglada) no le es posible ámbito alguno de negociación con la otra parte. A este respecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 7 septiembre de 1998 (RJCA 1998/3083), cuando afirma que quedan excluidas de la mediación las potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado, como es el caso de las licencias urbanísticas.

⁴⁴² Esto no significa que no sea posible la mediación en el ámbito de la actividad administrativa, porque hay amplios sectores de la actividad administrativa que no están sujetos a una legalidad estricta, no responden a una actividad reglada, sino que la Administración dispone de un espacio de discrecionalidad en el que le es posible elegir entre diversas alternativas posibles, y en el que 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 BELTRAN 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». A este respecto recuerda que si bien «La mediación y el arbitraje, como instrumentos alternativos a la judicialización de los conflictos, han tenido un amplio desarrollo normativo en asuntos civiles y mercantiles, particularmente en materia de conflictos familiares, con una muy buena acogida. Para el ámbito administrativo, también los contempla la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y no solo para la resolución de conflictos sustituyendo a los recursos de alzada y de reposición (artículo 107.2), sino también para la terminación convencional de procedimientos administrativos (artículo 88.1) cuando todavía no ha surgido un conflicto, pues no se trata de resolver un conflicto (aún inexistente o solo latente), sino de sustituir el acto administrativo unilateral por un acuerdo o convenio negociado con el particular». Añade el autor que, pese a que la mediación para la terminación convencional de procedimientos administrativos está contemplada específicamente en algunos textos legales y reglamentarios, su utilización ha sido prácticamente inexistente por la misma razón que ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que era inaplicable dada la diferencias de partida que hay entre las partes, como es la «autotutela declarativa y ejecutiva, que sitúa a la Administración en una posición de desigualdad jurídica ventajosa respecto de los ciudadanos, de manera que la relación entre Administración y ciudadano no se desenvuelve en un plano de horizontalidad (igualdad de las partes, que es un principio informante de la mediación) sino de verticalidad»; y sin embargo, añade «situados en el año 2014 en el que el desprestigio de la clase política

efecto dilatorio del proceso de mediación, que se sumará a la dilación propia del proceso administrativo, y del contencioso administrativo, y para los juzgados o tribunales, la posibilidad de deshacerse, siquiera sea temporalmente de la obligación de juzgar y resolver esos casos.

2.3.2.2.- Relación de la mediación con la Administración de Justicia.

Como antes señalamos, se trata de justificar en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley la supuesta vinculación existente entre la promoción de fórmulas como la mediación, alternativas al proceso judicial, y la Administración de Justicia, encajando la primera en la segunda, y hemos de afirmar, que es un enfoque erróneo porque, como afirma DE LA OLIVA SANTOS⁴⁴³, «No es cierto, desde ningún punto de vista, que la Administración de Justicia comprenda la mediación (ni otras fórmulas similares) y no es cierto, por tanto, que modernizar la Administración de Justicia suponga potenciar

ha alcanzado ya cotas inimaginables en los años 90 del siglo pasado, a la Administración pública cada vez le es más difícil imponer decisiones unilaterales, particularmente en asuntos de calado social en los que existe una decidida oposición o una amplia controversia ciudadana. Buenos ejemplos de ello son el fracasado intento del Gobierno de la Comunidad de Madrid de privatizar la gestión de seis hospitales públicos, y el fracasado intento del Ayuntamiento de Burgos de reurbanizar la calle Vitoria de la ciudad de Burgos por la oposición de los vecinos de Gamonal. Ante estas experiencias, los políticos al frente de las Administraciones públicas terminan asumiendo que en asuntos relevantes para la comunidad y, por ende, controvertidos, puede ser mucho más responsable y operativo arrinconar las potestades de autotutela y decidir la cuestión de manera consensuada, si es necesario apelando a los buenos oficios de un mediador». Por dicha razón, «en línea con la nueva Administración pública que la ciencia administrativa reclama para el siglo XXI, el Libro Blanco para la Gobernanza Europea, aprobado por la Comisión el 25 de julio de 2001, ya reivindicó un estilo de gobierno y de administrar basado en los principios de la gobernanza, entre los que enumera el de participación ciudadana en la elaboración de las políticas en todas las etapas del proceso de toma de decisiones, ya que la participación confiere a las Administraciones una mayor legitimidad y eficacia en su actuar»; y desde este punto de vista opina que «la legitimidad de las Administraciones públicas no puede seguir sustentándose exclusivamente en el respeto de la legalidad, en un actuar unilateral conforme a la estricta legalidad, sino en un actuar que, además, responda y dé satisfacción en todo lo posible a los intereses colectivos o individuales de los ciudadanos manifestados a través de su activa participación en la toma de decisiones, de manera que la actuación y decisión pública sea consensuada y socialmente aceptada...En este contexto participativo y dialogante, la terminación convencional de procedimientos administrativos con mediación aportaría un equilibrio entre el interés general —finalidad que siempre persigue la Administración— y la gobernanza —la buena administración—, conformándose una relación democrática al dar participación a los ciudadanos a través del diálogo y la búsqueda conjunta de soluciones satisfactorias para las partes implicadas. La Administración renuncia a su capacidad de decisión unilateral en favor de una decisión consensuada facilitada por un mediador. Así, con todas las cautelas necesarias, el principio de autonomía de la voluntad se inserta en el ámbito administrativo». BELTRAN AGUIRRE, J.L., «Una apuesta por la mediación administrativa», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2014. Artículo BIB 2014/1459, 2014, pp. 5-7.

⁴⁴³ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.*, pp. 7 y ss.

fórmulas complementarias de resolución de conflictos. La mediación no es Administración de Justicia, ni por sus protagonistas ni por su método. En la mediación no tiene por qué intervenir el Estado, puede llevarse a cabo con formas máximamente flexibles, simplemente amparadas por la ley en cuanto manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los sujetos jurídicos y el acuerdo se basa en la conveniencia mutua y no necesariamente en reglas jurídicas aplicables al caso. Por su parte, modernizar la Administración de Justicia es actuar sobre ella con propósitos de mejora y eso, dejando a un lado elucubraciones de toda clase, significa idear y realizar mejoras orgánicas, procesales, humanas y materiales».

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 intra-judicial, 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 en 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 su Exposición de Motivos cuando habla de la mediación como una formula apta para *dimensionar* —esto es, reducir o limitar— el creciente número de asuntos que llegan a los tribunales⁴⁴⁴, en lugar de *dimensionar*, diría yo, los magros y casi decimonónicos

⁴⁴⁴ Se trata ésta de una obsesión —el incremento de la litigiosidad— que se ha manifestado en muchas ocasiones, como hemos tenido ocasión de constatar desde la Recomendación R (86), en relación con el Libro Verde, o con la legislación autonómica sobre mediación, y que lo hace también a nivel estatal, explícitamente, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, cuando señala que «los datos estadísticos más recientes sobre entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33 % con relación al número de asuntos ingresados 10 años antes. En algunos órdenes jurisdiccionales el volumen de entrada ha sido especialmente intenso, como en el civil, que ha doblado la entrada de asuntos en esa misma década»; implícitamente en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, a la que también he tenido ocasión de referirme, cuando en su Preámbulo justifica la imposición generalizada de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que antes solo existía —por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre— para las grandes empresas, en la necesidad de que todos los ciudadanos, salvo los incluidos dentro del estrecho ámbito de la justicia gratuita, asuman una parte del coste de la Administración de

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 Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de mayo de 2010.

En este informe, tras afirmar 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 que es posible decir que estos métodos constituyen «no tanto una alternativa a la justicia, como una justicia alternativa», señala a continuación que puede coincidir con la afirmación que se realiza en la Memoria que acompaña al Anteproyecto de 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».

2.3.2.3.- Principio de voluntariedad y mediación obligatoria previa.

Si bien el proyecto de ley de mediación de 2011, afirmaba en su Preámbulo que «el concepto de mediación que acoge esta ley se basa en la plena libertad de las partes»,

Justicia, con el objetivo de «racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al mismo tiempo que la tasa aportará unos mayores recursos que permitirán una mejora en la financiación del sistema judicial y, en particular de la asistencia jurídica gratuita...».

Poniendo en duda tanto las cifras facilitadas, como su examen acrítico al margen de la realidad que haya podido ocasionar ese incremento [la crisis económica (ejecuciones hipotecarias, concursos de acreedores, etc.), la comercialización indebida y masiva de determinados productos bancarios (preferentes, swaps, etc.) la imposición masiva de cláusulas abusivas por la Banca (cláusula suelo, intereses de demora, gastos, vencimiento anticipado etc.), que cuestionan todavía más la decisión de imponer unas tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional para dificultar el acceso a la Justicia a quienes poco o nada tenían que ver con el incremento del número de procedimientos judiciales salvo, en muchos casos, el hecho de ser la víctima de los abusos que lo propiciaron], y considerando rechazable la idea que subyace detrás de ese permanente lamento, que ha sido letanía durante un tiempo, de que los españoles son demasiado litigiosos y gustan de recurrir a los juzgados en demanda de justicia, es de todo punto inaceptable que la solución, en un Estado de Derecho, en el que el artículo 24.1 CE proclama que «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...», pase por dificultar cuando no impedir el acceso a la justicia a través de los tribunales, lo que no se ha solventado sino parcialmente al mantener las tasas a las personas jurídicas, al margen de su entidad.

como un reconocimiento explícito del principio general de voluntariedad que caracteriza, o debe caracterizar, el recurso a los sistemas ADR, y en particular por lo que ahora respecta a la mediación, también acogía como una opción «para impulsar la utilización de este instituto», 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, declarando 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 mediaciones o conciliaciones que fueran exigibles.
- Introducía un nuevo apartado en el artículo 437 LEC, estableciendo la obligatoriedad del intento de mediación en los juicios verbales que consistan en reclamación de cantidad del artículo 250.2 LEC, es decir, en aquellos cuya cuantía no exceda 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 mediación⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Como recuerda HUALDE MANSO en relación con la única legislación europea que lo ha configurado como obligatorio, «El ordenamiento italiano ha optado (artículo 5 Real Decreto legislativo 28/2010) por configurar el intento de mediación como condición de procedibilidad en litigios judiciales en los que puede ser factible el logro de un acuerdo extrajudicial habida cuenta del mantenimiento posterior de una relación jurídica o por otras circunstancias que así lo aconsejan. La norma italiana no ha optado por determinar la obligatoriedad sobre la base de la cuantía del litigio, sino por razón de la materia: litigios sobre copropiedad,

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 inútil⁴⁴⁶, debe ser asumido por las partes por igual (artículo 16.1 del proyecto), haya concluido o no

derechos reales, división de cosa común, sucesiones, patria potestad, arrendamientos, resarcimiento de daños derivados de responsabilidad médica y de difamación, seguros, servicios bancarios y financieros, entre otros». HUALDE MANSO, T., «Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2012. Artículo BIB 2012/669, 2012, pp. 2-3.

⁴⁴⁶ Recuerda 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., «La formación ...», *op. cit.* pp. 390-391.

acuerdo. 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 con ello se trataba de disuadir del recurso a los tribunales en esos asuntos de pequeña cuantía, transmitiendo además con ellos 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 nos hemos referido a ello al tratar de la implementación de los ADR en Europa, de la Directiva 2008/52/CE y del caso Italia, y no vamos a insistir, pero es que en el caso de España ya existía en nuestro proceso civil un requisito no igual pero sí muy semejante, como era la conciliación judicial previa al proceso civil, que tenía demostrada su absoluta ineficacia.

Como señala DE LA OLIVA SANTOS ⁴⁴⁷, «una conciliación judicial preceptiva previa al proceso civil venía impuesta por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para la práctica totalidad de los procesos civiles. Para la admisión de las demandas sobre asuntos civiles y mercantiles, se exigía acreditar que esa conciliación judicial había terminado sin avenencia o había sido “intentada sin efecto” (esto es, que la futura parte pasiva ni siquiera había comparecido ante el juez competente para la conciliación). 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. Lo que la experiencia había demostrado es que quienes estaban resueltos a demandar, lo hacían, bien una vez agotados por su cuenta los intentos de llegar a un acuerdo, bien por no estar dispuestos a acuerdo de ninguna clase, sino determinados a obtener una concreta sentencia favorable».

⁴⁴⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A. , «Mediación y justicia...» *op. cit.* pp. 7 y ss.

Incluso ese pequeño porcentaje de conciliaciones exitosas señalado como dato estadístico por DE LA OLIVA —no llegaba al uno por ciento— habría que ponerlo en duda en cuanto a 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 ocurre ahora en la audiencia previa en el juicio ordinario, o en los actos de conciliación), no era como consecuencia del impulso conciliador del juez, o de sus habilidades para abrir los ojos, las mentes y el ánimo de las partes y sus abogados sobre las posibilidades y 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 acuerdo⁴⁴⁸) para plasmar los términos de un acuerdo que ya estaba cerrado en todos sus detalles, no solo evitando el coste de elevarlo a escritura pública acudiendo a un notario, sino asegurándose un título hábil para ejecutar en su caso lo acordado al mismo nivel que una resolución judicial.

En todo caso, en el 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, «corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada en forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial. Sin ir más lejos —sigue afirmando el CGPJ— el propio Anteproyecto parece descontar que ése será el escenario más probable, cuando en el artículo 19.1 —en la redacción final del proyecto de ley de mediación de 2011 sería en el artículo 18.2— al referirse a las sesiones informativas previas a la mediación dispone que «en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas», y añadiendo que «en tal caso se podrá tener por intentada la mediación y por cumplida la obligación legal justificando la asistencia a dichas sesiones». Dicho precepto se ve continuado por el artículo 24.III, conforme al cual «la mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la asistencia de cualquiera de las partes». Es más, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto hace una valoración de este intento obligatorio de mediación en unos

⁴⁴⁸ Artículo 415 LEC. «1, Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestos a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso, o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.[...] 2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados».

términos muy ilustrativos cuando afirma que 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», por lo que concluye que no parece tener mucho sentido su instauración.

Nada ha cambiado a este respecto desde 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 ser conocida⁴⁴⁹, podía hacer sospechar al legislador de 2011 que la mediación, en caso de que se promoviera solo y exclusivamente por la vía de su obligatoriedad, pudiera llegar a conseguir lo que no consiguió la conciliación previa.

Por eso podemos afirmar que no existía novedad alguna en la imposición de la mediación previa como requisito de admisión de la demanda (sobre si es una institución diferente a la conciliación, cuestión discutible y discutida, trataremos con posterioridad, pero a estos efectos no puede afirmarse que existan diferencias sustanciales), porque la conciliación previa como requisito de procedibilidad ya existía, y fue un fracaso cuya desaparición se saludó con generalizada satisfacción por todos los operadores jurídicos.

Como con indudable ironía y de forma lapidaria afirmó DE LA OLIVA, «Entendemos, por tanto, que los promotores del PLM han «descubierto», no el Mediterráneo, sino más bien el Mar Muerto»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ En este sentido se manifiestan GINEBRA MOLINS y 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...», *op. cit.* pp. 460-470.

⁴⁵⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.*, pp. 7 y ss.

2.3.2.4.- Fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación.

Uno de los aspectos que hay que destacar de este proyecto de Ley de mediación de 2011, y pieza clave del mismo, plenamente coherente tanto con el voluntarismo como con la defectuosa técnica jurídica que lo impregnaba, es la propuesta de equiparar el acuerdo resultado del proceso de mediación a una sentencia judicial, a los efectos de su ejecución, que seguiría los mismos cauces que ésta, al establecer que ese 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 pública⁴⁵¹, para poder instar la ejecución. Además, el artículo 24.4 PLM preveía que el acuerdo de mediación tendría fuerza de cosa juzgada para las partes, «como si de una sentencia se tratase», decía la Exposición de Motivos⁴⁵². Ello se articuló mediante la modificación del artículo 517 LEC —a través de la DA 4^a 12—, que pasaba a tener el siguiente tenor literal: «El número 2 del apartado 2 del artículo 517 pasa a tener la siguiente redacción: 2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación», sin mayores requisitos.

No hace falta recordar que las posibilidades de oposición a la ejecución cuando ésta despacha en base a un título judicial son mucho menores (artículo 556 LEC), como ya hemos tratado con anterioridad, que cuando se lo hace en un título extrajudicial (artículo 557 LEC), y que lo que se pretendía era que se pudiera despachar ejecución en base a 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, sin que la previsión de la posibilidad de una protocolización unilateral posterior subsanara ninguno de esos defectos⁴⁵³.

⁴⁵¹ Vid. artículos 24.2, 25 y 26 del Proyecto de Ley de Mediación.

⁴⁵² HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 18-19.

⁴⁵³ En ese sentido DE LA OLIVA SANTOS señala 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

Con ello el legislador se excedía claramente tanto del espíritu como de la letra de la Directiva 2008/52/CE, a la que ya nos hemos referido, cuyo artículo 6 señala que «1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación», y puntualiza a continuación 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 de 19 de mayo de 2010 sobre esta propuesta, parece claro que «la Directiva está pensando en un —más sofisticado— mecanismo de protocolización basado en la emisión por parte de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente (en todo caso una instancia o un sujeto distintos del propio mediador), de una sentencia, una resolución o un acto auténtico, condicionando la ejecutividad del acuerdo a que no sea contrario al Derecho del Estado miembro en el que se formula la solicitud y a que la legislación de dicho Estado admita su carácter ejecutivo», 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, una resolución o un acto auténtico, concluyendo que era necesario idear otro mecanismo de formalización del acuerdo de mediación para dotarlo de fuerza ejecutiva⁴⁵⁴.

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.

parece, encarecer el injustificable peligro de esta innovación del PLM». DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...», pp. 7 y ss.

⁴⁵⁴ Informe del CGPJ de 19 de mayo de 2010, al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, página 82; URL: <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> (Fecha de acceso: 08/12/2015).

Existían otras posibles soluciones⁴⁵⁵ para asegurar la ejecutabilidad de lo acordado sin necesidad de ser originales, soluciones ya experimentadas en otros países, 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 de las CCAA⁴⁵⁶ que habían regulado la mediación, escogió precisamente la que no era una solución sino un problema.

⁴⁵⁵ A este respecto afirmaba HUALDE MANSO que «Las soluciones que otros ordenamientos han dado a la ejecutabilidad de los acuerdos alcanzados en mediación han sido diversas. Así, el ordenamiento griego establece el depósito del acuerdo en la secretaría del juzgado de primera instancia de la provincia en que se haya llevado a cabo la mediación cuando alguna de las partes lo solicite, adquiriendo desde ese depósito fuerza ejecutiva (artículo 9 Ley 3898/2010). La transposición italiana de la Directiva ha optado por el sistema de la homologación judicial a instancia de parte para que el acuerdo —alcanzado tras un procedimiento de mediación llevado a cabo en una institución inscrita en un Registro específico del Ministerio de Justicia italiano— sea ejecutable y siempre que se determine la conformidad del acuerdo al orden público a las normas imperativas y se determine su regularidad formal y procedimental (artículo 12 Decreto legislativo 28/2010). Este mismo sistema de homologación del acuerdo para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo es el que ha adoptado el Derecho francés (artículo 21,5 Ley 125/1995 modificada por la Ordenanza 1540/2011 de transposición de la Directiva 2008/52)» HUALDE MANSO, T., *op. cit.* pp. 6-7.

⁴⁵⁶ Así, por ejemplo, y sin tener competencias en materia de proceso civil, ni falta que le hacía, 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 hacen 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, cuando en su artículo 14 señala que «Los acuerdos que consten en el acta final, serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos. El acta final podrá ser utilizada como base para que se redacten los documentos que según los casos correspondan», que pueden ser el convenio regulador, en el ámbito familiar, que después será ratificado y homologados judicialmente, o la escritura pública en su caso. No dice nada al respecto, por ejemplo, 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.

2.3.2.5.- 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.

A este punto nos referiremos con posterioridad con mayor extensión, al tratar de delimitar la mediación, si es que ello es posible, de otra figura autocompositiva similar en la gestión de conflictos, en la que también interviene un tercero sin poder de decisión, como es la conciliación.

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 que se reconocen al acuerdo concluido con su intervención, como es el reconocimiento del carácter de título ejecutivo, por sí mismo, de dicho acuerdo, y con efectos de cosa juzgada entre las partes, sorprende que la Exposición de Motivos de dicho proyecto se limite a señalar que «el mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir».

Dichas responsabilidades, que podrían ser muy graves, dado el carácter de título ejecutivo del acuerdo de mediación y el papel que el mediador podía desempeñar en la consecución de ese acuerdo, no se correspondían con el nivel de formación y condiciones exigidos 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, que tuviera un «título oficial universitario o de educación profesional superior», sin ninguna otra exigencia de formación específica, una carencia que no se salvaba con la previsión del artículo 13 del proyecto de que las administraciones públicas competentes, fomentarían 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 mediación⁴⁵⁷.

Respecto a este punto cabe destacar que el Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles del CGPJ, de 19 de mayo de 2010⁴⁵⁸, ya criticaba dicho anteproyecto por no reparar en la necesaria formación en conocimiento técnico jurídicos por parte 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 arbitral, con lo que difícilmente podría el mediador (pág. 42) «si carece de conocimientos jurídicos, denunciar por escrito en el acta final que los términos de la mediación son incompatibles con la Ley (artículo 27.2.II), o verificar la conformidad del acuerdo de mediación con el ordenamiento jurídico (artículo 28.3)». Y critica igualmente (pág. 44) que tampoco se exija al mediador una «titulación o formación específica que le capacite profesionalmente para actuar como tal, lo que se aviene mal con que una de las preocupaciones en esta área sea la “calidad” de la mediación (vid. Artículo 15 del Anteproyecto y artículo 4 de la Directiva)», considerando insuficiente la mención al fomento por las administraciones públicas a la adecuada formación continuada de los mediadores si no se vincula a una titulación específica o, al menos, a que ese «fomento» sea activo, por ejemplo, condicionando la inscripción en el Registro de mediadores a la

⁴⁵⁷ Podemos recordar en este punto lo que ya hemos visto sobre los requisitos exigidos al mediador en la normativa autonómica, tanto de titulación específica como de exigencia de formación específica en materia de mediación, y la progresiva evolución hacia una cada mayor exigencia de esa formación específica como requisito para actuar como mediador, que ya se había producido cuando se elabora este proyecto de ley; todo un bagaje jurídico y experiencia del que hizo caso omiso el legislador de 2011, como hizo caso omiso del informe del Consejo General del Poder Judicial.

⁴⁵⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 19 de mayo de 2010, al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles: URL citada.

acreditación de esa formación inicial y continua a que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva.

El legislador de 2011 hizo también caso omiso en este punto a dicho informe del CGPJ, refiriéndose a la calidad de la mediación en los términos, claramente insuficientes, antes expresados.

El Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2011 no salió adelante, hay que decir que afortunadamente, 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.

2.3.3.- 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, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, 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 RDL 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 RDL 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*⁴⁵⁹, afirmando que la mediación «Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye 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 respecto al Proyecto de Ley de 2011, pese a lo que pueda parecer a primera vista, son muy importantes, y en aspectos de la mediación que son esenciales, a los que nos hemos referido a propósito del proyecto, y que han merecido nuestra crítica:

- En primer lugar, cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurría en el proyecto de 2011, el ámbito de aplicación a que se refiere el título del RDL 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

⁴⁵⁹ Como señala 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», en *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia ein Spagna*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 449-457.

Administrativa.

- Otra diferencia esencial es la eliminación de la mediación preceptiva previa al recurso al proceso civil, es decir, de la imposición de la mediación obligatoria, al afirmar en el artículo 6, que ocupa el lugar del artículo 7 del proyecto, que la mediación es voluntaria, sin referencia a la obligatoriedad que en determinados supuestos pudieran establecer las leyes procesales, cuya modificación pretendía el proyecto a tales efectos, y que desaparece en este RDL. 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 por escrito que exprese 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 jurisdicción⁴⁶⁰ 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. Señala la Exposición de Motivos del RDL 5/2012 que «El régimen que contiene el real decreto-ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública», razón por la que el

⁴⁶⁰ Sobre este precepto, que junto con el artículo 10 con el que hay que ponerlo en relación, porque se refiere a la declinatoria como instrumento previsto para hacer valer ese compromiso, se mantienen en los mismos términos en la Ley 5/2012, y contra la idoneidad del mismo señala JIMÉNEZ CONDE que «la función que cumple la declinatoria no es apropiada a tal fin. El destino de la declinatoria no es otro que el de poner de relieve al tribunal su falta de jurisdicción o competencia. Y el compromiso de intentar la mediación no priva al tribunal ni de una cosa ni de la otra», considerando que la dicho pacto privado —que no puede equipararse a la cláusula de sumisión a arbitraje porque el mediador no tiene la función de conocer de la demanda y de resolver la controversia mediante un laudo— se le debería dar la consideración de presupuesto de procedibilidad que, de no ser respetado, podría oponerse como una excepción al contestar la demanda, tratándose en todo caso de un defecto subsanable. JIMÉNEZ CONDE, F., «La mediación ...». *op. cit.* pp. 374-375.

establece el artículo 23 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».

- Desaparece en consecuencia también, 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 la modificación realizada por el apartado 12 de la disposición adicional segunda del RDL, 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.
- Respecto a la figura del mediador, desaparece de la Exposición de Motivos la referencia a la función del mediador de «*facilitar y encontrar* una solución dialogada y voluntariamente aceptada por las partes», sustituida por «ayuda a encontrar», que era una expresión vaga que podría dar pie a una interpretación extensiva de los preceptos que se refieren a la neutralidad y actuación del mediador, en el sentido de permitir al mediador hacer propuestas de arreglo a las partes, aun cuando mantengan la misma redacción.
- Por último, otra diferencia respecto al proyecto de 2011 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 simple exigencia de un título oficial universitario o de educación profesional superior que se recogía en el proyecto, sin más requisitos ni exigencia alguna de formación específica (que simplemente sería fomentada por las Administraciones públicas), el artículo 11 del RDL 5/2012, que se refiere a esas condiciones para ser mediador, elimina, sorprendentemente, la exigencia de título oficial (no hace referencia a la exigencia de titulación alguna), y sin embargo sí exige —en línea con las carencias apuntadas por el informe del CGPJ al anteproyecto de ley de mediación, a que nos hemos referido con anterioridad— que «2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará 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», y ello a pesar de que conforme a este Real Decreto ya no será directamente ejecutivo el acuerdo resultado de su intervención, como sí lo era en el proyecto de 2011.

Dicha exigencia, en lo que se refiere a una formación jurídica específica no venía impuesta por la Directiva, que no la exigía, lo que no quiere decir que no sea muy recomendable, por cuanto parece imprescindible un conocimiento mínimo de las instituciones jurídicas que son objeto de negociación, 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, entendiendo que debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de conflictos.

En este punto hay que señalar que parece más congruente el RDL 5/2012 que la Directiva 2008/52/CEE 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 la 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, la medida en que la mediación podría contribuir a la disminución de asuntos que llegan a los tribunales, algo que comparte con el resto de sistemas 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.

2.3.4.- 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 (RCL 2012/947) se publica en el BOE el día 7 de julio de 2012, entrando en vigor a los veinte días de su publicación (DF 10ª), 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 RD Ley 5/2012⁴⁶¹, con pequeñas modificaciones en el articulado; así, se modifican:

- El artículo 3, para considerar conflictos transfronterizos también aquellos en los que la ejecución del acuerdo de mediación deba llevarse a efecto en un Estado distinto por el traslado de alguna de las partes.
- El artículo 4, que se refiere a los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y de caducidad, para darle una redacción un poco más clara, aunque básicamente se mantiene igual.
- El artículo 5, en el apartado 1, para añadir que la información sobre la formación, especialidad y experiencia de los mediadores será respecto del «ámbito de mediación a la que se dediquen», y en el apartado 2 para referirse expresamente al Ministerio de Justicia, además de las administraciones públicas, como los competentes para velar «porque las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras».

⁴⁶¹ Las materias excluidas de la Ley, recogidas en el artículo 2.2, son las mismas que ya aparecían en el RDL 5/2012 —penal, administrativa, laboral y consumo—, por lo que en principio sí que estaría incluida la mediación familiar dada la evidente naturaleza civil del Derecho de Familia, aunque hay quien lo considera no solo dudoso, sino poco conveniente. En este sentido LAFUENTE TORRALBA lo considera dudoso, porque no la menciona, porque se ha suprimido expresamente del texto vigente el deber del mediador de atender al superior interés de los menores cuando intervenga en conflictos familiares, que sí recogía el artículo 8 del PLM, y porque el requisito de la disponibilidad del artículo 2.1 LMACM no concurre en muchas de las materias que habitualmente se someten a mediación familiar, como las medidas relativas a menores de edad, que no se traducen en acuerdos directamente eficaces, sino en meras propuestas sometidas a la consideración del juez, lo que es difícil de conciliar con el sistema que la LMACM establece para dotar de ejecutividad a los acuerdos obtenidos en mediación (artículo 25 LMACM); y poco conveniente porque, en caso contrario, habría que determinar cómo resolver los conflictos que se producirían entre la norma estatal y las leyes autonómicas. LAFUENTE TORRALBA, A.J., «La mediación familiar en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 863/2013 Aranzadi, BIB 2013/1069. 2013.

- El artículo 9, respecto de la confidencialidad, que se extiende a las instituciones de mediación, y que el mediador quedará protegido por el secreto profesional.
- El artículo 10, para introducir la posibilidad de solicitar medidas cautelares urgentes, como excepción a la prohibición de ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales mientras se esté desarrollando la mediación.
- El artículo 11.1, para señalar expresamente que «Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley».
- El artículo 14 respecto a la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, puesto que el texto del derogado artículo 14 del RDL 5/2012 se refería a los daños y perjuicios que «causaren por mala fe, temeridad o dolo», mientras que la nueva redacción elimina esa limitación, refiriéndose a los daños y perjuicios que causaren⁴⁶².
- El artículo 22, para prever la posibilidad de que el mediador haga constar por diligencia que una de las partes se niega a firmar el acta.

⁴⁶² Sobre este punto, sobre el que habrá que volver por referirse a la naturaleza jurídica de la mediación y régimen de responsabilidad, afirma ESPLUGUES MOTA que, más explícita que la Directiva 2008/53/CEE, que solo hace una mención indirecta a esa naturaleza jurídica contractual en su artículo 9, sobre «información al público» acerca de la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que «presten servicios de mediación», es la ley 5/2012 en la que, con base en el artículo 14, considera que existen elementos suficientes para considerar que «la ley apuesta por calificar como contractual la relación establecida entre el mediador y las partes que le refieren su disputa» señalando que, a partir de esta premisa «habría que abordar la problemática de la responsabilidad que para el mediador se derive del incumplimiento de dicha obligación. El artículo 14 del RDL 5/2012, texto ahora derogado por la Ley 5/2012, optaba por parafrasear el mandato del artículo 1.101 CC, y, reproduciendo sin más el artículo 21.1 LA de 2003, afirmaba que el incumplimiento fiel de dicho “encargo” le haría incurrir al mediador en “responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo”. La redacción del precepto en la Ley 5/2012 opta por eliminar cualquier adjetivación, refiriendo sin más a la “responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”. Esto es, se favorece una responsabilidad objetiva por parte del mediador. La exclusión de estos tres adjetivos pareciera querer obviar todo atisbo de duda sobre la responsabilidad generada en el ejercicio de sus funciones de mediación, arrumbando cualquier vuelta al viejo debate sobre la responsabilidad por culpa, presente en la doctrina y jurisprudencia española desde antiguo. Esto es, evitar que la referencia a la mala fe, temeridad y dolo presente en el precepto pudiera interpretarse en el sentido de que su ausencia exonera al causante de cualquier tipo de responsabilidad o, al contrario, de si al amparo del mandato del artículo 1107 CC. el carácter doloso del incumplimiento no exoneraría al incumplidor —en este caso al mediador— de su responsabilidad, sino que agravaría la misma [...] del artículo 14 se derivaría una referencia a una responsabilidad exclusivamente civil y de base exclusivamente contractual...» ESPLUGUES MOTA, C.: «Régimen jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en los conflictos transfronterizos tras la Ley 5/2012», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 1, 2013. (Accesible en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711256> (fecha de acceso: 08/01/2016).

- El artículo 23, para eliminar la obligación de presentar el acuerdo al mediador en el plazo de diez días para su firma, y, tras afirmar el carácter vinculante del acuerdo alcanzado, del que debe informar el mediador a las partes, añade en el nuevo apartado 4 que «Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos».
- El artículo 25, para indicar que no será precisa la presencia del mediador para elevar a escritura pública el acuerdo de mediación.
- Y se elimina el artículo 28, que se refería a la denegación de ejecución de acuerdos de mediación contrarios a Derecho.

Se trata de modificaciones, algunas de ellas al menos, de indudable importancia, pero cuyo análisis pormenorizado excedería del objeto de este trabajo.

Sin perjuicio de que tratemos algunas de ellas en otros apartados, sí que vamos a destacar ahora otra modificación, y es la del artículo 11 respecto a las condiciones para ejercer como mediador, que se refiere específicamente a su formación; 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 —da lo mismo el grado en Derecho, que en psicología, biblioteconomía, gimnasia o cerámica artística—, además de la formación específica ya introducida por el RD Ley 5/2012, que se mantiene, aunque elimina la exigencia de que esa «formación específica proporcionará 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».

Hay que señalar, por un lado, 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, y, por otro lado, que 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 en la misma Ley —en su disposición final octava— está prevista 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.

Hubo que esperar al 27 de diciembre de 2013 para que se publicara en el BOE el RD 980/2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dando así cumplimiento a lo ordenado en la DF 8ª de la Ley, al que nos referimos a continuación.

2.3.5.- El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

El RD 980/2013, de 13 de diciembre⁴⁶³, se dirige a reglamentar tres concretos aspectos que son objeto de regulación en la Ley 5/2012: la formación de los mediadores, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, y la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil del mediador, conforme a la habilitación dada al gobierno para el desarrollo reglamentario de esos aspectos en la disposición final octava de la Ley.

En su Exposición de Motivos el RD vuelve a incidir en lo que ya decía la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, y es que la ley configura un modelo que 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. Por ello la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles hace una apuesta clara por la calidad de la mediación, lo que lleva a imponer determinados requisitos al mediador».

La formación se convierte en un requisito fundamental para garantizar esa calidad como garantía de su eficacia, que empieza por asegurar que no es una vía de segundo nivel para acceder a ese objetivo prioritario que es «ese mejor acceso a la Justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia», frente a la alternativa al procedimiento judicial, así como para garantizar, como señala el considerando 16 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, «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». Esta es la razón por la que el artículo 4.2 de la citada

⁴⁶³ Informe del CGPJ al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores. Acceso en la web del CGPJ (fecha de acceso: 13/05/2017)
URL: <http://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>

Directiva ordena que «Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes».

El RD 980/2013, que es de aplicación a todos los mediadores e instituciones de mediación que desarrollen su actividad al amparo de lo dispuesto en la Ley 5/2012 de mediación, se refiere en el capítulo II a la formación de los mediadores, a la específica, puesto que el requisito general de «título oficial universitario o de formación profesional superior» ya viene establecido por la Ley, pudiendo adquirir el mediador esa formación específica en uno o varios cursos de tal forma que le permitan el dominio «de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador», como señala su artículo 3.2.

Es en el artículo 4 del RD 980/2013 en el que se establece en qué debe consistir esa formación mínima, al señalar que «1. La formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos», aspectos formativos concretos a los que ya se refería el RD Ley 5/2012, que fueron eliminados posteriormente durante el trámite parlamentario de la vigente Ley 5/2012, como antes dejamos apuntado, y ahora se recogen en este reglamento.

2.4.- RELACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICAS.

Como ya hemos señalado, 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 también la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que introduce dicha posibilidad, con la modificación de los artículos 770 y 777 LEC, existiendo ya en ese momento leyes reguladoras de la mediación familiar en las comunidades autónomas de Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias y Castilla La Mancha.

Pese a que la DF 3ª de la citada 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 regulando al mediación; en algunas comunidades, como Cataluña e Islas Baleares, ya iban por su segunda ley de mediación, y en algunos casos, como Cataluña, y Cantabria, sus leyes habían rebasado ampliamente el marco competencial propio de los servicios sociales, competencia exclusiva de las comunidades autónomas, para regular la mediación en la totalidad del ámbito del derecho privado y materias de libre disposición por las partes en conflicto⁴⁶⁴.

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 y de instituciones de mediación⁴⁶⁵, 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—, lo que dar lugar a un panorama ciertamente complejo⁴⁶⁶ a la hora de determinar la ley aplicable⁴⁶⁷, del que es conocedor el legislador estatal, y por eso:

⁴⁶⁴ Así lo constata SÁNCHEZ MARTÍN, P., en «¿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.

⁴⁶⁵ 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.

⁴⁶⁶ 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 F. LÓPEZ SIMO, F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 78-102.

⁴⁶⁷ Si LAFUENTE TORRALBA, como hemos visto al examinar la Ley 5/2012, y su ámbito de aplicación, consideraba dudoso y poco conveniente (por la dificultad para determinar la ley aplicable) que la misma comprendiera el derecho de familia, en sentido contrario se manifiesta SANCHEZ MARTÍN, cuando afirma, en relación con la distinta regulación en cada Comunidad Autónoma, que «aun cuando la ley estatal lleva la rúbrica de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su contenido no se alude expresamente a la mediación en el ámbito familiar, no obstante haberse pretendido, en el trámite

1. 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 CE, como señala su DF 5ª, lo que hay que poner en conexión con el apartado III del Preámbulo de la Ley cuando afirma que ésta «se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado, por eso articula un marco mínimo para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias».

Al amparo de esa mismas competencias exclusivas se dicta el posterior RD 980/2013, como señala su DF 1ª, aunque el título competencial al RD le viene dado en realidad por la DF 8ª LMACM, tal vez para dejar claro que la norma no incide en las competencias autonómicas [como señala la propia LMACM e indica el informe del CGPJ que pone de relieve la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompañaba al proyecto de RD], aunque, conforme a la distribución competencial establecida en la CE, también hay que tener en cuenta el artículo 149.3ª de dicho texto fundamental, que establece la supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho de las comunidades autónomas, además de la competencia que tiene el Estado para la armonización de las leyes incluso en materias de competencia exclusiva de las CCAA (artículo 150.3 CE)⁴⁶⁸.

Esto no significa que deba entenderse derogada en modo alguno la legislación de mediación realizada por las comunidades autónomas, especialmente en materia de derecho de familia, sino que la norma estatal se constituye en la norma marco general⁴⁶⁹ que regula los principios esenciales de la mediación,

parlamentario, que se incluyera tal mención de forma expresa. Lo que puede dar lugar a controversias, no obstante entenderse que el derecho de familia se integra en el derecho civil, y no aparece expresamente excluido en el artículo 2.2º de la Ley 5/2012, y de otro lado, la Directiva 2008/52/CE alude expresamente a esta materia en los considerados 20 y 21, incluyendo los litigios matrimoniales, las controversias sobre patria potestad, con mención expresa al interés del menor en el artículo 7.1 a); por lo que cabe entender que si la Ley 5/2012 incorpora al derecho interno la citada Directiva, debe estimarse incluido en su ámbito de aplicación los acuerdos de medicación en el ámbito del derecho de la persona y la familia». SÁNCHEZ MARTÍN, P., *op. cit.* p. 62.

⁴⁶⁸ Sobre la normativa autonómica, en relación con el desarrollo de leyes de mediación por las CCAA, vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. «La mediación familiar y la vertebración territorial de España», en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2013. Artículo BIB 2013/901, 2013.

⁴⁶⁹ En este sentido BARONA VILAR, S., *Mediación en asunto...* *op. cit.*, p. 133.

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 un procedimiento de mediación, y al resultado del mismo, que es competencia propia y exclusiva de la legislación estatal.

2. El RD 980/2013, de 13 de diciembre, dedica una Sección, la 5ª, del Capítulo III, que desarrolla algunos aspectos de la Ley 5/2012, a la coordinación del Registro Estatal de Mediadores e Instituciones de Mediación con los Registros de mediadores de las comunidades autónomas, a fin de (artículo 24) «asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones, y la eficacia administrativa» 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, que habría que preguntarse si son suficientes al objeto propuesto, en relación con los aspectos que el RD quiere asegurar: formación de los mediadores, Registro de Mediadores e Instituciones, y aseguramiento de la responsabilidad civil.

Desde luego para el CGPJ no lo es, por lo menos no del todo, y así lo hizo constar en el apartado III *in fine* de su informe al proyecto de RD que desarrolla la Ley de mediación, dedicado a las consideraciones generales.

Por ejemplo, y pese a lo aconsejado en dicho informe, no llegó a establecerse la regla de que pudieran inscribirse en el Registro como mediadores los que ya estuvieran reconocidos como tal por una comunidad autónoma, acompañando una certificación oficial de dicho registro expedido por la autoridad autonómica competente, como sí se prevé el artículo 14.3 RD respecto de los mediadores reconocidos en otros países miembros de la UE, siempre, claro está, que por el mediador se cumplieran los requisitos mínimos establecidos por la norma estatal. Bien es verdad que la DT 1ª estableció que se podría acreditar la formación del mediador, a efectos de tal inscripción, mediante certificación de su inscripción en el registro de mediadores de la Comunidad Autónoma, pero con carácter temporal, solo hasta el 1 de junio de 2014, que era la fecha de inicio de publicidad del Registro (DF 3ª.2.c del RD).

A este respecto hay que tener en cuenta que, a pesar de la pluralidad de leyes fruto del trabajo de diferentes parlamentos autonómicos, teóricamente con sus propias diferencias, tienen bastante elementos en común, y en casi todas ellas aparecen los principios rectores de la mediación, con pocas diferencias, como ya hemos visto, 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, como recuerda BARONA VILAR⁴⁷⁰, por lo que mientras que esa norma no lo aprobara —y en este sentido hay que recordar la preocupación por la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación que mostraba la Directiva 2008/52/CE (considerando 51), para garantizar la eficacia del procedimiento, a la que responden también la legislación estatal— las CCAA no podían hacer nada al respecto, legislando hasta donde podían, al menos por lo que se refiere a este punto.

3.- CONCEPTO DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL.

Aunque existe cierta tendencia terminológica a llamar mediación únicamente a la facilitación de acuerdos entre sujetos que se han constituido ya en partes de un conflicto, y que se muestran dispuestos a acudir a la jurisdicción, hay que advertir con carácter previo que, como ocurre con la negociación, el hecho de que la mediación sea un método que puede ayudar a la resolución de un conflicto no significa que solo adquiera sentido en un contexto estrictamente conflictivo, porque también es un mecanismo para la

⁴⁷⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...* op. cit. p. 78. En idéntico sentido 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 F. LÓPEZ SIMO, F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 70.

definición de proyectos compartidos cuando todavía no existe una situación de conflicto, aunque en este caso tienda a llamarse asesoría, consejo, apoyo, o *coaching*⁴⁷¹.

Hecha esta precisión inicial, y dentro ya del ámbito de la solución alternativa de conflictos, señala BARONA VILAR ⁴⁷² que, «como punto de partida debe entenderse que la mediación es 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.».

Pero se trata éste de un concepto muy general, aplicable a cualquier ámbito⁴⁷³, que hay que concretar cuando nos referimos a la mediación en el ámbito civil y mercantil, y a la vista de los antecedentes objeto de examen hasta el momento, con carácter general, cuando hablamos de la mediación en este ámbito, y dada la importancia que se otorga en la legislación europea, estatal y autonómica al resultado que se persigue mediante la implementación de este método de resolución de conflictos, que es evitar o poner fin al conflicto, evitando el recurso a la vía judicial, es posible empezar por afirmar que de entre los modelos de mediación examinados con anterioridad, el directivo, facilitador o de resolución de problemas de Harvard es el que aparece como inspirador de la regulación de la mediación en el ámbito jurídico, y también en nuestro ordenamiento, en cuanto la misma se concibe como un «mecanismo jurídico» de solución de conflictos entre particulares, con el objetivo de evitar que el mismo tenga que terminar mediante una resolución judicial, se haya iniciado ya o no el proceso judicial.

Eso no significa que los otros modelos, el transformativo o el circular-narrativo que hemos examinado, no puedan ser igualmente válidos y aplicables como técnicas de

⁴⁷¹ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, *op. cit.* pp. 101-102.

⁴⁷² BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos ...*, *op. cit.* p. 95.

⁴⁷³ Definiría lo que sería el género o tronco común que constituye la esencia de la mediación, con independencia del contexto en el que se aplique; «la mediación familiar, la educativa, la penal, la intercultural, la sanitaria, la laboral, la organizacional... Forman parte de un género o tronco común, transido de los mismos valores o principios que constituyen su esencia». GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. por C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO) Editorial Reus, Madrid 2010, pp. 63-86.

mediación⁴⁷⁴, ni por supuesto que no puedan servir al mismo fin, que es el de la resolución de conflictos⁴⁷⁵ por las mismas partes evitando el recurso a la vía judicial, pero existe, como decimos, una especial incidencia en la resolución de conflictos como objetivo principal en el modelo directivo de la Escuela de Harvard, como existe con carácter general en la normativa que se refiere a la mediación en el ámbito civil y mercantil, que es la que ha sido objeto de examen, que no existe en esos otros modelos.

De hecho la mediación se define en la Escuela de Harvard, comúnmente, por ese objetivo, como un proceso en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable entre las partes y alienta la exploración de soluciones creativas⁴⁷⁶; un método que, en contraste con otros métodos de resolución de disputas, como litigios o arbitrajes, en los que las partes confían a un tercero la determinación vinculante de lo que está bien o mal, se caracteriza por invitar⁴⁷⁷ a las

⁴⁷⁴ Evidentemente existen diferentes formas de afrontar la mediación, que no solo dependen de la combinación de formación y características personales de las partes y del mediador, sino también del contexto en el que el proceso tiene lugar, en el ámbito de la construcción, asuntos civiles, en el ámbito familiar, decisiones sobre la vida o la muerte —en este sentido KOVACH— y las técnicas para facilitar la comunicación no serán las mismas, sin perjuicio de que en los asuntos civiles el objetivo sea la consecución de un acuerdo. KOVACH, K. K., «Mediation», en *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), p. 310.

⁴⁷⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, en el ámbito de la resolución de conflictos relacionados en relación con las necesidades y derechos de las personas con discapacidad se señala que «se deben valorar los beneficios de la utilización de la mediación en la construcción del empowerment y el reconocimiento de la persona con discapacidad, como la capacidad de la mediación en crear un espacio de diálogo creando una convivencia armónica por la consideración y reconocimiento de los derechos de todas las personas con discapacidad»; un objetivo que cabe encuadrar dentro del modelo transformativo o circular narrativo, que no obsta a que pueda plasmarse a veces en acuerdos concretos como la designación de un centro apropiado para la persona con discapacidad, la adaptación funcional de puestos de trabajo, o de accesibilidad. MUNUERA GÓMEZ, M. P., «Mediación con personas con discapacidad: igualdad de oportunidades y accesibilidad de la justicia», en *Política y Sociedad* núm. 50, 2013, pp. 163-178.

⁴⁷⁶ «Mediation is commonly defined as a process in which a third party neutral, the mediator, assists disputing parties in reaching a mutually agreeable understanding among the parties, and encourage the exploration of creative solutions. In others methods of dispute resolution, such as litigations or arbitrations, the parties rely on a third party to make a binding determination of right or wrong. Mediations invite the parties to engage in a potentially creative and collaborative method of problem solving, without forcing a decision on either party». KOVACH, K. K., *op. cit.* p. 304.

⁴⁷⁷ Aunque habrá ocasión de referirse a ello, pero ya adelantamos que la teoría y la práctica, por lo que se refiere a la voluntariedad en la participación en un proceso de mediación, a veces no van de la mano, siendo la obligatoriedad la norma en muchos sistemas de remisión judicial. En este sentido, NOLAN-HALEY, cuando señala que «In the United States, mediation is, in theory, a voluntary, consensual process, based on the principle of party self-determination. The Model Standards of Conduct for Mediators echo this

partes a participar en un método potencialmente creativo y colaborativo de resolución de problemas, sin forzar a una decisión a ninguna de las partes.

Desde este punto de vista, y con base en la regulación y antecedentes legislativos a que hemos hecho referencia, podemos definir la mediación como un instrumento de gestión y /o resolución de conflictos, que es alternativo⁴⁷⁸ o complementario a otras vías como la judicial, aunque no excluyente, que consiste en un procedimiento con sus propias reglas y características en función del tipo de conflicto, de tipo cooperativo y confidencial, orientado a que dos o más partes en conflicto alcancen alguna clase de acuerdo sobre intereses, necesidades o deseos percibidos inicialmente como incompatibles o contradictorios, con la intervención de una tercera persona imparcial, neutral y especialmente cualificada para ello, el mediador profesional, cuyo papel consiste en facilitar la creación de un espacio de confianza y de colaboración recíproca, que facilite la comunicación entre las partes para que sean ellas las que, por sí mismas, lleguen a un acuerdo viable, satisfactorio y duradero, que evite el conflicto, lo resuelva o, al menos, minimice sus efectos.

Dentro de esta línea podemos citar a autores como FOLBERG y TAYLOR, que definen la mediación como «el 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 también a URQUIDI, que la define 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

understanding by emphasizing the importance of informed consent both as to process and outcome. 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». NOLAN-HALEY, J., «Mediation exceptionality», en *Fordham Law Review*. Vol. 78 N°3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009. pp. 1247-1264.

⁴⁷⁸ Alternativo en el sentido de que es posible optar por el para la resolución de un conflicto, en cuanto ejercicio de autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, no en el sentido de que tenga una función igual o semejante a la función judicial. En este sentido, HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 16-17.

participantes. Además, fortalece la autodeterminación y, en su caso, ayuda a minimizar los efectos adversos de una ruptura definitiva de las relaciones»⁴⁷⁹.

De estas definiciones resulta que lo que comparte la mediación con otras formas de resolución de conflictos, como la negociación o la conciliación, es que las partes mantienen íntegro su poder de decisión sobre el litigio, pues ningún tercero puede imponer decisión alguna sobre el mismo; y lo que distingue a este método frente a otras formas primarias de resolución de conflicto como es la negociación, es la aparición de un tercero, el mediador, que es imparcial y neutral, como en la conciliación y el arbitraje, pero que, a diferencia de la conciliación, en principio y con las excepciones que se señalarán al abordar la delimitación entre ambos conceptos en nuestro Derecho, no tiene carácter de autoridad, ni formula propuestas concretas de arreglo; y, a diferencia del arbitraje, no tendrá capacidad decisoria, sino que su papel será simplemente —aunque no sea una tarea nada simple— hacer posibles las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el conflicto, porque «el éxito de la mediación pasa necesariamente por un intercambio de información, teniendo en cuenta que, por regla general, se inicia la negociación desde un clima de desconfianza por ambos lados que deberá ir limándose poco a poco por el mediador»⁴⁸⁰, ayudándoles en su proceso de influencia recíproca para que puedan alcanzar por sí mismas un acuerdo que resuelva el conflicto y evite su judicialización.

Es en este sentido en el que la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, define en su artículo 3 la mediación 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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano

⁴⁷⁹ FOLBERG, J y TAYLOR, A. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México, Limusa, 1997, p.27; y URQUIDI, E, *Mediación. Solución de conflictos sin litigio*, Querétaro, centro de Resolución de Conflictos, 1999, p. 19; ambos citados por VADO GRAJALES, L. O., en «Medios Alternativos de resolución de conflictos», p. 381.

⁴⁸⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.* p. 96.

jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio»⁴⁸¹.

Y, en el mismo sentido, de procedimiento orientado a la obtención de un resultado dirigido por un tercero, el mediador, en el que las partes, por sí mismas, intentan alcanzar un acuerdo para resolver su litigio, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, incide especialmente en su artículo 1 en la finalidad del acuerdo entre las partes, coherentemente con lo que es el objeto de la misma Ley⁴⁸², al señalar de forma muy sintética, que «Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador», tratándose de un procedimiento que viene regido por los principios de voluntariedad y libre disposición (artículo 6), igualdad de partes e imparcialidad de los mediadores (artículo 7), neutralidad (artículo 8), y confidencialidad (artículo 9), debiendo el mediador (artículo 13), entre otras cosas, facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, y desarrollar una conducta

⁴⁸¹ De esta definición resulta la amplitud de su concepción, acogiendo cualquier posible forma en que se pueda estructurar el procedimiento en los diferentes países integrantes de la Unión, la diferencia respecto a la negociación por la intervención de un tercero, el mediador, que podrá ser un juez, siempre que no sea responsable del procedimiento judicial vinculado al conflicto, en cuyo caso —los supuestos de conciliación judicial en el seno de un procedimiento y ante el juez que debe en su caso dictar sentencia— queda excluido de dicho concepto. Para su interpretación también debemos tener en cuenta el considerando 11 de la Directiva que señala que «La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto».

⁴⁸² La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, concibe la mediación como una fórmula de autocomposición que, según su Exposición de Motivos, es un «un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. 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». En el mismo sentido cabe destacar el Preámbulo de la reciente ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación en la Comunidad Valenciana, que incluye todos los procedimientos orientados a tratar o prevenir los conflictos dentro del derecho fundamental de acceso a la justicia, refiriéndose específicamente a la mediación, negociación, conciliación, al derecho colaborativo y al arbitraje, por su importancia en la reducción de la carga de trabajo de los tribunales, mejorando así su efectividad.

activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en la misma Ley⁴⁸³.

En este punto hay que señalar que, como hemos visto, se han utilizado indistintamente conceptos o calificaciones diversas para referirse a una misma realidad, como cauce, método, procedimiento, proceso, pero hay una parte de la doctrina que critica el uso del término proceso⁴⁸⁴, en cuanto que a diferencia del proceso jurisdiccional, concebido como el instrumento por medio del cual el poder judicial cumple su función jurisdiccional, con sujeción a las normas procesales preestablecidas, la mediación se caracteriza por la deslegalización, o pérdida del valor central de la ley en beneficio del principio dispositivo que rige las relaciones objeto de conflicto, y la misma forma de abordar el conflicto. Otro sector doctrinal «critica la identificación de la mediación con un procedimiento. Entiende que dado su carácter informal y flexible ha de quedar

⁴⁸³ En el mismo sentido cabe citar la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado en Cataluña, en cuyo artículo 1 se señala que, «A los efectos de la presente Ley, se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral. 2. La mediación, como método de gestión de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance». También en el mismo sentido la última de las leyes autonómicas publicadas, la Ley 1/2011, de 28 de marzo de Mediación de Cantabria, en cuyo artículo 2 se define muy sintéticamente la mediación como «aquél 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 la controversia, con la asistencia de un mediador profesional».

⁴⁸⁴ En este sentido BARONA VILAR afirma que no es proceso sino procedimiento extra jurisdiccional y que es necesario empezar con una buena delimitación conceptual, 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», con cita de MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ-COLOMER / BARONA) *Derecho jurisdiccional I*, Valencia Tirant Lo Blanch, 20ª ed., 2012, p. 277. 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.

Entendiendo la distinción que realiza MONTERO AROCA entre un concepto y otro, teniendo por objeto de su obra el derecho jurisdiccional, y la distinción entre uno y otro concepto en cuanto que, tratándose de realidades distintas pero interdependientes, la función jurisdiccional se ejerce solo a través del proceso, concepto que hay que distinguir dentro de ese ámbito del concepto de procedimiento, no entiendo que haya que extender el significado dentro del ámbito judicial de esos conceptos a la mediación.

excluido de un procedimiento previo y determinado»⁴⁸⁵, siendo más correcto referirse a la mediación como un método o camino para llegar a un fin.

Por mi parte entiendo que todos ellos son términos que en este ámbito⁴⁸⁶ pueden utilizarse indistintamente. De hecho, al término «método», como camino o cauce, le sería imputable la misma crítica que a los términos proceso y procedimiento, y de hecho la Escuela de Harvard utiliza el término «*process*», proceso, que aparece como sinónimo de «*manner*», «*method*», y «*procedure*» (forma o manera, método, procedimiento), sin que haya por qué identificar dicho término con los de proceso o procedimiento legal («*legal process*», o «*legal procedure*»), siempre que se tenga presente el principio esencial de la flexibilidad que caracteriza la mediación, que es un proceso, procedimiento o método flexible que puede ser definido y redefinido por las partes en disputa una y otra vez en cada caso⁴⁸⁷, adaptándolo a sus necesidades, puesto que son ellas las que determinan «libremente sus fases fundamentales»—siempre con respeto a los principios y reglas generales— como señala la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

⁴⁸⁵ 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.

⁴⁸⁶ Sobre la distinción entre los términos proceso y procedimiento en el ámbito del derecho procesal, señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que conviene evitar la confusión entre ambos términos, porque si bien todo proceso requiere un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso, caracterizándose este último por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento, que no se circunscribe al campo procesal (también hay procedimiento, por ejemplo, en el ámbito administrativo, o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, siendo por tanto la noción de proceso esencialmente teleológica, mientras que la de procedimiento es de índole formal. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *op. cit.*, pp. 115-116.

⁴⁸⁷ «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., *op. cit.* p. 304.

4.- UNA APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN.

La mediación que, como todo el movimiento ADR, tiene su origen en un movimiento que podría denominarse como «antijurisdiccional», con base, como señala BARONA VILAR, en «la idea romántica de buscar soluciones para alcanzar la paz social, la convivencia, el interés por escuchar, por convertir el conflicto en positivo, participar en la solución del mismo [...] y todo ello con el convencimiento de las bondades del sistema para todos, y también para el propio sistema», aparece ahora configurada, como hemos visto, como un mecanismo alternativo o complementario del sistema judicial para la resolución de conflictos, basándose «en otra justificación no tan romántica sino más bien crematística o de eficiencia en términos economicistas»⁴⁸⁸, aunque siga afectando a la misma idea de justicia que se quiere realizar⁴⁸⁹, incorporándose a las leyes de procedimiento, e incluso a las instituciones públicas y a la misma Administración de Justicia, de la que pasa a ser complementaria, más que «alternativa»⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos... op. cit.* pp. 44-45.

⁴⁸⁹ En este sentido FODDAI, que, junto a un uso técnico o estratégico de los ADR, para la consecución de los objetivos de limitar los costes y el tiempo de la Justicia, mejorando el sistema jurisdiccional, se refiere también a un elemento ético que concierne a la misma idea de justicia que con estas prácticas se pretende realizar, más satisfactoria, al permitir a las partes tomar una resolución en común, en lugar de quedar sometidas a la decisión de un juez. FODDAI, M. A., «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid, 2010, pp. 41-62.

⁴⁹⁰ Señala ÁLVAREZ GARCÍA que cuando el Preámbulo de la Ley afirma que la mediación es un sistema alternativo y complementario de la Administración de Justicia, la aparente antinomia se salva porque, en su opinión, «el legislador concibe la mediación como un instrumento alternativo a la vía judicial, en el sentido de que en los conflictos sobre materias disponibles los ciudadanos deben intentar la mediación en primer lugar, y solo si no hay acuerdo instar la acción civil; y, a su vez, desde una perspectiva global del sistema judicial, la mediación también posee un valor complementario porque es otro método —además del judicial— que el Estado ofrece a los ciudadanos para tutelar sus derechos e intereses legítimos, de forma que perfecciona la Administración de Justicia». ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción», en *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 87.

Esta última concepción de la mediación es, dado el objeto de este trabajo, la que nos interesa, en cuanto institución regulada por la ley, conforme a unos determinados principios, sujeta a determinados requisitos, y con unos concretos efectos.

Hablar de la naturaleza jurídica de la mediación se presenta como una cuestión que no es sencilla, y no solo porque en la legislación existente, comunitaria, estatal o autonómica, no se alude a ella de forma explícita, sino porque se trata de una institución que se desarrolla en varios planos, cada uno de los cuales tiene sus propias características y naturaleza jurídica. En primer lugar, el de la relación existente entre las partes, en la que existe un conflicto, y de éstas con el mediador; en segundo lugar el del proceso de mediación en sí mismo considerado, y su vinculación o no con el derecho —la mediación no aparece en principio, como concepto, necesariamente vinculada al derecho, aunque en el ámbito civil y mercantil sea su objetivo la resolución de conflictos y, por tanto, devenga imprescindible su vinculación con el derecho, contractual y procesal—; y, por último, pero no menos importante, el de los efectos del proceso de mediación cuando el mismo sí que aparece vinculado con el derecho, es decir, con un proceso judicial, presente o eventual, para solucionar un conflicto.

De la naturaleza jurídica de la relación entre las partes y el mediador ya nos ocuparemos más adelante, al estudiar específicamente la figura del mediador.

De la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación, como una de las formas de terminación del proceso, y aunque ya lo hemos tratado en parte al referirnos a la negociación, habrá que volver sobre ello, dada su importancia, porque, como señala ROGEL VIDE, «la mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo, o el proceso a la sentencia»⁴⁹¹. La razón es que, de llegar el proceso de mediación a buen término, conviniendo las partes en los términos de resolución del conflicto, finalizará con un contrato de transacción, que por eso se considera por algunos autores como el verdadero antecedente en nuestro derecho de la mediación⁴⁹², al concurrir en ella todos

⁴⁹¹ ROGEL VIDE, C., «Mediación y transacción en el Derecho civil», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Dir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 19-39.

⁴⁹² En este sentido BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO, D. M., RODRÍGUEZ BENOT, A., e IBARRA BORÉS, A., «Introducción», *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 F. LÓPEZ SIMO, F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 50-51.

los elementos, personales, reales y formales, que concurren en la mediación, con la sola excepción de elemento personal que viene a constituirse en definitorio de la mediación, el mediador⁴⁹³, esa tercera persona profesional, imparcial, neutral y competente que ayuda a las partes en ese proceso.

El aspecto de la naturaleza jurídica de la mediación que ahora nos interesa destacar es en cuanto cauce o procedimiento que tiene por objeto «elaborar un proceso, previa aceptación de las partes, en el que éstas puedan manejar el conflicto y estudiar las distintas opciones que tiene para resolverlo»⁴⁹⁴. Se trata de un sistema singular para la resolución de conflictos, de carácter autocompositivo pero asistido por un tercero, el mediador, que es elegido libremente por las partes —aunque eso no ocurrirá en el ámbito de la mediación intrajudicial, y no siempre en la mediación institucional—, que es quien ayuda a las partes a la elaboración de un proceso de negociación que les lleve a debatir satisfactoriamente las posibilidades de un acuerdo⁴⁹⁵, intercambiando información suficiente y relevante, y evitando imposiciones o presiones, para lo que está sujeto a una serie de principios esenciales que vienen establecidos en la Ley 5/2012, LMACM, como son los de voluntariedad y libre disposición (artículo 6), igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (artículo 7), neutralidad (artículo 9), confidencialidad (artículo 9), y buena fe, lealtad y respeto mutuo (artículo 10).

Se trata por tanto de una institución de naturaleza jurídica singular, una especie de *tertium genus*⁴⁹⁶ que estaría constituido por los sistemas alternativos al judicial para la resolución de conflictos, junto a la conciliación y a otros que se pudieran acoger o regular, un proceso, procedimiento o cauce para la resolución de conflictos de carácter voluntario, consensual, contractual, con independencia del origen del nacimiento del propio proceso, y no jurisdiccional, sin perjuicio de su conexión funcional con la jurisdicción⁴⁹⁷,

⁴⁹³ En ese sentido FODDAI cuando señala que la mediación se define por su método, centrado en el rol que desempeña el mediador para facilitar la comunicación entre las partes. FODDAI, M. A., *op. cit.* pp. 51-52

⁴⁹⁴ BERNAL SAMPER, T., «Conflicto y mediación», *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N°11 (2007), p. 113.

⁴⁹⁵ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, *op. cit.* pp. 63 y 105.

⁴⁹⁶ En este sentido SÁEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.* p. 12.

⁴⁹⁷ «[...] los mecanismos autocompositivos de resolución de controversias están pensados únicamente para resolver el conflicto en fase declarativa, pero necesitarán ser complementados por la jurisdicción para la ejecución forzosa, y la adopción de medidas cautelares ejecutivas, además de otro tipo de colaboración,

imprescindible para su efectividad, y que aparece basada en los siguientes «principios filosóficos»⁴⁹⁸:

1. Confidencialidad. Las reuniones se celebran sobre la base de que lo hecho o dicho en mediación no debe ser revelado a un no participante, como garantía de un debate pleno y franco.
2. Voluntariedad. Las partes están presentes en el proceso de mediación porque quieren estar allí, o al menos no les han obligado a estar allí, como premisa de que cooperarán para la resolución de la disputa.
3. Empoderamiento. Las partes son capaces de negociar por sí mismas y de asumir sus propias responsabilidades.
4. Neutralidad. El papel del mediador es simplemente controlar para facilitar el proceso de mediación, no actuar como un juez, ni apoyar un punto de vista de una parte sobre la otra, ni decir qué está bien o mal o prestar asesoramiento. Las partes son las únicas propietarias del contenido.
5. Solución única. Es un principio vinculado al empoderamiento, y significa que la solución no tiene que conformarse a normas legales o comunitarias, a excepción de que suponga incurrir en la ilegalidad, lo que estimula la creatividad y multiplica las posibilidades, al permitir discutir sobre intereses y necesidades y no sobre derechos y resultados legales.

Estos denominados «principios filosóficos» de la mediación aparecen, en buena parte, recogidos en las leyes que regulan esta institución como principios rectores o informadores, constituyendo las notas características que, según algunos autores, la

respecto al nombramiento de árbitros, prueba, acción de anulación *exequatur*, etc. Por lo anterior se podría decir que le arbitraje, la mediación y la conciliación, más que sistemas alternativos a la jurisdicción son sistemas complementarios de la misma». SAN CRISTOBAL REALES, S. «Sistemas alternativos de resolución...», *op. cit.* p. 53.

⁴⁹⁸ SPENCER, D., BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 84-85.

diferencian de otras figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁹⁹, y a partir de las cuales se derivan derechos y obligaciones para las partes que intervienen en el proceso. Ello justifica que más adelante nos tengamos que referir más ampliamente a algunos de estos principios rectores, «en cuanto comportan las proposiciones fundamentales o las normas esenciales a partir de las que se debe desarrollar la mediación»⁵⁰⁰.

La singularidad de la naturaleza jurídica de la mediación, como un sistema especial de solución de conflictos regido por estos principios informadores propios, nos lleva a plantearnos, antes de entrar en profundidad en su estudio y en las tensiones a las que se ven sometidos, su distinción frente a otros métodos e instituciones, también alternativos al sistema judicial, para la solución de conflictos.

5.- DELIMITACIÓN DE LA MEDIACIÓN FRENTE A OTROS CONCEPTOS AFINES.

Las características que aparecen tan sintéticamente señaladas en la definición que la Ley 5/2012 hace de la mediación, son las que sirven precisamente para distinguirla de otras instituciones, que se refieren también a la resolución de conflicto al margen del proceso jurisdiccional, y para delimitar el concepto de mediación en el ámbito civil y mercantil que es acogido por nuestro ordenamiento.

Esa delimitación es necesaria dada cuenta, por ejemplo, los amplios términos con que se acoge el concepto de mediación por la Directiva 2008/52/CE, como tampoco podemos obviar que el artículo 456.2 LOPJ establece entre las funciones de los Letrados

⁴⁹⁹ SIGÜENZA LÓPEZ, partiendo de que los principios de una institución son las primeras proposiciones que la inspiran, las razones fundamentales y criterio que constituyen los puntos de partida a partir de los que comienza su estudio, considera dichos «principios» —exceptuando el de la confidencialidad— como un simple conjunto de notas que caracterizan la actuación del mediador, y unas reglas básicas para que se pueda desarrollar cualquier negociación. SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Concepto y rasgos definitorios de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», en Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal (Directores J. SIGÜENZA LÓPEZ, G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, Coordinadores R. CASTILLO FELIPE, S. TOMÁS TOMÁS), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 84-85.

⁵⁰⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, op. cit. p. 157.

de la Administración de Justicia la dirección de las conciliaciones, «llevando a cabo la labor mediadora que le es propia», y que es posible que sigan existiendo otro tipo de mediaciones y otros tipos de autocomposición en la gestión de conflictos que, en principio⁵⁰¹, carecerán de los efectos que la ley reconoce a las que se realizan a su amparo.

La delimitación frente a esas figuras afines deviene además necesaria para determinar con precisión el concepto de mediación, no solo positivamente mediante su definición, sino negativamente, diferenciándola de esos otros sistemas de resolución de conflictos, dejando al margen la negociación, en la que no interviene un tercero profesional, al menos en los términos en que interviene en una mediación.

Limitándolo a las instituciones existentes en nuestro derecho, nos vamos a referir, a continuación, al contrato de compromiso, al arbitraje, a la transacción, a la conciliación, y a la jurisdicción voluntaria.

5.1.- EL CONTRATO DE COMPROMISO.

Al contrato de compromiso se refería el Código Civil, en sede de obligaciones y contratos, en el capítulo II, del Título XIII, del Libro IV, artículos 1820 y 1821, definiéndolo como aquel contrato por el que las mismas personas que tenían capacidad para transigir, y sobre las materias sobre las que podían transigir —puesto que la misma regulación existente para el contrato de transacción era aplicable al de compromiso—, podían «comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas», debiendo estar a lo que al respecto recogía la LEC de 1881, en los artículos 790 a 839, que se referían a los juicios de árbitros y amigables componedores, resolviéndose los primeros por personas vinculadas al derecho, y los segundos por personas legas en dicha ciencia.

Dichos preceptos fueron implícitamente derogados por la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, y explícitamente por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de

⁵⁰¹ Nada impide que, en determinados casos, las partes que tenían un conflicto, y que lo han resuelto por ellas mismas con la intervención del tercero que han tenido por conveniente, reúna o no los requisitos de la Ley 5/2012 y esté o no inscrito en ningún Registro, y que ha ejercido una labor de mediación, en sentido amplio, en la forma en que ambas partes han acordado, en ejercicio de los principios de libertad de pactos y de libre disposición, y dentro de sus límites, acuerden elevar a escritura pública esos acuerdos (por ejemplo en conflictos entre empresas), o cualquier otra forma de homologación judicial (por ejemplo en casos de familia), para obtener un título ejecutivo, si bien la fortaleza del título no será la misma en todos los casos, dependiendo de la condición de ese tercero.

Arbitraje, que derogó la Ley anterior, y declaró sin contenido el Capítulo II del Título XII del Libro IV del Código Civil que se refería al contrato de compromiso.

A pesar de la derogación de dichos preceptos, que obedece a la única razón de la regulación del arbitraje, al que se refería el contrato de compromiso regulado por el Código Civil, nada impide que, en virtud del principio de libertad de pactos reconocido por el artículo 1.255 CC, y con los límites que en el mismo se establece —que no sean contrarios a la Ley a la moral, o al orden público—, las partes sean libres de comprometer la solución de su controversia en la forma que tengan por conveniente a un tercero, bien sea en el contrato marco que regule las relaciones más o menos permanentes entre ambas, cuando estas existan⁵⁰², bien sea en un contrato realizado al efecto cuando ya haya surgido una controversia, bien sea en una cláusula de compromiso de resolución alternativa al recurso a la vía judicial inserta en cada contrato particular.

Las posibilidades son muy amplias, tantas como permita la capacidad de disposición, la libertad, y la imaginación de las partes en conflicto, y baste recordar al respecto los medios de resolución alternativos a los que nos hemos referido con anterioridad, tanto al estudiar el origen y desarrollo de los ADR como al referirnos a las figuras primarias de ADR. Pero, en todo caso, siempre que hablemos de contrato de compromiso en sentido estricto —en un sentido amplio se referiría a la forma acordada para la resolución de los conflictos que surjan entre ambas partes, y podría comprender también la sumisión a mediación— nos referimos al compromiso de someter la

⁵⁰² Como ya sabemos, el hecho de que la negociación sea un método apto para la resolución de conflictos no significa que solo adquiera sentido en un contexto conflictivo, de hecho, su ámbito natural sería más bien colaborativo, para establecer las bases de un proyecto compartido. En este sentido AGUILÓ REGLA, J., en *El arte de la mediación...*, *op. cit.* pp. 101-102.

Por eso se puede hablar de sistemas o métodos ADR que son anteriores al nacimiento de un conflicto, como aquellos en los que se quieren establecer los procesos o protocolos para establecer las bases de una colaboración entre las partes, para la consecución de determinados objetivos, y que trata de evitar que se produzcan conflictos, o de minimizarlos y tratar de resolverlos, caso de que terminen por producirse. Como señala MACHO GÓMEZ son muy frecuentes en el comercio internacional, «y especialmente en aquellos contratos caracterizados por ser de gran duración y por implicar una gran inversión e implicar una gran inversión, la resolución de conflictos no comienza cuando surge la controversia, sino cuando se redactan y elaboran los contratos», siendo ejemplo paradigmático los *Relationship Contracting*, término con el que se designa al 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 el *partenering* y el *alliancing*, como hemos tenido ocasión de examinar al referirnos al desarrollo de los ADR. MACHO GÓMEZ, C. «Los ADR...» *op. cit.* p. 426.

controversia a un tercero, que es quien la resuelve, por lo que la diferencia respecto a la mediación es, desde este punto de vista, bastante clara.

Hay, en primer lugar, una diferencia de naturaleza jurídica: mientras que con la mediación nos referimos a un concreto sistema de resolución de conflictos con unas determinadas características que lo definen, al hablar de «compromiso» nos estamos refiriendo al pacto previo del acuerdo entre las partes sobre cómo haya de resolverse el conflicto entre ambas, lo que, si bien desde un punto de vista amplio podría incluir la misma mediación, si las partes a lo que se comprometen es a someterse a ese sistema de resolución, en el sentido de intentarlo por esa vía antes de acudir a otras vías como la arbitral, o la judicial, desde un punto de vista más estricto y ajustado al concepto de compromiso al que se refería el Código Civil, se referirá al compromiso de las partes sobre la sumisión del conflicto a un tercero que será el que resolverá sobre el mismo, que no necesariamente tiene que ser un árbitro ni tener facultad decisoria sobre el mismo.

Hay además otra diferencia esencial, que viene dada por la misma definición del concepto de mediación como un sistema de resolución de conflictos en el que al tercero, el mediador, no le corresponde resolver el conflicto, ni tan siquiera, al menos en principio, apuntar posibles soluciones al mismo⁵⁰³, salvo cuando la ley aplicable lo permita expresamente⁵⁰⁴, sino crear las condiciones necesarias para que sean las mismas partes en conflicto las que lo resuelvan por sí mismas.

5.2.- EL ARBITRAJE

Ya nos hemos referido al arbitraje con anterioridad, a su concepto y naturaleza jurídica como una figura jurídica alternativa y excluyente de la actuación de los tribunales de justicia en la resolución de controversias jurídicas, que se define por ser un

⁵⁰³ El Informe del CGPJ al anteproyecto de ley de mediación civil, de 13 de mayo de 2010, preveía sin embargo que «en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones, y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios interesados».

⁵⁰⁴ Por ejemplo, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia, que señala en su Preámbulo que la actuación del mediador puede limitarse a la simple mediación conciliadora, o hacer propuestas de solución que las partes son libres de aceptar o no, y en el mismo sentido la derogada Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares (artículo 2.c).

procedimiento por el que las partes, mediante la celebración de un convenio arbitral, acuerdan someterlo voluntariamente a un tercero(s), el árbitro(s), que decide sobre el mismo emitiendo una resolución, el laudo arbitral, que es vinculante para las partes como lo sería una resolución judicial, aunque su ejecución, caso de incumplimiento, queda reservada al poder judicial⁵⁰⁵.

Comparte, pues, con la mediación el hecho de tratarse de un sistema de resolución alternativo a la vía judicial, que es respetuoso con la voluntad de las partes, en cuanto convienen de mutuo acuerdo seguir ese método para la resolución del conflicto que les afecta, pero muy limitadamente; en primer lugar porque el arbitraje es excluyente de la vía judicial, frente a la mediación que no lo es, y en segundo lugar por cuanto esa íntima conexión del arbitraje con la Administración de Justicia a que ya nos hemos referido ha hecho que parte de la doctrina y de la jurisprudencia defiendan su carácter jurisdiccional⁵⁰⁶, frente a quienes defienden su carácter puramente contractual, y a quienes defienden la naturaleza mixta, negocial-procesal, del arbitraje por cuanto nace de un negocio jurídico, como es el convenio arbitral, que es el fundamento y límite de la autoridad y competencia de los árbitros, y la función que asume el árbitro es procesal-arbitral, aunque no sea jurisdiccional.

Pero en esa voluntad inicial de someter el conflicto a un método alternativo a la vía jurisdiccional, es en lo único en que se parecen el arbitraje y la mediación, siendo las diferencias a partir de ahí esenciales. Y no solo, y muy principalmente, porque en el caso de la mediación al tercero que interviene en el proceso como mediador no le corresponde resolver el conflicto, como ocurre con el árbitro, ni tan siquiera —en principio, y aun cuando se trate de un punto que habrá que examinar— apuntar posibles soluciones al mismo, sino única y exclusivamente crear las condiciones precisas para que sean las

⁵⁰⁵ COLE y BLANKLEY lo definen, de forma más sintética, señalando que «Arbitration is a process by which a private third-party neutral render a binding determination of an issue in dispute». COLE, S.R., BLANKLEY K.M., «Arbitration», en *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), p. 318.

⁵⁰⁶ El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas (2002), excluye expresamente al arbitraje del concepto de modalidad alternativa de solución de conflictos, por considerar que el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano al procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo del laudo, o sentencia arbitral, es sustituir a la decisión emanada de un órgano judicial, pero con los mismos efectos.

mismas partes las que lleguen a ese acuerdo. También porque, por razón del principio de voluntariedad que rige en la mediación, no existe la obligación de llegar a un acuerdo, y el proceso de mediación puede ser abandonado en cualquier momento, lo que no ocurre en el caso del arbitraje, que solo finalizará con la emisión del laudo resolviendo el conflicto, al igual que lo haría una sentencia. Y también porque, mientras que un arbitraje siempre finalizará mediante ese laudo que es un título ejecutivo, en el proceso de mediación también se puede conseguir un título ejecutivo, pero solo si así lo convienen las partes y cumplen los requisitos necesarios para ello, como es la elevación a escritura pública de acuerdo con lo previsto por la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁰⁷.

5.3.- LA TRANSACCIÓN.

Ya nos hemos referido también con anterioridad, al tratar de la negociación como una de las instituciones primarias en la resolución de conflictos, a la transacción, una figura tradicional de nuestro Derecho, regulada en los artículos 1.809 a 1.819 CC, que es definida en el primero de dichos preceptos como «un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

Se trata, por tanto, de un contrato consensual, bilateral, y sinalagmático, que tiene su causa u origen en la resolución de un litigio o controversia, si bien la jurisprudencia ha matizado que no es esencial al mismo que las obligaciones sean recíprocas, puesto que una cosa es el objeto inmediato de la transacción, que son las recíprocas concesiones de las partes para dar certeza a la relación jurídica controvertida, y otra cosa el objeto mediato, es decir, las concretas concesiones —ese dar, prometer, o retener a que se refiere el Código Civil— sobre una cosa determinada, sin que esté sujeto a ninguna formalidad como requisito para su validez⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ El artículo 517.2.º LEC, tras la reforma realizada por la disposición final tercera, 15, de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, reconoce el carácter ejecutivo junto a los laudos arbitrales, de «los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles».

⁵⁰⁸ STS núm. 391/2009, de 28 de mayo, FD. 2º.

Como ya hemos señalado la transacción puede ser anterior o posterior al nacimiento del litigio entre las partes, en cuyo caso será extrajudicial o judicial, y en este segundo caso puede producirse en el seno del proceso jurisdiccional o al margen del mismo, produciendo en todo caso un efecto novatorio en las relaciones entre las partes, puesto que tiene como efecto principal sustituir las relaciones inicialmente existentes, que son objeto de controversia o han sido puestas en litigio, por las que son fruto de ese acuerdo o transacción, aparte los efectos procesales que pueda tener si el acuerdo o transacción se produce en el seno del proceso ya existente, en cuanto servirá para poner fin al mismo mediante un acuerdo que, una vez homologado judicialmente, constituirá un título que lleva aparejada ejecución, al amparo del artículo 517.2.3ª LEC.

Desde este punto de vista la diferencia entre mediación y transacción es muy clara —la misma que existe entre negociación y transacción—, y es de naturaleza jurídica, al tratarse de conceptos distintos que operan en planos distintos. Mientras que al hablar de mediación nos estamos refiriendo a un concreto procedimiento o sistema de resolución de conflictos, con unas determinadas características que lo definen, que no necesariamente debe de terminar con un contrato de transacción, ni siquiera con un acuerdo, aunque este sea su objetivo primero para la LMACM, cuando hablamos de la transacción nos estamos refiriendo, no al procedimiento de resolución del conflicto en sí mismo —que podría ser por la vía de la negociación, de la mediación o cualquier otro sistema ADR—, sino a uno de los posibles resultados de ese proceso previo de acercamiento, de negociación y de acuerdo sobre la resolución de la controversia, que es a lo que se refiere el Código Civil al regular los efectos de ese acuerdo entre las partes, y también los límites sobre lo que se puede acordar⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ A este respecto, y en relación con el carácter directamente ejecutivo de los acuerdos de mediación que recogía el proyecto de 2011 de Ley de mediación, se refiere HUALDE MANSO, cuando señala que «en coherencia con esta orientación, se daba también nueva redacción al artículo 1816 del Código Civil: “la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial o cuando se hubiere formalizado de acuerdo con los dispuesto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. El Proyecto de 2012 ha cambiado radicalmente la orientación de esta cuestión. Los, a mi juicio, indebidamente denominados tanto en el anterior Proyecto como en el actual “acuerdos de mediación” (término que en puridad debiera reservarse para los que convienen las partes con el fin de iniciar la mediación y no a los que las partes llegan tras seguir un procedimiento de mediación y cuya denominación correcta debiera ser “acuerdos transaccionales”) son en el actual texto elaborado por el Gobierno únicamente ejecutables cuando las partes eleven el acuerdo alcanzado a escritura pública tras haber seguido el oportuno procedimiento de mediación, debiendo presentar al notario el acuerdo acompañado de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (artículo 25,1)». HUALDE MANSO, T. *op. cit.* p. 5.

Por la misma razón, porque no regula ese proceso previo sino el resultado, el contrato de transacción no hace referencia a ningún tercero que pueda intervenir en ese proceso, ni por tanto al mediador, figura que es esencial en la mediación como sistema de resolución de conflictos, puesto que es quien está llamado a servir de nexo de comunicación entre las partes y a procurar de forma activa el acercamiento y la resolución por ellas mismas del conflicto.

5.4.- LA CONCILIACIÓN

Sin duda alguna, la conciliación es la institución más difícil de distinguir, desde el punto de vista conceptual y jurídico, de lo que constituye el objeto principal de nuestro estudio, la mediación, afirmándose por algunos autores 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»⁵¹⁰, dándose además la circunstancia de que hay autores y textos legales que utilizan indistintamente ambos conceptos, como utilizan indistintamente los de «conciliador» y «mediador».

Así sucede, por ejemplo, con PEÑA BERNALDO DE QUIROS, cuando al definir el concepto de conciliación, afirma que se trata de un procedimiento judicial, que los interesados pueden utilizar, con el fin de 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»⁵¹¹.

Dicha concepción coincide con una de las posibilidades reconocidas por el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, cuando al definir la mediación

⁵¹⁰ VELARDE ARAMAYO, M. S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* p. 59.

⁵¹¹ 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.)*, Granada, Comares, 1991, pp. 103-104

expresamente incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio.

Y así sucede también, por ejemplo, con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)⁵¹², en cuyo artículo 1, sobre el ámbito de aplicación de la Ley y definiciones, señala que «3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste la asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculado a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia».

En realidad, dicha ley modelo de la CNUDMI recoge el término de conciliación para referirse a cualesquiera procedimientos de resolución de controversias por el que las partes reciben ayuda de un tercero para solucionarla cuyo papel no es decisorio, al no poder imponer una decisión vinculante, sino que se limita a ayudar a las partes a dirimir la controversia entre ellas. En parecido sentido, pero en referencia a la mediación, la Directiva 2008/52/CE define en su artículo 3 la mediación 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». Se trata en ambos casos de definiciones muy amplias que comprenderían, entre otros, conceptos que jurídicamente es posible y nosotros podemos tratar de distinguir, como son la conciliación y la mediación.

Ya nos hemos referido a la conciliación, al tratarla los sistemas alternativos primarios para la solución de conflictos, y aunque se discute por la doctrina cual sea su verdadera naturaleza jurídica, lo cierto es que desaparecida su necesidad como requisito previo para la admisión de las demandas, al menos en el ámbito civil, estamos ante un acto voluntario y de carácter previo a la presentación de la demanda, que no cabe confundir con ésta, porque no se trata de un acto procesal escrito en el que, en ejercicio de una acción, se solicita una concreta tutela judicial frente a un demandado mediante

⁵¹² Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional (2002): http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf (27/03/2014).

una sentencia, sino, por el contrario, de un medio voluntario para evitar un proceso judicial mediante la consecución de un arreglo amistoso sobre la cuestión controvertida, con la «mediación», originariamente judicial, y ahora del letrado de la Administración de Justicia, que intentará que las partes se avengan, en caso de no hacerlo por sí mismas.

La delimitación conceptual entre conciliación y mediación, como anticipábamos, es más complicada que entre la mediación y otros sistemas ADR, porque en ambos casos no encontramos con unas partes en conflicto, cuya solución tratan de gestionar a través de la intervención de un tercero, que no está facultado para imponer a las partes una solución a la controversia. Ello coincide con buena parte de las definiciones que se dan de la mediación en nuestra legislación, tanto general como autonómica, limitándose en el caso de la conciliación a procurar avenirlas (artículo 471 LEC 1881, artículo 114 Anteproyecto LJV, de 31 de octubre de 2013, y artículo 145 Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria), es decir, reconciliarlas, ponerlas de acuerdo respecto a dicho conflicto, y en el caso de la mediación a procurar ayudar a que las partes alcancen voluntariamente por sí mismas un acuerdo que ponga fin al conflicto, lo que *a priori* no parece que implique una gran diferencia entre ambos conceptos.

Pese a la dificultad, sí que es posible apuntar una serie de ideas y conceptos que permiten distinguirlos:

- 1º Por el momento en que se desarrollan la conciliación y la mediación.

La actividad de conciliación siempre se producirá antes de iniciarse un procedimiento judicial, como ocurre con lo que antes hemos definido como mediación pre-procesal, o durante la celebración del juicio, bien sea en la vista del juicio verbal, normalmente antes de dar inicio a la misma, aunque el momento legalmente previsto en un momento posterior, una vez contestada la demanda y resueltas las cuestiones suscitadas (artículo 443.3 LEC), bien en la audiencia previa, en los supuestos de conciliación judicial.

Es decir, la conciliación no puede ser posterior al proceso judicial, por cuanto dicho acto se agota en un acuerdo, en caso de que las partes se avengan, tanto si es pre-procesal como si es judicial, o en una sentencia en caso de que en uno u otro caso se continúe por la vía judicial, iniciando o continuando el procedimiento judicial que terminará mediante sentencia.

La mediación, sin embargo, puede ser anterior o coetánea a un proceso judicial, como la conciliación, pero también posterior al mismo, como por ejemplo recoge expresamente el artículo 2.2 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, cuando señala que la finalidad de la mediación familiar que regula es «evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, contribuir a poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance, pudiendo tener lugar con carácter previo al proceso judicial, en el curso del mismo o una vez concluido éste».

- 2º Por quién sea el tercero, imparcial y neutral, que ayudará a las partes a avenirse.

Puede afirmarse, con carácter general que, si estamos ante un juez, un letrado de la Administración de Justicia, u otra autoridad competente designada por el Estado estaremos ante un proceso de conciliación, y si es un «mediador», que carece de esa cualidad de autoridad competente, aunque en algunos supuestos sea designado por determinados organismos autonómicos, estaremos ante un proceso de mediación.

En este sentido FODDAI⁵¹³ distingue entre la tradición anglosajona, que considera los términos conciliación y mediación intercambiables, y el modelo francés, que sí los distingue como modelos diferentes de gestión de conflictos, aunque ambos puedan ser judiciales o extrajudiciales, por su diferente marco institucional, y porque mientras que la conciliación se define por su objetivo, conciliar las posiciones de las partes, la mediación se define por su método, centrado en el papel que desempeña el mediador en la facilitación de la comunicación entre las partes.

Es cierto que la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, define como mediador a «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en

⁵¹³ FODDAI, M. A., «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid, 2010, pp. 51-52.

que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación», y señala que este procedimiento incluye la «mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio», lo que en nuestro ordenamiento parece una referencia directa al acto de conciliación pre-procesal. Pero la Directiva tiene un carácter muy genérico en el que se intenta dar cabida a todas las realidades existentes dentro de la Unión Europea. Es en nuestro derecho en el que intentamos deslindar ambos conceptos, viniendo definido el de mediador, frente al carácter de autoridad del que viene investido el conciliador, por su carácter de «profesional», concepto que obviamente no se refiere a la profesionalidad de ese tercero encargado de gestionar el conflicto, lo que también se podría predicar de un juez, del letrado de la Administración de Justicia o de cualquier otra autoridad, sino como perteneciente o relativo a la profesión de mediador.

En este sentido es muy claro el Preámbulo de LMACM cuando señala que la mediación «está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto»; un profesional de la mediación que carece de ningún tipo de autoridad conferida por el Estado y que, como establece el artículo 11 de la misma ley, debe reunir una serie de condiciones, como es ser una persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles, estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior, contar con formación específica para ejercer la mediación mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones acreditadas, y tener suscrito un seguro que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación, lo que no tiene nada que ver, como es fácil de observar, con un juez o con un letrado de la Administración de Justicia⁵¹⁴.

⁵¹⁴ En el mismo sentido se pronuncian, con diferentes requisitos en cada caso, las diferentes leyes autonómicas que han regulado la mediación en nuestro país. Así la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar de Galicia, define en su artículo 2 la mediación precisamente por la intervención del mediador profesional al señalar que «Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente Ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada, a su problemática matrimonial o de pareja». También en el

- 3º Por el proceso de elección de ese tercero imparcial y neutral, y la capacidad de éste de aceptar o no dicha elección, también es posible distinguir entre conciliación y mediación, y es consecuencia necesaria del punto anterior.

El juez al que tienen derecho los españoles para hacer efectivo el derecho la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.2 CE, es el predeterminado por la Ley, lo que supone que se respeten los criterios de distribución de competencias entre los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria que se determinen en la legislación, incluyendo la competencia por razón de la materia que se confiere a cada orden jurisdiccional, así como los criterios de distribución de competencias territorial, objetiva y funcional en cada uno de los órdenes jurisdiccionales. No está permitida, por tanto, la elección de juez o letrado de la administración de justicia que haya de practicar la conciliación, siendo aquel al que le corresponda según el orden jurisdiccional, partido judicial y juez o letrado al que por turno corresponda según las normas objetivas de reparto.

El proceso de mediación, sin embargo está basado en el principio de voluntariedad⁵¹⁵, según el cual las partes son libres de acogerse a la mediación, de desistir en cualquier momento sin que pueda derivarse sanción alguna por esta circunstancia, y de alcanzar los acuerdos, conforme a derecho, que estimen oportunos, y esa voluntariedad alcanza también a la persona del mediador quien, por su parte, puede declinar su designación, negarse a comenzar el proceso de mediación, suspenderlo o darlo por finalizado una

mismo sentido la última de las leyes autonómicas publicadas, la Ley 1/2011, de 28 de marzo de Mediación de Cantabria, en cuyo artículo 2 se define muy sintéticamente la mediación como «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 la controversia, con la asistencia de un mediador profesional».

⁵¹⁵ Respecto a este principio, se pregunta VÁZQUEZ DE CASTRO, «¿Debe ser la mediación asumida espontáneamente? ¿Si existiese alguna derivación obligatoria no funcionaría la mediación? Sobre estas cuestiones parece haberse asumido que la obligatoriedad de una sesión informativa sobre las posibilidades del proceso de mediación no rompe el principio de voluntariedad [...]. En España, el frustrado Proyecto de Ley se limitaba dicha obligatoriedad a los juicios verbales (6.000 Euros) que consistan en una reclamación de cantidad (artículo 7.1 Proyecto de Ley)». VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en el marco...» *op. cit.* p. 20.

Se trata de un punto que ya hemos tratado en parte al referirnos a la implementación de los ADR en Europa y en España, y sobre el que habrá que volver al tratar del principio de voluntariedad.

vez comenzado si apreciara que no se dan las circunstancias adecuadas para su desarrollo, lo que tampoco es posible para el juez, letrado de la Administración de Justicia u organismo del Estado ante el que se desarrolla el acto de conciliación, supuestos en los que el conciliador está obligado a continuar con dicho proceso hasta el final, terminando con la avenencia o no de las partes en conflicto, y dictando la resolución que proceda en cada caso.

En este sentido, el artículo 16 LMACM dispone que «1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación»; dicha designación del mediador por un tercero solo está prevista, por tanto, cuando se elija voluntariamente la institución mediadora, en cuyo caso será ésta la que designe al mediador o mediadores, o en los supuestos de mediación familiar, cuando no haya acuerdo en la designación del mediador, o se trate de supuestos de prestación gratuita de dicho servicio de mediación, en cuyo caso la designación recae en la Consejería con competencias en la materia, como recogen las distintas leyes autonómicas⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Así, por ejemplo, el artículo 12.2 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia, cuando señala que «La persona mediadora, en todo caso, será designada de común acuerdo por las partes de entre las inscritas en el registro a que hacen referencia los artículos 5 y 18. Si no fuera así, tendrán que aceptar la persona habilitada y designada como mediadora por la Consellería competente en materia de familia para el desarrollo de esas funciones»; el artículo 31 de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunidad Valenciana, señala que «1. Las partes en conflicto de mutuo acuerdo, o una de ellas con el consentimiento posterior de la otra, podrán: a) Designar a una persona mediadora de entre las inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunidad Valenciana. b) Solicitar su designación a una entidad o a la consellería competente en materia de mediación. Mediadora. 2. La consellería competente en materia de mediación designará a las personas mediadoras de entre las inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunidad Valenciana, en los siguientes supuestos: a) Mediación gratuita contemplada en esta ley. b) Por derivación de un procedimiento judicial o arbitral, cuando las partes no alcancen un acuerdo sobre la persona o entidad mediadora en el supuesto previsto en el artículo 30.4 de esta ley»; el artículo 6 de la Ley 1/2006, de 6 de abril de Mediación familiar de Castilla y León, cuando señala entre los derechos de las partes «d. Elegir de común acuerdo, salvo en los supuestos de mediación familiar gratuita, un concreto profesional mediador inscrito, o uno nuevo, también de común acuerdo, en el caso de falta de conformidad de alguna de las partes con las actuaciones del inicialmente elegido»; el artículo 9 de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación en la Comunidad de Madrid, que señala como derechos de las partes en conflicto: «a) Elegir un mediador de entre los inscritos en el Registro», señalando su artículo 17, sobre la designación del mediador, que «Las partes interesadas en iniciar un procedimiento de mediación, según lo previsto en la presente Ley, seleccionarán, de común acuerdo, un mediador de entre los inscritos en el Registro de Mediadores Familiares»; el artículo 11. Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias, cuando señala «El mediador familiar se designará, de entre inscritos en el Registro de Mediadores Familiares a que se refiere el artículo 25 de esta Ley, del siguiente modo: a) De común acuerdo por las

- 4º Por el papel que desempeñan esos terceros, conciliador y mediador, respecto a las partes en conflicto.

Ambos coinciden en lo básico, en que no pueden imponer una decisión a las partes en conflicto, pero en la mediación puede afirmarse que existe una mayor incidencia en el principio de neutralidad que debe regir, entre otros, la actuación del mediador, hasta el punto de que mientras que en la conciliación no es necesario, pero es posible —al menos en teoría, la realidad, como hemos visto, va por otro lado— que por el conciliador se formulen propuestas de solución a las partes en conflicto, que estas son libres de aceptar o no, o de tomar como nuevo punto de partida del debate, parece más difícil aceptar que eso pueda hacerlo el mediador, y que la posibilidad de formular propuestas de solución esté comprendida dentro de esa «intervención activa orientada a la resolución de controversias» a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, que termina dicha frase diciendo «por las propias partes».

Es cierto que en la Ley 5/2012 (LMACM) no existe una prohibición expresa de que el mediador realice propuestas, señalando su Preámbulo que «El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes

partes o a instancia de una de las partes aceptada por la otra. b) Por la persona jurídico-privada de mediación familiar a la que se solicita la mediación. c) Por la Consejería competente en materia de bienestar social, cuando así se solicite por las partes»; el artículo 15 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, que señala entre los derechos de las partes el de «2. Elegir un mediador entre los inscritos en el registro»; y en parecidos términos el artículo 11. Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de normas reguladoras de la mediación familiar en las Islas Baleares, que señala que «2. En los casos de mediación prestada por un servicio público, corresponde al Servicio de Mediación designar al mediador o a la mediadora que corresponda. Se debe designar a la persona a quien corresponda por turno de reparto, teniendo en cuenta la localidad donde se debe llevar a cabo la mediación. 3. En caso de que lleven a cabo la mediación entidades de derecho privado o colegios profesionales, los sujetos de las partes en conflicto tienen la facultad de elegir el mediador o la mediadora de común acuerdo entre las personas que consten en la lista que la entidad o el colegio profesional les facilite. En caso de que no lleguen a un acuerdo sobre el mediador o la mediadora, corresponde a las entidades de derecho privado o a los colegios profesionales designar a quien corresponda entre la lista de personas inscritas en sus registros»; y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en cuyo artículo 5 declara que «3. La voluntariedad alcanza también a la persona mediadora, quien puede declinar su designación», y en su artículo 15.3 que «La Consejería competente en materia de Justicia ostentará en materia de mediación las siguientes competencias: i) Designará a la persona mediadora, a falta de acuerdo de las partes, en los casos previstos en esta Ley, y resolverá los incidentes de recusación, en su caso», siendo derecho de las partes en mediación, según su artículo 22 «b) Elegir a la persona mediadora entre las inscritas en el Registro de Personas Mediadoras, salvo que sean beneficiarias del derecho a la mediación gratuita».

y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes [...] La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes»⁵¹⁷, limitándose el artículo 8 —sobre el principio de neutralidad—, a señalar que «Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13», señalando este precepto, respecto a la actuación del mediador en el proceso de mediación, que «1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes», y «2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley».

De dichos preceptos no se deduce inequívocamente la prohibición de realización de propuestas para la solución del conflicto por parte del mediador, y no es ocioso dejar indicado que en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley de mediación civil, de 13 de mayo de 2010, se admite dicha posibilidad cuando, tras señalar que la mediación es un método de solución de controversias basado en la autocomposición, es decir, que son las mismas partes las que tratan de llegar por sí mismas a la resolución de su conflicto, señala que, a diferencia de otros medios de autocomposición, «en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes despegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones, y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios

⁵¹⁷ No era eso lo que decía la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011 que, partiendo de la misma consideración como pieza esencial del modelo del mediador, añadía que a él le correspondía «facilitar y encontrar una solución dialogada y voluntariamente aceptada por las partes», con lo que parecía aceptar la posibilidad de que pudiera realizar propuestas de solución, aunque en la regulación de la mediación, del principio de neutralidad y de la actuación del mediador no haya diferencias entre uno y otro texto. Consideramos que es una obviedad, que no sirve como argumento para apuntalar la posibilidad de que el mediador pueda hacer a las partes propuestas de solución, afirmar que tales propuestas deben ser aceptadas por las partes, porque en caso contrario ni siquiera estaríamos en el ámbito de la autocomposición del conflicto, y habiéndose mantenido el texto de los preceptos que se refieren a la mediación y a la actuación del mediador, no creo que sea casual la modificación del texto de la Exposición de Motivos, haciendo desaparecer esa función de «facilitar y encontrar una solución dialogada» a que se refería el proyecto de ley de 2011.

interesados»; y añade con posterioridad, en relación con el principio de neutralidad, que «hay que apresurarse a puntualizar que el dato de que el mediador no posea capacidad para imponer una solución no significa que no pueda formular propuestas de solución, o adoptar una actitud activa en busca del arreglo. De hecho, al tratar de las obligaciones del mediador, el artículo 16.1.II de dicha norma señalaba cómo “el mediador está obligado a desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley”. Quiere decirse que el Anteproyecto se decanta, a pesar —podría decirse— de proclamar el principio de neutralidad, por un modelo de mediación valorativa (en el ámbito anglosajón se habla de *evaluative mediation*, para distinguirla de la *facilitative mediation*, en la que el mediador conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni ofrecer propuestas de solución); lo cual es conforme con el régimen de la Directiva, que en este punto deja a las partes plena libertad».

Pero también es cierto que dicha posibilidad no aparece específicamente recogida entre las atribuciones de los mediadores, y que cuando el legislador, aunque sea el autonómico, ha querido recoger expresamente esa facultad, lo ha hecho⁵¹⁸.

— Así lo hizo la Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia, cuando tras señalar en el Preámbulo que corresponde al mediador profesional posibilitar la apertura de vías de comunicación entre las partes en conflicto, proporcionándoles un procedimiento de negociación que les permita alcanzar soluciones satisfactorias, sin facultades decisorias o dirimentes, admite la

⁵¹⁸ NIEVA-FENOLL, en contra de la distinción, 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» —NIEVA-FENOLL, J., *Derecho Procesal I ...op. cit.* p. 22.—, rechazando la distinción entre ambas por la existencia del *consilium* —consejo o propuesta de acuerdo— que definiría al conciliador frente al mediador, pero afirma que esa distinción es forzada 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», sin que eso signifique que se haya extralimitado, opinando que habría que hablar de conciliación y mediación como de una única institución. NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: una “alternativa” ...», *op. cit.* pp. 84-85.

posibilidad de que pueda formular propuestas al señalar que «En efecto, al limitarse su función a proporcionar auxilio y apoyo a la negociación entre las partes, su actuación se materializará en la simple mediación conciliadora o, en su caso, en propuestas de solución a aceptar, o no, libremente por los sujetos en conflicto; de ello se deduce que esta institución participa, en realidad, de las características técnicas de la mediación y la conciliación». Aunque, en realidad, a dicho argumento a favor de la posibilidad del mediador de formular propuestas se puede objetar que lo admite, precisamente, porque parte de la naturaleza mixta del procedimiento de mediación, que engloba técnicas propias de la mediación y de la conciliación, y dentro de estas últimas sí que es posible la realización de propuestas.

— Y así lo hizo la derogada Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar en las Islas Baleares, en la que se señalaba, en el apartado c de su artículo 2, sobre la neutralidad como principio rector de la mediación, 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, añadía, «puede ofrecerles propuestas de solución». Pero a ello se puede objetar que el nuevo artículo 2, apartado, c, de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de normas reguladoras de la mediación familiar en las Islas Baleares, que deroga y sustituye a la anterior dice ahora que: «c) Neutralidad: el mediador o la mediadora ayudará a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en la toma de decisiones», y sin bien es cierto que la no imposición de criterios propios no implica por sí misma que no se puedan formular propuestas sin imponerlas, también es cierto que la eliminación expresa de dicha posibilidad, que sí contemplaba la ley anterior, aboga por la interpretación de que el legislador ha querido eliminarla en aras del principio de neutralidad.

— En sentido completamente contrario, sin embargo, se ha manifestado la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, que señala expresamente en su artículo 8, sobre los principios rectores de la mediación familiar, y en relación con el deber de neutralidad, que «f) Neutralidad. El poder de decisión recae en las partes. 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. Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación». Y en el mismo sentido, también expresamente contrario a dicha posibilidad de formular propuestas, el artículo 6 de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, señala que «2. El poder de decisión recae en las partes. La persona mediadora deberá abstenerse de proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación. Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación».

El resto de las leyes autonómicas no se pronuncia expresamente sobre dicha posibilidad de hacer propuestas, ni a favor ni en contra, como ocurre con la legislación estatal, y la cuestión no es baladí, tanto porque la Ley 5/2012 de mediación, como la generalidad de las normas autonómicas, se refiere a la responsabilidad civil de los mediadores por el incumplimiento de sus obligaciones, actos u omisiones en el ejercicio de la mediación, una de las cuales sería sin duda el respeto del principio de neutralidad, dentro del que se encuadra esa facultad, como por la responsabilidad en la que podría incurrir el mediador si se llegara a aceptar por las partes una propuesta suya que fuera errónea.

Sin embargo, pese a que no se diga expresamente, abona la solución negativa a la cuestión de si el mediador puede realizar propuestas —además de los antecedentes ya citados— la caracterización que se realiza de su función que, en general, se refiere a la ayuda a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio, «limitándose la persona mediadora a poner en manos de las partes las técnicas y la información necesaria para alcanzar acuerdos» (Preámbulo de la derogada Ley 7/2001 reguladora de la mediación familiar en Valencia), «sin tomar parte por una solución o medida concreta» (artículo 9. G de la misma, y artículo 8 de la Ley 15/2003, de 8 de abril de mediación familiar de Canarias), debiendo generar un marco que facilite la comunicación entre las partes, promoviendo que sean «ellas mismas» las que propongan soluciones pactadas a los conflictos (Preámbulo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León,

artículo 22.c de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar del Principado de Asturias, y artículo 1.1 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña), «sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta y sin tomar parte» (artículo 6.2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña, y en el mismo sentido el artículo 7 de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana), «ni influir en las decisiones de las partes en conflicto» (Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón).

La gravedad que se atribuye al incumplimiento del deber de neutralidad en todas esas leyes abundaría en la conclusión de que incluso aquellas que no se pronuncian expresamente en contra no contemplan la posibilidad de que el mediador pueda formular propuestas de solución, salvo que la ley expresamente diga otra cosa, como ocurre —por la razón dicha de que, no es que sea propio de la mediación, sino de que prevé la posibilidad de que el mediador pueda utilizar técnicas propias de la conciliación, como es la realización de propuestas— con la ya citada Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia⁵¹⁹.

No es ajena a dicha conclusión el hecho, que no puede ser calificado de casual, de que por el legislador se haya eliminado de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 de 6 de julio la referencia que hacía la Exposición de Motivos del proyecto de ley de mediación de 2011 a la función del mediador de «facilitar y encontrar una solución dialogada y voluntariamente aceptada por las partes», expresión que, como hemos señalado con anterioridad, permitía una interpretación de los preceptos referentes a la neutralidad y actuación del mediador (artículos 9 y 14 del proyecto), que le autorizaban a realizar esas propuestas de arreglo; dicha posibilidad puede considerarse que desaparece con la actual redacción de la Exposición de

⁵¹⁹ VÁZQUEZ DE CASTRO, tras referirse a la flexibilización del principio de neutralidad con el objetivo de procurar que exista un equilibrio y evitar que los acuerdos se adopten con vicios del consentimiento, señala que «Estas situaciones requieren una posición más activa del mediador, aunque tampoco pasa por realizar propuestas de acuerdo a las partes. No obstante, también en Italia podría considerarse obviado este principio al admitirse la posibilidad para el mediador de formular una propuesta de acuerdo, tanto si las partes así lo solicitan, como motu proprio en el caso de que no sea posible alcanzar un acuerdo (Artículo 11 del Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010)». VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en el marco...», *op. cit.* p. 21.

Motivos que se limita a decir que el mediador es «quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes», y ello pese a que los artículos 8 y 13 de la Ley 5/2012, que se corresponden con los artículos 9 y 14 del proyecto, conserven la misma redacción.

Y, por último, tampoco es ajena a dicha conclusión el carácter de autoridad con la que está revestida la figura del conciliador —juez, letrado de la Administración de Justicia— cuya neutralidad se presume, y se considera que no se verá afectada por la realización de propuestas, lo que no ocurre con los profesionales de la mediación, respecto a los que no es necesario que falten a su obligación de neutralidad al formular alguna propuesta de solución, porque basta que pueda ser así percibido por cualquiera de las partes en conflicto, normalmente aquella más lejana a la propuesta realizada, para acabar con el proceso de mediación⁵²⁰.

Pese a ello, afirmar en este momento que la mediación debe ser necesariamente facilitativa, y que no es posible una mediación valorativa o evaluativa, sería prematuro, y habrá que volver a examinarlo al tratar del mediador y del principio de neutralidad.

- 5° Por los distintos efectos en caso de avenencia entre las partes, según que ese tercero, imparcial y neutral, que ayudará a las partes a avenirse, sea un conciliador o un mediador.

En la conciliación, caso de que llegue a buen término, el acuerdo de las partes termina necesariamente —como consecuencia necesaria de su tramitación ante unos órganos revestidos de autoridad, como son el letrado de la Administración de Justicia o el juez de paz—, con un título, el testimonio del acta junto con el del decreto del letrado de la Administración de Justicia o del juez de paz, que tiene fuerza ejecutiva, conforme establece el artículo 147 LJV en relación con el artículo 517.2.9° LEC.

⁵²⁰ En este sentido GUTIÉRREZ SANZ «El mediador no se decanta por ninguna solución, aun cuando considere que es la que con más equidad resuelve el problema. El mediador simplemente asiste facilitando un diálogo, una comprensión, una exteriorización de las voluntades y de lo que subyace al conflicto; en definitiva, son las partes las únicas que proponen aquello que les satisface para salir del conflicto sin que se sientan como perdedores. El conciliador, sin embargo, ayuda a las partes a llegar a un acuerdo, lo hace recomendando lo que él cree que es lo mejor, valorando la propuesta a la que llegan. De esta forma adelanta su propia opinión, su propio juicio». GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación... op. cit.*, p. 40.

En el caso de la mediación, la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo señala en su considerando 19, que «La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole». La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de mediación, señala que «Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo —si las partes lo desean— lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales. En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio».

Es decir, en el caso de la mediación, el acuerdo de las partes solo tendrá carácter ejecutivo si las partes así lo acuerdan, como pueden acordar libremente en el resto de las cuestiones que están sometidos a su libre disponibilidad, y realizan los trámites oportunos para ello, como es la elevación a escritura pública⁵²¹.

⁵²¹ Señala CALATAYUD SIERRA que del artículo 25 de la Ley 5/2012 «hay que empezar por destacar dos ideas básicas. Una que aparece de forma explícita; que la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación es una facultad de las partes. La segunda: que dicha elevación es requisito para que el acuerdo tenga eficacia ejecutiva. Aunque el precepto no lo dice de modo expreso, no hay duda sobre este particular. No solo es que se trata del primer artículo del Título V de la Ley, “ejecución de los acuerdos”, y que el epígrafe del precepto sea “Formalización del título ejecutivo”, sino que el artículo 517.2.2 LECiv, en la redacción que le ha dado la Disposición Final Tercera, número 15, de la propia Lmed, incluye entre los títulos ejecutivos: 2 Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La solución resulta coherente con el régimen general en materia de formación de títulos ejecutivos en nuestro Derecho, que excluye de dicha condición los documentos puramente privados. Téngase en cuenta que el acuerdo de mediación no deja de ser un acuerdo privado y su formalización por las solas partes genera un documento privado, que en nuestro Derecho carece de fuerza ejecutiva». CALATAYUD SIERRA, A., «Elevación a escritura del proceso de mediación», *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, CALATAYUD SIERRA, a., HERRERO

5.5.- LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La LEC 2000, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, se refería en el apartado V de su Exposición de Motivos a que la misma se configura «con exclusión de la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en Ley distinta, donde han de llevarse las disposiciones sobre una conciliación que ha dejado de ser obligatoria y sobre la declaración de herederos sin contienda judicial», y por ello en su DF 18ª establecía que el gobierno debía remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la ley, plazo que, concluida la *vacatio legis* prevista, finalizó el 8 de enero del 2002, sin que se hubiera cumplido⁵²², manteniéndose hasta entonces la vigencia del libro III de la LEC 1811, sobre la jurisdicción voluntaria, hasta que entrara en vigor la nueva ley.

Finalmente, la citada previsión se hizo realidad con la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que en su artículo 2 señala que se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria, a los efectos de la propia ley, «todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un procedimiento contencioso».

La jurisdicción voluntaria se caracteriza, pues, frente a la jurisdicción contenciosa, por la ausencia de los elementos que definen a ésta, como la falta de controversia y, consecuentemente, la falta de verdaderas partes, la falta de un proceso en los términos contradictorios en que se plantea en la jurisdicción contenciosa, y la falta de una resolución con efecto de cosa juzgada. Como señala LIÉBANA ORTIZ, «Frente a las dos posibles vías de resolución de conflictos (proceso jurisdiccional y ADR), la jurisdicción

PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J., dirigido por BONET NAVARRO, A., Pamplona, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición., 2013, pp. 183-184.

⁵²² Existió un anteproyecto de ley de Jurisdicción voluntaria de 2007, con 306 artículos, que fue retirado por el gobierno el día 24 de octubre de 2007, el mismo día en que iba a ser votado en el Pleno del Senado, y otro proyecto de 31 de octubre de 2013. Accesibles en: <http://www.unioviedo.es/psiquiatria/legislación/documentos/asistencia/2007/anteproyectoJurisdiccionVoluntaria.pdf> (Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2007, fecha de acceso: 08/04/2014), y en URL: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite> (Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013, fecha de acceso: 08/05/2017).

voluntaria es una institución procesal cuya finalidad no es la de resolver conflictos sino, antes al contrario, satisfacer los intereses jurídicos de los particulares, precisamente para la protección, con el debido “desinterés objetivo”, de intereses preferentemente públicos como son la certeza de las relaciones jurídicas, la verificación de las condiciones exigidas legalmente o la tutela de las personas»⁵²³.

Cabe destacar que uno de los objetivos perseguidos por la regulación de la jurisdicción voluntaria es la necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia, como señalaba la Exposición de Motivos del anteproyecto de 2007, y en parecido términos se expresa la vigente LJV al señalar en su Preámbulo (VI) que «Jueces y Magistrados podrán centrar sus esfuerzos en el cumplimiento de la esencial misión que la Constitución les encomienda, como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional y garantes últimos de los derechos de las personas».

Es decir, que esta norma participa de la voluntad del legislador de resolver el secular problema de los atascos en los tribunales de justicia a que se refieren también las leyes de mediación y, en general, todas las iniciativas que pretenden impulsar las ADR para la resolución de conflictos, con lo que se corre el peligro, como señalan PÉREZ FUENTES y COBAS COBIELLA⁵²⁴, de que se confundan «instituciones y figuras históricamente definidas y con funciones bien delimitadas, o lo que es aún más peligroso, que los operadores jurídicos asuman un rol en el derecho que no les corresponda, y que hagan que su propia función pierda la nitidez que la caracteriza.

Cuestión totalmente distinta sería que haya una expansión en el ámbito de empleo de estos instrumentos jurídicos, pero manteniendo los operadores jurídicos la naturaleza de su función. Ejemplo de ello podría ser que un notario ejerza como mediador, pero no dentro del marco de sus competencias y de la función notarial, sino en el ámbito de la Ley de Mediación». Otro ejemplo de ello sería también aquel sobre el que alertábamos con anterioridad, la voluntad de algunos jueces de actuar como mediadores o conciliadores, dentro de un proceso judicial, formulando propuestas y advirtiendo más o menos veladamente —a veces de forma clara y explícita— de las consecuencias de su no

⁵²³ LIÉBANA ORTIZ, J. R., *op. cit.*, p. 159.

⁵²⁴ PÉREZ FUENTES, G.M., COBAS COBIELLA, M.E., «Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia. Una aproximación a la legislación española», UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n.º 137, 2013, p. 652.

aceptación, de las dificultades para ejecutar a que se podía enfrentar el vencedor, o anticipando la valoración de una prueba, siempre «sin ánimo de prejuzgar», faltaría más.

Más allá de la existencia de un procedimiento estructurado, de la común voluntad declarada de resolver los problemas de la Justicia, y de que no existe un proceso judicial, las diferencias entre la mediación y la jurisdicción voluntaria (dejando aparte la conciliación que, pese a que se incluye en la jurisdicción voluntaria, presenta diferencias importantes respecto de ésta como ya hemos examinado) son bastante claras:

- 1º Por la existencia de un conflicto, que es, sin duda, la diferencia más importante entre la mediación y los actos de jurisdicción voluntaria.

Mientras que la mediación como procedimiento se define por la existencia de un conflicto entre dos o más partes que intentan resolverlo extrajudicialmente, por sí mismas, con la ayuda de un mediador que conduce el procedimiento estructurado que es la mediación, ese conflicto no existe en los supuestos de jurisdicción voluntaria, que se definen —como hemos señalado— precisamente por la inexistencia de un conflicto, aunque sin duda pueda surgir en su transcurso.

- 2º Por la existencia de un mediador, como tercero, imparcial y neutral, que ayudará a las partes a resolver el conflicto, y que desempeña su trabajo en los términos ya señalados al delimitar la mediación respecto a la conciliación.

El mediador es, en resumen, un tercero profesional y especialmente cualificado para el ejercicio de esa profesión, que no tiene la cualidad de «autoridad competente», ni ejerce función pública alguna, como sí tienen y ejercen, en distinto grado, jueces, letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, es decir, profesionales del derecho con oposiciones aprobadas y nombrados por el Estado, a los que ya está encomendada, o se les podría encomendar el conocimiento de la llamada jurisdicción voluntaria, y cuyo papel en la resolución del conflicto es netamente distinto del que puedan desarrollar esos otros funcionarios judiciales y profesionales en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria.

- 3° Por el proceso de elección de ese tercero, y la capacidad de éste de aceptar o no dicha elección, también es posible distinguir entre jurisdicción voluntaria y mediación, y es consecuencia necesaria del punto anterior.

El juez o letrado de la Administración de Justicia que intervienen en los procesos de jurisdicción voluntaria son los que vienen determinados por la Ley (artículo 2 LJV), lo que es una garantía elevada a rango constitucional por el artículo 24.2 CE, no estando permitida la elección del juez o letrado ante el que se vaya a practicar el acto de jurisdicción voluntaria, sino que deberá conocer aquel al que le corresponda según esas normas objetivas de reparto, aunque se prevé en ciertos casos, cuando las partes estén de acuerdo y así lo quisieran, la posibilidad de hacerlo ante el notario competente según la legislación notarial (en los expedientes de deslinde y amojonamiento, de declaración de herederos abintestato, de presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados, apertura de escotillas en buques), o ante el registrador mercantil correspondiente (la convocatoria de juntas o asambleas generales).

No existe por tanto la posibilidad de elección, ni en la ley vigente ni en el proyecto, al corresponder la competencia al juez o letrado al que corresponda, según normas objetivas de competencia y reparto de asuntos, mientras que en el proceso de mediación está basado en el principio de voluntariedad, que alcanza también a la persona del mediador quien, por su parte, puede declinar su designación, negarse a comenzar el procedimiento de mediación, suspenderlo o darlo por finalizado una vez comenzado si apreciara que no se dan las circunstancias adecuadas para su desarrollo, algo que tampoco es posible para el juez o el letrado al que corresponde el conocimiento del acto de jurisdicción voluntaria, que además está obligado a continuar con dicho proceso hasta el final.

- 4° Por el papel que desempeñan esos terceros, juez o letrado de la Administración de Justicia y mediador, respecto a las partes que requieren su intervención, que son básicamente distintos.

Mientras la jurisdicción voluntaria se encamina al reconocimiento y promoción de actos que carecen de controversia, la mediación se define,

como hemos dicho, por la existencia de un conflicto, en cuya resolución es una pieza clave el mediador. Como señala la Exposición de Motivos de la LMACM «La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto», un papel que nada tiene que ver con el que desarrollan jueces y letrados en los actos de jurisdicción voluntaria.

- 5º Por los distintos efectos en caso de avenencia entre las partes, según se trate de un juez o letrado o de un mediador.

Mientras que en el primer caso terminará mediante un auto o un decreto en los que se dejará constancia de hechos o se reconocerán actos que hayan producido o deban producir determinados efectos jurídicos de los que no se deriva perjuicio para nadie, porque no hay controversia, en el caso de la mediación terminará mediante el acta final, un documento de carácter privado, en el que se recogerá, en su caso, el acuerdo que se haya alcanzado por las partes en conflicto a través de ese procedimiento, que podrá ser elevado a escritura pública, si las partes lo desean, para constituir un título ejecutivo cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales.

**CAPÍTULO IV.- EL MEDIADOR CIVIL O
MERCANTIL, Y LOS PRINCIPIOS DE LA
MEDIACIÓN**

1.- INTRODUCCIÓN.

Como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, la mediación es un proceso estructurado, voluntario y confidencial de gestión de conflictos, que se caracteriza muy especialmente, hasta el punto de ser un elemento definitorio esencial⁵²⁵ frente a otros sistemas ADR, por la intervención de un tercero imparcial y neutral, el mediador, un profesional cuyo papel consiste en facilitar la comunicación entre las partes para tratar de que sean ellas mismas las que lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto que les concierne, y al que se refiere el punto III del Preámbulo de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, como «la pieza esencial» de todo el procedimiento de mediación, el eje en torno al cual se construye todo el sistema, y del que depende en buena medida su éxito, «puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes».

Consecuentemente, a lo largo de esta exposición, han ido apareciendo referencias a la figura del mediador, al papel que desempeña en el proceso de mediación, y a la delimitación de lo que debe ser su actuación profesional frente a la de otros terceros que desempeñan su propio papel en otras instituciones cuyo objeto también es la resolución de conflictos (el árbitro en el arbitraje, y el juez o el letrado de la Administración de Justicia en la conciliación y en los procesos de jurisdicción voluntaria), que nos han servido para delimitar el mismo concepto de mediación frente a esas otras instituciones. Pero no es suficiente, por la misma razón de esa condición que se le atribuye de «eje central» y elemento definitorio del proceso de mediación, y por eso es preciso abordar de una forma sistematizada el concepto de mediador, sus características esenciales, con especial atención a su formación, y los principios esenciales del proceso de mediación a los que debe sujetarse su actuación en ese proceso.

⁵²⁵ La Ley 4/2001, de 31 de mayo. LG 2001\206, de mediación familiar en Galicia es muy clara y explícita al respecto cuanto en su artículo 2 define la mediación por la intervención de un mediador, al señalar que «Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente Ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador».

Tal vez ese estudio nos lleve a entender algunas de las cuestiones que nos hemos venido planteado, como cual sea ese «plus» que aporta la intervención de un mediador para otorgar distinto grado de ejecutabilidad a una escritura pública otorgada con o sin su intervención, tras un proceso de negociación puro en el segundo caso, o cual sea el «plus» que aporta la intervención de un mediador para otorgar distinta consideración a una escritura pública otorgada tras un proceso de mediación, que a una escritura pública con el mismo contenido otorgada en un acto de conciliación celebrado ante el mismo notario, o ante un registrador de la propiedad o mercantil, conforme a los artículos 81-83 LON, y artículo 103 Bis LH, o se equipara a un auto o a un decreto dictados por un juez de paz o un letrado de la Administración de Justicia.

2.- CONCEPTO DE MEDIADOR EN EL ÁMBITO CIVIL O MERCANTIL.

El concepto de mediador es uno de los conceptos clave para definir la mediación, y, de hecho, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, define en su artículo 3 solo dos conceptos, la mediación en su apartado a), y al mediador en su siguiente apartado, y lo hace de una forma un tanto amplia y genérica, acorde con la intención de abarcar todas las realidades posibles en la Unión Europea, señalando que es «b) “mediador”: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación», pudiendo incluso ser un juez, si así lo permite la legislación nacional. Así lo señala la Directiva en su considerando número 12⁵²⁶, y así queda plasmado en la definición de mediación que da en el apartado a) anterior al señalar que dicho concepto incluye «la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el

⁵²⁶ «(12) La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente».

litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio».

Que el mediador es una figura clave para definir lo que sea la mediación lo reconoce también, expresamente, el Informe del CGPJ al anteproyecto de ley de mediación civil, de 13 de mayo de 2010, cuando al definir la mediación, tras señalar que se trata de un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, es decir, que son las mismas partes las que tratan de llegar por sí mismas a la resolución de su conflicto —distinguiéndose así de otros métodos de resolución heterocompositivos como el arbitraje y la decisión judicial—, señala que, a diferencia de otros medios de autocomposición, «en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones, y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios interesados».

Y en el mismo sentido, de elemento sustancial del procedimiento de mediación⁵²⁷, se pronuncia el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuando señala en el apartado I que «La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto», señalando su artículo 11.1 que «Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión»⁵²⁸.

⁵²⁷ En este sentido, GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P. M. *Materiales para la Práctica de la Mediación*. Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2011, p. 150.

⁵²⁸ Así sucede, por ejemplo, con los jueces y magistrados para los que el artículo 389 LOPJ establece que su cargo es incompatible, entre otras actividades, «5º Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica, técnica y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas »; y lo mismo sucede respecto de los letrados de la Administración de Justicia, para los que el artículo 445 LOPJ dispone que estarán sujetos a las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que jueces y magistrados (con la excepción de la prohibición del artículo 395 LOPJ, que no tiene nada que ver con este tema); y lo mismo sucede respecto del Ministerio Fiscal, cuyo Estatuto Orgánico (Ley 50/81, de 30 de diciembre) establece en su artículo 57, además de la incompatibilidad con el cargo de juez o magistrado, o árbitro, entre otras, la incompatibilidad «5. Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación

Se trata en todo caso, por tanto, de una persona natural, una persona física (o varias, en el caso de co-mediación), nunca de una persona jurídica cuyo objeto sea la mediación, para las que el mismo precepto dispone a continuación que ya «sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley»; es decir que, como en el caso de cualesquiera otras organizaciones, sociedades o agrupaciones de profesionales (las Cortes de Arbitraje, por ejemplo), las personas jurídicas, o las instituciones de mediación, no median, sino que, entre otras cosas, aportan el soporte y la organización para que los profesionales que las integran puedan desempeñar su trabajo profesional.

El mediador, en la medida en que el papel que desempeña en la resolución del conflicto puede ser muy distinto —en función de su configuración legal, del ámbito en el que se desarrolla la mediación (no es lo mismo si es familiar, empresarial, en materia de salud, consumo, intergeneracional o con menores, por ejemplo) e, incluso de la Escuela a que pertenezca—, puede ser definido de diversas maneras, puesto que esa definición contemplará, además de las características más generales, comunes a todo concepto de mediación, las propias del papel que se le otorgue al mediador en el proceso, puesto que toda profesión se define por la ocupación que desempeña en función de su formación especializada, y hasta por el ámbito en el que se desarrolla.

Obviamente, atendiendo al rol que desempeña, no es lo mismo el concepto de mediador de la Ley 4/2001, de 31 de mayo de Mediación Familiar de Galicia, en la que se configura como un tercero especializado, imparcial e independiente, cuya actuación es requerida, por iniciativa de las partes, a efectos de posibilitar la apertura de vías de comunicación entre ellas, proporcionándoles auxilio y apoyo a la negociación, sin facultades decisorias o dirimentes, que se materializará en la simple mediación conciliadora o, en su caso, realizando propuestas de solución a aceptar o no libremente por las partes, con el fin de que éstas puedan alcanzar soluciones satisfactorias para sus situaciones de conflicto familiar —que es un concepto mixto entre mediación y conciliación—, que el concepto que recoge la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, en la que se configura de una manera muy similar a la anterior —«profesional especializado, imparcial e independiente, cuya actuación es requerida, por iniciativa de las partes, a efectos de posibilitar la apertura de vías de comunicación entre

jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, debidamente notificada a su superior jerárquico, y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas».

ellas, proporcionándoles, a este fin, un procedimiento que permita alcanzar soluciones satisfactorias para sus situaciones de conflictos familiares sin necesidad, por tanto, de atribuirle necesariamente facultades decisorias o dirimentes»—, pero con una diferencia sustancial, al prohibir expresamente, en su artículo 8, no solo que pueda sugerir o proponer acuerdos, sino hasta dar su opinión a las partes en conflicto, como parte esencial de su deber de neutralidad.

Y tampoco es lo mismo el concepto de mediador desde el punto de vista del modelo directivo de la Escuela de Harvard, que en el de mediación transformativa, o en el modelo circular narrativo, aun cuando se trate solo, inicialmente, de diferentes técnicas de mediación y en todos los casos los profesionales que intervienen puedan ser calificados de mediadores, como hemos tenido ocasión de comprobar al examinar esas escuelas.

No es lo mismo el facilitador de acuerdos del modelo de Harvard, que invita a las partes a participar en un método potencialmente creativo y colaborativo de resolución de problemas, promoviendo el intercambio de información y la exploración de soluciones creativas que satisfagan los intereses de ambos, que el que mediador transformativo de la interacción entre las partes en conflicto, que trata de ayudarles en su mutua revalorización y reconocimiento, para pasar de lo negativo y destructivo a lo positivo y constructivo, apoyándolas para que ejerciten sus capacidades de fortaleza y respuesta mediante la deliberación, la toma de perspectiva, la comunicación y la toma de decisiones. Y ninguno de ellos es lo mismo —aunque todos sean mediadores— que el destructor de historias «oficiales» del modelo circular-narrativo, que se dedica a cuestionar el carácter objetivo de las historias construidas por las partes en conflicto mediante la construcción de nuevas narrativas que las desestabilizan, para así introducir una flexibilidad en las posiciones iniciales que permita a las partes afrontar el conflicto desde una nueva perspectiva en la que ellos, y no la historia construida, sean los protagonistas.

Atendiendo a ese rol de facilitador de acuerdos propio de la escuela de Harvard, se ha señalado por algunos autores, como CORSON PEREIRA y GUTIÉRREZ HERNANZ, que la figura del mediador es distinta a la del juez, porque no da consejos, ni opiniones, ni decide, y tampoco es un terapeuta; es, sencillamente, un tercero «neutral» que desempeña un papel muy concreto en el conflicto: «Facilitar una discusión centrada en los intereses, mediante técnicas relativas al proceso y la comunicación entre las partes, que permita desvelar las preocupaciones y problemas de las partes, e implicándolas en la

búsqueda de soluciones y acuerdos».⁵²⁹ El mediador, afirma BARONA VILAR, es «el tercero neutral que va a trabajar con las partes en aras de alcanzar un posible acuerdo al finalizar el proceso de mediación»⁵³⁰.

En otro sentido, solo parcialmente coincidente, se ha definido por ÁLVAREZ SACRISTÁN al mediador como la «persona con la suficiente formación específica, capacidad negociadora e imparcialidad acreditada, que se interpone entre dos o más partes en conflicto para que, con el correspondiente asesoramiento técnico, pueda ofrecer una solución equilibrada y aceptada por las partes»⁵³¹. Se trata, pues, de un concepto del que se deduce que tiene la capacidad de aconsejar a las partes, dentro de los conocimientos que se le supone que posee por estar intelectualmente por encima de las partes respecto a la materia que es objeto de controversia, pudiendo realizar propuestas a tales efectos.

Habrà que volver sobre ello, al tratar de los principios esenciales que deben informar la mediación y, por tanto, el papel desempeñado por el mediador, pero como de lo que se trata es definir y delimitar el concepto de mediador en el ámbito civil y mercantil, tal y como aparece configurado por nuestro ordenamiento jurídico, podemos señalar que en este ámbito civil y mercantil el concepto es en general bastante uniforme, con algunas excepciones⁵³², configurándose como una tercera persona ajena a las partes en conflicto, profesional, imparcial y experta, sin capacidad para tomar decisiones, que tiene como función la de ayudar a las partes en conflicto facilitándoles, a través de un procedimiento estructurado que es la mediación, la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio, generando un marco que facilite la comunicación y poniendo en su manos

⁵²⁹ CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014, pp. 47-48.

⁵³⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...op. cit.*, p. 101.

⁵³¹ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. «El mediador en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley* núm. 8328, de 9 de junio de 2014, La Ley 3270/2014, pp. 10-16.

⁵³² Son excepciones, por ejemplo, a señalada de la Ley de Mediación familiar de Galicia, la regulación de los procesos de acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere la Ley 22/2003, de 22 de julio concursal tras la introducción del nuevo Título X, por el apartado siete del artículo 21 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en el que se prevé el nombramiento de un mediador concursal que deviene administrador concursal en caso de fracaso del acuerdo extrajudicial, o la más reciente Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social de la Generalitat de Cataluña, que no solo permite sino que ordena al mediador realizar unas propuestas tan concretas como es un plan de reestructuración de la deuda, y un plan de saneamiento, y negociarlo con las partes, vinculado a otras previsiones en relación con el proceso que tienen implicaciones en un principio esencial como la confidencialidad.

las técnicas y la información necesaria para alcanzar acuerdos justos, duraderos y estables, y así evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados, o reducir su alcance, todo ello bajo los principios de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

De esta definición resultan los requisitos que debe reunir el mediador para el ejercicio profesional de esa actividad, que son en primer lugar la profesionalidad, que aparece íntimamente ligada a la formación del mediador, y además, aunque se prediquen del proceso de mediación como principios rectores del mismo, pero por referirse directamente a obligaciones que caracterizan su forma de actuar, hemos de hacer también referencia a la voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad; a ellos dedicamos las siguientes líneas.

3.- LA PROFESIONALIDAD Y LA FORMACIÓN DEL MEDIADOR.

Ambos conceptos, profesionalidad y formación, están íntimamente vinculados en una de sus acepciones, la que se refiere a la eficaz y competente realización del trabajo que es propio de la profesión u oficio, lo cual es predicable de cualquiera de ellos, pero el primero de ellos hace referencia también a una realidad a la que ya hemos hecho mención al tratar de la delimitación de la mediación frente a otras instituciones, en particular frente a la conciliación, y que por ello aquí nos vamos a limitar a dejar indicada, y es que ese tercero, imparcial y neutral, que ayudará a las partes a avenirse, no es un juez, un letrado de la Administración de Justicia u otra autoridad designada por el Estado, que también puede ser un buen profesional, o no, conforme a esa acepción. Se trata de una persona que profesionalmente, como ocupación o trabajo sometidos a los mismos principios que cualquier otra profesión ejercida en régimen de libre prestación de servicios y libre competencia, y sin el carácter de autoridad pública competente de que gozan esos otros terceros para la resolución de conflictos, se dedica a la actividad de la mediación, sin que para ello sea obstáculo que en determinados supuestos, como es el caso de servicios de mediación implementados por ayuntamientos o comunidades autónomas, sea designado por los organismos competentes.

Dado que a ello ya nos hemos referido con anterioridad, en este punto nos vamos a referir específicamente a la profesionalización de los mediadores, es decir, a la formación que es exigible a estos profesionales para la práctica de la mediación —frente

a la cualificación para su trabajo de esos otros terceros que están investidos de autoridad, que les viene reconocida por la exigencia de una determinada titulación y superación de unas pruebas de acceso a la función pública—, como exigencia ineludible en la medida en que se pretende que la mediación sea una verdadera alternativa al recurso a la Administración de Justicia para la resolución de conflictos, sin tratar de suplantarla, pero al mismo nivel, y porque de ello depende en buena medida su reconocimiento y aceptación por los ciudadanos, y el mismo futuro de la mediación⁵³³.

Parece oportuno recordar en este momento, para tener cierta perspectiva de las consecuencias que tiene cómo se hacen las cosas, el limitado entusiasmo que la mediación ha despertado en España, que ya tuvimos ocasión de examinar al estudiar la implementación de los ADR en Europa y en España, y que no se puede imputar sin más al *lobby* de los abogados, empeñados en una resolución jurisdiccional de los conflictos, que en no pocas ocasiones se presenta casi como apocalíptica⁵³⁴, ni a la falta de una «cultura de la paz» que se esgrime a veces como un anatema contra las partes en conflicto.

3.1.- ANTECEDENTES SOBRE LA EXIGENCIA DE FORMACIÓN.

Con independencia de antecedentes más remotos en la exigencia de formación de los mediadores, que en principio se circunscribía única y exclusivamente a los mediadores familiares⁵³⁵, hemos de señalar que el primer texto que insiste en la necesidad de

⁵³³ En este sentido, afirma CARRETERO MORALES, que «Para que la mediación pueda tener futuro es imprescindible abogar por la calidad de la misma y ello pasa ineludiblemente por la profesionalidad en su desempeño. Si no se exige una formación seria y rigurosa, y un efectivo control de la calidad y la profesionalidad de los mediadores y de las instituciones que hayan de formar a los mismos y a prestar servicios de mediación, la mediación está abocada claramente al fracaso». CARRETERO MORALES, E., «¿Calidad de la mediación?», en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil* (Coord. por M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Edit. Huygens, Barcelona, 2014, p. 189.

⁵³⁴ BONET NAVARRO, J., «El abogado ...», *op. cit.*, p. 18.

⁵³⁵ Señala GARCÍA VAILLALUENGA a este respecto que «Ciertamente, la formación de profesionales para la práctica de la Mediación Familiar es una exigencia que cada vez va cobrando más fuerza, habida cuenta del incremento de personas que pretenden desempeñar esta función, ya sea desde la Administración, ya desde el sector privado. Sin embargo, la seriedad, el reconocimiento y la consolidación del propio instituto de la Mediación, dependen de que las personas que la ejercen estén idóneamente capacitadas para desempeñar tal función, de ahí que no sea baladí una reflexión seria sobre los diversos aspectos que la atañen», y hace a continuación referencia como hitos históricos de esa cada vez mayor exigencia de

formación de los mediadores, aunque no se refiera específicamente a ellos sino a todos los terceros que intervienen en procesos alternativos para la resolución de conflictos (ADR), es el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de la Comisión de las Comunidades Europeas, que se considera una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea, que asumen como tarea propia, dentro del contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia y por razón de ello, «promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo, y esforzarse por garantizar su calidad», dedicando a ello los puntos 54 y siguientes del Libro, bajo el expresivo título «¿Cómo garantizar la calidad de las ADR?».

A tal efecto, se hace eco, por un lado, de la Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000, que considera una prioridad el establecimiento de una serie de principios fundamentales que den la garantía necesaria para que la solución de conflictos por las instancias extrajudiciales ofrezca el nivel de seguridad requerido para la Administración de Justicia (76), y propone la elaboración de directrices o de códigos de conducta específicos para algunos tipos de ADR, señalando (77) que ocupan un lugar privilegiado en el funcionamiento de las ADR, y que su desarrollo demuestra los esfuerzos de los expertos para garantizar la calidad de las ADR al tener como objetivo garantizar la imparcialidad de los terceros, definir con precisión el papel exacto de éstos durante el procedimiento, determinar los plazos dentro de los cuales hay que alcanzar una solución y servir de marco para la celebración de los acuerdos, afirmando que dichos códigos pueden ser instrumentos privilegiados al servicio de la calidad de las ADR.

Y, por otro lado, insiste mucho en la formación de esos terceros responsables de las ADR al señalar que (89) «La calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstas. El control de las técnicas exigidas por dichas modalidades requiere una sólida formación. La formación del profesional

formación y profesionalidad, al Primer Congreso Europeo de Mediación Familiar, celebrado en Caen, Francia, en 1990; a la Carta Europea para la formación de mediadores familiares de 1992; al Foro Europeo de Mediación Familiar, en el que se establecieron los estándares básicos para la formación de mediadores familiares; y a la Recomendación n.º R(98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar, en el que se establece, con un carácter bastante amplio, que «los Estados deberán velar para que existan mecanismos apropiados que aseguren la existencia de la Mediación a través de procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los terceros». GARCÍA VILLALUENGA, L. «La profesionalidad del mediador», *Trabajo Social hoy / Primer semestre 2005 / Monográfico: El trabajo social y la mediación. 2005*, disponible en URL: <http://www.comtrabajosocial.com/paginas/revista-trabajo-social-hoy/> (Fecha de acceso: 17/05/2017).

desempeña pues un papel primordial, y no sólo desde el punto de vista del funcionamiento de las ADR, de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las ADR, sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el artículo 49 del Tratado». Y destaca también el papel de las asociaciones en las que se agrupan esos terceros en la medida en que (91) «proponen a sus miembros seguir una formación o, a veces, imparten ellas mismas la formación a las ADR y establecen, junto con la formación impartida, un sistema de certificación, acreditación y evaluación periódica de sus miembros», además de impulsar esos códigos de deontología y de resolución de procedimientos a que nos hemos referido con anterioridad, planteándose la posibilidad de «crear una competencia específica en materia de ADR que, cuando los terceros no pertenezcan a una profesión regulada, pueda garantizar el control de las calificaciones y permitir la libre circulación de los terceros», siendo competencia de las autoridades públicas cerciorarse de que existen unas garantías mínimas de competencia de esos terceros.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, partiendo del objetivo europeo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, que garantice la libre circulación de las personas, y del carácter fundamental del principio de acceso a la justicia, a cuyo fin sirve el impulso que desde el Consejo se ha dado a la instauración de procedimientos alternativos de carácter extrajudicial (uno de cuyos frutos fue el referido Libro Verde) al considerar que para facilitar y mejorar el acceso a la justicia sirven tanto los métodos judiciales como los extrajudiciales —considerando (5)—, quiere promover y facilitar el acceso a la mediación como método de resolución de conflictos, y, aunque en principio solo se refiere a la mediación en litigios transfronterizos, es evidente que su influencia ha ido más allá.

Parte la Directiva de la idea de que la mediación, como vía de resolución de conflictos, debe ser una verdadera alternativa al proceso judicial, no una alternativa de peor condición que ésta, y para ello hace referencia expresa a variados aspectos procesales, como pueden ser la prescripción, la caducidad, o la ejecutabilidad de lo acordado, pero sin duda también lo vincula a la competencia del mediador. Lo hemos visto en la misma definición de mediador que recoge la Directiva en su artículo 3, y al que hemos hecho referencia con anterioridad, al definir al mediador como el tercero que conduce el proceso de mediación de forma «eficaz, imparcial y competente».

A tal fin, en su considerando 16 señala que los Estados miembros deben promover, por los medios que crean adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de

mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación, mecanismos que deben ser definidos por los Estados (considerando 17), incidiendo en la necesidad de que «se informe a los mediadores de la existencia del Código de conducta europeo para los mediadores, al que también debe poder acceder el público en general a través de Internet»⁵³⁶, y en el ámbito de la protección del consumidor (18) que se tenga en cuenta la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 2001/310/CE, de 4 de abril, que establece los criterios mínimos de calidad, imparcialidad, transparencia, equidad y eficacia que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios.

De ahí que en su artículo 4 se refiera precisamente a la calidad de la mediación, abordando los aspectos que considera esenciales para garantizarla, al señalar que «1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación», y «2. Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes». Es decir, los códigos de conducta, los sistemas de control de calidad, y la formación inicial y continua de los mediadores, son las claves —según la Directiva— para garantizar la calidad de la mediación, «independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión», continúa el precepto.

Ello no significa que sea o deba ser indiferente una determinada formación de origen, aparte la formación inicial en mediación, ni tampoco que no se pueda exigir, porque a lo único que dice la norma es que es indiferente la denominación o profesión que dicha actividad de mediación tenga en su país de origen —hay que recordar que es una Directiva, que se dirige a una pluralidad de países y de realidades—, como es indiferente el modo en que se le haya designado o pedido que intervenga.

Por tanto, si bien es cierto que la norma europea no condiciona el desempeño de la mediación a que el profesional tenga una cualificación jurídica, ni tampoco determina el nivel educativo ni formación de origen y, sin embargo, sí que condiciona el ejercicio

⁵³⁶ Código de conducta europeo para mediadores:

URL http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (Fecha de acceso: 15/05/2017).

de la actividad a contar con una formación tanto inicial como continua en mediación, dado que se precisa de un adiestramiento específico para dominar la técnica de acercar a las partes en conflicto⁵³⁷, también es cierto que dicha Directiva tampoco lo impide, al ser solo una norma de mínimos que trata que quepan todas las realidades nacionales, y dar cobertura a todo lo que se habían venido construyendo en torno a la mediación.

De hecho, con la misma rotundidad con la que se afirma que no puede exigirse una determinada titulación universitaria de origen, ni una cualificación profesional, para poder actuar como mediador, también se podría defender que en realidad no se precisa de titulación universitaria alguna, porque la Directiva no la exige.

La norma europea parte, pues, de una concepción abierta, precisamente por ser una norma de mínimos, lo que ha ocasionado que en los diferentes países de la Unión se haya traspuesto la Directiva de diferente forma, y con diferentes exigencias⁵³⁸. Y ello resulta favorecido porque en el plano internacional, debido a la novedad de la profesión y a la diversidad de prácticas dependientes de modelos culturales tan diversos, no existe un modelo unificado de formación, ni un programa fijo y curricular; ahora bien, sí que existe, como señala GARCÍANDÍA GONZÁLEZ «un consenso sobre la necesidad de

⁵³⁷ En este sentido HUALDE MANSO, T., *op. cit.* p. 7. En el mismo sentido GARCÍA-VILLALUENGA, cuando afirma, en cuanto a la formación de origen del mediador, que «no puede haber *numerus clausus* de titulaciones a las cuales les esté reservado el acceso a ser mediadores [...] en perfecta sincronía con lo que se desprende de la Directiva 52/2008»] GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación y la formación del mediador: ...», *op. cit.*, p. 85.

⁵³⁸ Señala HUALDE MANSO a este respecto que «Así, en el ordenamiento griego el mediador debe ser abogado, haber superado una fase de formación en mediación, y una fase de acreditación como mediador ante el Ministerio de Justicia, quien ha de determinar las condiciones específicas y los requisitos para dicha acreditación (arts. 4 a 7 Ley 3898/2010). Italia ha aprobado (Decreto n. 145 de 6 julio de 2011) los criterios necesarios para la inscripción de mediadores en los Registros de las instituciones de mediación modificando así los aprobados sólo unos meses antes (Decreto n. 180 del Ministerio de Justicia de 18 de octubre de 2010). Con la nueva regulación, para ejercer de mediador en aquel país se precisa un título universitario de duración no inferior a tres años o estar inscrito como colegiado en algún colegio profesional; debe además ostentarse no sólo una específica formación en mediación y de una específica actualización bianual adquirida en las entidades de formación autorizadas, así como la participación del mediador en ese bienio de actualización en al menos veinte casos de mediación desarrollados ante organismos inscritos en forma de aprendizaje asistido. Desde el 20 de enero de 2012, fecha en la que se aprueba el Decreto 2012-66 relativo a la resolución amistosa de litigios y que ha dado nueva redacción a determinados preceptos del Código de procedimiento civil, en Francia el mediador debe reunir las condiciones de no haber sido condenado y poseer, por el ejercicio pasado o presente de una actividad, la cualificación requerida teniendo en cuenta la naturaleza del litigio o justificar, según el caso, una formación o una experiencia adaptada a la práctica de la mediación (artículo 1533 Code procedure civile)». HUALDE MANSO T., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

completar un programa de entrenamiento y aprendizaje, basados en conocimientos interdisciplinarios aportados por la Sociología, el Derecho, la Psicología, la teoría de los sistemas y las técnicas de negociación»⁵³⁹.

En España dichos elementos clave de la figura del mediador se han desarrollado a nivel autonómico, dentro del ámbito propio de las competencias de las comunidades autónomas al que nos hemos referido con anterioridad (y a veces, rebasando esas competencias), y a nivel estatal con la regulación de la mediación por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y por el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha Ley. A dicha regulación nos referimos en las siguientes líneas.

3.2.- LA REGULACIÓN DE LA FORMACIÓN DE LOS MEDIADORES EN ESPAÑA.

3.2.1.- La normativa de las comunidades autónomas.

Ya hemos hecho con anterioridad referencia a las leyes de mediación dictadas por las comunidades autónomas, desde la temprana Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, ya derogada y sustituida por Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, hasta la última, que es la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana, y a la evolución expansiva de su ámbito de aplicación, más allá de ámbito estrictamente familiar a todo tipo de conflictos, de la que son un claro exponente las últimas leyes de mediación de Cataluña y Cantabria, y también nos hemos referido a los requisitos de titulación y formación de los mediadores exigidos por cada una de esas leyes y, sucintamente, a la evolución de las exigencias para tener esa condición de «experto» que va recogiendo la normativa autonómica con el transcurso del tiempo.

En general, es posible apreciar en todas ellas la preocupación por la formación del mediador, exigiéndose en todas formación universitaria, con una clara tendencia a ir aumentando los títulos que permitirían acceder a la profesión de mediador [desde la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, cuyo artículo 7 exigía que fuera abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo, a la Ley 4/2005,

⁵³⁹ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *Materiales para la Práctica de la Mediación*. Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2011, p. 151.

de 24 de mayo, de mediación familiar en Castilla La Mancha, cuyo artículo 6 requiere licenciatura en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o diplomatura en Trabajo a Educación Social; un listado al que la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla León, añade, en su artículo 8, cualquier otra licenciatura o diplomatura o titulaciones equivalentes de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario, exigiendo la más reciente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana, estar en posesión de título universitario oficial o de formación profesional superior.

De igual modo es posible apreciar una cada vez mayor exigencia de formación específica como mediador, lo que es coherente con la idea de este profesional como eje y pieza central de todo el proceso de mediación, del que depende en buena medida su éxito.

Dicha evolución queda reflejada perfectamente en las leyes dictadas en Cataluña para regular la mediación, en 2001, y la que le sustituyó en 2009.

Así, mientras que el artículo 7 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, exigía que el mediador fuera abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo, colegiado en el colegio profesional respectivo, sin mayores ni específicas exigencias, la Ley 15/2009, de 22 de julio, afirma en su Preámbulo que «el eje central del sistema de mediación va unido a la preparación técnica de la persona mediadora», por lo que afirma que es preciso potenciar la especialización, junto a los principios básicos del sistema. A tales efectos, su artículo 3 ya no incide tanto en la posesión de un título universitario determinado, aunque exija esa titulación, como en la formación específica en mediación, al señalar que puede ejercer como mediador o mediadora «la persona física que tiene un título universitario oficial y que acredita una formación y una capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente», añadiendo a continuación que «debe estar colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración».

Se trata de un proceso de evolución que se produce de forma natural, en base a un argumento *non sequitor*, que parte de la premisa, correcta, de que no es función del mediador dar consejo legal a las partes en conflicto, ni impartir terapia de pareja o de grupo, para llegar a una conclusión que no tiene conexión lógica con la premisa, y es, que es indiferente la formación y cualificación de origen, pese a que se reconozca la

conveniencia de poseer ciertos conocimientos jurídicos, además de ciertas habilidades sobre el comportamiento y psicología de personas y grupos, e inteligencia emocional, es decir, inteligencia de las emociones, sentimientos y sensibilidad, además dominar ciertas técnicas de comunicación, negociación y resolución de conflictos, y técnicas propias de la mediación, que requieren de una formación específica del mediador.

La realidad es que dicha formación de origen, aparte de la formación específica en mediación, sí tenía relevancia, al menos antes de que se formara la burbuja de la mediación. Así lo puso de manifiesto un estudio llevado a cabo por un equipo de la Universidad Complutense de Madrid, desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, publicado en 2007, en el que se señala que el 79,2% de los equipos de mediación familiar en España incluían un psicólogo, y un 71,7% un abogado, siendo frecuentes los equipos integrados por un psicólogo (con frecuencia dos) y un abogado, incluyendo en ocasiones un trabajador o un educador social, como consecuencia de una tendencia clara a la interdisciplinariedad que obligaba a incluir profesionales de dichas procedencias⁵⁴⁰.

Claro que es posible objetar que se trataba, en muchos casos, de una exigencia legal, pero había una razón para que así fuera, y es que se trataba de colectivos profesionales formados y con experiencia acumulada en la resolución de conflictos, desde el derecho, la psicología, o el trabajo social.

3.2.2.- La normativa estatal sobre formación exigible a los mediadores.

Frente a la claridad con la que el legislador autonómico abordó, desde el principio, la necesaria formación de los mediadores como una garantía del eficaz funcionamiento del procedimiento de mediación, el legislador estatal no lo tuvo tan claro, al menos al principio, pese a la experiencia, que podía haber aprovechado, de las comunidades autónomas que llevaban años ofertando ese servicio en el ámbito de sus respectivos territorios. Ésta fue la causa de que el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de mayo de 2010, lo criticara, tanto por no prestar la debida atención a la necesaria formación del mediador en conocimientos técnico jurídicos, como por no exigir al mediador una titulación o formación específica que le capacitara profesionalmente para actuar como tal, lo que, a juicio del CGPJ, no se correspondía, ni con los efectos que se quería dar al acuerdo de mediación, ni con la

⁵⁴⁰ GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación y la formación del mediador...», *op. cit.* pp. 79-82.

declarada preocupación por la «calidad» de la mediación, considerándose insuficiente la mención al «fomento» por las administraciones públicas de la adecuada formación continuada de los mediadores, si no se vinculaba a una titulación específica o, al menos, a que ese «fomento» fuera activo, por ejemplo, condicionando la inscripción en el Registro de mediadores a la acreditación de esa formación inicial y continua a que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva comunitaria.

Ya nos hemos referido con anterioridad a este punto, al referirnos al proyecto de Ley de Mediación de 2011, y no vamos a insistir en ello. Solo vamos a dejar indicado ahora que el legislador de 2011, pese al reconocimiento explícito del mediador como «pieza esencial del modelo», hizo caso omiso al Informe del CGPJ, limitándose a pedir como requisito para ejercer como mediador estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior, sin ninguna otra exigencia de formación específica, porque no se puede considerar como tal la previsión de que las administraciones públicas competentes «fomentarían» la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, así como la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de mediadores e instituciones de mediación a los mismos⁵⁴¹.

Para dejar claro que el legislador estatal de 2012 seguía sin tener claro cuáles eran los requisitos exigibles para ejercer como mediador, y como si fuera por efecto de la ley del péndulo, el artículo 11 del RD Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, eliminó la exigencia de título oficial, sorprendentemente hay que decir (o consecuentemente, tal vez), aunque cupiera esa posibilidad dentro de los amplios términos y exigencias que se refieren al mediador en la Directiva; no así en toda la legislación autonómica que sí exigía esa titulación. Sin embargo, sí que exigió una formación específica en mediación al señalar que «2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará 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»⁵⁴².

⁵⁴¹ Cfr. Artículos 12 y 13 de dicho texto.

⁵⁴² Sobre la formación exigible a los mediadores vid. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La formación del mediador en las normas españolas de mediación», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 119-146.

Por fin, la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en coincidencia con toda la normativa vigente y proyectos anteriores, tras volver a recalcar en su Preámbulo la esencialidad para la mediación de la figura del mediador, porque es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes, señala respecto de su formación que «La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir».

Esas habilidades, o condiciones para ser mediador, se concretan inicialmente en el artículo 11 de la Ley, que, tras señalar que debe ser personas en pleno ejercicio de sus derechos civiles, exige ahora al mediador «estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional». Además, la DF 8ª de la Ley se refiere al desarrollo reglamentario del control de cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos por la Ley, y muy especialmente de la formación, al señalar que:

«1. El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador». Y que «2. El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir. Reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores».

La verdad es que no se compadecen la incidencia en la esencialidad de la figura del mediador, como pieza clave dentro de este mecanismo extra jurisdiccional de resolución de controversias, y que su formación se despache con la exigencia de un título oficial universitario o de formación profesional superior, sin ninguna otra exigencia específica, —da lo mismo el grado en Derecho, que en psicología, biblioteconomía, gimnasia o cerámica artística⁵⁴³—, aparte una formación específica que no se concreta en forma alguna, salvo que puede consistir en «uno o varios cursos», eliminando incluso la exigencia del RDL de que proporcionara 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 teórico y práctico, dejándola en manos de unas «instituciones debidamente acreditadas», que no se aclara cuales puedan ser, ni quién debe acreditarlas ni con base a qué criterios han de hacerlo, remitiéndolo (DF 8ª) a una futura regulación reglamentaria, facultativa para el ejecutivo⁵⁴⁴.

Dicho desarrollo reglamentario se llevó finalmente a efecto mediante RD 980/2013, de 13 de diciembre, que en su Preámbulo hace expresa mención al propósito de favorecer la mediación «como instrumento complementario de la Administración de Justicia», lo que implica necesariamente la importancia de la atención que hay que prestar a la formación y requisitos que son exigibles al mediador, para incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos que acudan a ese proceso de mediación, así como la misma eficacia del proceso, puesto que el mediador es la pieza esencial del

⁵⁴³ Una cosa es que la función del mediador no sea asesorar, y otra completamente distinta que sea completamente ajeno y desconocedor del campo en el que se desarrolla el conflicto. Como señala de una forma muy gráfica LAFUENTE TORRALBA, apuntándolo como un grave inconveniente de la regulación legal de este aspecto, es perfectamente posible que un licenciado en educación física o quien haya superado un ciclo formativo en grado superior en cerámica artística se encuentran mediando en un conflicto societario o sobre la licencia de explotación de una patente, «en consecuencia existe el riesgo de que un mediador lego en Derecho emprenda —y haga emprender a las partes— un viaje a ninguna parte, volcando esfuerzos inútiles en la conclusión de acuerdos flagrantemente ilegales». 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 economica in Italia ein Spagna*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, p. 387.

⁵⁴⁴ En este sentido, señala GARCIENDÍA GONZÁLEZ, las lagunas existentes como que: «1. No se concreta el tipo de cursos que capacitan para ser mediador. 2. No se fija su carga lectiva o duración mínima. 3. No se precisan los contenidos básicos que han de incluirse en los programas. 4. No se aclara cuáles sean esas instituciones debidamente acreditadas que han de impartirlos. 5. No se aclara quién acredita a tales instituciones y con arreglo a qué criterios. 6. No se exige al mediador una preparación técnico-jurídica (pese a que es requisito fundamental para la validez y ejecutividad del acuerdo el que su contenido no se muestre contrario al ordenamiento jurídico: artículo 25.2 LMed)». GARCIENDÍA GONZÁLEZ, P. M. *Materiales para la Práctica de la Mediación*. Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2013, p. 153.

mismo, en tanto que es el responsable de dirigir un procedimiento cuyo propósito es facilitar el consenso en situaciones de conflicto y, en la medida en que ello se consiga, descargar a la Administración de Justicia de su carga de trabajo.

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 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 exigencia de una formación continua del mediador. A esos aspectos dedica el RD 980/2013 específicamente su capítulo II, artículos 3 a 7, aunque, obviamente, la regulación del Registro de Mediadores e Instituciones de mediación en el Capítulo III está íntimamente relacionado con la formación —con la publicidad de esa formación—, aun cuando la inscripción sea voluntaria (artículo 11) para los mediadores (excepto para los mediadores concursales), en cuanto permite acreditar la condición de mediador (artículo 12), y el cumplimiento —aunque sea mediante declaración responsable sobre su veracidad, que puede ser verificada (artículo 15)— de los requisitos exigibles de titulación, formación específica, especialidad, experiencia profesional y póliza de seguro.

Dicha norma solo se refiere a la formación específica de los mediadores, puesto que el requisito general de título oficial universitario o de formación profesional superior ya viene establecido por Ley, y distingue entre formación inicial y formación continua.

Sobre la formación específica inicial se señala que la puede adquirir el mediador en uno o varios cursos (artículo 3), de tal forma que le permitan el dominio «de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador». Y establece (artículo 4) que esa formación, que debe ser de, como mínimo 100 horas de docencia efectiva (artículo 5.1) teórica y práctica, de las que al menos un 35 por ciento debe corresponder a formación práctica, «deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos».

En este punto hay que señalar que el proyecto de Real Decreto contemplaba una duración mínima de 50 horas (artículo 5.2), una duración francamente insuficiente que fue criticada en el Informe del CGPJ⁵⁴⁵, tanto por su formulación imprecisa, al no utilizar un término homologable a nivel europeo como son los créditos (ECTS), como por su manifiesta insuficiencia en contraste con el amplio abanico de materias que la formación específica del mediador debe comprender, recordando que 50 horas de trabajo en clase es la sexta parte de un curso universitario, o que la Ley 1/2008 del País Vasco de Mediación Familiar exige un mínimo de 200 horas solo para ser mediador familiar, o que en Cataluña⁵⁴⁶ se exigen 110 horas de formación para la parte general, y 60 horas adicionales para cada ámbito específico de la mediación.

La corrección del Real Decreto finalmente aprobado, incrementando esa formación inicial hasta 100 horas para ser mediador en cualquier ámbito, no corrige la crítica del CGPJ respecto al cómputo, y sigue siendo manifiestamente insuficiente.

Se exige, además de esa formación inicial, una formación continua del mediador que, en principio, debe ser esencialmente práctica —lo que se señala como una de las funciones a organizar por los centros de formación en el artículo 7.4—, al establecer el artículo 6 RD que «Los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al

⁵⁴⁵ Informe de 24 de enero de 2013, del Pleno del CGPJ al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación y, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes> (Acceso 18/05/2017).

⁵⁴⁶ En Cataluña el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Mediación en Derecho Privado de Cataluña, exige en su artículo 18, que se refiere a la formación específica inicial homologada que, «18.1 Para obtener la inscripción como persona mediadora del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña se tiene que acreditar una formación específica en mediación impartida por centros docentes universitarios, por los colegios profesionales o por otras corporaciones de derecho público, y cursar la parte general y al menos una de las diferentes especializaciones», y «18.2 La formación se estructura en una parte general sobre mediación, una parte de competencias y habilidades personales y una parte relativa a la especialización en mediación, ya sea familiar o relativa a los otros ámbitos del derecho privado», lo que viene regulado por la Orden JUS/428/2012, de 18 de diciembre, que en su artículo 3, sobre la duración de esa formación inicial exige respecto a la parte general una duración mínima de 110 horas lectivas incluidas las prácticas, y con respecto a las partes específicas de mediación en el ámbito familiar y en los otros ámbitos del derecho privado, una formación en mediación con una duración mínima de 60 horas lectivas incluidas las prácticas para cada uno de los ámbitos, con un aprovechamiento mínimo de asistencia al 80% del total de horas lectivas tanto a la parte general como a las partes específicas.

menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas», añadiendo a continuación que la realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador, lo que viene a ser la quinta parte de lo que viene exigido en Cataluña⁵⁴⁷.

3.3.- SITUACIÓN, CRÍTICA Y PROPUESTAS.

No cabe duda alguna de que con una regulación tan vaga e imprecisa como la llevada a efecto por el legislador estatal, se trataba de acoger, al menos en buena parte, la situación de hecho creada en torno a la formación en mediación.

En el debate político a que se refiere BARONA VILAR⁵⁴⁸, 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 legislador se decantó por la opción de facilitar el acceso al máximo.

Señala LAFUENTE TORRALBA⁵⁴⁹ que probablemente esta laxitud legislativa en cuanto a la formación de los mediadores obedezca a un motivo, y es que se confía 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 intromisiones estatales.

⁵⁴⁷ El artículo 21 del Reglamento de Mediación en Derecho Privado de Cataluña exige una participación activa mínima de 40 horas bienales en seminarios, jornadas y otras actividades de formación, docencia, supervisión, investigación o publicaciones sobre mediación.

⁵⁴⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pp. 239-241.

⁵⁴⁹ 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*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, p. 389.

Sin duda es una buena razón, y de hecho así se apunta casi explícitamente en el Preámbulo del RD, pero a la vista de las exiguas exigencias de la normativa examinada, también parece claro que concurrió con un deseo del legislador estatal de implementar rápidamente la mediación por la vía de facilitar el acceso a dicha actividad, inundando así el mercado de mediadores —se formó una burbuja de formación en mediación que mantuvo ocupados a miles de profesionales de diferentes sectores, que estaban sufriendo agudamente la crisis en forma de falta de trabajo y de ingresos— para tratar de resolver los problemas de la Administración de Justicia, cada vez más grave a pesar del descenso de asuntos en el ámbito de lo civil que entraban en los juzgados [un 11,3% entre 2010 y 2011, o de un 12% entre 2012 y 2013, aunque hubo un leve repunte entre 2011-2012 en los Juzgados de Primera Instancia⁵⁵⁰] que fue debido en parte a la grave crisis económica y en parte a la imposición de tasas judiciales disuasorias del recurso a la Justicia.

El legislador, deliberadamente, no le ha querido prestar atención a la formación que debiera ser exigible a los mediadores, si es que quería apostar de verdad por la mediación a través de la formación de verdaderos profesionales, no de meros diletantes, y si es que quería de verdad que la mediación fuera una institución creíble, que generara la confianza de los ciudadanos y pudiera convertirse, por tanto, en una verdadera alternativa para la resolución de conflictos frente al recurso a los tribunales.

Sí hubiera sido necesario un mayor nivel de exigencia a la hora de plasmar la formación general necesaria de origen para actuar como mediador, así como la específica en la que hay que formarse es objeto de debate. Y, si por un lado hay quien, como GRIGGS, afirma⁵⁵¹ que basta con la exigencia del Reglamento de que los conocimientos y habilidades sean «suficientes» en el ámbito en que el mediador preste sus servicios, y que la experiencia en otros países demuestra que la formación básica se puede alcanzar, en cualquier campo específico, en muy pocas horas porque «el mediador debe ser experto en llevar el proceso de mediación, pero no tiene que ser experto en la materia que es

⁵⁵⁰ Datos estadísticos del Consejo General de Poder Judicial correspondientes a 2013.

URL <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/> (Fecha de acceso: 18/05/2017)

⁵⁵¹ 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. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ) Huigens, Barcelona, 2014, p. 146.

objeto de mediación», también los hay quienes, como GALEOTE MUÑOZ⁵⁵², partiendo de la base de que la negociación es y debe ser la base de la mediación, afirman que no es posible mediar si no se sabe negociar, lo que requiere que el mediador tenga los conocimientos técnicos precisos sobre la materia o asunto que le permitan armar un acuerdo según lo establecido en la Ley, sin olvidar que la falta de acuerdo entre dos o más partes deriva siempre de un conflicto de intereses entre ellas y de un problema de comunicación que es necesario también tratar y solucionar.

En este mismo sentido afirma NIEVA-FENOLL que «si el mediador debe ser capaz de acercar a las partes en litigio, es preciso, en primer lugar, que sea un experto en dicho litigio. Dicho de otro modo, que sea un jurista lo más especializado posible en la materia jurídica sobre la que verse el conflicto de que se trate. Y si la mediación tuviera lugar en otro ámbito diferente al estrictamente jurídico, también sería imprescindible la condición de experto en esa materia del mediador»⁵⁵³, y criticando la «formación exprés generalista», gravemente deficiente, que se está dando a los mediadores, que necesitan, además de dotes de persuasión para hacer ver a las partes enfrentadas las ventajas e inconvenientes de mantener sus posiciones inflexibles, conocer esas ventajas e inconvenientes, que «solamente son accesibles a quien tiene conocimiento preciso de las variables legales y sociológicas del conflicto, lo que presupone una debida formación jurídica, pero también antropológica»⁵⁵⁴.

Compartimos plenamente estas últimas opiniones, y es que no es lo mismo estar en posesión de un grado en Derecho, Psicología o Trabajo Social, que en CAFD, químicas, o bellas artes, por poner unos ejemplos, como no es lo mismo un conflicto empresarial, que un conflicto civil relacionado con la construcción o la banca, que un conflicto familiar, o un conflicto comunitario; y, si bien es cierto que no es misión del mediador dar consejo legal ni terapia, ello no permite concluir que sea indiferente si el mediador está en posesión de los conocimientos adecuados en la materia que sea objeto de mediación, que si no lo está, porque ello puede afectar de forma decisiva a la forma de enfocar el proceso y la estructura de la mediación, a la gestión del tiempo, y a la misma interacción del mediador con las partes y hasta de las partes entre sí.

⁵⁵² GALEOTE MUÑOZ, M. P., *op cit.*, p. 3.

⁵⁵³ NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: una “alternativa” ...», *op. cit.*, pp. 42-50.

⁵⁵⁴ NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje», *op. cit.* p. 14.

No puede ser de otra manera pues, como ya hemos puesto de manifiesto, hay una íntima relación entre negociación y mediación en cuanto la mediación no es sino una negociación asistida por una persona, el mediador, cuya función es, no tanto que las partes alcancen un acuerdo, que finalmente puede existir o no, sino que desarrollen un buen debate negociador, supliendo el déficit de racionalidad que les impide tenerlo por sí mismas⁵⁵⁵. Se trata de un proceso que les llevará a conocer cuál es su mejor alternativa posible a un acuerdo negociado (MAAN), evaluando las opciones posibles para sus respectivos intereses, teniendo en cuenta que entre ellas está el recurso a los tribunales, en cuanto que la participación de las partes en un proceso negociador «se realiza a la sombra de un juicio, es decir, teniendo en cuenta qué es lo que pasará si ambas no llegan a una solución pactada del conflicto y por tanto deben intervenir los tribunales»⁵⁵⁶.

De hecho, y no es baladí, el Código de conducta europeo para mediadores establece (artículo 1.1) que deberán ser «competentes en la materia de mediación, y deberán conocer el procedimiento de la misma», lo que solo se puede interpretar — aunque seguro que se hacen otras interpretaciones— en el sentido de que, además de tener conocimientos específicos en mediación, deben conocer la materia que es objeto de mediación, y eso exige tener la formación adecuada para evaluar mínimamente el problema, poder hacer las preguntas adecuadas, y contribuir de forma eficaz a ese debate racional que permita una solución negociada, y poner fin al conflicto. Eso no se debería solventar con un cursillo acelerado de unas horas, porque «las consecuencias que se derivan de un acuerdo en un procedimiento de mediación son de suficiente entidad como para conocer en qué situación se queda o se puede llegar a quedar una de las partes, lo que exige no solo el manejo de las técnicas de mediación, sino el sector o la materia sobre la que se está produciendo el procedimiento de mediación»⁵⁵⁷.

Si da exactamente igual el título universitario, o de formación profesional superior, en el que esté en posesión el futuro mediador para cualesquiera ámbitos de la compleja realidad en el que quiera intervenir como tal, tal vez habrá que plantearse que el legislador del RD Ley 5/2012 no estaba del todo equivocado al hacer desaparecer la exigencia de titulación universitaria, y, de hecho, como ya hemos dejado señalado, la Directiva comunitaria no la exige.

⁵⁵⁵ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, *op. cit.*, pp. 103-105.

⁵⁵⁶ RAMOS ROMEU, F., *op. cit.* p 76.

⁵⁵⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pp. 237-238.

No es esa mi opinión, desde luego. la formación universitaria es un requisito ineludible, porque es exigible una mínima cualificación a quien va a ejercer profesionalmente como mediador, pero a esa formación general de origen debería ser la adecuada para el conflicto en el que vaya a intervenir, porque, si al comienzo de este trabajo nos hacíamos eco de las palabras de VINYAMATA⁵⁵⁸ acerca de que, mientras que media humanidad se dedica a la producción de bienes, la otra mitad se dedica de forma directa o indirecta a tratar de comprender y en su caso solucionar los conflictos, parece lógico que la resolución de conflictos, aun cuando sea a través de la mediación, quede reservado a los profesionales formados en determinadas titulaciones, el objeto de cuya formación y trabajo ha sido siempre, precisamente, prevenir o resolver conflictos.

Por supuesto que hay espacio para quien está formado en arquitectura, química o cerámica artística, siempre que el conflicto esté relacionado con dichas materias, aunque es posible asegurar que casi siempre debería mediar con un abogado, porque al final siempre hay intereses y derechos implicados, y las consecuencias de un acuerdo en mediación pueden ser muy importantes. Y obsérvese que no hablo de licenciado o graduado en Derecho, porque alguien con esa formación puede haber dedicado toda su vida profesional a la tramitación administrativa sin intervenir profesionalmente en conflicto alguno, sino de abogados con experiencia forense y, por supuesto, con experiencia en la materia específica de que se trate (no es lo mismo un conflicto laboral que en materia societaria, patentes o nuevas tecnologías), además de la formación necesaria, en el doble sentido de suficiente e imprescindible, en técnicas de negociación y de resolución de conflictos, y la específica en mediación.

La tendencia sin embargo no es esa, y la realidad es que tampoco tiene por qué serla, a condición de que, puesto que nos confiamos a la «mano invisible» del mercado, la autorregulación del sector y el régimen de libre competencia, que expulsará del mercado a quienes carezcan de las necesarias competencias profesionales⁵⁵⁹, y hará

⁵⁵⁸ VINYAMATA CAMPS, E., «Introducción a la conflictología», *op. cit.* p. 11.

⁵⁵⁹ La Memoria de Impacto Normativo de la propuesta de Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, se refiere a los miles de mediadores que se formaron el primer año de vigencia de la ley 5/2012, cifrándolo en 14.000 —citando datos de un informe de FAPROMED, de abril de 2018—, a los que hay que añadir los miles ya existentes y los formados con posterioridad, y a los nuevos miles de mediadores que se formarán si se termina por imponer la obligatoriedad de la mediación, aumentando así la oferta a los consumidores, que no estarán sujetos a un sistema de licencias, permisos o autorizaciones, bastando la inscripción en un registro, «aumentando su capacidad de elección, y a la postre, mediante una reducción de los precios con

destacar más a quienes en mayor grado las desarrollen (ficción que, por discutible que pueda ser, aceptaremos, no solo a efectos argumentativos, sino porque no podemos entretenernos en perseguir lo inalcanzable, haciendo imposible lo realizable), habrá que cumplir una de las condiciones básicas de las leyes del mercado, y es la transparencia, esto es, que los ciudadanos y los abogados comprueben que puede ser un recurso eficaz porque cuenta con auténticos especialistas en la materia que es objeto de conflicto.

Para ello es importante que los institutos de mediación, como apunta MAGRO SERVET, «ofrezcan a los ciudadanos y a los letrados, a los que aquéllos han acudido, que los mediadores tienen la formación específica para ofrecer a las partes una auténtica respuesta a su conflicto. Y para ello sería aconsejable que los propios institutos de mediación no solo cuenten con el preceptivo registro, sino con los ficheros de éstos, en los que consten las características y currículum de cada mediador, ya que nótese que el mediador puede ser elegido por las partes, es decir, no están obligados a aceptar el que les proponga el instituto de mediación, sino que pueden elegir, y para ello es preciso que en el citado protocolo conste esta circunstancia, ofreciendo los institutos de mediación a ciudadanos y letrados estas listas por especialistas en las distintas materias que pueden ser sometidas a mediación»⁵⁶⁰.

También es muy importante el papel que debe desarrollar la Universidad, como de hecho ya está haciendo alentando la investigación, foros y congresos⁵⁶¹, y podemos recordar en este punto la importancia que tuvo para el desarrollo de los ADR en EE. UU. la creación de programas específicos por las Universidades, convertidas en todo un foco

motivo del aumento de la competencia en el mercado, viéndose mejorada la protección de sus derechos o intereses de manera positiva». Disponible en www.asedmed.org. (Acceso 23/12/2018).

⁵⁶⁰ MAGRO SERVET, V., «Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España», en *Diario La Ley*, n.º 7951 (25/10/2012).

⁵⁶¹ Ejemplo de ello son la Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), que reúne a más de 35 universidades con programas de formación, además de Centros o Institutos especializados que organiza Congresos periódicos (el último fue el III Congreso Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto, celebrado en Pontevedra, los días 7-9 de junio de 2018), el Congreso Internacional «Administración de Justicia y sistemas alternativos y complementarios de resolución de conflictos», celebrado Murcia, los días 27 y 28 de octubre de 2016, organizado por el departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia, y el Congreso Internacional sobre «Proceso, métodos complementarios o alternativos para la solución de conflictos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista», celebrado en Murcia los días 27 y 28 de septiembre de 2018, organizado por el mismo departamento.

de expansión intelectual «destinado a incentivar la investigación y análisis de aquellas relaciones existentes, por una parte, entre las normas e instituciones jurídicas, y por otra, entre la negociación y los mecanismos ADR»⁵⁶².

La investigación y la formación en sistemas ADR que puede y debe llevar a cabo la Universidad, debería ofrecerse en el programa de Grado de las facultades de Derecho⁵⁶³, puesto que para la resolución de un conflicto hay que contar con los futuros profesionales que se van a dedicar profesionalmente a dicha tarea, y ello aparte de cursos posgrado que ya se están impartiendo⁵⁶⁴, si bien limitándose a la mediación.

En este sentido, la disposición adicional segunda del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, recientemente aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019 —disponible en la web del Ministerio de Justicia—, prevé que en el plazo de un año desde su publicación como ley se llevarían a cabo las reformas precisas para la inclusión de la mediación como asignatura obligatoria en el grado en Derecho, y en otros grados que se determinaran por el Consejo de Ministros.

⁵⁶² VELARDE ARAMAYO, M. S., y SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* p. 20.

⁵⁶³ El estudio de los ADR no puede quedar reducido a una simple y breve mención dentro del Derecho Procesal, sino que debería ser incluido dentro del programa de estudios de la facultad de Derecho, bien sea como una asignatura optativa enfocada a la solución extrajudicial de los problemas, como lo es la oratoria (3 créditos) que aparece enfocada a la solución judicial, bien sea dentro del Derecho Procesal, siempre que no implicara menoscabo de los limitados 18 créditos de que ahora dispone, dada la estrecha vinculación de los ADR con la resolución judicial de conflictos.

⁵⁶⁴ Sobre el papel que viene desarrollándola Universidad, y el que está llamado a desempeñar, a través de la formación la investigación y el servicio, así como sobre la Conferencia de Universidades para el estudio de la Mediación y el Conflicto, Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., «La enseñanza de la mediación en la universidad: la CUEMYC. Un testimonio», en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M.E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 149-153.

4.- LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN.

Si la figura del mediador es calificada normalmente como pieza fundamental o eje del proceso de mediación, no son de menor importancia los denominados principios informadores de la mediación, en los que incide toda la legislación, europea, estatal y autonómica, que regula esta institución.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, en su disposición final 3ª, ordenaba al Gobierno remitir 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», que se configuran como los principios rectores o informadores de la mediación, junto a otros principios — igualdad, contradicción, buena fe, respeto mutuo y colaboración con el mediador— que sirven para guiar la actuación de las partes en la mediación y perfilar las características básicas del proceso.

Como señala ORTIZ PRADILLO, «los principios rectores de una determinada figura jurídica constituyen las notas características que lo diferencian del resto de figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Representan el armazón sobre el cual se irán asentando las distintas disposiciones jurídicas definitorias de esa figura, y de las cuales se derivarán, en su caso, trascendentales garantías, derechos y obligaciones para quienes se valgan de ella»⁵⁶⁵, lo que justifica la enumeración de estos principios, como señala BARONA VILAR, «en cuanto comportan las proposiciones fundamentales o las normas esenciales a partir de las que se debe desarrollar la mediación», que «se convierten, por ello, en las estructuras que otorgan la esencia a la mediación»⁵⁶⁶.

Es por ello que hay que poner especial cuidado en determinar cuáles son las verdaderas características del proceso que vienen determinadas por esos principios rectores, en la medida en que constituyen una suerte de garantías mínimas que pueden convertirse en un factor clave para el fomento y desarrollo de la mediación, si es que

⁵⁶⁵ ORTIZ PRADILLO, J. C., «Análisis de los principios informadores de la mediación en material civil y mercantil», en *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2135, octubre de 2011, p. 8.

⁵⁶⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, p. 157.

quiere aspirar realmente a que se convierta en un sistema de resolución de conflicto alternativo al judicial, y en cuanto se quiera evitar que se convierta en otra cosa.

No es casualidad, por la misma razón, que cuando se habla desde determinados sectores de la «paradoja de la mediación en la UE», y de la necesidad de «reiniciar» la Directiva comunitaria de mediación, dada la diferencia abismal entre las expectativas del legislador europeo, asociaciones pro-mediación y amplios colectivos que vieron en la mediación una nueva o segunda oportunidad profesional, y la realidad de su pobre implantación, que no solo es imputable al escaso entusiasmo por esta institución de ciudadanos y abogados, y se proponen, para corregirla, diferentes medidas para impulsar la mediación, se empieza por replantearse o por redefinir o matizar algunos de sus principios informadores.

A este respecto señala GARCÍA VILLALUENGA que es exigible cierta seguridad jurídica para impedir que los conceptos se desnaturalicen, incluso por el mismo legislador, pero se puede atender al criterio de la funcionalidad para determinar el concepto y naturaleza jurídica de la mediación respondiendo a las cuestiones de para qué sirve y por qué funciona la mediación. Y la razón es que, «Una vez que se tenga clara la funcionalidad de la mediación, se podrá valorar si flexibilizando o mitigando alguno de sus principios o características continúa el concepto respondiendo a la misma función. Todo lo que sea apartarse de la funcionalidad desnaturalizaría la figura, pero si se potencia o mejora la función que desempeña, se trataría simplemente de una actualización del concepto que conserva su plena sustantividad»⁵⁶⁷.

Veamos cada uno de esos principios informadores, y en qué medida las modificaciones que se proponen en algunos casos supondrían una simple actualización del concepto, o su desnaturalización.

⁵⁶⁷ GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?», en *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2015, pp. 31-33.

4.1.- EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN LA MEDIACIÓN.

Como hemos tenido ocasión de examinar, al referirnos a los sistemas de gestión y resolución de conflictos, los sistemas ADR, o MASC en su versión en castellano, se presentan en buena medida por sus valedores como sistemas autocompositivos de resolución de conflictos, alternativos a otros sistemas de resolución como el judicial, que, cuando están claramente reconocidos y regulados ofrecen una serie de ventajas respecto a la justicia tradicional, como la rapidez y la reducción de costes, la confidencialidad o discreción a la hora de resolver los conflictos, y su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a un ADR o no, de decidir qué organización y qué persona se encargará de dirigir el proceso y cómo se va a desarrollar éste, si va a participar personalmente o no, etc., y todo ello presidido por el principio de voluntariedad, por cuanto, como señala GONZALO QUIROGA «numerosos estudios y la propia experiencia práctica demuestra que es más probable que los acuerdos de solución de conflictos alcanzados a través de la mediación se cumplan voluntariamente y también que se preserve una relación amistosa y viable entre las partes [puesto que] a través de los MASC, basados en la autonomía de la voluntad, se fortalece el protagonismo de los ciudadanos en la resolución de sus controversias jurídicas haciéndoles partícipes directos y activos del sistema de justicia»⁵⁶⁸.

Sentado lo anterior nos debemos preguntar en qué consiste realmente este principio de voluntariedad, y si es o no un principio esencial a la mediación, 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 hayan sido conseguidos forzando la voluntad de las partes o de alguna de ellas, que es por tanto revisable, si es preciso, por razón de ese mismo pragmatismo.

A este respecto conviene recordar —antes de apresurarnos a anticipar nada— que cuando examinábamos el concepto de mediación dado por diversos autores (BARONA VILAR, FOLBERG y TAYLOR, KOVACH, URQUIDI, etc.), o la definición que hemos

⁵⁶⁸ 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, pp. 45-50.

avanzado en este trabajo, 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 podemos recordar las críticas de autores como FISS⁵⁶⁹, MILLER, TARUFFO, WOO o NIEVA-FENOLL, entre otros, 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 estudiar el origen y desarrollo de los ADR en EE. UU. y su vinculación con algunas características de su sistema procesal, algo que puede ser extensible a la mediación, como podremos examinar.

Veamos en qué consiste este principio de voluntariedad y en qué medida aparece recogido, tanto respecto de las partes en conflicto como respecto del mediador.

4.1.1.- La voluntariedad del proceso de mediación para las partes.

4.1.1.1.- La mediación en EE. UU. y otros países anglosajones. De la voluntariedad a la *mandatory mediation*.

Como hemos visto, la mediación suele presentarse idealmente como un proceso voluntario que tiene lugar en privado, y que requiere la buena fe y la participación significativa de las partes en el proceso para llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio

⁵⁶⁹ 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 practise 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.

que resuelva el conflicto y salve la relación, frente al recurso a la Justicia y la imposición de una solución por los tribunales.

Estas características pueden diluirse, sin embargo, a medida que la mediación se institucionaliza dentro del sistema judicial, y de hecho así ha venido sucediendo en los EE. UU., y también en otros países anglosajones, normalmente vinculados a los *Court Annexed Program*, en los que los jueces adoptan un papel directivo —*managerial-judge*— para la resolución del conflicto, 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, lo que plantea cuestiones importantes relacionadas con el consentimiento y la autodeterminación de las partes, de forma que «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»⁵⁷⁰.

Ser forzado a participar en una mediación es, teóricamente, una contradicción con una de los principios filosóficos centrales de la mediación, la voluntariedad, cuya lógica es que una persona que está dispuesta a asistir voluntariamente a una mediación es alguien que está más dispuesto a entrar en el espíritu de la resolución consensual del conflicto que una persona que es obligada a ello, que puede no tener la necesaria motivación, y de hecho la mayoría de los programas de mediación anexos a los tribunales empezaron como voluntarios para asegurarse de que las partes estaban dispuestas a participar.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, esta finalmente no tan sólida visión filosófica se vio comprometida como consecuencia del escaso uso de la mediación, y, por razones puramente pragmáticas —liberar tiempo para que los tribunales pudieran dedicarlo a los asuntos que sí requerían solucionarse mediante adjudicación judicial— se empezó a investir a los tribunales con facultades para ordenar a las partes el recurso a la mediación, a pesar de que una de ellas, o ambas objetaran someterse a este proceso por razones varias: la preocupación porque la oferta o aceptación de la misma pudiera entenderse como un signo de debilidad que podría utilizarse en su contra en el litigio; la desconfianza en el éxito de la mediación y consecuente retraso — tanto por la preparación requerida como por la conducción real de la mediación— en la obtención de una solución judicial; la preocupación por los mayores costes implicados en lo que se percibe como

⁵⁷⁰ NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academic Publishing, St. Paul (USA), 2013, p. 112.

otro obstáculo antes de un juicio formal que resuelva definitivamente el conflicto; o simplemente por el estado de ánimo de las partes —emociones— derivado del conflicto, que les lleva a ser renuentes o a rechazar la participación en un proceso de mediación.

Todas estas objeciones 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 cuando afirman respecto a las razones para la imposición de la mediación que la mayoría de esas razones podían ser disipadas por el tribunal que tiene el poder de ordenar la mediación pese a las objeciones de las partes en el litigio, lo que se justifica porque la base filosófica de la mediación como un proceso voluntario tiene que ser sopesada contra el interés público en mantener asuntos fuera de los tribunales, asuntos que no tienen por qué estar allí en primer lugar y liberar así recursos de los tribunales, provocando la desviación de materias lejos de la adjudicación judicial. Afirman, además, que el deseo de voluntariedad de las partes debe ponderarse frente al potencial de éxito que ofrece la mediación para resolver los conflictos⁵⁷¹.

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 WOLSKI, que examinó la voluntariedad en el contexto de la mediación y si en realidad es o no una «filosofía» esencial de la mediación, señalan que este autor argumenta inicialmente que la voluntariedad se superpone con la consensualidad, y que la voluntariedad podría implicar uno o más de los siguientes factores:

- a) La entrada voluntaria y participación 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.
- 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 a lo largo del proceso de mediación, antes de examinar críticamente las prácticas

⁵⁷¹ SPENCER, D. y BROGAN, M., *op. cit.* pp. 271-306.

contemporáneas de mediaciones en general, señaló dicho autor 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, reconoció que hay una distinción que debe hacerse entre «coerción a la mediación» y «coacción en la mediación» y concluyó su examen señalando que hay numerosas autoridades que apoyan la opinión de que la característica definitoria de la mediación, ya sea descrita 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 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 intervenga, 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 consecuencias⁵⁷².

La realidad parece ir sin embargo por otro lado, y, de hecho, se ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones la diferencia que existe 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 apenas entre un 5% y un 8% de los asuntos se resuelvan finalmente mediante una sentencia, sin solucionar pese a ello los problemas de la 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*.

⁵⁷² SPENCER, D. y BROGAN, M., *op. cit.*, pp. 87-89.

Como señala NOLAN-HALEY⁵⁷³, cuando los tribunales dicen a las partes en disputa que deben someterse a la mediación antes de que tengan 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. La compulsión a un acuerdo nunca debe ser parte del proceso de mediación, porque las partes deben siempre dejar el proceso con un sentido de la propiedad del acuerdo que resultó de él, y si bien los programas obligatorios de mediación judicial se consideran admisibles lo son en tanto en cuanto no haya coerción en el proceso.

Sin embargo, como reconoce la misma autora, hay una gran diferencia entre la llamada «ideología de la armonía de la mediación»⁵⁷⁴, basada en principios como el mutuo reconocimiento, la privacidad, la neutralidad, la voluntariedad, el empoderamiento, etc., y algunas de las practicas reales en mediación, particularmente en los programas de derivación judicial, que aportan una dosis de realidad a esa versión edulcorada y romántica de la mediación, una historia de acuerdos forzados para salir de la cárcel, y de coacciones que no dejan otra opción a las partes que llegar a un acuerdo, lo que le lleva a hablar de la «excepcionalidad de la mediación»⁵⁷⁵.

⁵⁷³ NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academic Publishing, St. Paul (USA), 2013, pp. 112-113.

⁵⁷⁴ En 1998 escribía la autora que la mediación se entiende mejor como 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, ofreciendo una nueva perspectiva a los abogados, prestando más atención a la dignidad humana de las personas que a la abstracción de las reglas legales. NOLAN-HALEY, J., «Lawyer, Clients, and Mediation», en *Notre Dame Law Review*. Vol. 73 N°5 February 20014, New York, 1998. p. 1371.

⁵⁷⁵ Años después, sin embargo, escribe NOLAN-HALEY que «In the United States, mediation is, in theory, a voluntary, consensual process, based on the principle of party self-determination. The Model Standards of Conduct for Mediators echo this understanding by emphasizing the importance of informed consent both as to process and outcome. 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 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,

4.1.1.2.- La voluntariedad de la mediación en Europa y España.

Pese al fuerte impulso político que, desde instancias europea, y desde hace años, se les 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 caracterizado, en principio, por la voluntariedad de las partes para recurrir a ella, una vez que se ha planteado el conflicto, pero no son pocos los matices que se pueden hacer a esta afirmación.

- A la voluntariedad se refiere la Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación familiar, en el apartado II. a., para afirmar como principio de organización de la mediación que ésta no debe, «en principio», ser obligatoria.
- A la voluntariedad se refiere también el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos, cuando afirma (2.2.3) que los ADR no deben ser un medio de sustraerse a la Justicia, que deben seguir siendo siempre una opción consentida por cada una de las partes, que tienen siempre el derecho —que configura, en el punto 3.4.2 como una garantía mínima ligada a un proceso ADR— de retirarse del proceso en todo momento para acceder al sistema judicial o a otras vías de recursos 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

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», *Fordham Law Review*. Vol. 78 N°3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009. pp. 1247-1264.

conflicto que les atañe con la ayuda del mediador.

No obstante, en ese mismo precepto se señala a continuación 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 reciente 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, no porque no se pueda forzar ese acuerdo, que con los convenientes «incentivos o sanciones» sí que se podría —otra cosa será la calidad del acuerdo, pero que se puede forzar no cabe duda—, sino porque estaría en abierta contradicción con el concepto de mediación.

Pero ello no impide, 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 considerando 14 se señale que «nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga 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».

En consonancia con este mismo concepto limitado del principio de la voluntariedad a la continuidad en el proceso y al resultado de la mediación, que sí queda en principio condicionado a la voluntad de las partes, el artículo 5.2 de la Directiva señala que «la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial», y ello por respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se constituye en un límite a esos incentivos o sanciones.

Es decir, en Europa está admitida la posibilidad de que las disposiciones nacionales, en aras de legítimos intereses generales, como puedan ser conseguir una

resolución más rápida y menos costosa de los litigios, así como una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, puedan imponer el recurso obligatorio a un procedimiento de solución extrajudicial 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 de conciliación 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 de los correspondientes derechos, 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 2010⁵⁷⁶, 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

⁵⁷⁶ La STJUE de 18 de marzo de 2010, en su fundamento jurídico 62, señala que es cierto que supeditar la admisibilidad de las acciones judiciales a la realización de una tentativa de conciliación obligatoria, supone introducir una etapa adicional para el acceso a la justicia, que podría afectar al principio de tutela judicial efectiva, pero a continuación, en los FJ 63 a 66, señala que «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 perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados»; se reconoce que las disposiciones nacionales controvertidas aspiran a lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios en materia de comunicaciones electrónicas, así como una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, y persiguen, por consiguiente, objetivos legítimos de interés general, y que la imposición de un procedimiento de solución extrajudicial como el establecido por la normativa nacional controvertida en el litigio principal no resulta desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos, puesto que por una parte no existe una alternativa menos severa a la aplicación de un procedimiento obligatorio, puesto que el establecimiento de un procedimiento de solución extrajudicial meramente facultativo no constituye un medio igualmente eficaz para alcanzar dichos objetivos, y, por otra parte, no existe una desproporción manifiesta entre tales objetivos y los inconvenientes eventualmente ocasionados por el carácter obligatorio del procedimiento de conciliación extrajudicial. La STJUE concluye en su FJ 67 que, por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que

«– El artículo 34 de la Directiva servicio universal debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los litigios en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores, relativos a los derechos conferidos por dicha Directiva, deben ser objeto de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales.

– 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».

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 judiciales.

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), respecto a la mediación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales impuesta por Decreto Legislativo 28/2010, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del Decreto por sentencia 272/2012, de 24 de octubre, que así lo establecían, al quedar sin contenido y no ser necesario pronunciarse. Sí que lo ha hecho, sin embargo, la más reciente Sentencia de 14 de junio de 2017⁵⁷⁷, en el asunto C-75/16, que tiene 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 opone a una normativa nacional que establece el recurso a la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, rechazando tal posibilidad siempre que, eso sí, se preserve el derecho de las partes a acceder al sistema judicial.

Con base en esta concepción se ha querido reinterpretar el principio de la voluntariedad, planteándose la cuestión de si la mediación debe ser asumida espontáneamente, si la existencia de una derivación obligatoria a mediación impediría

⁵⁷⁷ La STJUE de 14 de junio de 2017, tras señalar (53) que es cierto que al supeditar la admisibilidad de las acciones judiciales a una tentativa de mediación obligatoria, la normativa nacional objeto del procedimiento principal introduce una etapa adicional que debe observarse antes de poder acceder a la justicia y que este requisito podría afectar al principio de tutela judicial efectiva, también señala (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 perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados, 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 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, C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, apartado 67)».

que ésta funcionara, o si esta derivación supondría una infracción del principio de voluntariedad, señalándose 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 admite ciertas modulaciones, tiene cierta «ductilidad»⁵⁷⁸ en el momento inicial. Y «sobre estas cuestiones parece haberse asumido que la obligatoriedad de una sesión informativa sobre las posibilidades del proceso de mediación no rompe el principio de voluntariedad»⁵⁷⁹, hablándose de la conveniencia de revisar el principio de voluntariedad, y de avanzar hacia una voluntariedad mitigada. Se afirma incluso que la sesión informativa sería una fase previa a la mediación, no propiamente del proceso de mediación, que se iniciaría con la sesión constitutiva, por lo que sería una fase «pre-mediación», en la que se puede restringir el principio de voluntariedad⁵⁸⁰.

Esa fue la línea seguida por el Proyecto de Ley de Mediación de 2011, como tuvimos ocasión de examinar, en el que se pretendía la obligatoriedad del intento de mediación previo al ejercicio de acciones judiciales en los juicios verbales de cuantía no superior a 6.000 €, y la declaración de temeridad por no asistir a una sesión informativa cuando fuera obligatoria⁵⁸¹, lo que suscitó críticas en 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, que llevó a DE LA OLIVA SANTOS⁵⁸² a afirmar de forma lapidaria que los promotores del PLM habían descubierto, no el Mediterráneo, sino el Mar Muerto.

⁵⁷⁸ GINEBRA MOLINS, M. E., TARABAL BOSCH, J., *op. cit.* pp. 460-470.

⁵⁷⁹ GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad* núm. 50, 2013, p. 92.

⁵⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, H., *op. cit.*, p. 88.

⁵⁸¹ En este punto hay que recordar que el informe de Consejo General del Poder Judicial, de 19 de mayo de 2010, al anteproyecto de ley de mediación civil, afirmaba que «el recurso a este tipo de métodos alternativos de solución de disputas debe apoyarse en la plena voluntariedad de las partes interesadas», señalando a continuación, a propósito de los principios informadores, que el principio de voluntariedad se presenta en el anteproyecto como un principio de alcance relativo, «que se manifiesta, no tanto en el comienzo del procedimiento de mediación, al que efectivamente las partes pueden verse abocadas por una norma legal, como en el mantenimiento de la mediación una vez iniciado el proceso, y sobre todo en la consecución de un acuerdo, que solo puede darse si ambas partes consienten voluntariamente en aceptarlo». Y en este mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado, de 17 de febrero de 2011.

⁵⁸² DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.* pp. 7 y ss.

Ahora bien, una cosa es que quepa la posibilidad de que el legislador pueda imponer una mediación obligatoria previa como requisito de procedibilidad en un procedimiento judicial, 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*), y otra completamente distinta que sea aconsejable dicha imposición; y ya no porque sería una paradoja que, habiéndose argumentado hasta la saciedad desde los sectores pro-mediación el «secuestro» que el sistema judicial habría protagonizado 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 los «partisanos» de la mediación, sino porque resulta de muy dudosa eficacia para promover la mediación, como ya tuvimos ocasión de comprobar al tratar de la implementación de los ADR en Europa, de la Directiva 2008/52/CE y del caso de Italia.

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 LMCM, que se refiere a la voluntariedad y libre disposición como principios informadores de la mediación, 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 de PLM 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 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 prevé la imposición de las costas procesales al demandado que se allane a la demanda después de que el demandante intentara previamente solucionar el conflicto mediante mediación o conciliación, que presume y castiga la mala fe (con consecuencias muy limitadas, como ya hemos visto, debido al 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 confidencial⁵⁸³, 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, 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, con el limitado efecto de nuestro sistema ya comentado.

Pese a ello, la «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial»⁵⁸⁴, elaborada por el Gabinete Técnico de Mediación del CGPJ, de 7 de noviembre de 2016, establece respecto al principio de voluntariedad, que se refiere tanto a la decisión de inicio como a su desarrollo y finalización, que ese consentimiento debe estar suficientemente informado, y 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, y que «de los motivos que sustenten esta decisión no se informará al Tribunal».
- 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».

Se trata de una previsión que puede suscitar algunas cuestiones, puesto que la Guía excluye del deber de confidencialidad la información de «qué parte/s no

⁵⁸³ 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.

⁵⁸⁴ Disponible en URL: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> (Fecha de acceso: 30/09/2017).

asistieron de forma injustificada a la sesión informativa previa», señalando al mismo tiempo que de los motivos que sustenten la decisión de no asistir no se informará al tribunal, 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, porque prevé el artículo 414 LEC que las partes deben explicar al juez, en la audiencia previa, las razones de su decisión de no acudir a mediación; y, además, de dudosa trascendencia práctica, por lo ya señalado respecto a 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 una multa, de 180 a 6.000 €, que viene prevista en el artículo 247 LEC, por ser la inasistencia a una sesión informativa de mediación una conducta contraria a la buena fe procesal, lo que en principio sería aplicable a cualquier proceso, pero aparece expresamente señalado en la citada Guía en el ámbito del proceso de familia. Pero no solo parece de muy difícil encaje la inasistencia a una sesión informativa sobre mediación dentro de las conductas que se consideran como tal en el artículo 11.1 LOPJ, y en el propio artículo 247 LEC, sino que plantea no pocas cuestiones, dado que la buena fe procesal en este ámbito 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)»⁵⁸⁵.

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 esta circunstancia, y en su caso son libres de alcanzar los acuerdos que estimen

⁵⁸⁵ SOLETO 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., «La Mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Tomo I* (Editora BLANCO GARCÍA, A. I.), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 36-38.

oportunos, siempre que sean conformes a Derecho en el sentido de que se refiera a una materia que sea disponible para las partes.

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 los círculos pro-mediación en la necesidad de dar a conocer las bondades del proceso para su implantación efectiva, y que ello debería hacerse mediante la creación de un sistema de mediación civil y mercantil de carácter obligatorio, como requisito de procedibilidad 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 Popular⁵⁸⁶ en este sentido, una propuesta que en buena parte ha sido acogida en el reciente Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación al que ya nos hemos referido⁵⁸⁷.

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 práctica⁵⁸⁸, al convertirse la obtención de la certificación en

⁵⁸⁶ Vid. nota al pie 189.

⁵⁸⁷ La propuesta prevé modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Mediación para imponer la mediación extrajudicial como presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial en casos determinados caracterizados por la existencia de un trato habitual entre las partes —matrimonio, sucesiones, derechos reales, división de patrimonios, propiedad horizontal, arrendamientos conflictos entre socios o con órganos de administración de sociedades, etc.— o en los que la discrecionalidad del juez es elevada —negligencia profesional, vicios de la construcción—, o casos de escasa relevancia como los inferiores a 2.000 €, además de la posible derivación a mediación intrajudicial que se regula expresamente, y que podría ser ordenada judicialmente en cualquier momento, en primera e incluso en segunda instancia, siempre que no se hubiera intentado previamente. La obligatoriedad de la mediación, que hemos calificado como «semi-mitigada», comprendería no solo la sesión informativa sino una «sesión exploratoria» del conflicto, que podría celebrarse junto con la anterior, con el objeto de que las partes expongan el alcance y motivo de sus diferencias, de modo que el mediador pueda evaluar l materia objeto de la misma, el posicionamiento inicial de las partes, y la idoneidad del procedimiento de mediación para solucionar el conflicto. (Vid nota al pie 188). La propuesta también prevé, en su disposición adicional segunda, que en el plazo de un año desde su publicación como ley se llevarían a cabo las reformas precisas para la inclusión de la mediación como asignatura obligatoria en el grado en Derecho, y en otros que se determinarían. (Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación y Memoria de su impacto normativo disponibles en la web de ASEMED, URL: <https://www.asedmed.org>. Acceso 22/12/2018).

⁵⁸⁸ BONET NAVARRO, J., «El abogado ...», op. cit. p. 17.

un mero trámite superfluo y dilatorio, sin que haya razón alguna para pensar que con la mediación fuera a ser diferente por razón de la asistencia a una sesión informativa, 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 por esa sesión —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 (2.040.018 asuntos en 2017, según datos publicados por el CGPJ⁵⁸⁹), 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 limite a esa sesión informativa, que ciertamente hay que convenir en que no predispone a nada, y afirma que no es suficiente con la imposición de esa sesión, y hay que avanzar hacia la exigencia de un «intento serio de mediación»⁵⁹⁰. Ello implicaría, no solo la exigencia de acudir a sucesivas sesiones de mediación, sino una exigencia de buena fe de las partes en la llevanza de las negociaciones en el proceso de mediación, lo que ocasiona no pocas perplejidades, la menor de las cuales no es quién es capaz de certificar tal extremo, dado el deber de confidencialidad del mediador, y en qué medida estaría cualificado en su caso para ello, y cómo va a tener el juez elementos de juicio suficientes para valorar la conducta de la parte en ese proceso.

A este respecto 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 mediación⁵⁹¹, afirman que «es evidente que si los

⁵⁸⁹ Datos del CGPJ. URL: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Justicia-Dato-a-Dato/>

⁵⁹⁰ 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.

⁵⁹¹ SSTS (Sala de lo Civil) 324/2010, de 20 mayo, 129/2010, de 5 marzo, 527/2009, de 2 julio, y 537/2009, de 3 julio, que señalan que la mediación permite llegar a soluciones menos traumáticas que la resolución judicial. La SAP Alicante (Sección 4ª), 264/2015, de 17 de julio señala como ventajas: a) la mejora de la

jueces y tribunales derivan a mediación está asegurada buena parte del éxito de la práctica de la mediación intrajudicial. 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»⁵⁹².

Sin duda alguna es así, 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*, el *discovery*, la regla americana sobre los costes del proceso, la ausencia de un verdadero interés en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial⁵⁹³, la institución del jurado y sus no pocas veces sorprendentes veredictos, etc.—, que han llevado a calificarlo como *the american way of law*⁵⁹⁴, y las transformaciones procesales que han llevado a los jueces a convertirse en gestores (*managerial judges*) vinculados a la terminación del proceso al margen del juicio, casi a cualquier precio, que ha merecido las duras críticas,

comunicación entre los miembros de la familia; b) la reducción de los conflictos entre las partes en litigio; c) facilita los acuerdos amigables; d) asegura el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres e hijos; e) reduce los costes económicos y sociales que el divorcio representan para los miembros de la pareja y para el propio Estado; y f) reduce el tiempo de solución de los conflictos. La SSAP Barcelona (Sección 18ª) 598/2014, de 15 de septiembre, 379/2014 de 29 de mayo; 55/2014, de 30 enero, 794/2013 de 20 noviembre, 243/2012, de 30 marzo, y (Sección 1ª) 138/2012, de 14 marzo, recomienda la mediación por ser beneficioso para los hijos, al permitir a los progenitores alcanzar un acuerdo acerca de la guarda y custodia de los hijos en común en base a condiciones pacíficas y racionales. También, respecto de los hijos, para la regularización del sistema de comunicación y visitas y relaciones paterno-filiales, SSAP de Barcelona (Sección 12ª) 640/2015, de 7 de octubre y 397/2014, de 12 de junio, y respecto de las diferencias que puedan surgir en el ejercicio conjunto de las responsabilidades la SAP de Barcelona (Sección 12ª) 358/2014, de 29 de mayo. La STSJ de Cataluña (Sección 1ª) 58/2014, de 12 de septiembre de 2014, lo aconseja como forma de ahorro de costes en la liquidación de la sociedad conyugal, y la SAP de Barcelona (Sección 12ª) 576/2015, de 15 de septiembre, para resolver problemas económicos derivados de una ruptura matrimonial vinculada a cuestiones económico-societarias.

Sentencias extraídas del sumario y reseña jurisprudencial de sentencias sobre mediación clasificadas por materias, elaborado por ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia.

Disponible en <https://www.ucm.es/imedia/publicaciones> (Fecha de acceso: 02/07/2017).

⁵⁹² GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España:...», *op. cit.*, p. 90.

⁵⁹³ Afirma TARUFFO a este respecto que «el tribunal podría incluso realizar decisiones echando los dados, si ese fuera un medio socialmente aceptado para resolver las disputas», lo que no significa que la decisión no deba ser «buena», debe serlo, pero lo es en la medida en que resuelve el conflicto. TARUFFO, M. *La prueba.... op. cit.*, p. 76.

⁵⁹⁴ KAGAN, R. A. *op. cit.*, p. 9.

dentro y fuera de EE. UU. (OWEN FISS, TARUFFO, NOLAN-HALEY, WOO, etc.), que ya tuvimos ocasión de examinar.

Señala VELARDE ARAMAYO a este respecto, tras un examen de la normativa de diferentes países sobre el recurso a los ADR, tanto convencionales como judiciales, su perplejidad antes 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. Si lo que los legisladores u operadores jurídicos persiguen es facilitar el acceso de los ciudadanos a la labor de conciliadores y mediadores, parece oportuno que se creen estructuras paralelas de carácter estable (similares a las oficinas de defensa del consumidor, de mediación laboral y/o de conciliación familiar); pero si lo que se persigue es obligar al uso de estos mecanismos (tradicionalmente autónomos e independientes), se estará forzando y desvirtuando su carácter flexible, voluntario, flexible, informal, y desjudicializado, convirtiéndolos en un nuevo eslabón del proceso judicial, y dejarán de ser una alternativa a disposición de quienes realmente quieren evitar el conflicto (y no solo el proceso); es decir, un mecanismo normalizado y cuasi burocrático, al que las partes se someten por imposición, y no por devoción»⁵⁹⁵.

Lo hemos señalado en varias ocasiones y habrá que repetirlo, una mediación no es más que una negociación en la que interviene un mediador, cuyo papel es 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, porque las partes pueden decidir no acordar, 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 voluntaria⁵⁹⁶, 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 opción.

⁵⁹⁵ VELARDE ARAMAYO, M. S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* pp. 22-23.

⁵⁹⁶ En el mismo sentido afirma CARRETERO MORALES 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., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 160.

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 discurso ideológico-propagandístico está basado en una propaganda contra la solución jurisdiccional de los conflictos, que «en ocasiones se presenta casi como apocalíptica»⁵⁹⁷, basada en una serie de tópicos que se repiten por los partisanos de la mediación como un mantra, en los que se oponen la voluntariedad flexibilidad, rapidez, eficacia y menores costes de la mediación, frente a la coacción, rigidez, burocracia, ineficiencia, lentitud, y elevados costes de la jurisdicción, una argumentación que no le parece más que una historieta de buenos y malos que está en plena sintonía con el discurso anti-estatalista del neoliberalismo.

Y frente a ese discurso, que califica de «pura propaganda, de pura ideología en el peor sentido de la expresión», que 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, [...] Este discurso, aparentemente muy sólido porque se parapeta tras una pretendida objetividad, resulta por completo inútil para entender en qué consiste una buena mediación, para determinar dónde radica la calidad de una mediación. Un peligro bien 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»⁵⁹⁸.

Ninguno de ambos 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 judicial, debe valorarse en cada caso concreto, porque habrá casos para lo que sea mejor solución otro sistema ADR, o el recurso a la vía judicial, que no debemos olvidar que también es una vía pacífica para la resolución de conflictos, como habrá casos en los que la vía judicial no sea la más adecuada, y casos que sean susceptibles de mediación y casos en los que esté contraindicada, sin que la opción en abstracto por la mediación (como por la

⁵⁹⁷ BONET NAVARRO, J., «El abogado ...», *op. cit.*, p. 18.

⁵⁹⁸ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, *op. cit.*, pp. 105-106.

vía jurisdiccional) sea defendible, como no lo es su imposición⁵⁹⁹.

Señala BARONA VILAR, a este respecto y no podemos sino convenir con ella, que «Si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que han de tener plena disposición de los mismos; si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos, de modo que los mismos han de poder establecer, modificar y extinguir todas las relaciones jurídico materiales privadas; 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 deseos 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»⁶⁰⁰.

Por supuesto, como el recurso a cualquier otro sistema ADR, y a la jurisdicción. La mediación será voluntaria, o no será.

4.1.2.- La voluntariedad del proceso de mediación para el mediador.

Pero hay otro aspecto de la voluntariedad, que en alguna medida aparece vinculado al carácter de profesional del mediador, que no puede ser descuidado: la voluntariedad de la participación del mediador en el proceso de mediación.

Precisamente por ser un profesional, frente a un juez, un letrado de la Administración de Justicia, u otras autoridades competentes, que son también terceros imparciales y neutrales encargados de la resolución de un conflicto, para los que es imposible por las normas que rigen su actuación, el mediador sí puede declinar su designación por las partes en conflicto, puede negarse a comenzar el procedimiento de mediación, y puede suspenderlo o darlo por finalizado una vez comenzado si apreciara,

⁵⁹⁹ En este sentido GARCÍA VILLALUENGA y 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.

⁶⁰⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...op. cit.*, p. 160.

de manera justificada conforme a su criterio profesional, que no se dan las circunstancias adecuadas para su desarrollo, o porque —como dice el artículo 21 de la Ley 5/2012, de mediación— «aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión».

También establece el artículo 13 de la misma ley que el mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, sin necesidad de que concurra ninguna circunstancia como las anteriormente señaladas, o alguna circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad, con la única obligación de entregar un acta a las partes en la que conste dicha renuncia, lo que ha suscitado la duda de si le es exigible una justa causa para renunciar.

Dado el tenor literal del precepto, no parece que sea así, ni tampoco, y como consecuencia de lo anterior, que haya que expresar la causa en el acta de renuncia, ello sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el mediador, y, por tanto, de su obligación de responder por los daños y perjuicios causados, si se aparta del procedimiento, una vez aceptado e iniciado, sin que exista un motivo suficiente para ello⁶⁰¹.

4.2.- EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA MEDIACIÓN.

La neutralidad, que es la cualidad o actitud de quien no participa de ninguna de las opciones para la resolución de un conflicto, es uno de los principios filosóficos de la mediación, y está recogido como principio rector en la legislación reguladora, de forma que la falta de neutralidad del mediador, además de poner en peligro el acuerdo de mediación, lo expone a una reclamación de responsabilidad civil.

El problema es qué significa ese principio en la práctica, si significa que el mediador no puede participar en modo alguno en el contenido ni en el resultado de la mediación, y si eso puede plantear problemas en la práctica y habría que redefinirlo para confundirlo definitivamente con el concepto de imparcialidad.

⁶⁰¹ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M. *Materiales para la Práctica de la Mediación*. Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona, 2013, p. 204.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, señala que la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional «neutral», el mediador, refiriéndose su artículo 8 a la neutralidad al señalar que las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13. Este precepto se refiere a la actuación del mediador y recoge una serie de obligaciones que éste debe cumplir, entre las que están la de facilitar la comunicación entre las partes, la de velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, y la de desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en la misma Ley.

De la misma regulación del principio de neutralidad resulta la especial importancia que tiene en el ámbito de la mediación, frente a otras formas de resolución de conflictos, ya sean judiciales u otros sistemas ADR, en la medida en que se afirma que son las partes las que han de alcanzar un acuerdo «por sí mismas» para resolver el conflicto que les atañe, lo que nos lleva a plantearnos la cuestión de si el mediador puede facilitar información jurídica, y también a si puede realizar o no propuestas de solución a las partes, lo que también implica la posibilidad de poder alinearse —en el sentido de valorar positiva o negativamente— con la(s) propuesta(s) que pueda realizar cualquiera de ellas, sin que se vea comprometido el principio de neutralidad.

Respecto a la posibilidad de que le mediador pueda facilitar información jurídica a las partes, algunos autores distinguen dicha actividad del consejo jurídico, señalando que los mediadores pueden hacer lo primero pero no lo segundo⁶⁰². Sin duda ello puede ser razonable en un momento determinado, en cuanto pueda ayudar a desbloquear una situación descartando posibles planteamientos de las partes que les puedan conducir a ninguna parte, o a un sitio al que nunca hubieran querido llegar, y probablemente nunca habrían llegado de tener consejo legal⁶⁰³. Pero, a nuestro parecer, incluso facilitar

⁶⁰² BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.* p.189.

⁶⁰³ Afirma BARONA VILAR que la igualdad de las partes es un principio esencial, lo que no significa que el mediador tenga que hacer iguales a los que son desiguales, sino que las partes tengan una posición de igualdad ante el proceso de mediación de forma que la finalidad de la misma, no se vea frustrada por una desigualdad de participación y decisión de una de las partes sobre la otra que refleje la desigualdad de posiciones, para lo que se señalan como instrumentos útiles a tales efectos, la oralidad del procedimiento, la rapidez, la gratuidad o el menor coste, la flexibilidad de este medio y el lenguaje sencillo, ágil y con menos tecnicismos y menos formalidad que otras vías de tutela, y la amabilidad del entorno favorecen el clima de igualdad y mayores dosis de colaboración con el contrario, y afirma que «No podemos olvidar que todo esto hace que en muchos casos sea prescindible la figura del letrado y, por ello, que las partes puedan

información jurídica puede ser temerario, si se carecen de los conocimientos jurídicos y de la experiencia profesional necesaria para hacer una evaluación correcta de la situación, porque se podría estar dando una información errónea, y, si hemos convenido en que un elemento esencial de cualquier negociación son los componentes cognitivos, porque la calidad del acuerdo o de la decisión que se adopte (que puede ser no llegar a un acuerdo) depende de la calidad del proceso de negociación que le precede, esa negociación estaría falseada si se hubiera facilitado una información errónea.

Sobre la posibilidad de que el mediador pueda pronunciarse, a favor o en contra, de cualquier propuesta de acuerdo que pueda ser ofertada por las partes, e incluso ofrecer propuestas de solución, sin que se produzca una infracción del principio de neutralidad, ya hemos visto que no parece en principio que sea posible, al menos en la forma en que la mediación aparece configurada en nuestro derecho, tanto estatal como autonómico, con la única excepción, hoy, de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia, que acepta expresamente la posibilidad de que el mediador pueda formular propuestas al señalar que «...su actuación se materializará en la simple mediación conciliadora o, en su caso, en propuestas de solución a aceptar, o no, libremente por los sujetos en conflicto».

A este respecto, y puesto que ya ha sido tratado detalladamente, nos vamos a remitir a lo ya señalado al tratar de la diferenciación entre mediación y conciliación por el papel que desempeñan los terceros encargados de la resolución del conflicto, conciliador y mediador, respecto a las partes, al menos por lo que se refiere a lo que nuestra legislación, en general, y puede decirse que, de forma coherente con la no exigencia de preparación alguna en la materia propia del conflicto, ha regulado.

La cuestión que ahora corresponde abordar es si, dada la regulación de la mediación, es posible que la conducta activa del mediador pueda comprender actividades

acudir a un procedimiento de mediación por sí mismas, sin necesidad de un tercero que les defienda o represente», lo que facilita la sensación de acercamiento entre las partes y favorece, asimismo, la labor del mediador, al menos en ciertos casos», BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.* p. 184.

Nota. Puedo estar de acuerdo, en ciertos casos, siempre que lo que diga el derecho respecto al conflicto sea completamente irrelevante para las partes a la hora de valorar sus respectivas posiciones y todas sus posibles opciones, de forma que haya quedado excluido por completo, con pleno conocimiento, el recurso a los tribunales, que en otro caso nunca puede ser descartado de antemano, porque significa empezar una negociación en desventaja, en una posición de debilidad frente a quien sí conoce todas sus opciones, y terminar con un acuerdo que nunca habría sido aceptado.

como la evaluación de las posiciones de las partes, predicciones de resultados en caso de ir a juicio, campos de posibles acuerdos, intervenciones de terceros que ayuden a clarificar determinados puntos, o propuestas de solución, sin que ello suponga una infracción del principio de neutralidad que termine con la mediación.

Es verdad que nadie cuestiona que las habilidades del mediador, en relación con el principio de neutralidad, deben servir para procurar que exista un equilibrio entre las partes, asumiendo un papel directivo para evitar que una de ellas juegue un papel más débil en la negociación frente a la otra, a través del empoderamiento (*empowerment*) de la parte más débil. En este sentido, señalan CORSON PEREIRA y GUTIÉRREZ SANZ, «las recomendaciones pasan por ser asertivo y activo en lo relativo al proceso de mediación —respeto a las reglas del juego—, interviniendo cuando no se respetan los turnos de palabra, se agrede verbalmente o se menosprecia al otro (o al mediador) o cuando se desvían del análisis de los problemas que les traen a la mediación. También es aconsejable mantenerse neutral en cuanto al contenido de la disputa, sin deslizar opiniones, comentario, expresiones o gestos que impliquen una toma de partido por una u otra parte»⁶⁰⁴.

Pero, frente a quienes afirma, como GARCÍA VILLALUENGA y VÁZQUEZ DE CASTRO, que esa posición más activa del mediador «no puede pasar en modo alguno por realizar propuestas de acuerdo a las partes, porque la propia esencia de la mediación, que afecta al protagonismo de aquellas, quedaría desdibujada»⁶⁰⁵, y que el mediador no debe aportar nada que no haya sido expresado o propuesto por las partes, aunque su actitud pasiva conlleve que las partes no lleguen a un acuerdo, hay quienes apoyan un papel más activo del mediador, que le facultaría, por ejemplo, para sugerir alternativas cuando las partes alcancen un punto muerto o cuando detecte posibles consecuencias negativas del acuerdo que se pretende alcanzar.

En este sentido hay quien señala que, efectivamente, ser neutral significa que el mediador no puede favorecer o perjudicar a ninguna de las partes, pero no parece posible ni deseable que el mediador permanezca neutral ante quien rechaza acercar su postura a

⁶⁰⁴ CORSON PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014, pp. 51-52.

⁶⁰⁵ GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España...», en *op. cit.* pp. 92-93.

la otra parte que está realizando una propuesta que, a juicio del mediador, es la que más se ajusta a la equidad, por lo que podría intervenir para aconsejarle que revisara su posición⁶⁰⁶. Y también hay quien afirma que «no tiene absolutamente nada de particular que un mediador se decante por dar la razón a una de las partes, si cree que tiene razón»⁶⁰⁷, dado que el resultado de una mediación no tiene por qué ser un acuerdo sino que es la solución de un litigio, y ello puede venir dado por el simple reconocimiento por una de las partes de la razón de la otra, a través de una renuncia o desistimiento a reclamar lo que no corresponde, o un allanamiento a la justa pretensión de la otra parte, y pretender otra cosa sería favorecer al incumplidor, puesto que terminaría siempre obteniendo algo que en puridad nunca le habría correspondido, en perjuicio del ciudadano honrado.

Debo coincidir con estas últimas opiniones, porque, efectivamente, la neutralidad debe ser un principio esencial del procedimiento de mediación, pero no con las partes consideradas en abstracto, sino con relación al conflicto que les enfrenta y a la posición que cada uno ocupa en el mismo, para lo que parece no solo oportuno, sino necesario, que el mediador tenga la capacidad de sugerir a favor o en contra de las propuestas que se puedan hacer, y de sugerir vías para explorar posibles acuerdos, inventar opciones, y hacer propuestas⁶⁰⁸, sin que ello tenga por qué suponer un menoscabo de su neutralidad, entendida esta en el sentido de ecuanimidad, imparcialidad u objetividad, lo que es acorde con la naturaleza de negociación que tiene la mediación, pero no parece que haya sido eso lo que ha querido el legislador.

El legislador se ha decantado por un modelo de mediación facilitadora, en el que (artículo 8 LMCM) las actuaciones de mediación deben desarrollarse de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar «por sí mismas» un acuerdo de mediación, sin que el desarrollo de una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes

⁶⁰⁶ En este sentido ÁLVAREZ SACRISTAN, I. *op. cit.*, p.12.

⁶⁰⁷ NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: ¿Una “alternativa”...» *op. cit.* p. 7.

⁶⁰⁸ En este punto hay que recordar que la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 22 de octubre de 2004, daba por supuesta la capacidad del mediador para hacer propuestas de solución al conflicto, al señalar, entre los extremos sobre los que los mediadores y personas implicadas en la administración de los servicios de mediación no podrían dar testimonio ni presentar prueba en un ulterior proceso judicial, las propuestas realizadas por el mediador (d), y el hecho de que alguna parte hubiera expresado su deseo de aceptar dicha propuesta (e).

Propuesta de Directiva disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2004/ES/1-2004-718-ES-F1-1.Pdf> (fecha de acceso: 30/10/2017) .

a que se refiere el artículo 13 le autorice a influir en las partes, juzgar, opinar o proponer, sino tan solo —y no es poco— a restaurar los cauces de comunicación y entendimiento entre las partes, de forma que sean capaces de llegar a ese acuerdo, y por eso no se exige ningún conocimiento especializado ni experiencia en la materia objeto de mediación, porque no está previsto que tengan que dar ninguna opinión informada.

Frente a ese modelo hay otro, que es el de la mediación valorativa o evaluativa, que no es que no existiera ya pero se formula por primera vez—en el sentido de definir para diferenciar—por RISKIN⁶⁰⁹ en 1994, ante la ambigüedad del término «mediación», la disparidad de visiones acerca de lo que es o lo que debería ser la mediación, y la confusión que se genera cuando la gente trata de elegir entre la mediación y otro tipo de proceso, o cuando tiene que lidiar con cómo entrenar, evaluar, regular la actividad o seleccionar un mediador. Y para ello propone un sistema de clasificación, atendiendo al papel desempeñado por el mediador, que puede ayudar a las partes a seleccionar un mediador atendiendo a la cuestión de si debe o no tener conocimientos especializados en la materia propia del conflicto, conforme al siguiente cuadro:

MEDIATION:

EVALUATIVE NARROW (Evaluativa estricta)	EVALUATIVE BROAD (Evaluativa abierta)
FACILITATIVE NARROW (Facilitadora estricta)	FACILITATIVE BROAD (Facilitadora abierta)

El papel que juega el mediador y las partes son distintos en cada caso.

Un mediador facilitador asume que su principal misión es mejorar y clarificar la comunicación entre las partes para ayudarles a decidir qué hacer, partiendo de las premisas de la inteligencia de las partes, capacidad de trabajo con la contraparte, y comprensión de la situación mejor que cualquiera de sus abogados o que el mediador, por

⁶⁰⁹ RISKIN, L.L., «Mediator Orientations, Strategies and Techniques», en *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol. 12, nº 9, Septiembre 1994, pp. 111-114.

lo que, no para los abogados, porque forma parte de su trabajo, sino para el mediador, es inapropiado hacer evaluaciones, predicciones o propuestas o dar una opinión sobre las que hagan las partes, y no solo porque estaría interfiriendo entre ellas, lo que puede afectar a la apariencia de imparcialidad y de neutralidad, sino porque puede no tener los conocimientos y experiencia suficientes para dar una opinión informada.

Si se trata de una mediación facilitadora estricta, el mediador tratará principalmente de que las partes sean realistas respecto a sus posiciones, fortalezas y debilidades, a los posibles resultados, y las consecuencias, en tiempo, dinero, reputación, de no llegar a un acuerdo, pero se abstendrá de presionar a las partes, de dar su opinión, ni probablemente requerirá el estudio de documentación relevante. En una mediación facilitadora amplia, sin embargo, el mediador alentará y ayudará a las partes a delimitar sus intereses, a desarrollar sus propias propuestas, a entender su verdadera situación legal, invitándoles a presentarla y discutirla, por lo que tampoco tiene por qué entenderla del todo, al enfatizar que sean las propias partes las que la expongan desarrollen y defiendan.

Un mediador valorativo o evaluativo, sin embargo, asume que las partes quieren y necesitan que el mediador les facilite alguna dirección como el camino más apropiado para un acuerdo, basado en la ley, la práctica o experiencia industrial o empresarial, o en la tecnología, al tiempo que las partes asumen que el mediador está cualificado para indicar la dirección a seguir, en virtud precisamente de sus conocimientos, experiencia, entrenamiento y objetividad.

Si se trata de una mediación evaluativa estricta, como en la mediación facilitadora, la principal estrategia del mediador es ayudar a que las partes entiendan las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones, y también el resultado probable de un juicio; la diferencia está en que a tales efectos puede requerir la aportación de documentación relevante del conflicto para su estudio, puede instar a las partes para que acepten una determinada propuesta o rango de acuerdo, puede proponer acuerdos de compromiso basados en una posición, puede evaluar las fortalezas y debilidades de cada una de las partes y puede tratar de persuadirlas para que acepten su análisis y evaluación. En la mediación evaluativa amplia el mediador preguntará sobre las situaciones, planes, necesidades e intereses de los participantes, especulará sobre los intereses subyacentes y pedirá confirmación, y también proporcionará predicciones, evaluaciones y recomendaciones, pero enfatizará las opciones que abordan los intereses subyacentes (por ejemplo, nuevas fórmulas de colaboración entre empresas con una disputa contractual, que exceden del marco del conflicto), en lugar de aquellas que proponen sólo un

compromiso para cerrar el conflicto (un acuerdo económico que acabe con el conflicto entre esas empresas) como la mediación evaluativa estricta.

La relevancia que pueda tener en la selección de un mediador sus conocimientos y experiencia en el campo o materia en el que se desarrolla el conflicto —una comprensión sustancial de la ley, de las prácticas consuetudinarias o la tecnología asociada con la controversia— dependerá de las circunstancias de cada caso.

Por ejemplo, en un juicio de patentes, la partes pueden desear un mediador con conocimiento de causa que esté familiarizado con la ley de patentes o con litigios, prácticas en la industria, o con la tecnología pertinente, o con las tres áreas, aunque si quieren una predicción sobre lo que ocurriría en el tribunal, necesitarán un mediador con una sólida experiencia en litigios relacionados con esa materia, pero si las partes quieren sugerencias sobre cómo afrontar futuras relaciones de negocios, tal vez el mediador deba entender sobre las industrias relacionadas, mientras que si el conflicto versa sobre cuestiones relacionadas con la tecnología implicada es posible que el mediador tenga que ser un ingeniero, para que entienda los términos del conflicto.

Por el contrario, en otras circunstancias, si las partes se sienten capaces de desarrollar un debate negocial, de comprender sus verdaderas circunstancias y de desarrollar soluciones potenciales, pueden preferir un mediador con gran habilidad en el proceso de mediación, aunque carezca de conocimientos específicos (legales, comerciales, tecnológicos) y experiencia en la materia, porque en tales casos un exceso de conocimientos especializados podría inclinar al mediador a desarrollar un papel más evaluativo, e interferir en el desarrollo por las propias partes de soluciones creativas.

Parece claro que el legislador español no ha pretendido este tipo de mediación evaluativa, y, si bien es cierto que la Ley no excluye la posibilidad de que los intervinientes y el mediador traten de solucionar un conflicto eminentemente jurídico y sustentado en una confrontación legal o de derecho, siempre y cuando los derechos afectados sean disponibles⁶¹⁰, y que la mediación no está reservada en exclusiva a las partes, puesto que además de ellas y del mediador pueden intervenir abogados, asesores, peritos o expertos, auxiliares o testigos, cuya presencia y participación la ley no prevé,

⁶¹⁰ MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado...», *op. cit.* pp. 18-19.

pero tampoco la prohíbe⁶¹¹, por lo que hay que entender que es posible si las partes así lo acuerdan, también es cierto que la exigencia de que las partes lleguen a un acuerdo «por sí mismas» parece establecer un límite a la intervención del mediador al circunscribir su papel en el proceso a la mediación, estricta o amplia, pero simplemente facilitadora.

Ahora bien, si argumentáramos al tratar de las diferencias entre conciliación y mediación, entre otras cosas, que no estaba previsto en la ley que el mediador pudiera realizar propuestas, y que cuando el legislador ha querido acoger esa posibilidad lo ha hecho (por ejemplo en la Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia, o en la derogada Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar en las Islas Baleares), también es posible defender que cuando el legislador ha querido prohibir tal posibilidad lo ha hecho (por ejemplo, en la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, o en la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria), y lo cierto es que en la Ley 5/2012, de 6 de julio no aparece expresamente prohibido, luego debe estar permitido, y, aunque a efectos de clarificación sobre la mediación y el papel del mediador hubiera sido deseable que se recogiera en la ley la posibilidad de acudir a ambos tipos de mediación, no parece que haya nada que lo pueda impedir, siempre que las partes así lo acuerden expresamente.

El límite a la intervención del mediador al circunscribir su papel en el proceso a la mediación facilitadora es entonces un límite solo aparente, porque el hecho de que el legislador español no haya previsto la posibilidad de una mediación evaluativa, acogiendo la facilitadora como modelo general de mediación (el que puede tener lugar salvo que las partes acuerde otra cosa) no quiere decir que la primera no sea posible, porque la neutralidad del procedimiento de mediación, como la imparcialidad del mediador, no tienen por qué verse comprometida por la evaluación de las posiciones y propuestas y por la dirección del proceso que pueda realizar, si esa es la voluntad de las partes; y esto porque, si hay una característica esencial en el proceso de mediación es, como señala el Preámbulo de la LMCM, que el modelo se basa en los principios de flexibilidad, voluntariedad, libre decisión y respeto de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁶¹¹ TORRES LANAS, J. A., «Principios rectores de la mediación», 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, pp. 123-160.

Y si, como señala BONET NAVARRO, «la misma flexibilidad, “deslegalización”, y “desjuridificación” pretendida en el proceso de mediación exige una adecuación a las especiales condiciones del asunto, las particularidades del objeto y de los sujetos implicados, configurando un procedimiento que responda suficientemente a las necesidades que deriven y que facilite la consecución del objetivo de que se obtenga una solución satisfactoria del conflicto»⁶¹², nada puede impedir —porque tampoco está expresamente prohibido— que en el momento de acordar el proceso de mediación las partes en conflicto acuerden conforme a qué modelo se desarrollará, y elijan al mediador que consideren más apropiado.

Ya nos hemos referido con anterioridad a la profesionalidad y formación de los mediadores, en relación con su eficacia y competencia, y este es uno de esos puntos que confirman la necesidad de cumplir con ese principio básico de las leyes del mercado a las que se ha confiado la mediación, la transparencia, para poder conocer la formación y experiencia profesional de los posibles mediadores en el ámbito del conflicto, y elegir así a quien resulte más adecuado para conducir el tipo de debate acordado.

4.3.- EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA MEDIACIÓN.

Mientras que es posible una flexibilización del principio de neutralidad, una interpretación del mismo que permita una intervención más activa del mediador en el procedimiento en las condiciones expuestas, «el principio de imparcialidad debe resultar incuestionablemente intocable»⁶¹³, constituyendo un «pilar-principio-fundamento»⁶¹⁴ de la actuación del tercero que actúa entre las partes como mediador al ser la garantía de igualdad entre las partes, razón por la que «aparece instalada —expresa o implícitamente— en todas las formas de procesos o de meros procedimientos, normalmente para referirse al órgano decisor en los mismos»⁶¹⁵.

⁶¹² BONET NAVARRO, J., «El abogado ...» *op. cit.*, p. 31.

⁶¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: ...», en *op. cit.* p. 92.

⁶¹⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...op. cit.*, p. 185.

⁶¹⁵ TORRES LANAS, J.A., *op. cit.*, p. 143.

No es la imparcialidad un concepto fácil de distinguir del concepto de neutralidad, confundiendo en muchas ocasiones porque la imparcialidad aparece como sinónimo de ecuanimidad, objetividad, equidad, y también de neutralidad, definiéndose (DRAE) la imparcialidad como «la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o de algo, que permite juzgar y proceder con rectitud», mientras la neutralidad es la cualidad o actitud de quien no participa de ninguna de las opciones en conflicto⁶¹⁶.

La Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril, de la Comisión Europea, sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo ya se refiere, en su considerando 10, a que «Debe garantizarse la imparcialidad de los procedimientos de resolución de litigios para tener la certeza de que todas las partes confían en su equidad. Independientemente de que sea responsable de la aplicación del procedimiento de resolución de litigios una persona o un grupo de personas, deberán adoptarse medidas que garanticen su imparcialidad y competencia para que las partes puedan decidir con conocimiento de causa si aceptan el procedimiento en cuestión», y entre sus principios (II) se refiere, en primer lugar a la imparcialidad, señalando, entre otras cosas, algo que es lógico, y es que la persona responsable del procedimiento no debe tener ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes, debiendo facilitar a las mismas información sobre su imparcialidad y competencia antes de que comience el mismo.

El Código de Conducta Europeo para los Mediadores⁶¹⁷, publicado por la Comisión Europea en julio de 2004, se refiere en el apartado 2, entre las normas mínimas de actuación propias del mediador, a la independencia e imparcialidad, con una terminología en la que el concepto de independencia se identificaría con nuestro concepto de imparcialidad, mientras que la imparcialidad equivaldría a nuestro concepto de neutralidad, al señalar (apartado 2.1) que «Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes, cualquier interés financiero o de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación, o que el mediador,

⁶¹⁶ Sobre las diferencias entre los conceptos de independencia e imparcialidad, y sobre los principios de imparcialidad y neutralidad, viniendo referido el primer principio al proceso, y el segundo al resultado, sobre y la confusión entre ambos principios desde determinadas concepciones normativas. Vid. AGUILÓ REGLA, J., «Imparcialidad y concepciones del Derecho», en *Jurídica*, núm. 9 Vol. 6, 2009, pp. 27-44.

⁶¹⁷ Accesible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (Fecha de acceso: 03/06/2017).

o un miembro de su empresa, hayan actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total independencia con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente», permaneciendo el deber de revelar información atinente a la independencia (imparcialidad) a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Por su parte, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, se refiere en sus considerandos y en su artículo 3 a la imparcialidad del mediador, sin mayor desarrollo; y lo mismo ocurre con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se refiere en su Título II a los principios informadores de la mediación, entre los que cita la imparcialidad de los mediadores, señalando su artículo 7 —intitulado «Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores»— que en el procedimiento de mediación «se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas».

La imparcialidad es una exigencia lógica, «elemental», como señalaba el informe del CGPJ al ALMC de 2010, que deriva de la misma función del mediador, que no es la de ser abogado ni terapeuta de ninguna de las partes, y si bien ha de observar una actitud activa, creando el clima de comunicación adecuado para que sean las mismas partes en conflicto las que lleguen a su resolución por sí mismas, por la misma razón, dicha actitud activa —que puede tener su relevancia respecto del principio de neutralidad cuando tenga que tratar de equilibrar las posiciones relativas de las partes cuando la diferencia impida que se pueda llegar a un acuerdo justo, o tenga que hacer valoraciones o propuestas, en el caso de una mediación evaluativa— no solo no le puede llevar nunca a actuar en perjuicio o en interés de cualquiera de ellas, lo que sería una infracción flagrante de sus obligaciones, sino que ni tan siquiera pueda estar en una situación, por sus relaciones con cualquiera de las partes o intereses que estén en juego como resultado de la mediación, que puedan suscitar la duda respecto a su imparcialidad.

En todo caso, como señala BONET NAVARRO, «esa imparcialidad no debe suponer un impedimento para la labor mediadora. Se trata de una posición de lejanía respecto de las partes preordenada a la obtención de un acuerdo. Y no ha de olvidarse que el mismo implicará algún sacrificio, total o parcial, respecto de las iniciales posiciones de

las partes o de alguna de ellas, sin que el tratamiento igual, respetuoso e imparcial por parte del mediador suponga necesariamente que el acuerdo derive de un sacrificio de las partes en idéntica medida»⁶¹⁸, porque, por improbable que pueda parecer, y si tenemos en cuenta que cualquiera que sea el tipo de mediación las partes evaluarán sus respectivas posiciones, y sus mejores opciones sin perder de vista la resolución judicial del conflicto, no se puede descartar de antemano que el acuerdo pueda consistir en un allanamiento, o en un desistimiento o una renuncia al ejercicio de acciones judiciales, cuando una de las partes reconozca la inviabilidad de su pretensión, de modo que se logre un acuerdo perfectamente viable basado en el sacrificio total de las pretensiones de una sola de las partes.

Por eso, el artículo 13 de la Ley 5/2012, que se refiere a la actuación del mediador, establece que «5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso: a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes. b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación. c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente».

Se trata, en definitiva, como ocurre con respecto a la imparcialidad judicial, cuando los artículos 217 y ss LOPJ se refieren a las causas de abstención o recusación de un juez, de circunstancias que se refieren a la relación del mediador con las partes o con el asunto litigioso, no pudiendo el mediador realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en contra, existiendo el deber de poner de manifiesto estas circunstancias, como es lógico también, a lo largo de todo el proceso de mediación, puesto que es perfectamente posible que dichas circunstancias se produzcan de forma sobrevenida al inicio del procedimiento.

⁶¹⁸ BONET NAVARRO, J., «El abogado...», *op. cit.* p. 27.

En todo caso no se trata de que la existencia o aparición de alguna circunstancia que pueda afectar a la imparcialidad del mediador —que no se trata de «una característica abstracta de los mediadores, sino que se hace referencia a cuestiones o circunstancias concretas que pueden concurrir en la persona del mediador y convertirle en sospechoso de parcialidad»⁶¹⁹— implique para el mediador la imposibilidad de iniciar la mediación, o el abandono de la misma si ya estaba empezada, siempre que asegure que va a poder mediar con total imparcialidad, sino que serán las partes quienes, informadas de dichas circunstancias, en virtud de los principios de voluntariedad y libre disposición, acepten o no la intervención del mediador, y la continuación o no del procedimiento, haciéndolo constar expresamente⁶²⁰.

Precisamente la voluntariedad de la mediación se erige en la garantía de imparcialidad del mediador, sin que exista un elenco de causas de abstención y de recusación, como existe en el procedimiento judicial (artículos 217 y ss LOPJ), dado que no es posible ni elegir el juez, ni abandonar el procedimiento sin consecuencias procesales, como instrumentos procesales para garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, puesto que el procedimiento de mediación concurriendo circunstancias que puedan afectar a la imparcialidad del mediador, por tener un interés directo o indirecto en la controversia sostenida por las partes, solo se iniciará y continuará con la voluntad informada de las partes.

El incumplimiento del mediador de la obligación de informar de las circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad tendrá como consecuencia, como cualquier incumplimiento de la obligación de cumplir fielmente el encargo recibido (artículo 14 LMCM), la responsabilidad del mediador por los daños y perjuicios que con su conducta haya causado, teniendo el perjudicado una acción directa contra el mediador y, en su caso, contra la institución de mediación que corresponda.

⁶¹⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.* pp.187-188.

⁶²⁰ En este mismo sentido, vid. SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Concepto y rasgos definitorios...» *op. cit.* p. 95.

4.4.- EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD EN LA MEDIACIÓN.

4.4.1.- Concepto y regulación.

La palabra confidencialidad proviene del latín *cum fides*, y está vinculada a los conceptos de fe y de lealtad, a la confianza compartida, y es definido por el DRAE como cualidad de confidencial, esto es, que lo que se hace o se dice es en la confianza de que se mantendrá reserva de lo hecho o lo dicho. Confianza y reserva son vocablos que van íntimamente unidos, porque la primera depende de la segunda, de forma que con la obligación de confidencialidad se trata de garantizar que determinada información es accesible solo para los que están autorizados, y en este sentido «supone la prohibición de divulgar, difundir o publicar determinado tipo de información»⁶²¹.

Se trata de un principio informador del procedimiento de mediación, aunque no afecta a su esencia o naturaleza —puede existir o no, o hacerlo con diferente contenido y extensión sin que por ello deje de haber mediación—, sino que tiene una finalidad eminentemente pragmática, y es la de permitir una negociación franca entre las partes, un clima de discreción que genere la confianza necesaria que permita a las partes un intercambio de información relevante para así poder conocer las respectivas posiciones en el conflicto, sus intereses, e incluso sus sentimientos, como base de un debate que permita la generación de ideas y opciones para la solución de un conflicto, y así alcanzar un acuerdo, si es que fuera posible y conveniente alcanzarlo, en la confianza de que la información y la documentación producidas en el marco del proceso de mediación no van a ser con posterioridad reveladas y utilizadas por ninguna de las partes, o por un juez⁶²².

⁶²¹ TORRES LANA, J. A., «Principios rectores de la mediación», 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. 151.*

⁶²² Entre las razones para proteger la confidencialidad señalan SPENCER y BROGAN que 1) fomenta la comunicación entre las partes y el mediador, y puede hacer posible un acuerdo al que no se llegaría en una negociación ordinaria; 2) permite mantener la neutralidad del mediador, que se vería comprometida si se permitiera su testimonio; y 3), y tiene una especial importancia: cuando una disputa en mediación es también objeto de una demanda judicial, las disposiciones de confidencialidad desempeñan un papel importante al mantener la función de enjuiciamiento separada de la función de mediación. Esta separación es especialmente importante para los programas de mediación anexados a la corte u otros órganos de toma de decisiones, porque la remisión vincula estas funciones más estrechamente que cuando una disputa mediada privadamente es litigada posteriormente. Sin garantías de confidencialidad entre los mediadores de la corte y los jueces o árbitros, las partes pueden temer que sus conversaciones puedan ser comunicadas

Es por esta razón que el principio de la confidencialidad aparece recogido en toda la normativa reguladora de la mediación, ya sea europea, estatal o autonómica, aunque con diferente expresión contenido y extensión.

Así, en la Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros, que aparece como el primer referente de la regulación de la mediación en Europa, aunque limitada al ámbito familiar, recoge la confidencialidad entre los principios conforme a los cuales se debe desarrollar la mediación (III), al señalar que «las condiciones en las cuales se desarrolla la mediación familiar deben garantizar el respeto a la vida privada» (V), y más específicamente cuando señala (VI) que «Las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido en el derecho nacional».

La Recomendación 2001/310/CE de 4 de abril, de la Comisión Europea, sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, también se refiere a este principio en su considerando (15), cuando señala que «Deberá garantizarse la equidad del procedimiento permitiendo a las partes aportar cualquier información necesaria. En función de la organización del procedimiento, la información que faciliten las partes deberá ser confidencial, a no ser que éstas hayan dado expresamente su acuerdo para que no sea así. Si en cualquier momento se aplica un procedimiento contradictorio deberán adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su equidad. Deberán preverse medidas para fomentar y controlar la cooperación de las partes en el marco del procedimiento, en particular solicitándoles información que pueda necesitarse para encontrar una solución equitativa al litigio».

Y, en el mismo sentido, el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la CCE el 19 de abril de 2002, incide ampliamente en la importancia del deber de confidencialidad, en los puntos 79 a 82 del mismo, justificándolo en el primero de ellos porque (79) «En la

informalmente al tomador de decisiones. Por eso se señala que la confidencialidad entre mediadores y jueces ayuda a mantener la integridad de ambos procesos, dado que las comunicaciones entre un mediador y el juez asignado pueden poner en duda la neutralidad de la decisión del juez, y puede plantear dudas sobre la independencia del mediador de las influencias judiciales, y por eso se señala que cuando los tribunales ofrecen mediación y, especialmente, cuando exigen la mediación, deben evitar cuidadosamente la comunicación cruzada impropia si quieren evitar la apariencia de parcialidad por parte del juez o del mediador. SPENCER, D., y BROGAN, M., *op. cit.* pp. 85-87.

mayoría de los casos, las partes que recurren a las ADR consideran esencial que la información intercambiada en el procedimiento, oralmente o por escrito, e incluso, a veces, los resultados del procedimiento, sean confidenciales. La confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento. Además, conviene impedir que se desvíe a las ADR de sus objetivos y permitir que la parte que hubiere aportado un documento o una prueba durante el procedimiento pueda utilizarlos durante el proceso que pudiese desarrollarse a continuación si fracasa el procedimiento de ADR. La confidencialidad se impone tanto a las partes como a los terceros».

Partiendo de la importancia de la confidencialidad, el Libro Verde, como señalaba MARTÍN DIZ⁶²³, proyecta dicha obligación en dos direcciones, una hacia las partes, estableciendo la prohibición, salvo excepción por ejemplo en caso de que las partes acuerden que alguna parte del procedimiento ADR no tenga carácter confidencial, de que la información intercambiada entre las partes durante el procedimiento se pueda admitir como prueba en un procedimiento posterior, por ejemplo en un procedimiento judicial o arbitral, lo que constituye una de las mayores preocupaciones de las partes⁶²⁴, y otra, de forma mucho más rigurosa, respecto del tercero que interviene solucionando el conflicto, quien no deberá revelar informaciones a la parte adversa y mantener en todo caso una posición neutral y equitativa. Además, recomienda el Libro Verde, que cuando una ADR no resulte fructífera, el tercero no debería ser citado como testigo, ni intervenir posteriormente, por ejemplo, como árbitro, en el mismo conflicto, todo ello, por supuesto, salvo que las partes, en ejercicio de su libertad, poder de disposición y autonomía de la voluntad, lo autoricen expresamente.

El Código de Conducta Europeo para los Mediadores, por su parte, y con carácter limitado a los mediadores a los que se dirige, también se refiere a este principio en su apartado 4, al señalar la obligación de los mediadores de respetar «la confidencialidad sobre toda información derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos que haya razones legales o de orden público en sentido contrario» señalando a continuación que, «salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por

⁶²³ MARTÍN DIZ, F., «Políticas de la Unión Europea ...», *op. cit.* p. 92.

⁶²⁴ VELARDE ARAMAYO, M. S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* p. 25.

una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización».

En el mismo sentido, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, se refiere a la importancia de la confidencialidad en su considerando 23, para justificar que la Directiva «contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil»; y dedica su artículo 7 a la confidencialidad de la mediación, estableciendo unos límites muy estrictos a ese deber de confidencialidad, que afecta en la Directiva no a las partes sino a los mediadores y a las personas que participan en la administración de la mediación⁶²⁵, disponiendo que, puesto que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, «(1) los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo». Ello sin perjuicio de que los Estados miembros puedan aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.

Es decir, la Directiva comunitaria, pese a la relevancia que otorga al principio de confidencialidad, no extiende dicho deber a las partes en conflicto, y recoge un nivel mínimo de protección que no impide la adopción por los Estados miembros de medidas más estrictas «para proteger la confianza de la mediación por los Estados, de modo que el principio está reconocido, y la propuesta de medidas igualmente, empero el grado de exigencia, cualitativa y cuantitativa, queda en manos de las legislaciones nacionales»⁶²⁶.

⁶²⁵ Como hace notar CORVO LÓPEZ, «Como vemos la Directiva habla de “*personas que participan en la administración del procedimiento de mediación*”, no de las partes, lo que ha llevado a algunos autores a resaltar lo complicado que resulta predicar la confidencialidad respecto de las partes, argumentando que el derecho de defensa en un procedimiento judicial puede verse afectado por la misma». CORVO LÓPEZ, F.M., «El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2011. Artículo BIB 2011/20, 2011, p.8.

⁶²⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...op. cit.*, p. 194.

En España, la confidencialidad se predica como nota característica de la mediación, tanto en el ámbito estatal como autonómico⁶²⁷, aunque a veces se sustituye por el concepto del deber de reserva y/o secreto profesional, refiriéndose a ella el informe del CGPJ de 19 de mayo de 2010 al anteproyecto de ley de mediación —que iba más allá de la Directiva, y extendía esa obligación a las partes en conflicto en el artículo 11.2— como «una de las piezas clave de la mediación, además de ser condición prácticamente indispensable para el éxito de la misma [...] significa por tanto, en un primer nivel, que ni las partes ni por supuesto el mediador, deben poder utilizar las informaciones a las que hayan podido tener acceso como consecuencia del procedimiento de mediación. Pero, avanzando un paso más, también significa —y de manera muy especial— que esas informaciones (v. gr. documentos, declaraciones, comunicaciones) no podrán ser presentadas como prueba en un eventual proceso judicial desatado con posterioridad entre las partes». En similares términos se expresa el Dictamen del Consejo de Estado, de 17 de febrero de 2011⁶²⁸, al mismo anteproyecto, que apunta que, aunque es una obligación que afecta a las partes del procedimiento, afecta especialmente a la posición del mediador, que es al que corresponde defender la información confidencial, durante y después del proceso de mediación, y en el eventual proceso judicial (o arbitral) que pueda seguirle.

⁶²⁷ En el ámbito autonómico, la confidencialidad aparece, de una u otra forma, definida como principio rector del proceso de mediación en las diferentes leyes aprobadas por las diferentes comunidades autónomas; así, en el artículo 13 de la derogada Ley 1/2001, de 15 de Marzo, de Mediación Familiar de Cataluña; artículo 8.1 de la Ley 4/2001, de 31 de Mayo, de Mediación Familiar de Galicia; artículo 8 de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación de la Comunidad Valenciana (la derogada Ley 7/2001, de 26 de Noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, no hablaba directamente de confidencialidad sino del deber de «reserva»; artículo 4 y 8 de la Ley 15/2003, de 8 de Abril, de Mediación Familiar de Canarias; artículo 8.3 de la Ley 4/2005, de 24 de Mayo, de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, aunque habla también aquí del deber de «reserva»; en el artículo 4.4 de la Ley 1/2006, de 6 de Abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; artículo 4 b) de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, en la que se habla del principio de «confidencialidad y reserva»; artículo 2 b) de la derogada Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de Islas Baleares; en el artículo 7 de la Ley 3/2007, de 23 de Marzo, de Mediación Familiar de Asturias; artículo 8 b) de la Ley 1/2008, de 8 de Febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, que se refiere a «toda información obtenida —verbal o documental— en el transcurso del proceso de mediación»; arts. 9 y 16 de la Ley 1/2009, de 27 de Febrero, de Mediación Familiar de Andalucía, que se refieren, respectivamente, a la confidencialidad, y a la reserva y secreto profesional; artículo 7 de la vigente Ley 15/2009, de 22 de Julio, de Mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña; artículo 2 e) de la vigente Ley 14/2010, de 9 de diciembre, reguladora de la mediación familiar en las Islas Baleares; artículo 7 c) de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; y en el artículo 7 de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁶²⁸ Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222> (fecha de acceso: 30/09/2017).

La Ley 5/2012, de 6 de julio (LMACM), en su título II, que se refiere a los principios informadores de la mediación, y se refiere específicamente a la confidencialidad en su artículo 9, señala que: «1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional⁶²⁹, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico».

La estructura del artículo 9.1 LMCM podemos observar que es bastante amplia, empezando por una formulación general de principio de la confidencialidad, que ya contiene en si una delimitación objetiva, continúa con la delimitación subjetiva de ese deber, a quién alcanza y sus excepciones, delimita el alcance objetivo de ese principio, a qué afecta ese deber, concluyendo con las consecuencias de la infracción⁶³⁰.

Como de forma resumida señala BONET NAVARRO, la obligación de confidencialidad implica, «en lo que se refiere al procedimiento, el secreto respecto de terceros; para el mediador, la protección del secreto profesional; y, en general para todos los intervinientes, que no estén obligados a declarar o aportar documentación en procedimiento judicial o arbitral sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, salvo que las partes

⁶²⁹ El proyecto de Ley de mediación Civil y mercantil, publicado el 29 de abril de 2011 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, dedicaba a la confidencialidad el artículo 10, con una redacción muy similar, salvo por el hecho de que no hacía mención expresa de la protección del mediador por el secreto profesional, como sí hace la ley vigente.

⁶³⁰ TORRES LANA, J. A., *op. cit.* p. 151.

expresamente y por escrito les dispensen y cuando sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal mediante resolución judicial motivada (artículo 9.2 LM)»⁶³¹.

Vemos, por tanto, que la obligación de confidencialidad parece predicarse por supuesto del mediador, pero también de las partes intervinientes, y de las personas que participen en el proceso, por lo que habrá que aclarar y delimitar el alcance de esa obligación respecto de cada uno de ellos, en relación con el procedimiento de mediación e información y documentación utilizada, derivada o relacionada con el mismo, a los que nos tendremos que referir por separado.

4.4.2.- El deber de confidencialidad del mediador, y de las partes intervinientes y personas que participan en el proceso de mediación.

La Directiva 2008/52/CE, señala que los Estados miembros deben garantizar que, salvo acuerdo contrario de las partes, ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, con lo que el alcance subjetivo del deber de confidencialidad aparece limitado al mediador y quienes participen en la administración del proceso, que no son en principio las partes en conflicto.

La Ley 5/2012, de 7 de julio (LMACM), sin embargo, establece esa obligación respecto del mediador, de las instituciones de mediación, y también respecto de las «partes intervinientes» en el proceso, en el artículo 9.1, con lo que se refiere a los mediados en el conflicto, señalando en el artículo 9.2, en referencia a los mediadores y a todas las personas que participan en el proceso de mediación), que eso implica: 1º) que no tienen la obligación de declarar o aportar documentación relativa a su intervención en el proceso de mediación en un proceso judicial o arbitral posterior⁶³², salvo que las partes

⁶³¹ 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, p. 28.

⁶³² Una expresión confusa, como pone de manifiesto PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, porque semánticamente la imposibilidad de que una obligación surja —que no tengan la obligación— es muy diferente de una prohibición de hacer —declarar o entregar documentación—, por lo que del tenor literal del artículo no se deduce la prohibición expresa de la conducta a la que se refiere, que dependería de la voluntad de los sujetos, aunque en relación con el mediador queda salvado por la obligación de secreto profesional. PAZ-

«les dispensen» (a esos terceros ajenos a ellos mismos) de dicho deber, y 2º) la responsabilidad en la que pueden incurrir en caso de infracción, que se refiere obviamente a la prevista en el artículo 14 LMCM para los mediadores, y de forma más amplia, en cuanto implica el incumplimiento de una obligación legal por otros intervinientes en el proceso (asesores, expertos, peritos, testigos, etc.), al régimen de responsabilidad contractual de previsto en los artículos 1.101 y siguientes del CC.

Por su parte las leyes de mediación familiar aprobadas en el ámbito autonómico suelen afirmar que la confidencialidad que rige el proceso de mediación debe ser respetada por el mediador, aunque en ocasiones se refieren también a las partes en conflicto, pero, casi todas ellas inciden más en la confidencialidad como deber del mediador que en la confidencialidad como deber de las partes⁶³³.

Así sucedía, por ejemplo, en la derogada Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de Comunidad Valenciana, que establecía (artículo 9) como deber del mediador el de «e) Mantener la reserva respecto a los hechos conocidos en el curso de la mediación, salvo que el levantamiento de la misma sea compatible con la legislación vigente respecto al secreto profesional o exista aceptación expresa de las partes [...] Dicha reserva alcanzará también al supuesto de que la persona mediadora fuera citada como testigo, si las partes han renunciado previamente al derecho de proponer lo tratado en la mediación en una prueba testifical»⁶³⁴. En el mismo sentido, la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha (artículo 8), y la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León (artículo 4), cuando, respecto de las partes, solo establecen el deber de no solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo en cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto familiar objeto de la mediación practicada; tampoco la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado de Cataluña (artículo 7), ni la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares (artículos 2 y 8) dicen nada respecto de las partes, limitándose a señalar la obligación de confidencialidad

PEÑUELAS BENEDÉ, M. P., *Conflicto y técnicas de gestión. En especial la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 196.

⁶³³ En este sentido, CORVO LÓPEZ, F.M., *op. cit.* p. 9.

⁶³⁴ La vigente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunidad Valenciana, por el contrario, señala con toda claridad, en el artículo 8.1, que «el deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes».

de los mediadores y de todos los que intervienen en el proceso, por razón del secreto profesional; y en el mismo sentido se pronuncia la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (artículos 7 y 10).

La diferencia en la extensión del deber de confidencialidad en el ámbito subjetivo a las partes en conflicto o no, es sustancial, porque, si es posible entender la importancia que puede tener dicha extensión para permitir ese debate franco y leal al que antes nos referíamos, resulta más difícil de entender por qué nadie debería revelar sus cartas anticipadamente, si no existe ninguna garantía de que con ello vaya a terminar la partida, satisfactoriamente, y por qué nadie debería, y cómo podría, quedar limitado en el uso de la información obtenida en el proceso de mediación, lo que está directamente relacionado con el alcance objetivo de ese deber.

Se suele afirmar, y parece ser un lugar común, que «todo lo relativo al procedimiento y documentación utilizada en la mediación es confidencial y este deber se extiende a todas las partes intervinientes, las cuales no pueden revelar ningún dato obtenido en las sesiones de mediación»⁶³⁵, y que los obligados por ese deber son «las partes de la mediación, el mediador y las instituciones de mediación»⁶³⁶, estando estrechamente vinculada esa obligación, en el caso de las partes, al debido cumplimiento de los principios de lealtad, buena fe, y respeto mutuo (artículo 10.2 LMCM *in fine*)⁶³⁷; e incluso hay quien lo extiende a los terceros intervinientes, aunque considera oportuno que firmen un acuerdo de confidencialidad al no estar contemplados expresamente como sujetos a ese deber⁶³⁸, desplegando su eficacia hacia dentro del procedimiento de mediación, pero también «hacia fuera, de tal manera que limita el uso probatorio de los materiales que se hayan utilizado o producido en el procedimiento de mediación, dentro de un proceso judicial o arbitral simultáneo o posterior con el mismo o distinto objeto»⁶³⁹.

⁶³⁵ PÉREZ GURRÉA, R. «La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo», en *Diario La Ley*, N.º 7878 (12/06/2012).

⁶³⁶ TORRES LANA, J. A., *op. cit.* p. 153.

⁶³⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pp. 192-198.

⁶³⁸ PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, M. P., *op. cit.*, p. 195.

⁶³⁹ BONET NAVARRO, A. «Acuerdo de mediación...», *op. cit.*, pp. 119-120.

Pero también hay autores que ponen de manifiesto las dificultades que puede implicar para las partes en relación con su derecho de defensa⁶⁴⁰, y quienes, por la misma razón, matizan respecto de las partes el alcance de esa obligación de confidencialidad⁶⁴¹.

La confidencialidad —con el contenido al que se refiere el apartado 2 del artículo 9— parece configurarse en la Ley 5/2012, esencialmente como un deber del mediador, y también de las personas que, como terceros intervinientes (letrados, asesores, peritos, testigos, etc., cuya intervención no está prevista, pero tampoco está prohibida), participen de alguna forma, profesionalmente o no, en el procedimiento de mediación, los cuales se encuentran afectados por el deber de confidencialidad, en los mismos términos que el mediador y las instituciones de mediación, como señalan la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo y la Ley 5/2012, y expresamente las leyes autonómicas de Cataluña, que señala que afecta tanto a «los mediadores como a los técnicos», y de Baleares, que se refiere a «todas las personas que intervienen en la mediación» como afectadas por el secreto profesional; y, aunque las otras leyes no lo digan expresamente, es igualmente exigible como principio general, salvo autorización expresa de las partes.

No tanto, o no al menos con el mismo alcance, se puede exigir de las propias partes en conflicto, sin que quepa entender el concepto de «personas que participan» en el proceso de forma tal que comprenda a las partes en conflicto, ni el de confidencialidad de modo que las mismas obligaciones, y con el mismo alcance, que atañen a los primeros afecten a los segundos, y ello desde el momento en que:

1º.- La Ley 5/2012 (LMCM) se refiere en el artículo 9.1 a las partes intervinientes como afectadas por la obligación de no revelar la información confidencial que hubiera podido obtener en el procedimiento de mediación, como ya hacía ante el RDL 5/2012, y el anteproyecto de 2010, al contrario que la Directiva comunitaria, que no lo hace, y al contrario que la mayor parte de la normativa autonómica, que tampoco lo hace, aunque haya excepciones.

⁶⁴⁰ Como hace notar CORVO LÓPEZ, «Como vemos la Directiva habla de “*personas que participan en la administración del procedimiento de mediación*”, no de las partes, lo que ha llevado a algunos autores a resaltar lo complicado que resulta predicar la confidencialidad respecto de las partes, argumentando que el derecho de defensa en un procedimiento judicial puede verse afectado por la misma». CORVO LÓPEZ, F-M, *op. cit.* p. 8.

⁶⁴¹ MÉNDEZ PICHOT, M., y CAASELLA ESTÉVEZ, C., «La dúctil confidencialidad en la mediación», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huijens, Barcelona, 2014, pp. 215-225.

En la legislación autonómica, en general, el deber de confidencialidad se predica fundamentalmente del mediador que pueda intervenir en el proceso de mediación, afectando a toda la documentación generada en el proceso de mediación, y cuando se impone a las partes, se limita generalmente a exigirles un deber de reserva respecto a lo tratado en mediación, y que se abstengan de solicitar el testimonio del mediador en un proceso judicial posterior, lo que tiene su importancia, aunque en cualquier caso el mediador no tenga que declarar en un proceso judicial posterior, en la medida en que impide que dicho mediador tenga que recordar su deber de neutralidad e invocar el secreto profesional para negarse a declarar, en caso de ser citado, porque impediría la misma proposición de prueba del testimonio del mediador como testigo o perito de parte en ese procedimiento judicial posterior, aunque no aparezca expresamente recogido en la LEC.

Son excepciones, por ejemplo, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar en Galicia (artículo 11), que se refiere inequívocamente al deber de reserva de las partes respecto a toda la información obtenida en el transcurso de la mediación, que califica de secreta; y, en el mismo sentido, la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias (artículo 8), la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de Madrid (artículos 4 y 18), la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar de Asturias (artículo 7), la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco (artículos 8 y 16), y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria (artículos 7 y 23). En el mismo parece encaminarse la futura Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Murcia, que se refiere en su artículo 4 al secreto de «toda la información obtenida, verbal o documentalmente, en el proceso»⁶⁴².

2º.- La Ley 5/2012 (LMCM), cuando se refiere en el artículo 9.2 a la confidencialidad de los participantes en el proceso de mediación, en relación con la no obligación de aportar documentación relativa a su intervención en un proceso judicial o arbitral posterior, establece como excepción que las partes «les dispensen», a esos terceros ajenos a ellos mismos, de dicho deber, por lo que no se refiera a las propias partes.

3º.- En relación con esa misma inexistencia de obligación de declarar o aportar documentación relacionada con un proceso de mediación, a que se refiere el citado artículo 9.2, respecto a las partes que intervienen en el mismo:

⁶⁴² La propuesta de Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Murcia está disponible en: [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=36421&IDTIPO=11&RASTRO=c2607\\$m49156,50441,50426](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=36421&IDTIPO=11&RASTRO=c2607$m49156,50441,50426) [Fecha de acceso: 30/10/2018].

- Una cosa es que se imponga el deber de confidencialidad con la extensión a que se refiere el artículo 9.2 LCMCM, amparado por el secreto profesional, y con las graves penas que para su transgresión prevé el Código Penal⁶⁴³, a quienes participen profesionalmente en un procedimiento de mediación (mediadores, peritos, abogados...) con el fin de que su testimonio, o la documentación producto de su trabajo en ese proceso de mediación —con el alcance que después señalaremos— no pueda ser utilizado en un proceso judicial posterior.

- Otra completamente distinta es que las posibilidades de alegación y defensa de las partes en conflicto puedan quedar limitadas por la alegación de contrario de haberse realizado en el contexto de un proceso de mediación y estar afectadas por esa obligación de confidencialidad, algo que en primer lugar nadie podrá corroborar o no, al estar afectado el mediador y terceros intervinientes por el deber de confidencialidad y secreto profesional, y que además, caso de prosperar dicha alegación porque pudiera justificarse, supondría retirar del debate elementos de hecho y la prueba de los mismos, por la voluntad exclusiva de una de las partes de sacarlos a colación en un proceso de mediación, que no puede ser lo mismo que revelarlos.

No es posible obviar el posible uso torticero que se podría hacer de un procedimiento de mediación si ese deber de confidencialidad se impusiera con los mismos límites y severidad a las partes, impidiéndoles utilizar en un procedimiento judicial posterior, en caso de fracasar el proceso de mediación, aquellos hechos revelados como confidenciales por la otra parte, aunque en realidad puestos de manifiesto, que es un concepto distinto, en cuanto existiría la posibilidad de adquirir ese conocimiento en el proceso posterior, lo que en definitiva podría suponer un grave perjuicio para su derecho de defensa y, por tanto, el rechazo *ab initio* a participar en un proceso de mediación.

Pero, además, resulta dudoso el alcance práctico que pueda tener la imposición a las partes del deber de confidencialidad, que por supuesto nada impide que puedan pactar de forma anticipada con el alcance y consecuencias que estipulen, porque las partes en conflicto no tienen el deber general de revelar la información voluntariamente a la contraparte (como tampoco tienen esa obligación en un proceso judicial), y no cabe

⁶⁴³ Los artículos 199 y 200 CP prevén para los profesionales que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

esperar que nadie revele en un proceso de negociación —y tampoco de mediación, que solo es una negociación asistida— aquello que le pueda perjudicar, aquello que reduzca su poder de negociación, de forma que haga pensar a la otra parte que su *reservation point* —como se denomina en el ámbito de las ADR al punto en el cual la cantidad de dinero u otras provisiones no monetarias, o una combinación de ambas, hacen que sea indiferente llegar a un acuerdo o recurrir a un proceso judicial o arbitral—, o su MAAN, es mejor de lo que había pensado, y/o que el de quien está descubriendo la información es más débil de lo que habría creído de otro modo⁶⁴⁴.

La ley 5/2012 (LMCM) establece, pues, un deber de confidencialidad, que afecta a todos los que de cualquier forma participan en el proceso de mediación, pero no con el mismo alcance respecto de las partes en conflicto que respecto del mediador o cualquier otro tercero que intervenga en el proceso, ni las mismas consecuencias, sin que pueda calificarse de ilícita, en el sentido al que se refieren los artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC, la prueba obtenida por la parte con infracción de ese deber, puesto que para ello no basta la infracción de cualquier norma de rango legal, sino que sería necesario que se hubiera obtenido con infracción de derechos fundamentales, de rango igual o superior al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, que incluye el derecho a un proceso con todas las garantías, con interdicción de la indefensión, y el derecho a la utilización de todos los medios de prueba necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre el objeto del proceso⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ En el ámbito del derecho anglosajón, en el que existe la institución del *discovery*, que ya hemos tenido la oportunidad de examinar, tampoco existe la obligación general de los negociadores de facilitar esa información a la otra parte, aunque existen notables limitaciones sobre todo cuando se producen en el contexto de una demanda, en la que existe esa obligación general de revelación y descubrimiento de toda la información relevante, lo que tiene sus consecuencias en el ámbito de la negociación. Como señala KOROBKIN, «In either case, the disclosure can enable the adversary to capture more of the cooperative surplus than she might otherwise have expected. When a lawsuit has been filed, the formal discovery process creates disclosure obligations outside the litigation context.[...] Thus, the law's discovery regime, by its very nature, places limits on the ability of disputant to gain power by simply falling to disclose material information that would add to the strength of his or her oponent's legal position». KOROVKIN, R., «The role of law in settlement», en *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), pp. 254-276.

⁶⁴⁵ La STC (Sala 2ª) núm. 80/201, de 6 de junio, se refiere a la consolidada doctrina del Tribunal en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), que puede resumirse en los siguientes términos: a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, b) que no tiene carácter absoluto, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, c) lo que obliga al órgano judicial a motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, d) sin que toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional cubre aquellos

Otra cuestión es sí, pese a no ser una prueba ilícita, puede considerarse como ilegal la aportación al proceso judicial de documentos o informaciones obtenidos en el procedimiento de mediación, de forma que el intento de introducirlos en el proceso deba ser rechazado por el juzgador con base en el artículo 283.3 LEC que, en referencia a la impertinencia o inutilidad de la prueba, señala que «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley».

En este sentido, y pese a que no existe una interpretación pacífica en la doctrina⁶⁴⁶, y hay sentencias contrarias⁶⁴⁷, parece claro que el juez debe denegar la admisión de cualquier prueba propuesta por las partes que vulnere una norma de rango legal.

supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, e) impidiendo a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

⁶⁴⁶ Un exhaustivo estudio de las diferentes posiciones doctrinales, y defendiendo finalmente la tesis de la legalidad ordinaria en la fase de admisión de prueba por el juez, con base en la protección del derecho de defensa, que está igualmente amparado por el artículo 24.2 LEC, la protección del derecho a la igualdad de armas procesales, y el carácter no absoluto del derecho a la prueba, lo encontramos en ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio Del artículo 283.3 LEC ¿Puede el juez inadmitir una prueba que vulnere la legalidad ordinaria?», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Nº1/2014, J.M. Bosch Editor, Barcelona, enero de 2014, pp. 237-269.

⁶⁴⁷ SAP Madrid (Sección 10.^a) de 13 de mayo 2008, recurso 236/2008 señala que el artículo 283.3 LEC no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier norma legal, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta destinada al juzgador en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC 1/12000. Si el proceso se concibe —como parece abonado— como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, que se halla disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, fácilmente se concluye que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En esta línea, la doctrina procesalista subraya que «el proceso discurre desde su nacimiento hasta su terminación por cauces previamente fijados» por lo que cuando «se desvía de los moldes jurídicos marcados por el procedimiento y se desliza al margen de los mismos, los actos procesales son ineficaces». A criterio de esta Sección, es esta la noción de prueba ilícita acorde a nuestro marco constitucional. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, se ha destacado con acierto que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba».

A este respecto recuerda BONET NAVARRO⁶⁴⁸ que es doctrina reiterada por la jurisprudencia que la admisión de pruebas concretas exige que sean admisibles por las leyes, por lo que la ilegalidad en materia de prueba lleva consigo como consecuencia su inadmisión, al encontrarse fuera del ámbito permitido por la ley, y eso es lo que ocurre con respecto a los medios de prueba afectados por el deber de confidencialidad establecido por las leyes de mediación, que deberían ser inadmitidos en aplicación del artículo 283.3 LEC, que protege en sentido amplio la legalidad de la prueba, ilícita o no.

Una vez admitida, solo a la prueba ilícita, la que resultase vulneradora de derechos fundamentales, le resultaría de aplicación el artículo 287 LEC, pero puesto que la aportación de un medio de prueba contrario a la previsión legal de confidencialidad de la misma supondría una infracción del derecho de defensa, que está basado en el mismo precepto constitucional (artículo 24.2) que el derecho de utilizar los medios de prueba necesarios, hay que concluir que no deberá surtir ningún efecto en el proceso (artículo 11.1 LOPJ), como si nunca se hubiera admitido.

Habrà que examinar, a la vista del alcance subjetivo del artículo 9 de la Ley 5/2012, cual es el alcance objetivo de esa obligación en relación con los medios de prueba para delimitar el alcance de esa obligación respecto de las partes.

4.4.3.- El alcance objetivo de la confidencialidad.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, establece como afectada por la obligación de confidencialidad (artículo 7) «la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso», y la Ley 5/2012, de 6 de julio se refiere a la confidencialidad del procedimiento de mediación, a la documentación utilizada en el mismo y a la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento para los mediadores y partes intervinientes (artículo 9.1), y a la no obligación de mediadores y partícipes en el proceso de declarar la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

Las leyes autonómicas recogen dicha prohibición con distinta extensión. Así, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar en Galicia (artículo 11), se refiere al

⁶⁴⁸ BONET NAVARRO, A., «Acuerdo de mediación...», *op. cit.*, pp. 112 – 126.

carácter secreto de toda información obtenida en el transcurso de la mediación, y en el mismo sentido la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias (artículo 8), la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de Madrid (artículos 4 y 18), La Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar de Asturias (artículo 7), la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco (artículos 8 y 16), y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria (artículos 7 y 23), y, aunque en general, ese deber de confidencialidad y reserva se limita a las entrevistas y a los datos y documentos producidos en el procedimiento de mediación, la Ley de Asturias se refiere a toda la información que se manifieste con ocasión del proceso de mediación.

En el mismo sentido que la ley asturiana parece encaminarse la futura Ley de Mediación Familiar de la Región de Murcia, refiriéndose la Propuesta de ley de 15 de julio de 2016⁶⁴⁹, en su artículo 4, apartado d, sobre el principio de confidencialidad en la mediación, al deber de todas las partes intervinientes de mantener el secreto de «la información obtenida, verbal o documentalmente, en el proceso», expresión equívoca que parece querer abarcarlo todo, aunque habrá que esperar a ver cómo se concreta.

Hay que tener en cuenta que en un procedimiento de mediación puede haber manifestaciones orales, de las partes o de terceros, recogidas o no mediante aparatos de reproducción sonora, audiovisual o transcripciones, puede haber todo tipo de documentación generada en el proceso de mediación, como actas de sesiones, acuerdos parciales, dictámenes periciales, y puede haber documentación aportada al proceso por las partes, el mediador o terceros intervinientes, así como declaraciones de terceros llamados a testificar respecto de determinados hechos, lo que obliga a determinar cuál es el alcance objetivo de la confidencialidad, que no es posible escindir del alcance subjetivo que, sin duda afectará con carácter absoluto al mediador y personas que participen en el proceso, pero quizás no necesariamente a las partes en conflicto.

Señala BARONA VILAR, a este respecto, que la confidencialidad, consiste en mantener reserva sobre todo cuanto haya sido conocido por haberse incorporado a las sesiones del procedimiento de mediación, sin limitación temporal, ya se hayan generado esas informaciones en el mismo procedimiento, ya hayan sido aportadas por la otra parte o por los mediadores al procedimiento, extendiéndose a «todos los datos que se

⁶⁴⁹ Disponible en el Portal de transparencia de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia. URL: [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=110199&IDTIPO=60&RASTRO=c2749\\$m52019](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=110199&IDTIPO=60&RASTRO=c2749$m52019) (Fecha de acceso: 30/10/2017).

incorporan al procedimiento mediación para alcanzar o pretender la solución de la controversia que, de ser difundidos por algunos de los sujetos participantes y aproximados a la mediación, podrían acarrear un daño irreparable a quienes les afecta»⁶⁵⁰, con lo que en principio nada de lo tratado en mediación podría salir del ámbito de la misma ni ser utilizado en un proceso posterior.

Se trata de una afirmación que está en la línea de lo que se señala en el punto 80 del Libro Verde, cuando establece que «la información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba un procedimiento judicial o arbitral posterior», con lo que se intenta prevenir un uso torticero del procedimiento⁶⁵¹, dirigido más a recabar la información necesaria para acudir con mayores garantías al procedimiento judicial que a resolver realmente el conflicto fuera de los tribunales, pero que es forzoso matizar, pese a que el tenor literal del artículo 9 LMCM no invite a ello:

1º En primer lugar, porque la información afectada por ese deber de confidencialidad debe tratarse, no de cualquier información, sino de información confidencial.

Podría afirmarse que se trata de un argumento tautológico, como afirma algún autor⁶⁵², en cuanto abocaría a un círculo vicioso si afirmamos que el deber de confidencialidad recae sobre información confidencial, y es información confidencial aquella sobre la que recae el deber de confidencialidad; objeción

⁶⁵⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pp. 198-199.

⁶⁵¹ En relación con ese posible uso torticero, advierte KOVACH de las dificultades que pueden surgir del secreto en la mediación. Por ejemplo, se requiere la participación de buena fe en el proceso de mediación, y también es una exigencia a las partes en el proceso judicial, y las reglas de confidencialidad dificultan que un tribunal determine qué sucedió durante la mediación para determinar el cumplimiento de dicho requisito. Si todo lo que ocurre durante la mediación permanece en secreto, las partes pueden hacer un mal uso del proceso, sin que sea posible comprobarlo. Y de manera similar, debido a que un acuerdo mediado es un contrato, la evidencia con respecto a la formación del contrato puede afectar su aplicabilidad. Sin embargo, la confidencialidad completa con respecto al procedimiento de mediación excluiría la evidencia de defensas contractuales como el fraude o la coacción en la creación del acuerdo. KOVACH, K. K., «Mediation», en *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE. UU.), pp. 312-313.

⁶⁵² En este sentido TORRES LANA, J. A., «Principios rectores de la mediación», 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.152.

que es posible salvar, sin embargo, si delimitamos primero qué información es confidencial, para que sobre ella recaiga el deber de confidencialidad.

2º En segundo lugar, porque parece claro que el carácter de confidencial, y por tanto la exigencia de ese deber de confidencialidad, sólo podría recaer sobre las entrevistas, datos y documentos producidos durante el proceso de mediación, y no todos, pero no a cualesquiera otros disponibles real o eventualmente para las partes, aun cuando se hayan puesto de manifiesto con ocasión del proceso de mediación.

En este sentido, afirma VEGAS TORRES⁶⁵³ que de lo que se trata es de evitar que las posiciones mantenidas por las partes en el procedimiento de mediación puedan perjudicarles en un ulterior proceso judicial. Desde esta perspectiva destaca la conveniencia de precisar el objeto de las limitaciones en materia probatoria derivadas de la existencia de un previo proceso de mediación, distinguiendo a tales efectos los hechos que han dado lugar al litigio, respecto de los que la única limitación sería no utilizar fuentes de prueba procedentes del procedimiento de mediación, de los hechos del propio procedimiento de mediación, respecto de los que sí operaría en su integridad la exclusión probatoria derivada del deber de confidencialidad.

Otra interpretación permitiría un uso torticero del procedimiento de mediación que repercutiría negativamente en que las partes tomen la decisión de recurrir a este sistema de resolución de conflictos, puesto que permitiría a una de las partes intentar que quedaran afectados por la confidencialidad hechos documentos o pruebas que podrían igualmente obtenerse por la otra en un proceso judicial, conforme a las normas de la LEC, suponiendo cualquier limitación al respecto —la oposición a su aportación o propuesta de que fue tratado u obtenido en el proceso de mediación y está afectado por la confidencialidad, sin que el mediador o tercero interviniente pueda testificar al respecto para corroborar una cosa u otra, y aun cuando lo pudiera hacer— una indiscutible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente del derecho de defensa con interdicción de la indefensión, y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

⁶⁵³ VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012: mediación y proceso civil», 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, pp. 388-391.

Veamos por separado, brevemente, cada uno de esos medios de prueba, y cómo podrían quedar afectados por el deber de confidencialidad.

4.4.3.1.- La prueba documental.

En principio el concepto de documentación tiene un alcance muy amplio para la LMCM por cuanto comprendería toda la documentación utilizada, derivada o relacionada con el procedimiento de mediación. Y la prohibición tiene por finalidad «que todo aquello que se ha conocido o tratado en un procedimiento de mediación en modo alguno pueda ser utilizado en un proceso posterior, en el que la información de tales documentos pudieran revelar datos, hechos, actitudes, concesiones, fortalezas o debilidades; circunstancias que pudieran inducir un razonamiento judicial en favor de las pretensiones de alguna de las partes y en perjuicio de la otra, en el proceso civil o en el arbitraje [...porque] quedaría fuera de toda lógica que aquello que las partes han decidido poner en conocimiento del mediador y entre ellas mismas para llegar a un acuerdo, posteriormente fuera aprovechado con una finalidad distinta de la que, por naturaleza, persigue el procedimiento de mediación»⁶⁵⁴.

Seguro que es así, pero también es dudoso el alcance práctico que pueda tener la imposición a las partes del deber de confidencialidad en esos términos, y ya no solo por cuanto difícilmente van a descubrir sus debilidades como ya se ha señalado, sino porque «la mediación garantiza una actividad, no un resultado, mucho menos el sentido de ese eventual resultado; es decir, la mediación procura el acercamiento de las partes, pero bien puede suceder que no se produzca y que, aun cuando lo haya no fructifique en un acuerdo»⁶⁵⁵. En este caso la mediación habrá fracasado como instrumento de resolución del conflicto, las partes pueden querer resolverlo mediante en un proceso judicial, obteniendo una sentencia sobre el fondo, y también carece de toda lógica para las partes traer pruebas documentales a colación en el proceso de mediación, con el fin de convencer a la otra parte de la fortaleza de su posición, si pudieran quedar afectadas por la confidencialidad y pudiera impedirse su utilización en ese proceso judicial posterior, o aun cuando no fuera así, quedando su posición más debilitada cuanto mayor sea su implicación en el proceso de mediación, y más información relevante aporte.

⁶⁵⁴ BONET NAVARRO, A., «Acuerdo de mediación...», *op. cit.* pp. 127-128.

⁶⁵⁵ HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La incertidumbre del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 42 (2017), Iustel, Madrid, 2017, p. 4.

No parece razonable ni deseable, y, por ello debe limitarse la documentación que pueda quedar afectada por la confidencialidad, no solo a la producida en el procedimiento de mediación, excluyendo los nacidos al margen del procedimiento e incorporados al mismo por cualquiera de las partes, sino a la que además sea realmente confidencial.

Es decir, la información documentada —artículos de prensa, informes periciales previos, documentos públicos, etc.—, que no tenga carácter confidencial no puede adquirir tal carácter por el hecho de que se aporte o utilice en un proceso de mediación, porque, si ello se permitiera, «sería lo mismo que permitir cambiar artificialmente la naturaleza de las cosas por el hecho de haber sido información tratada en un proceso de mediación, objetivo no contemplado para nada en la Directiva, ni en la Ley»⁶⁵⁶ Y lo mismo habría que entender que ocurre respecto a cualquier documento que pueda ser aportado por una parte al proceso de mediación, sin que el derecho de defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes en derecho puedan verse constreñidos por un deber de reserva que afectaría solo a una de las partes del proceso, la que no es titular del documento, mientras que la otra parte podría utilizarla si le conviene, por el hecho de que dicho documento haya sido real o presuntamente exhibido en un proceso de mediación, y se invoque el deber de reserva para impedir que la otra parte requiera su exhibición conforme al artículo 328 LEC, o busque cualquier otra forma admitida en derecho de acreditar aquello a que se refiera.

Y lo mismo habría que decir respecto a la documentación en poder de terceros, debiendo, el tercero que se oponga a la exhibición requerida conforme al artículo 330 LEC, invocando al efecto el artículo 9.2 LMCM, justificar que se trata de documentación confidencial, condición que no tendrían, por ejemplo, contratos de cesión de crédito a una subcontrata, de pago por cuenta de terceros, o cualquier otra documentación contractual que formando parte del tráfico normal no tenga carácter confidencial.

En este sentido, de restringir el alcance de la confidencialidad, el Tribunal Supremo español, si bien antes de la LMCM, estimó un recurso extraordinario por infracción procesal, por la inadmisión como prueba en un juicio —tanto en primera como en segunda instancia [SAP Barcelona (Secc. 14ª) núm. 352/2007, de 22 de junio]— de las actas intermedias de un proceso de mediación, que contenían propuestas y declaración de intenciones firmadas por ambas partes y por el mediador, rechazadas en primera y segunda instancia por infringir el deber de confidencialidad. La STS (Sala 1ª) núm.

⁶⁵⁶ MÉNDEZ PICHOT, M., CASELLAS ESTÉVEZ, C., *op. cit.* p. 218.

109/2011, de 10 de febrero, argumentó que los documentos de que se trataba guardaban «directa relación con la tutela judicial que se pretende obtener por la parte demandada (artículo 281.1 LEC), no se refieren a actividad prohibida por la ley (artículo 283.3 LEC) ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención (artículo 287.1 LEC)», y tampoco vulneraba —y esto es lo relevante— el principio de confidencialidad establecido por el artículo 13 de la Ley de Mediación Familiar en Cataluña, puesto que «de la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a informaciones confidenciales, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de las partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado»⁶⁵⁷.

Como señalaban GARCÍA VILLALUENGA y VÁZQUEZ DE CASTRO, a propósito de esta sentencia y del deber de confidencialidad, «la Ley de Enjuiciamiento Civil española obliga a los jueces a considerar como prueba documental, conforme a la sana crítica, los documentos aportados por las partes que tengan relación con el pleito. La materia procesal es competencia del Estado y no de las CCAA por lo que las Leyes autonómicas no afectan en este punto la tarea jurisdiccional. Así, aunque las referidas Leyes contemplen la confidencialidad y el secreto profesional, sólo una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que impidiese valorar como prueba estos documentos evitaría su consideración por los tribunales»⁶⁵⁸.

Señalaba VIRGOS SORIANO, antes de que se promulgara la LMACM, que en España había un problema con el tratamiento de la confidencialidad, porque las informaciones y comunicaciones intercambiadas con vistas a lograr una transacción no gozaban de ningún tratamiento especial por ley, a diferencia de otros países, y podían ser presentadas como pruebas en un juicio posterior. De ahí que apuntara la necesidad de pactar expresamente la confidencialidad, y de que el legislador incorporara normas como «el artículo 9 de la Ley Modelo de 2002 sobre conciliación Comercial Internacional elaborada por UNCITRAL, que dispone que toda información relativa a un procedimiento de mediación o conciliación será confidencial salvo que su divulgación esté prescrita por ley o sea necesaria para el cumplimiento o ejecución del acuerdo al que se llegue; y el

⁶⁵⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 609/2011, de 2 de marzo. FD 2º.

⁶⁵⁸ GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: ...», *op. cit.* p. 93.

artículo 10 de esa misma Ley, que limita la admisibilidad como prueba en un juicio o proceso arbitral posterior de las opiniones, declaraciones o propuestas hechas en el curso de un procedimiento de conciliación y de cualquier documento preparado únicamente para esos fines»⁶⁵⁹, que era precisamente a lo que se refería el artículo 6.1 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 22 de octubre de 2004.

Se trata de una interpretación de la confidencialidad que parece absolutamente razonable, puesto que, por una parte limita la confidencialidad al propio proceso negociador, no a hechos o pruebas disponibles para las partes, y, por otra parte, impide que las ofertas, contraofertas, o los acuerdos que se puedan ir alcanzando parcialmente en el proceso de mediación puedan ser sacados del contexto negociador global del que forman parte para ser utilizados como pruebas de una conformidad o acuerdo respecto a esos extremos, salvo que se acepte dicha posibilidad por las partes.

En todo caso no parece improbable que dichas resoluciones sobre la licitud de la aportación en un proceso judicial de documentación generada en el proceso previo de mediación (ya sean actas intermedias con propuestas o declaraciones de intenciones, acuerdos parciales dentro de un proceso para llegar a un acuerdo global, e incluso dictámenes, aunque el perito tenga vedada su intervención en el proceso) puedan repetirse en el futuro, pese a la publicación de la Ley 5/2012 de mediación, salvo que cambiara la interpretación mayoritaria de los artículos 283.3 y 287 LEC —que es la asumida por el Alto Tribunal en dichas resoluciones— sobre el concepto de ilicitud de la prueba, en relación con la posibilidad de su aportación al proceso y valoración⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.* p. 86.

⁶⁶⁰ La eventual contradicción entre la redacción de los artículos 283.3 y 287 LEC se ha resuelto en favor de un criterio restrictivo del concepto de prueba ilícita equiparándola, como señala PICÓ I JUNOY, «a la violación de un derecho fundamental en su obtención o en su práctica», puesto que el artículo 283.3 LEC solo viene a recoger un criterio de admisión de pruebas por el juez, aquella que sea pertinente, útil, y que no esté prohibida por la ley, pero interpretada ésta en un sentido estricto, es decir, no cualquier norma con rango legal, sino la propia ley procesal cuando regula los medios de prueba admisibles y la forma de traerlos al proceso. Este concepto de prueba ilícita señala el citado autor, «es el más acorde a nuestro marco constitucional. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue toda su eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales». PICÓ I JUNOY, J., «Alcance de la prueba ilícita en la L.E.C.», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4/2007, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 122-124. Tales medios probatorios ilegales, pero no ilícitos en el sentido del artículo 287 LEC, «deben ser admitidos y valorados en función, básicamente, de dos razonamientos: el primero se deriva de la

4.4.3.2.- El interrogatorio de partes y de testigos.

Las mismas prevenciones cabe tomar respecto de las declaraciones de las partes y de testigos en el proceso, que solo podrán oponer la confidencialidad respecto de aquella información derivada del proceso de mediación que sea realmente confidencial, no de cualquier otra que, refiriéndose a los hechos propios de litigio, no tenga esa característica.

Respecto a las partes les afectaría la prohibición del artículo 9.1 LMCM, de revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento, confidencial, se entiende, lo que se traduce en que en el interrogatorio de parte, que puede solicitarse sin restricción, conforme al artículo 301 LEC, porque siempre tendrá relación con los hechos controvertidos en el proceso y fijados en la audiencia previa (cuando tal previsión se cumpla efectivamente), y que tendrá que admitirse, salvo que se estime es impertinente o inútil de conformidad con lo previsto en el artículo 283 LEC, sin que por esa razón tenga contenido práctico el artículo 302.2 LEC que se refiere a la comprobación de que el interrogatorio se corresponde con los hechos sobre los que se admitió tal prueba.

Otra cuestión será la admisibilidad de las preguntas formuladas si se alega por el deponente que la pregunta implica una infracción de la confidencialidad a efectos de negarse a responder, y que no se le tenga por confeso conforme a lo previsto en el artículo 307 LEC, lo que puede ocasionar no pocos problemas prácticos.

Respecto a la prueba testifical no nos referimos, evidentemente, a quienes han intervenido como mediadores en el proceso de mediación, que ya ha quedado claro que no sólo no tienen obligación de declarar, estando amparados por el secreto profesional,

voluntas legislatoris de la LOPJ, y el segundo de la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (art. 24.2 CE). Si junto al hecho de que nuestro legislador quiso que la única limitación expresa de ineficacia fuese la obtenida infringiendo derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ), observamos que el derecho a la prueba se encuentra constitucionalizado al máximo nivel, ello me conduce a la conclusión de que no existe interdicción del resto de las pruebas, esto es, las ilegales». PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4/2005, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, p. 63. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, cuando señala que es clásica la distinción en nuestro ordenamiento entre «pruebas ilícitas o prohibidas, esto es, las obtenidas con infracción de derechos fundamentales a las que se refiere el artículo 11.1 LOPJ y ahora el artículo 287 LEC y las simplemente irregulares, esto es, aquellas cuya obtención también se ha llevado a cabo con vulneración de normas procesales o, en todo caso, infraconstitucionales en general», y solo las primeras están afectadas por la sanción absoluta de no surtir efecto alguno. GIMENO SENDRA, V., «Comentarios a los artículos 281 a 386», *Proceso Civil Práctico, Tomo IV (artículos 281 a 386)*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 135-136.

sino que tienen la obligación de no hacerlo, sino a aquellos otros terceros que puedan tener conocimiento de los hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio, conforme al artículo 360 LEC, sin que el hecho de haber dado su testimonio en una prueba testifical en el proceso de mediación le inhabilite como tal y pueda ser tachado, y de hecho no está incluido entre las causas de tacha del artículo 377 LEC. Tendría que ser el propio testigo el que, conforme al artículo 371 LEC manifestara que está obligado a guardar reserva por tratarse de hechos relacionados con el propio proceso de mediación, o información confidencial conocida a raíz del proceso de mediación. Piénsese, por ejemplo, en el contable de un empresario con negocios de diversa índole, y no todos en regla con las leyes fiscales, u otras, para dar testimonio sobre los verdaderos ingresos de su empleador en un proceso de divorcio. No son pocos los problemas que se plantearán para deslindar en su testimonio lo que es confidencial de lo que no, sin que sea suficiente su participación en un proceso de mediación para descartar su testimonio, o las preguntas que se le formulen, salvo, obviamente, que hagan referencia a lo que previamente testificó, real o supuestamente, en el proceso de mediación.

4.4.3.3.- La prueba pericial.

El supuesto de la prueba pericial es distinto a los anteriores, porque en el artículo 335.3 LEC sí que se ha recogido expresamente —introducido por la Ley 5/2012 de mediación— que, salvo que haya acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o un arbitraje relacionados con el mismo asunto, pudiendo el tribunal denegar su intervención (artículo 347.1, párrafo 2 LEC) cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior.

No obstante, esa prohibición habría que matizarla, pues, pese al tenor literal del precepto, como se ha señalado, lo que pretende la ley es que el perito que pueda haber conocido información confidencial de las partes para elaborar su informe, o el abogado que haya elaborado un dictamen en las mismas condiciones, pueda transgredir esa confidencialidad en un proceso judicial o arbitral posterior⁶⁶¹, lo que no sucede de ninguna forma con un informe pericial que haya sido elaborado con anterioridad al margen del proceso de mediación (piénsese por ejemplo en una valoración de una vivienda realizada por una sociedad de tasación), aunque se haya aportado al mismo. Y

⁶⁶¹ En este sentido MÉNDEZ PICHOT, M., CASELLAS ESTÉVEZ, C., *op. cit.* pp. 215-225.

aunque no cabe duda de que en este caso dicho informe podría entrar dentro del amplio marco de la «documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo» a que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 5/2012, no está tan claro que suceda si el perito u otro profesional no ha participado de ese proceso de mediación y, por tanto, no ha tenido acceso a información confidencial.

No puede pretenderse otra cosa, no puede convertirse en confidencial la información disponible por el hecho de que se haya utilizado en mediación, sino que esa confidencialidad debe limitarse a la información verdaderamente confidencial, a la que de hecho no sería posible acceder de otro modo, y, por supuesto, a las comunicaciones — ofertas, contraofertas, apuntes, tenor de los debates, acuerdos parciales que no se pueden desligar de un acuerdo global, etc.— derivadas del mismo proceso de mediación, como de hecho ocurre en EE. UU., en donde también existe una seria preocupación por el deber de confidencialidad en la mediación, pero con un alcance muy distinto.

Como recuerda NOLAN-HALEY⁶⁶², bajo el *common law* (derecho común o consuetudinario) una oferta para comprometer una reclamación en disputa es inadmisibles en un juicio posterior para probar la validez o el importe de la reclamación, bajo el principio de que la oferta tiene poco valor probatorio, y la Regla 408 (Apéndice A) de las *Federal Rules of Evidence* (leyes federales sobre prueba) expande esa regla para incluir, no sólo ofertas de compromiso, sino también las «pruebas de conducta o declaraciones hechas en negociaciones de compromiso», y, puesto que la mediación es una extensión del proceso de negociación las comunicaciones de una sesión de mediación posiblemente caen dentro de la regla de exclusión probatoria. Además —señala la autora—, la *Uniform Mediation Act de 1998* (UMA – Ley Uniforme de Mediación) recoge los siguientes privilegios, en la Sección 4, que lleva por título *Privilege Against Disclosure; Admissibility; Discovery*:

- (a) Salvo que se disponga lo contrario en la Sección 6, la comunicación de mediación es privilegiada, como se dispone en la subsección (b), y no está sujeta a descubrimiento o es admisible como evidencia en un procedimiento, a menos que se renuncie o se excluya como se dispone en la Sección 5.
- (b) En un procedimiento, se aplican los siguientes privilegios:
 - (1) Una parte de la mediación puede negarse a revelar, y puede impedir que cualquier otra persona revele, una comunicación de mediación.

⁶⁶² NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute... op. cit.*, pp. 138-141.

- (2) El mediador puede negarse a revelar una comunicación de mediación y puede impedir que cualquier otra persona revele una comunicación de mediación del mediador.
- (3) Un participante que no sea parte puede negarse a revelar, y puede impedir que cualquier otra persona revele una comunicación de mediación del participante no participante.
- (c) La prueba o información que de otra manera es admisible o que está sujeta a descubrimiento no se convierte en inadmisibles o protegida de descubrimiento únicamente por su revelación o uso en una mediación.

Cabe señalar que los privilegios reconocidos por la UMA se limitan a la divulgación de comunicaciones de mediación en arbitrajes, procedimientos judiciales, otros procesos adjudicativos y audiencias legislativas. No existe un requisito general de confidencialidad que funcione fuera del contexto de los procedimientos judiciales. Por el contrario, la UMA, Sección 8, establece que «las comunicaciones de mediación son confidenciales en la medida acordada por las partes o previstas por otra ley o regla de este Estado», y, en todo caso, resulta indiscutible que, conforme a la regla c), ninguna prueba ni información disponible como prueba para las partes, ya sea porque disponga de ella directamente ya porque la otra parte esté sujeta a su revelación por la institución del *discovery*, se convierte en inadmisibles por el hecho de que se haya utilizado en el proceso de mediación. Eso supondría subvertir el orden de las cosas, conceptos y derechos, convirtiendo en confidencial lo que nunca sería tal, limitando el derecho de prueba de las partes, e impidiendo *de facto* la participación en un proceso de mediación, porque cuanto más se implicara una parte en el proceso, facilitando información y documentación relevante para llegar a un acuerdo, tanto más quedaría debilitada su posición caso de no llegar finalmente a ese acuerdo, y eso no es razonable, ni práctico.

De hecho, en los contratos de mediación es posible encontrar una cláusula que se refiere a la confidencialidad, que queda limitada a las comunicaciones y documentación generada en el proceso de mediación, y una cláusula de revelación (*disclosure*)⁶⁶³ en la

⁶⁶³ «1) CONFIDENCIALIDAD. Las partes entienden y acuerdan que la mediación es privilegiada y confidencial bajo el Código de Evidencias de California (§1115-1128), y que todas las comunicaciones entre ellas y el mediador, y todos los documentos preparados para y en el transcurso de la mediación, si los hay, son privilegiados y confidenciales y no pueden ser presentados como evidencia en ningún procedimiento civil entre las partes según lo dispuesto en el Código de Evidencias (§1119). [...] Las partes entienden y aceptan que cualquier acuerdo alcanzado en la mediación no será vinculante hasta que cada parte haya tenido la oportunidad de considerarlo cuidadosamente y de obtener asesoramiento legal independiente sobre las implicaciones del acuerdo. Una vez que las partes lo firman, después de un tiempo

que ambas partes convienen en aportar toda la información relevante de que dispongan al objeto de llegar a un acuerdo, lo que es muy importante porque «la calidad de una decisión depende en gran medida de la calidad de la deliberación que le precede [y] solo si se decide tras sopesar información suficiente y relevante»⁶⁶⁴ es posible un dialogo racional y es posible llegar a un acuerdo y que el mismo tenga éxito.

Cuando observábamos la amplitud del *discovery* en el sistema procesal norteamericano, que hace inadmisibles cualquier prueba no revelada previamente, decíamos que era más fácil entender por qué se recurre más frecuentemente a los ADR en USA que en la UE (salvo UK), o en España, en donde puede resultar mucho más difícil, al no disponer de todo ese material probatorio, y las partes reservan las armas de que disponen o podrían disponer a la espera de revelarlas en el juicio. Dicha percepción se refuerza a la vista de cómo se regula el alcance de la confidencialidad en relación con el derecho a la prueba que comprende la obligación de las partes de revelar y descubrir (*Disclosure and Discovery*) de toda la información relevante de que se disponga, algo de lo que estamos bastante lejos, aunque se haya dado recientemente algún tímido paso, limitado por la materia, pero al que pueden seguir otros.

En este sentido, la reciente reforma de la LEC por RDL 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen varias directivas europeas, introduce una nueva sección 1ª Bis dentro del Capítulo V («De la Prueba: disposiciones generales») del Libro II «De los procesos declarativos»), con el título «Del acceso a las fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», introduce una especie de *discovery* en este tipo de procedimiento, y se refiere en el nuevo artículo 283 Bis a) a la obligación de exhibición de pruebas que obren en su poder, siempre que se justifique la viabilidad de la acción, que se refiere a multiplicidad de datos que nadie querría que le fueran exhibidos como confidenciales en un proceso de mediación, sin

para su consideración y revisión, dicho acuerdo puede ser admisible y vinculante si así lo establece el acuerdo. 2) REVELACIÓN. Ambas partes acuerdan realizar una revelación completa y precisa de toda la información que pueda afectar el proceso de acuerdo. El esposo y la esposa acuerdan revelar entre sí y con el mediador todos sus activos y pasivos, ya se considere o no que dichos activos o pasivos sean relevantes para la mediación, y a proporcionar la documentación apropiada para demostrar la exactitud de dicha información».

Extraído de un «Acuerdo de mediación, confidencialidad y conflicto de intereses», realizado bajo el Código de prueba de California. URL: <http://www.wf-lawyers.com/wp-content/uploads/2013/05/Online-Mediation-Agreement-Template-OPTION-1-900-deposit.pdf> (fecha de acceso: 08/07/2017)

⁶⁶⁴ AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación...*, op. cit., p. 63.

poder proponerlos como prueba de llegar a un acuerdo, sin que se reste el espacio que le corresponde a los datos verdaderamente confidenciales, que tiene su tratamiento en el artículo 283 bis b)⁶⁶⁵.

La certeza de la posibilidad de poder conocer esos hechos relevantes en un procedimiento judicial, eliminando en buena parte la incertidumbre sobre los hechos y la capacidad de obtenerlos u ocultarlos, debe favorecer, o al menos no obstaculizar, que las partes recurran a ADR, y a la mediación entre ellos, para solventar el conflicto⁶⁶⁶.

Por el contrario, de entenderse de una forma demasiado amplia y sin matices el deber de confidencialidad —que también existe y se protege fuertemente en USA y en UK, pero en un sentido más proporcionado, y no solo por las obligaciones derivadas del *Discovery*— que llegara a impedir el uso de legítimos medios probatorios en juicio, constituyéndose en una especie de *discovery* invertido en el que todo lo que se revelase o aportase no podría ser con posterioridad utilizado en un juicio, obstaculizando el derecho de defensa de las partes, se estaría haciendo un flaco favor a la mediación como sistema alternativo para la resolución de conflictos.

⁶⁶⁵ La intención inicial de la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, era mucho más ambiciosa por cuanto, con el fin de evitar agravios comparativos respecto de otros ámbitos de la litigación civil y mercantil, y dada la escasez e ineficacia de las herramientas existentes para poder acceder a las fuentes de prueba en manos de la parte contraria o de terceros, preveía su aplicación a todos los procesos declarativos sin excepción (en los proyectados artículos 283 bis a) hasta el 283 bis n), que integraban la subsección 1ª «Disposiciones generales»), sin perjuicio de contemplar de modo específico en dos subsecciones (2ª y 3ª) las especialidades propias en materia de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, y en materia de derecho de la competencia. La proyectada regulación contemplaba, además, la derogación de la normativa referente a las diligencias preliminares y de exhibición documental. Finalmente, el legislador optó por ceñirse estrictamente al mínimo exigido por las directrices de la Directiva 2014/104/UE, limitando su aplicación a los procesos en materia de competencia desleal. 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», en *Revista de Derecho vLex*, N.º 2/2017, Diciembre 2017, pp. 117-175.

⁶⁶⁶ El reconocimiento de esta realidad aparece plasmado en los denominados «Principios del Proceso Civil Transnacional», que son una serie de principios o pautas elaboradas por dos prestigiosas instituciones, UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), y ALI (American Law Institute). En principio 16 se trata de encontrar un punto intermedio entre el *broad discovery* de las FRCP y los mecanismos de obtención de pruebas mucho menos intrusivos e ineficaces de las legislaciones procesales continental-europeas, de forma que no recoge el deber de revelar «espontáneamente» toda la información y medios de prueba disponibles, lo que hubiera sido rechazado por la comunidad jurídica, pero sí la obligación de suministrarse todos los medios de prueba e información que sean requeridos por el adversario. En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *op. cit.*, pp. 153-167.

No puede entenderse la confidencialidad de forma tal que abarque de forma indiscriminada cualesquiera documentos o pruebas que puedan ser utilizados en el proceso de mediación, en cuanto que este proceso no garantiza ningún resultado, y puede ser necesario recurrir finalmente a un proceso judicial⁶⁶⁷.

El derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el de defensa de las partes, y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no pueden ni deben quedar afectados por el hecho de intentar resolver el conflicto recurriendo a la mediación.

La forma de garantizar este derecho fundamental y permitir al tiempo el recurso a la mediación, sin menoscabo de aquel, es una interpretación adecuada, no extralimitada, de la obligación de confidencialidad, que debe quedar limitada, 1) a aquella información que sea verdaderamente confidencial, es decir, a aquella que no habría forma de conocer si no se aportara al proceso de mediación, y que se puede aportar en la confianza de que no va a poder utilizarse fuera de ese proceso, entre otras cosas porque quien podría atestiguar sobre esos hechos, esencialmente el mediador, está afectado por el deber de confidencialidad y el secreto profesional, no pudiendo prestar testimonio en un juicio posterior; y 2) al propio proceso de mediación, es decir, a las comunicaciones —ofertas, contraofertas, apuntes, tenor de los debates, acuerdos parciales que no se pueden desligar de un acuerdo global, etc.— derivadas del mismo proceso de mediación, y documentación generada en el proceso utilizando información confidencial.

⁶⁶⁷ MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44 (2018), Iustel, Madrid, 2018.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- *La existencia de conflictos es consustancial a la naturaleza social de los seres humanos, y, frente a los sistemas tradicionales de resolución de conflictos —con especial referencia al arbitral y judicial— se propone una gestión positiva de los mismos como una oportunidad. No siempre es posible, sin embargo, esa gestión positiva, porque no siempre es posible un acuerdo sin perjudicar los derechos e intereses de alguna de las partes. Hay límites a esa gestión positiva, y hay que conocer los detalles e implicaciones de los conflictos para reconocerlos, y así poder determinar la mejor forma de gestionarlos y, en su caso, resolverlos.*

La confrontación de derechos, intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, algo que es consustancial a la naturaleza social del ser humano, puede dar lugar a un conflicto, que no tiene por qué ser necesariamente negativo, pero tampoco positivo. Es cierto que un conflicto puede tener aspectos positivos que, debidamente gestionados, pueden implicar un beneficio a corto, medio o largo plazo, y también lo es que, mientras que una visión parcial de lo que significa 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.

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 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 que es 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, desprendimiento de los bienes materiales, etc.), pero eso es una opción personal, no del Estado, y es preciso salvaguardar la tutela judicial efectiva, en el sentido estricto del término, como garantía de los derechos y libertades en una sociedad.

SEGUNDA.- Todos los sistemas de gestión de conflictos tienen vocación de solucionar los mismos, pero se desarrollan siempre a la sombra de un proceso judicial.

Entre los diferentes métodos para abordar y resolver los conflictos se puede distinguir básicamente entre métodos autocompositivos y heterocompositivos, pero cuando nos referimos a métodos alternativos, ADR o MASC, nos referimos a un conjunto de medios de resolución de conflictos que pretenden ser alternativos a la jurisdicción (básicamente la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como modalidades primarias, aunque haya muchas más), pese a que no tienen como rasgo definitorio estar al margen del proceso judicial.

De hecho, los sistemas ADR se desarrollan siempre a la sombra de un proceso, aunque éste todavía no exista, porque en la evaluación que cada parte hace de sus respectivas mejores alternativas (MAAN) está incluida siempre, aunque sea para descartarlo, el recurso a los tribunales para resolver el conflicto. Para ello tendrán 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 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.

TERCERA.- *La verdadera paradoja de la mediación, como de todos los ADR en general, es que solo tiene posibilidades reales de éxito, en el sentido de aceptación o acogida, si la Administración de Justicia funciona razonablemente bien.*

Se habla 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 tener que entrar a discutir la premisa de esos beneficios, hay una razón comprensible para ese fracaso, que es inapelable en cuanto al cumplimiento de las expectativas depositadas se refiere, en la implantación de esta institución. 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, ni tampoco el beneficio indirecto de un mejor acceso a la justicia por la reducción de los asuntos de que conoce. Ni los justiciables que reclaman frente a un agravio, ni los abogados que les defienden, pueden sentirse atraídos mínimamente por tales argumentos en cuanto 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 del derecho infringido.

La verdadera paradoja es que la eficacia de los ADR 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, no los problemas de la Justicia— cuando la Administración de Justicia funciona razonablemente bien en términos de eficacia, duración y costes. Por tanto, si se actúa sobre algunos aspectos que influyen en estos factores es posible aumentar el interés en recurrir a la mediación u otros medios alternativos frente a la vía judicial.

El mismo efecto puede producir una justicia errática, arbitraria, lenta y costosa, pero en nuestra tradición jurídica no puede considerarse seriamente como una opción.

CUARTA.- *Ni la Administración de Justicia se moderniza fomentando los sistemas alternativos a ella misma, ni se puede invocar como argumento de autoridad el notable recurso que a los mismos se hace en EE.UU o en Inglaterra y Gales (y países anglosajones en general) sin tener en cuenta algunas características propias de sus respectivos procesos judiciales civiles, que coadyuvan poderosamente a ello.*

La mediación, como los sistemas ADR 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 sistemas alternativos como por mejoras orgánicas, procesales, humanas y materiales 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 Estados Unidos y países anglosajones, 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.

El examen del desarrollo y expansión de los ADR en los EE.UU., y con características similares en Gran Bretaña y otros países de la Commonwealth, todos ellos con sistemas judiciales encuadrados dentro del *common law*, nos ha llevado a examinar algunas características del proceso judicial en los EE.UU.. Dicho examen nos ha llevado a descubrir que las razones de ese desarrollo no se deben tanto a una especial capacidad de negociación y sensibilidad y compromiso de sus ciudadanos con la «cultura de la paz», ni a la, sin duda, importantísima e imprescindible labor científica desarrollada por las Universidades en el estudio y desarrollo de estos métodos alternativos una vez implementados, como a ciertas características propias del proceso judicial, como son:

- 1º Un sistema procesal adversarial que responde a una ideología basada en el individualismo competitivo y adquisitivo y la desconfianza hacia el Estado, con unos jueces generalistas, que no tienen por qué conocer el Derecho, sin mayor interés en el contenido y calidad de la decisión judicial, puesto que su propósito esencial es poner fin al conflicto. La evolución del sistema, tras sucesivas reformas, ha supuesto la transformación de los juzgados, que han dejado de ser los lugares en los que se desarrolla un juicio y se emite un veredicto, para convertirse en los denominados juzgados multi-puertas (*multi-*

door courthouse), en los que la figura del juez, como árbitro pasivo y desinformado (*passive umpire*), deja paso a un juez gestor (*managerial judge*), que tiene un rol de organización y gestión activa del desarrollo del proceso, orientado fundamentalmente a su terminación temprana a través de los programas de resolución de conflictos anejos al juzgado (*Court Annexed Program*), sin necesidad de juicio ni sentencia, y que dispone amplios poderes discrecionales a tal fin que implican, a veces, un fuerte grado de coerción judicial sobre el justiciable.

Se trata de un sistema en el que la combinación de elevados costes, su larga duración, el riesgo de arbitrariedad en los juicios o desestimaciones sumarias, y los impredecibles y sorprendentes veredictos del jurado, caso de llegar finalmente a juicio, con sus arbitrarios daños punitivos, colocan al justiciable en una situación muy parecida a la de jugarse el resultado a los dados, pero mucho más lenta y mucho más cara.

- 2º El *discovery*, que sirve para preservar el juego limpio y preparar el acto del juicio, pero es también una pieza clave para disuadir a los litigantes de continuar el proceso judicial, y para que busquen alternativas al mismo, porque, una vez que conocen todas las armas que el contrario puede utilizar en juicio, pueden evaluar con más objetividad sus respectivas posiciones y perspectivas de éxito, y eso puede facilitar un acuerdo.
- 3º La *American Rule*, o asunción por los litigantes de los gastos del proceso, lo que, por un lado, impide que haya ciudadanos que desistan de defender sus derechos ante el riesgo de ser condenado al pago de las costas procesales, y, por otro, impide que se produzcan ofertas para litigar a costes muy bajos o a coste cero, por la perspectiva de ganancia a medio plazo vía costas procesales, lo que a su vez favorece que las partes puedan ser más proclives a un acuerdo, puesto que no se reintegran de los costes procesales que puedan tener en caso de ir a juicio y no hay estímulos que discriminen entre solucionar un conflicto judicialmente o por otro medio.

QUINTA.- *Siendo evidente la relación que ha habido en EE. UU. entre sistemas ADR y proceso civil, y existiendo instituciones trasladables al proceso civil español por cuanto pueden influir positivamente en el recurso voluntario a la mediación y a otros sistemas ADR, hay también límites que son infranqueables, lo que obliga a plantearse qué ha ocurrido con el proceso de implantación de la mediación en España, y qué habría que hacer, en su caso, para corregirlo.*

Aunque hay singularidades del proceso federal civil en EE.UU. que podrían implantarse en el proceso civil español, y que facilitarían el recurso voluntario a sistemas ADR, los amplios poderes de que están investidos los jueces federales norteamericanos a tales efectos no es una de ellas, y hay principios que informan el proceso civil español, como a los sistemas procesales continentales europeos, que son irrenunciables.

En efecto, frente al proceso civil en EE.UU., convertido en un sistema para la resolución de conflictos sin necesidad de un juicio que tanto el juez como las partes tratan por todos los medios de evitar, el primero para no tener que resolver, y los segundos porque temen tanto a la arbitrariedad de jueces y jurados como a la duración y elevados costes del proceso, los sistemas procesales continental-europeos —entre ellos el nuestro— están enfocados a la resolución de las controversias por medio de decisiones justas y de calidad de jueces especializados, para los que la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos adquiere un carácter esencial (al menos como orientación general, y siendo humildes respecto a la posibilidad de conseguirla a través del proceso civil), como también lo tiene la calificación jurídica de los mismos y el conocimiento del derecho aplicable, al margen de las argumentaciones de las partes.

En España, además, el proceso civil, que fue símbolo durante siglos de la resistencia frente a la arbitrariedad de autoridades externas, fuera el Rey o cualquier otra, sigue siendo hoy, pese a las graves carencias que arrastra, garantía del derecho de defensa de las partes en los juicios, basado en la búsqueda de la verdad, la recta aplicación del derecho y la justicia material, no solo entre las partes sino frente a la arbitrariedad de los mismos jueces y de cualquier otra autoridad.

No es un acervo renunciable, por lo que hay que replantearse la estrategia que se ha seguido para la implantación de la mediación en España, a la vista del resultado de ese proceso, y qué estrategia habría que seguir para una adecuada implantación.

SEXTA.- *La implantación en España de la mediación, como en el resto de la UE, es un fracaso incontestable que no se soluciona mediante su imposición, salvo que se pretenda un «éxito» puramente estadístico al margen de las partes en conflicto. Por el contrario, y aunque pueda parecer una paradoja, el recurso voluntario a la mediación u otros ADR para resolver un conflicto solo se conseguirá con un proceso civil rápido y eficaz, que al tiempo impida obtener ventajas por recurrir directamente al mismo, y con una configuración de los ADR que no perjudique la opción judicial.*

Tanto en Europa como en España, en general, se viene tratando de fomentar la mediación, a la que se reducen los sistemas ADR, como un medio de solución de conflictos alternativo a la vía judicial, y remedio a los males de la Justicia a través de la reducción del número de asuntos que llegan a los tribunales. Los medios utilizados, aparte la inundación del mercado de mediadores, con el posible objetivo de que la oferta cree la demanda, han consistido básicamente en la demonización del proceso judicial frente a las bondades de la mediación, y en programas dirigidos a los abogados con el objeto de convencerles de que dirijan a sus clientes hacia la mediación.

El fracaso es incontestable, y así lo demuestran tanto las estadísticas como el debate para su implantación efectiva, centrado, una vez agotada la apelación a la «cultura de la paz», en cómo dificultar el acceso a los tribunales mediante trabas económicas, exigiendo tasas judiciales o cuantías mínimas, y en la imposición de la obligatoriedad de la mediación, ya sea de una sesión informativa como requisito previo para el acceso a los tribunales en su versión mitigada, ya sea añadiendo a esa sesión informativa una sesión exploratoria, en su versión «semi-mitigada», o incluso exigiendo un intento «serio» en la mediación para cerrar el conflicto, a través de multas o de la imposición del pago de las costas procesales al margen del vencimiento y de la buena o mala fe.

Es un camino fracasado de antemano para implantar realmente los ADR —aun cuando se terminara recurriendo a ellos— y para solventar los problemas de la Justicia.

Son muchas las razones de la crisis de la justicia, pero ni la solución pasa por dificultar, penalizar o impedir el acceso a los tribunales, ni la «paradoja de la mediación» se resuelve imponiéndola. No se puede demonizar el proceso judicial olvidando que su propósito esencial es resolver disputas atendiendo a la verdad de los hechos y a las leyes de las que la sociedad se ha dotado como garantía de derechos y libertades, sin que quepan posiciones dogmáticas al margen de las características propias de cada conflicto sobre cómo abordarlo para resolverlo.

La solución no puede ser simplista, porque el problema no es simple, pero es:

- 1º Obligado dotar de más medios personales —no necesariamente funcionariales, salvo jueces y letrados de la Administración de Justicia, pero esa es otra cuestión—, y materiales a la Administración de Justicia, para que sea pronta y eficaz.
- 2º Conveniente, por la misma razón, realizar algunas reformas procesales que eviten alargamientos innecesarios de los procedimientos, y
- 3º Necesario un mejor desarrollo de los ADR más comunes, como la negociación, conciliación, mediación y arbitraje, parejo al desarrollo de un esquema e instituciones del proceso civil que influya positivamente en el recurso a esos métodos.

SÉPTIMA.- *En el caso de la negociación, una configuración distinta de algunas instituciones del proceso civil, singularmente las que afectan a la duración y costos del proceso, al conocimiento de hechos eventualmente objeto de debate, y a la calidad y eficacia del título resultado del proceso, pueden ser claves para el recurso a este ADR.*

La negociación es la primera alternativa real a otras posibles soluciones, incluida la judicial, cuando ya se ha producido un conflicto, y es un proceso que se desarrolla en el tiempo, en el que las partes se intercambian argumentos en apoyo de sus pretensiones, —que tienen componentes cognitivos y de persuasión, cuya importancia para la calidad de la decisión que se adopte es esencial— que están orientados a convencer para llegar a un acuerdo en unos determinados términos.

Buena parte de los elementos necesarios para un debate negocial de calidad que permita alcanzar «acuerdos sabios y prudentes» están ahí contenidos, y las propuestas para favorecer el recurso a la negociación deberían ir dirigidas a conseguir:

- 1º Una Justicia que funcione razonablemente, en términos de certidumbre respecto de la eficacia del proceso, duración y costos, lo que incide directamente en los componentes de persuasión del debate negociador.

Propuestas concretas que pueden influir positivamente, aparte la mejora sustancial de medios, son: 1) la posibilidad de terminación temprana del proceso, en el mismo acto de la audiencia previa, o en una vista convocada al efecto en el juicio verbal, en el caso de que la demanda o la contestación carezcan manifiestamente de fundamento. 2) Que el señalamiento de fecha para juicio no se suspenda por la derivación a mediación, o señalamiento preferente en caso de no existir todavía, y, no solo porque la certeza de una fecha cercana para juicio puede estimular el trabajo y la creatividad, sino porque así no resulta perjudicado quien acude de buena fe a la mediación, y se impide su utilización con fines espurios por el que acude de mala fe. 3) Los costos del proceso deben ser de cuenta de quien litiga, y el pago de las costas procesales debe imponerse solo a quien litigue con temeridad o mala fe.

- 2º Un debate franco y leal, lo que implica que pueda existir un adecuado conocimiento de las respectivas posiciones y de los hechos suficientes y relevantes que las sustentan (los elementos cognitivos del debate) reduciendo en lo posible la posibilidad de la emboscada procesal en caso de que se decida acudir a un proceso judicial.

No se puede obligar a nadie a revelar lo que no quiera revelar, la cuestión estriba en que no pueda obtener ventaja de ello si provoca un juicio.

Propuestas concretas que pueden incidir positivamente son: 1) la ampliación de los supuestos en los que cabe solicitar diligencias preliminares para preparar el juicio; 2) la ampliación de la exhibición de pruebas, introducida solo para la reclamación de daños por infracción del derecho de competencia; 3) la penalización, por ser contraria a la buena fe, de la infracción de la obligación de exhibir documentos entre las partes, a través del pago de los costos del juzgado para obtener la documentación que la parte no aporte voluntariamente, además del pago de las costas procesales en su caso, y de la aplicación efectiva del artículo 329 LEC, caso de no poder obtenerse por otro medio; 4) la prueba documental que debe acompañar a la demanda debe incluir los testimonios por escrito de los testigos que se propongan (no admitiéndose nuevos testigos tras los escritos de demanda y contestación, salvo excepciones por razón de las alegaciones de contrario o hechos nuevos) contestando a todos los hechos relevantes de la demanda o contestación para los que se solicite su testimonio, acudiendo a juicio solo si la parte contraria

lo solicita —en la audiencia previa, o en un plazo o en la vista sobre terminación temprana del proceso en el juicio verbal— para someter su testimonio a contradicción; 5) la consideración de que la ocultación de pruebas relevantes es contraria a la buena fe.

- 3° La posibilidad de acuerdos complejos, en los supuestos en los que el procedimiento ya está iniciado, más allá del estricto objeto del proceso, y la posibilidad de que los acuerdos puedan ser formalizados con las debidas garantías —en escritura pública, o un auto de homologación judicial según el caso—, sin merma alguna de la calidad del título respecto a otras formas de terminación del conflicto.

La negociación está en la base de la conciliación y de la mediación, que, básicamente, no son más que negociaciones asistidas por un tercero, el conciliador o el mediador, por lo que las propuestas realizadas para la negociación incidirían igualmente en esos otros sistemas de resolución, y deben darse por reproducidas.

OCTAVA.- La conciliación puede ser un instrumento muy poderoso para la resolución de conflictos previo al recurso a la vía judicial, pero para ello es necesario realizar una transformación radical de esta institución, respecto al desarrollo y resultado del proceso y, como consecuencia, respecto a la persona del conciliador.

La conciliación como procedimiento de negociación asistido en el que las partes en conflicto se reúnen con un tercero ajeno e imparcial que tiene la función de facilitar la comunicación entre las partes para que, en su presencia, puedan delimitarlo y tratar de solucionarlo, formulando en su caso propuestas de solución e intentando activamente que las partes se avengan a resolverlo, nunca ha funcionado, no funciona, y es imposible que lo haga tal y como viene configurada desde hace siglos.

Su única utilidad hoy es, básicamente, la de conseguir un título ejecutivo para el acuerdo previamente logrado por las partes, y aun así de forma limitada respecto al que se pueda conseguir, inexplicablemente, si interviene un mediador.

Si se quiere que la conciliación sirva para evitar un pleito hay que transformarla radicalmente, actuando sobre aquellas características que lo impiden, como son:

- 1º La duración de la conciliación. La conciliación no puede despacharse en un solo y breve «acto», y debe convertirse en un «proceso» con la duración necesaria para que las partes puedan adquirir un conocimiento suficiente de los hechos relevantes del conflicto que les enfrenta, y así poder valorar adecuadamente, con la ayuda del conciliador, sus respectivas posiciones y alternativas, y en su caso llegar a un acuerdo.
- 2º La persona del conciliador. La conducción de ese proceso puede requerir de un tiempo, y de un esfuerzo, que ni jueces ni letrados de la Administración de Justicia a cargo de un juzgado están en disposición de asumir. La solución podría ser la creación de una Oficina de Conciliación, integrada dentro del organigrama de la NOJ, al modo que se ha hecho con la Unidad de Mediación Intrajudicial en aquellos lugares en que existe, a la que se derivarían las conciliaciones previas que se solicitaran, y también las coetáneas siempre que hubiera avenencia de las partes, y que podría estar integrada por profesionales del Derecho con formación y/o experiencia judicial —jueces sustitutos sin plaza, jueces en prácticas, abogados retirados del ejercicio, árbitros—, y formación específica en negociación.
- 3º La ausencia de resolución. El conciliador tiene que dictar una resolución, que solo será vinculante y ejecutiva si es aceptada por las partes, pero que, más allá de ese efecto, permitirá a las partes conocer anticipadamente un posible resultado en un proceso judicial, y así evaluar mejor sus opciones.

La resolución puede además facilitar un acuerdo si, tras el rechazo de una decisión del conciliador, la sentencia judicial que obtuviera quien lo rechazó no difiriera sustancialmente de la resolución del conciliador, y ello implicara la imposición del pago de las costas procesales, incluso en caso de vencer completamente en juicio, en caso de apreciarse temeridad o mala fe.

- 4º La ejecutividad de lo acordado. La resolución del conciliador, que ahora mismo está comprendida dentro de los títulos «no judiciales ni arbitrales» del artículo 557 LEC, una vez aceptada, debe tener el mismo grado de protección de su ejecutividad que los acuerdos procedentes de mediación. No hay justificación para que no sea así.

NOVENA.- *Es posible recuperar para el común de las personas y sus conflictos cotidianos el viejo derecho a resolver disputas mediante árbitros, aumentando la flexibilidad respecto a la elección de la persona del árbitro, sobre el contenido del proceso arbitral, y sobre el valor y efectos de la resolución o laudo arbitral.*

No cabe duda de que el arbitraje puede estar llamado a ocupar un lugar importante entre las herramientas de resolución de conflictos, pero para ello debería actuarse sobre una serie de elementos, como son la mayor rigidez, complejidad y lentitud, que lo han transformado en un procedimiento cuasi-judicial, permitiendo una mayor flexibilidad, y resolver el problema de unos elevados costes que lo han convertido en una realidad elitista.

Sin perjuicio de mantener el arbitraje tal y como aparece regulado, un arbitraje esencialmente institucional enfocado a los conflictos comerciales internacionales, puede recuperarse, para conflictos más comunes, la mayor flexibilidad originaria del arbitraje propia del juicio de árbitros y amigables componedores de la LEC 1881, convenientemente adaptada, de forma que sean las partes las que puedan acordar:

- 1º La persona del árbitro(s) o amigable(s) componedor(es), o quién los elija.

- 2º El contenido que quieran dar al proceso arbitral, y a los efectos de la resolución o laudo arbitral. Podría ser el más tradicional de un proceso arbitral que termina con una resolución, el laudo, pero aproximándose a la figura de *Rent a Judge* en EE. UU., que se distingue del arbitraje porque no es institucional y por la mayor informalidad / flexibilidad del proceso, o podría tener otros contenidos y efectos, como el *Mini-trial* o la *Moderate Settlement Conference* de EE.UU., en el que el árbitro emite una opinión formal o dictamen no vinculante, que no impide acudir a juicio, la *Final Offer Arbitration*, en el que el árbitro decide entre las ofertas presentadas, u otros.

Los elevados costes del arbitraje, que son otro de los factores a tener en cuenta, que están especialmente relacionados con los aranceles y derechos del arbitraje administrado o institucional, quedarían resueltos con la libre elección del árbitro(s) o amigable(s) componedor(es) por quienes recurrieran a ellos, y por la libre competencia profesional en un mercado de árbitros sometido a supervisión pública por un organismo autónomo *ad hoc* —un «Instituto de Arbitraje»— dependiente del Ministerio de Justicia. A dicho organismo correspondería, como mínimo, establecer la formación de origen

mínima necesaria para acceder a la profesión de árbitro —grado en Derecho y posgrado de especialización en arbitraje—, el establecimiento y control de superación de las pruebas necesarias para acceder al registro oficial de árbitros y sociedades de arbitraje, la adopción y supervisión de las normas en materia de ética, control de calidad interno en la actividad de arbitraje, establecer y controlar la formación continuada de los árbitros, y, por supuesto, el régimen disciplinario y el sistema de inspecciones y de investigación.

DÉCIMA.- *El concepto de mediación es muy amplio, porque los principios que la estructuran y conforman legalmente pueden tener distinta extensión y contenido, y ello no es indiferente para el desarrollo y recurso a esta institución por las partes en conflicto, como tampoco lo es la formación del mediador.*

El concepto de mediación es muy genérico y puede comprender realidades muy distintas por razones tan diversas como el objetivo perseguido y las técnicas utilizadas, el grado de voluntariedad, el ámbito, judicial o no, en el que se desarrolle, y el papel facilitativo o evaluativo asumido por el mediador, lo que vendrá determinado por su regulación legal y por la libertad de las partes para configurar el proceso.

Nuestro ordenamiento, que pone un especial énfasis en la resolución de los conflictos, responde esencialmente al modelo directivo y facilitador de Harvard, y la mediación aparece configurada como un instrumento de resolución de conflictos, alternativo o complementario a la vía judicial, que consiste en un proceso cooperativo y confidencial, dirigido por una tercera persona imparcial, neutral y especialmente cualificada, el mediador profesional, cuyo papel consiste en crear un espacio de confianza y colaboración que facilite la comunicación recíproca entre las partes de información suficiente y relevante para que sean ellas las que, por sí mismas, lleguen a un acuerdo que evite el conflicto, lo resuelva o, al menos, minimice sus efectos.

Esta definición contiene los principios filosóficos de la mediación, que son recogidos como principios rectores en la legislación que la regula, que constituyen la estructura que otorga su esencia a la mediación, como son, voluntariedad, confidencialidad, empoderamiento y solución única, neutralidad, y la especial cualificación del mediador profesional encargado de dirigir este proceso.

Algunos de estos principios, sin embargo, son cuestionados o matizados, y otros son cuestionables tal y como aparecen regulados, en cuanto pueden dificultar la existencia

de un elenco más amplio y eficaz de sistemas de resolución de conflictos a los que se pueda recurrir por los profesionales del derecho sin temor a que los derechos e intereses de quienes les encomiendan su defensa puedan resultar perjudicados.

UNDÉCIMA.- *Habiéndose decantado el legislador por la exigencia de una formación universitaria genérica para el mediador, aparte de la específica en mediación, es preciso aumentar la transparencia acerca de cuál sea esa formación para permitir a las partes una elección informada de la persona que va a dirigir el proceso.*

La mediación, como sistema alternativo de resolución de conflictos, precisa — como eje central que pueda garantizar ese proceso— de mediadores profesionales, competentes y eficaces. Ello hubiera requerido una mayor exigencia en la formación de origen de los mediadores, para que fueran competentes en la materia objeto de mediación, y también en la formación específica y continuada, rehuyendo la tentación de facilitar el acceso a dicha profesión para tratar de impulsar la mediación inundando el mercado de mediadores. El legislador no ha querido hacerlo así y, partiendo de «una concepción abierta de la formación, acorde con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia», no exigió ninguna titulación específica para ser mediador. Era una opción, pero cabría plantearse por qué se exige una formación universitaria si es absolutamente indiferente cual sea esa formación.

Ciertamente —como se afirma desde determinados círculos pro-mediación— puede haber personas que, pese a carecer de una formación de origen específica orientada a la solución de conflictos, sean unos magníficos mediadores, como hay abogados incapaces de serlo ni siquiera mediocres, pero lo serán pese a sus carencias, no por ellas. En todo caso, puesto que se ha decidido confiar en la «mano invisible» para que expulse a los incompetentes, habrá que cumplir con una de las condiciones básicas de las leyes del mercado, y es la transparencia.

Son los ciudadanos y los abogados que les defienden quienes tienen que poder elegir al mediador, incluso cuando sea a través de una institución de mediación, pública o privada, sin perjuicio de que voluntariamente dejen la designación a la institución; y si quieren elegir a un especialista en la materia que es objeto de conflicto deben tener la posibilidad de hacerlo, como si quieren elegir a alguien completamente lego en la misma, y para ello es necesario que los institutos de mediación cuenten, no solo con el preceptivo

registro de los mediadores, sino con las fichas de éstos, en las que consten la formación, características, especialidad y currículo de cada uno.

DUODÉCIMA.- *La voluntariedad es un principio irrenunciable para el éxito real de la mediación, que no pasa por su imposición obligatoria, más o menos mitigada, salvo que el éxito que se pretenda sea puramente estadístico, de porcentaje de asuntos que terminan en mediación, y no de aceptación y recurso voluntario a esta institución.*

El principio de voluntariedad de la mediación, que es presentado inicialmente como un principio filosófico esencial y consustancial a los sistemas ADR en general y a la mediación en particular, porque se trata de devolver a las partes el conflicto que les habría sido arrebatado por el Estado, a través de los tribunales de justicia, resulta finalmente ser bastante flexible, dúctil, maleable, por la razón pragmática del fracaso en la implantación de la mediación. Se recurre a un proceso de redefinición del principio —siempre con el límite del derecho a la tutela judicial efectiva, que también se redefine— para implantar la mediación y tratar así de reducir los asuntos que llega a los tribunales y los costes de la Administración de Justicia, fin primordial del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación aprobado por Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019, que quiere imponerla como requisito de procedibilidad en un buen número de materias.

Es además un proceso de pendiente deslizante. Se empieza por hablar de voluntariedad «mitigada», para referirse a la obligación de las partes de acudir a una primera sesión informativa sobre la mediación, distinguiendo entre la información sobre la mediación y la mediación propiamente dicha. Se continúa con la exigencia de que haya un «intento serio» de mediación, que de momento pretende concretarse en la exigencia de una «sesión exploratoria» del conflicto para que se tenga por intentada una mediación. Se distingue entre la «coerción a la mediación» y la «coacción en la mediación» —o de voluntariedad de la mediación y voluntariedad en la mediación— para permitir la primera y rechazar, al menos en pura teoría, la segunda, circunscribiendo el principio de voluntariedad al hecho de que las partes son libres de alcanzar o no un acuerdo. Se llega a afirmar que lo esencial para preservar el principio de voluntariedad no son las presiones que el mediador pueda ejercer sobre las partes, que se admiten como legítimas, sino que el mediador no tiene capacidad para imponer un acuerdo.

No es posible estar de acuerdo. Lo cierto es que:

- 1º. El principio de voluntariedad, que debe informar todo el proceso de la mediación, queda cuestionado por el simple hecho de ser obligado a acudir a una sesión informativa, y más gravemente afectado cuanto más se exija la implicación de las partes en un proceso al que han sido obligados a acudir, sin ninguna garantía y sin asistencia letrada.

- 2º. No es cierto que no pueda llegarse al extremo de que se imponga un acuerdo por el mediador. Con los precisos incentivos del juzgador que lo deriva es posible forzar la adhesión a casi cualquier acuerdo. Otra cosa será la calidad de este, que será proporcionalmente inversa a la coacción ejercida sobre las partes, que realmente deseemos repetir las negativas experiencias que ya son objeto de denuncia en otros países, y que todo ello sirva realmente para algo. La imposición de la mediación, ni en su versión más coactiva, soluciona por si misma los problemas de la Administración de Justicia, como demuestra la experiencia en Estados Unidos y en Inglaterra y Gales.

- 3º. La exigencia del recurso a la mediación, aun en su versión mitigada, como requisito de procedibilidad para acudir a un proceso judicial, puede ser tan perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se preserve el derecho de las partes a acudir al sistema judicial, como perfectamente inútil al fin pretendido de evitar que lo hagan, como demuestra nuestra experiencia con la conciliación previa obligatoria.

Son caminos, ya explorados, que no llevan a ninguna parte, y no hay razón para volver a recorrerlos prescindiendo de experiencias propias y ajenas.

Solo los intereses que subyacen tras los discursos que tratan de impulsar la obligatoriedad de la mediación, en buena parte deudores de expectativas poco realistas sobre la efectividad de la propia institución y su implantación, justifican que ninguno de los círculos implicados defienda ya, salvo como pura abstracción teórica y/o evocación histórica, la mediación como lo que es, y debiera seguir siendo, un método para la resolución de conflictos, alternativo o complementario a la vía judicial, cuya oportunidad debe valorarse por las partes en cada caso concreto, sin que quepan posturas dogmáticas en abstracto en uno u otro sentido.

La voluntariedad, sin mitigaciones, es un principio irrenunciable.

DECIMOTERCERA.- *La configuración general del principio de neutralidad, ligado a los modelos de mediación facilitativa y de formación de origen exigida al mediador, no debe impedir a las partes en conflicto que recurran al tipo de mediación que precisen, conviniendo sobre el papel que pueda desempeñar el mediador en el proceso.*

La neutralidad exigida al mediador, entendida como la cualidad o actitud de quien no participa de ninguna de las opciones para la solución de un conflicto, es, además de un principio filosófico de la mediación, un principio rector que aparece recogido en la legislación reguladora de la institución.

De dicha legislación resulta que, en general, con la sola excepción de la ley de mediación familiar gallega, se acoge y regula un modelo de mediación facilitativa que excluye la posibilidad de que el mediador pueda manifestarse a favor o en contra de cualquier propuesta de acuerdo realizada por las partes, no permite que el mediador pueda prestar no ya consejo sino tampoco información jurídica, en cuanto ello implique una valoración de esas propuestas, lo que además sería una temeridad si se carece de la formación y experiencia forense necesaria, y tampoco le permite realizar propuestas.

La actuación del mediador, tal y como está configurada legalmente, y acorde con la nula formación de origen exigida para acceder a la profesión, debe desarrollarse de forma que permita a las partes en conflicto alcanzar un acuerdo de mediación por sí mismas, sin que la conducta activa que debe observar pueda entenderse de otra forma.

Planteada la cuestión de si es posible, con la regulación legal existente, una mediación evaluativa, esto es, que esa conducta activa del mediador pueda comprender la evaluación de las posiciones de las partes, predicciones de resultados en caso de ir a juicio, campos de posibles acuerdos, intervenciones de terceros que ayuden a clarificar determinados puntos, o propuestas de solución, sin infringir el principio de neutralidad, la respuesta no puede ser sino afirmativa, siempre que se entienda dicho principio como equivalente a ecuanimidad, imparcialidad u objetividad en esas actividades, y siempre que no esté expresamente prohibida y que las partes así lo quieran y lo soliciten expresamente.

Lo que no está expresamente prohibido está permitido, y el modelo general de mediación facilitativa elegido por el legislador puede ser transformado por la voluntad de

las partes que decidan someterse a una mediación evaluativa, para la que tendrá una especial relevancia el acuerdo sobre lo que quieran del proceso, y la selección del mediador que, por sus conocimientos y experiencia en el campo en el que se desarrolla el conflicto, estimen más adecuado a las concretas circunstancias del caso.

DECIMOCUARTA.- *Es incuestionable que el principio de imparcialidad no admite interpretaciones ni matizaciones.*

Otros principios de la mediación pueden admitir matizaciones, modulaciones y diferentes interpretaciones, con las que se podrá estar más o menos de acuerdo, pero el principio de imparcialidad no admite matización alguna, es un pilar básico, principio y fundamento de la actuación de cualquier tercero que interviene en la resolución de un conflicto entre las partes, cualquiera que sea el papel que desempeñe a tal fin, sea juez, conciliador, y por supuesto también mediador. Se trata de una exigencia elemental, que hay que distinguir de la neutralidad, y que describe la posición del mediador respecto de las partes, que debe quedar al margen de sentimientos, valores o compromisos que puedan suponer un sesgo en favor o en contra de cualquier de ellas.

DECIMOQUINTA.- *El principio de confidencialidad es puramente pragmático, y no es nada pragmático que el deber de confidencialidad no quede limitado a la información verdaderamente confidencial, porque tal exigencia puede provocar el rechazo de las partes en conflicto a participar en un proceso de mediación, para no perjudicar un ulterior y eventualmente necesario recurso a la vía judicial.*

La confidencialidad es un principio informador del procedimiento de mediación, pero no afecta a su esencia o naturaleza, sino que tiene la finalidad puramente pragmática de facilitar una negociación franca entre las partes, que genere la confianza necesaria para permitirles un intercambio de información relevante en la confianza de que la que sea confidencial no va a ser revelada ni utilizada con posterioridad.

Está recogido en toda la normativa reguladora de la mediación, con diferente expresión y extensión, y plantea diferentes problemas en relación con su alcance, el subjetivo, pero especialmente con el alcance objetivo de ese deber.

No puede entenderse la confidencialidad de forma que abarque cualesquiera documentos o pruebas utilizados en el proceso de mediación, porque este proceso no garantiza ningún resultado, y puede ser necesario recurrir finalmente a un proceso judicial. El derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el de defensa de las partes, y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no pueden ni deben quedar afectados por el hecho de intentar resolver el conflicto recurriendo a la mediación.

La confidencialidad debe quedar limitada a aquella información que sea verdaderamente confidencial, aquella que no habría forma de conocer si no se aportase al proceso de mediación, porque no puede ser obtenida ni siquiera en un proceso judicial.

En este sentido, cuantas mayores sean las facilidades para conseguir la información relevante que esté solo a disposición de la otra parte, menor incentivo habrá para que las partes la reserven para un proceso judicial. La certeza de la posibilidad de poder conocer esos hechos en un proceso judicial (como ocurre en EE.UU. con el *discovery*), eliminando en buena parte la incertidumbre sobre ellos y sobre la capacidad de obtenerlos u ocultarlos, debe favorecer que las partes recurran a los sistemas ADR, y a la mediación entre ellos, para solventar el conflicto.

Por el contrario, de entenderse de una forma demasiado amplia y sin matices el deber de confidencialidad, de forma que pudiera impedir el uso de legítimos medios probatorios en juicio, constituyéndose en una especie de *discovery* invertido en el que todo lo que se revelase o aportase no podría ser con posterioridad utilizado en un juicio, obstaculizando el derecho de defensa de las partes, se estaría haciendo un flaco favor a la mediación como sistema alternativo para la resolución de conflictos.

DECIMOSEXTA.- *La mediación no ha fracasado como institución, y está llamada a desempeñar su propio papel en la resolución de conflictos, como otros sistemas ADR, siempre que se pongan las condiciones precisas para ello.*

Ya se ha venido anticipando en buena medida, pero hay que decirlo de forma explícita: la mediación no ha fracasado, lo que han fracasado han sido las expectativas de los círculos interesados en la generalización de la mediación como sistema de resolución de conflictos, si fuera necesario mediante su imposición, enfrentándola a la resolución mediante el recurso a la vía judicial.

La «paradoja de la mediación» es solo fruto de esas 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 el acceso a la vía judicial, bien sea penalizando económicamente el recurso a esta vía, o impidiéndolo para reclamaciones de hasta una determinada cuantía, bien mediante una combinación de todas ellas.

No hay ninguna paradoja que resolver, la mediación es un sistema de resolución de conflictos que está llamado a desempeñar su papel, alternativo o complementario a la vía judicial, como otros sistemas ADR, sin que quepan dogmatismos en abstracto para resolver cada caso concreto.

Lo que parece una paradoja y no es tal, es que la mejor ayuda que se le puede prestar, no a la mediación (es oír hablar de que hay que ayudar a la mediación y pensar que hay algo que está desenfocado), sino a quienes han sufrido un agravio, daño o menoscabo en sus derechos y/o intereses en conflicto con los de otras personas, y a los profesionales que les defienden, consiste en poner las condiciones adecuadas para que, sin perjuicio ni menoscabo del derecho a acudir a los tribunales de justicia, si no hay posibilidad de acuerdo o se considera que es la vía más adecuada, no exista perjuicio alguno, ni de derechos o intereses que haya que sacrificar en el altar de la cultura de la paz, ni de las propias opciones en la vía judicial, por acudir a otras vías alternativas si se estiman adecuadas para el caso concreto.

Esas condiciones son, una Justicia pronta y eficaz, una configuración del proceso civil que no prime el recurso al mismo frente a la mediación u otros sistemas ADR, y un diseño de éstos que no perjudique la opción judicial y que, respetando su espíritu original (esencialmente voluntariedad y flexibilidad), les permita convertirse en instrumentos eficaces, no meramente dilatorios de la resolución del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, F., «La mediación como presupuesto de la ejecución hipotecaria en Cataluña», en *Revista de Derecho vLex*, N.º 136, Septiembre 2015.
- AGUILÓ REGLA, J., «Imparcialidad y concepciones del Derecho», *Jurídica*, núm. 9 Vol. 6, 2009, pp. 27-44.
- AGUILÓ REGLA, J., «Cuatro modos de debatir», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2013, pp. 211-227.
- 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.
- ALONSO FURUELOS, J. M., «El discutible destino de la conciliación en el ordenamiento jurídico español», *Revista de derecho procesal*, N°2/2015, J.M. Bosch Editor, Barcelona, diciembre 2015, pp. 105-166.
- ALVARADO VELLOSO, A., «La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses», (*Estudio en homenaje a Antonio Castiglione*) en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n°3 (1986), Montevideo, pp. 235-248.
- ALVARADO VELLOSO, A., «La conciliación», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n°1, enero 1989, San Sebastián, pp. 1-21
- ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 85-96.
- ÁLVAREZ SACRISTAN, I., «El mediador en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley* núm. 8328, de 9 de junio de 2014, La Ley 3270/2014
- ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio Del artículo 283.3 LEC ¿Puede el juez inadmitir una prueba que vulnere la legalidad ordinaria?», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N°1/2014, J.M. Bosch Editor, Barcelona, enero de 2014, pp. 237-269.

- 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°1, pp. 103-120
- 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.
- AVILÉS NAVARRO, M., «La mediación en los diferentes órdenes jurisdiccionales», en *Diario La Ley*, N.º 7704, (28/09/2011).
- AZCÁRRAGA MONZONIS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N.º 25, junio 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) Núm. 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.
- BARONA VILAR, S. «Integración de la mediación en el moderno concepto de Access To Justice», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 4, 2014.
- BELLIDO PENADÉS, R., y CUCARELLA GALIANA, L. A., «La solución no jurisdiccional de conflictos de Derecho Privado», *Derecho Procesal Civil*, (Dir. M. ORTELLS RAMOS), 3ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 67-88.

- BELLOSO MARTÍN, N., «La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. por C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. por L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Reus, Madrid 2010, pp. 121-147.
- BELTRAN AGUIRRE, J. L., «Una apuesta por la mediación administrativa», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2014. BIB 2014/1459, 2014.
- 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 acudir a la justicia*, Introducción y edición anotada por A. DE LA OLIVA SANTOS, traducción de Guadalupe Rubio de la Urquía, Civitas, Madrid 2013.
- BERLINGUER, A., «Hacia un modelo europeo de mediación», *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 5/2013. BIB 2013/1768. 2013.
- BERNAL SAMPER, T., «Conflicto y mediación», en *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, Nº11 (2007), pp. 111-122.
- BERNAL SAMPER, T., PEREDA GÁMEZ, F. J., y VIDAL TEIXIDÓ, A., «La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil* (Coord. por M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Edit. Huygens, Barcelona, 2014, pp. 195-214.
- BLAKE, S., BROWNE, J., y SIME, S. *The Jackson ADR Handbook*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BLANCO GARCÍA, A. I., «El arbitraje y la mediación como garantía de la protección de la clientela bancaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 53-54, Mayo-Junio 2015, pp. 60-69.

- BLANCO GARCÍA, A. I., «El anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo y su encaje en el sector financiero», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N°15/2015, pp. 94-100.
- 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°18/2016, pp. 128-134.
- BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO, D. M., RODRÍGUEZ BENOT, A., e 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 F. LÓPEZ SIMO, y F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 22-102.
- BONET NAVARRO, A., «La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24 (2011), Iustel, Madrid, 2011.
- BONET NAVARRO, A., «La ejecución de lo acordado en mediación», en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. A. BONET NAVARRO), Aranzadi, Cizur Menor – Navarra, 2013.
- 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. A. BONET NAVARRO), 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.
- BOTANA CASTRO, V., FERNÁNDEZ MUIÑOS, B., y PEREIRA PARDO, M. C., *La mediación paso a paso. De la Teoría a la práctica*. Dykinson, Madrid, 2013.

- BUENO OCHOA, L., «Bases del excepcionalismo norteamericano», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº10, 2006/2007, pp. 305-322.
- BUSH, R. A., y POPE, S. G., «La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares», *Revista de Mediación*, Año 1, nº2, octubre de 2008 pp. 17-28.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- CALATAYUD SIERRA, A., «Elevación a escritura del proceso de mediación», *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (Dir. A. BONET NAVARRO), Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CALVO SAN JOSÉ, M. J., «La mediación como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos familiares», *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, (Coord. M. S. VELARDE ARAMAYO), Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 267-298.
- CALVO SOLER, R. «Entre ángeles y demonios anda el juego», *La trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, n.º 12, octubre 2004.
- CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, Volumen I, 5ª Edición, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.
- CARRETERO MORALES, E., «¿Calidad de la mediación?», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil* (Coord. por M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Edit. Huygens, Barcelona, 2014, pp. 187-191.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.

- CASANELLAS, R., «La mediación y las soluciones extrajudiciales a la insolvencia», *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum. Tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- CAVANILLAS MUGICA, S. , «El mediador y las instituciones de la mediación», 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 F. LÓPEZ SIMO, y F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 213-241.
- CAVUOTO, E., «La nueva mediación obligatoria en Italia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34 (2014), Iustel, Madrid, 2014.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., «Régimen jurídico de la mediación de consumo», en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 227-241.
- CERRATO GURI, E. «Los medios de prueba en las civil procedure rules inglesas», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N°1/2015, J.M. Bosch Editor, Barcelona, enero de 2015, pp-309-333.
- COBAS COBIELLA, M. E., y 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 Núm. 30/2013*, Aranzadi, BIB 2013/524. 2013.
- COLE, S.R., y BLANKLEY K.M., «Arbitration», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dir. M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 318-335.
- CONFORTI, F., *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*, Tecnos Madrid, 2016.

- CONFORTI, F., «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», *Diario La Ley 1013/2015*, 23 febrero 2015.
- CONFORTI, F., «Análisis al Auto sobre la mediación intrajudicial como requisito de procedibilidad», en *Revista de Mediación*, 2016, 9 . 2, e2.
- CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014.
- CORVO LÓPEZ, F. M., «El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2011*. Aranzadi, BIB 2011/20. 2013.
- COSTAL RODAL, L., «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 7/2012*, Aranzadi, BIB 2012/3146. 2012.
- COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª Edición*, Roque Desalma Editor, Buenos Aires, 1958.
- CRUZ VILLALÓN, P. «Medios Alternativos y Constitución», *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, N°11* (2007), pp. 15-26.
- 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*, núm. 26 (2012), Iustel, Madrid. 2012.
- CUCARELLA GALIANA, L.A., «El impacto normativo del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27 (2012), Iustel, Madrid. 2012.
- CUCARELLA GALIANA, L.A., «La invitación del tribunal a las partes para que recurran a la mediación», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 28 (2012), Iustel, Madrid, 2012.

- CUCARELLA GALIANA, L.A., «Principios relativos a las partes en la mediación», en *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 6-18.
- CUVILLO CONTRERAS, I., «La Negociación y la Mediación como sistemas alternativos de resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Actualidad Civil*, N.º1, enero 2010, Tomo 1, La Ley, 2010.
- 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, pp. 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 y siguientes
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «La Ciencia del Derecho y la Universidad en una encrucijada vital», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 53-54, Mayo-Junio 2015, pp. 10-15
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil, II, Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª Edición, 2016.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La reforma necesaria del proceso civil», *Tribunales de Justicia, Revista Española de derecho procesal*, 1999, núm. 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, pp. 123-126.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «La mediación familiar y la vertebración territorial de España», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2013. BIB 2013/901. 2013.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41 (2017), Iustel, Madrid, 2017.
- 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* núm. 29, *Monográfico Arbitraje y Mediación, Problemas actuales, retos y oportunidades, enero de 2013*, (Coord. C. ALBERTO DOREGO, Dir. I. SÁEZ HIDALGO) Junta de Castilla León, Valladolid, 2013.
- DUTREY GUANTES, Y., «La negociación como garantía en las transacciones comerciales entre particulares», en *Métodos alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 181-192.
- EBE, R. «A different Approach to Conducting Med-Arb in Complex Litigation Matters», *Alternatives*, Vol. 29, nº 3 marzo 2011.
- ESPLUGUES MOTA, C., «El arbitraje en Europa: el difícil encaje de una institución floreciente en el proceso de armonización del Derecho en la Unión Europea», 2010. URL: <https://www.academia.edu/12504589> (Acceso 23/04/2017)
- ESPLUGUES MOTA, C., «Régimen jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en los conflictos transfronterizos tras la Ley 5/2012», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 1, 2013. Recuperado el 8 de enero de 2016 en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711256>.
- 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.

FERREIRO BAAMONDE, X., y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La armonización del Derecho Procesal Civil en Europa», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nov, 2010, pp. 141 – 203.

FIDALGO GALLARDO, C., «El proceso es mentira. Esbozo de una teoría sobre la naturaleza del proceso», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41 (2017), Iustel, Madrid, 2017.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., «Crisis de la Justicia y tutela judicial efectiva», en *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, (Coord. M.S. VELARDE ARAMAYO), Ratio Legis, 2006, pp. 299-310.

FISAS, ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998.

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, nº 6, 1984, pp 1073 – 1090. En http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215 (recuperado el 10/12/2016)

FODDAI, M. A., «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid, 2010, pp. 41-62.

FUENTES SORIANO, O., *Las costas en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

- FULLERTON, R. «The Ethics of Mediation-Arbitration», *The Colorado Lawyer*, Vol. 38, nº5 mayo 2009.
- GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J. A., y GARCÍA MARÍN, J. M., *Manual básico de Historia del Derecho*, Laxes, Madrid, 2009.
- GALEOTE MUÑOZ, M. P., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 34/2014, Aranzadi, Artículo BIB 2014/2012, 2014.
- GALLEGO, E., «La mediación concursal», *Anuario de Derecho Concursal* núm. 31/2014, Civitas, BIB 2013/2570. 2013.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. «La formación del mediador en las normas españolas de mediación», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, y P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 119-146.
- GARAU SOBRINO, F., GÓMEZ JENÉ, M., y FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., «Cuestiones de derecho procesal civil internacional», 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, y F. F. GARAU SOBRINO) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 326-364.
- GARCÍA ÁLVAREZ, R. «El juez como mediador. ¿Es conveniente? ¿Es posible?», *Diario La Ley*, octubre de 2011, nº7721, pp. 8-14
- GARCÍA GÓMEZ, R., «El sistema arbitral de consumo y su repercusión práctica», *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, (Coord. M. S. VELARDE ARAMAYO), Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 207-238.
- GARCÍA MONTORO, L., «La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº15/2015, pp. 101-106.

- GARCÍA TORRES, A., «Derecho procesal. Mediación Civil y mercantil. Requisitos. Regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *La Administración práctica* núm. 5/2012, Aranzadi, BIB 2012/4006. 2012.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *Materiales para la Práctica de la Mediación*. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Edit. Reus, Zaragoza, 2006.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. por C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO) Editorial Reus, Madrid 2010, pp. 63-86.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad* núm. 50, 2013, pp. 71-98.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., «La profesionalidad del mediador», *Trabajo Social hoy / Primer semestre 2005 / Monográfico: El trabajo social y la mediación*, en <http://www.comtrabajosocial.com/paginas/revista-trabajo-social-hoy/> (Acceso: 13 de mayo de 2014)
- GARCÍA VILLALUENGA, L., «La enseñanza de la mediación en la universidad: la CUEMYC. Un testimonio», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M.E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 149-153.
- GARCIA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2015, pp. 21-36.

- GARRIDO SOLER, S., «Mediación y Derecho. El papel de juristas y profesionales de la abogacía en los procesos de mediación», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 97-118.
- GIMÉNEZ CARDONA M. C., «Mediación valorativa o evaluativa», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M.E. LAUROBA LACASA y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 421-426.
- GIMÉNEZ GARCÍA, I., «Una visión desde estrados de la derivación a la mediación intrajudicial», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M.E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 95-98.
- GIMENO BEVÍA, 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*, núm. 41 (2017), Iustel, Madrid, 2017.
- GIMENO SENDRA, V., «Comentarios a los artículos 281 a 386», *Proceso Civil Práctico, Tomo IV (artículos 281 a 386)*, La Ley, Madrid, 2005
- GIMENO SENDRA, V., «Acerca de la constitucionalidad de las tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 29 (2013), Iustel, Madrid. 2013.
- GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y financiación de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39 (2016), Iustel, Madrid. 2016.
- GINEBRA MOLINS, M. E, y TARABAL BOSCH, J., «La Obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 4, 2013.
- GINEBRA MOLINS, M. E., y 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. M. E. LAUROBA LACASA, y P. PORTUÑO MUÑOZ), 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*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, S. TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 460-470.
- GÓMEZ AMIGO, L., «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31 (2013), Iustel, Madrid, 2013.
- GÓMEZ AMIGO, L., «El procedimiento de mediación», *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, Francisco, y F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 243-287.
- GÓMEZ AMIGO, L., «El procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34 (2014), Iustel, Madrid, 2014.
- GÓMEZ JENÉ, M., «Epílogo: mediación y arbitraje», *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 y F.F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 402-414.
- 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°10, julio 2015.

- 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. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ) Huigens, Barcelona, 2014, pp. 141-148.
- GUASP, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Civitas, 5ª Edición, Madrid, 2011.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La repercusión y documentación de los gastos procesales», *Dereito: revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 21, nº1 Xaneiro-Suño 2012, pp. 35-99
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «De las transacciones y compromisos», comentarios al Título XIII, del Libro IV, en *Comentario del Código Civil, Tomo II*, (Dir. C. PAZARES, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, La Ley, Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España* (Dir. T. HUALDE), Madrid, 2013, pp. 189/237.
- HAU, W. «Las pequeñas causas en el proceso civil: tribunales, vías procesales (tracks) y procedimiento de escasa cuantía», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Nº.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., «Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español», *Anuario de derecho civil*, Vol. 60, N.º 2 2007, pp. 553-619.

- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2012, Aranzadi, 2012.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «El cambio de modelo de juicio verbal», *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, (Directores G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, J. SIGÜENZA LÓPEZ, Coord. S. TOMÁS TOMÁS, R. CASTILLO FELIPE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 43-101
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La incertidumbre del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 42 (2017), Iustel, Madrid, 2017.
- 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, pp. 35-53
- HIDALGO CEREZO, A., «El Acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria: ¿precisa procurador la persona jurídica para comparecer? Reflexiones a raíz de un caso práctico», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40 (2016), Iustel, Madrid, 2013.
- 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) nº1, pp 149-163
- HUALDE MANSO, T., «Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 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*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 371-383

- JIMÉNEZ CONDE, F., «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, (Directores G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, J. SIGÜENZA LÓPEZ, Coord. S. TOMÁS TOMÁS, R. CASTILLO FELIPE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 103-115
- JIMÉNEZ CONDE, F., *Manual de derecho procesal civil*, 3ª Edición (F. JIMÉNEZ CONDE, G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, y S. TOMÁS TOMÁS), DM, Murcia, 2017.
- JUAN SÁNCHEZ, R., «La intervención no jurisdiccional de los jueces en el tráfico jurídico: la jurisdicción voluntaria», *Derecho Procesal Civil*, (Dir. M. ORTELLS RAMOS), 3ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 89-101.
- JUAN SÁNCHEZ, R., «Los efectos económicos del proceso», *Derecho Procesal Civil*, (Dir. M. ORTELLS RAMOS), 3ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 691-707.
- KAGAN, R. A., *Adversarial legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2ª Edición, Cambridge (EEUU), 2003.
- KOECHER, F., «Harmonisation and unification of Civil Procedural Law: prospect for further development», *International Journal of Procedural Law*, Vol. 6, (2016) nº1, pp. 86 y ss.
- KOROVKIN, R., «The role of law in settlement», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 254-276.
- KOVACH, K. K., «Mediation», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 304-317.
- LAFUENTE TORRALBA, A.J., «La mediación familiar en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 863/2013* Aranzadi, BIB 2013/1069. 2013.

- 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*, (Directores J.P. MURGA FERNÁNDEZ, SALVADOR TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 385-398.
- LAREDO COLUNGA, M. «¿Hacia un Derecho Procesal Europeo?» *Indret 1/2006 Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Enero 2006. Recuperado el 14 de febrero de 2017 en http://www.indret.com/pdf/325_es.pdf.
- LIÉBANA ORTIZ, J. R., «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», *REDUR* 9 diciembre 2011, pp. 147-164.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2015.
- LÓPEZ BARBA, E., «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 30/2013, Aranzadi, BIB 30/2013. 2013.
- 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*, Técnos, Madrid 2003.
- LÓPEZ JARA, M., «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, nº7857 (14/05/2012).
- LÓPEZ-JURADO PUIG, F.J., «La litigiosidad del cliente bancario», *La sociedad litigiosa*, (Dir. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI) en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº13 -2007 CJPJ 2008, pp. 221-241.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Ejercicio de la acción ejecutiva», *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. A. BONET NAVARRO), Aranzadi, Cizur Menor – Navarra, 2013.
- LÓPEZ SIMÓ, F., «Las partes en la mediación», *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, y F.F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 161-212.
- LORCA NAVARRETE, A.M., «El denominado proceso justo», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 25 N°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, pp. 255-265.
- LUDEÑA BENÍTEZ, O. D., «Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio», *Revista Práctica de los Tribunales* N°116, La Ley 5185/2015, Wolters Kluwer, Septiembre - Octubre 2015.
- 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 Núm. 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°2, octubre 2013, Universidad Carlos III, Madrid, 2013 pp. 398-427.
- MACHO GÓMEZ, C., «La Mediación Comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales», *Mediación, Arbitraje y resolución*

extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 261-280.

MAGRO SERVET, V., «Las tasas judiciales y su visión jurisprudencial. Respuesta de los tribunales», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº1, El Derecho Editores, junio 2013, pp. 71-78

MAGRO SERVET, V., «Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España», *Diario La Ley*, N.º 7951 (25/10/2012).

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.

MARCOS FRANCISCO, D., «Algunos apuntes sobre el proyectado desarrollo reglamentario de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 33/2013, Aranzadi. BIB 2013/2493. 2013.

MARTÍ MINGARRO, L., «La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio», *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 29, *Monográfico Arbitraje y Mediación, Problemas actuales, retos y oportunidades, enero de 2013*, (Coord. C. ALBERTO DOREGO, Dir. I. SÁEZ HIDALGO) Junta de Castilla León, Valladolid, 2013.

MARTÍ MIRAVALLS, J., «El Derecho mercantil ante la mediación: una nueva realidad», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Tomo I* (Editora BLANCO GARCÍA, A. I.), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 187-210.

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. M.S. VELARDE ARAMAYO), Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 71-96.

- MARTÍN DIZ, F., «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 20-34
- MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado: nuevas perspectivas prácticas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33 (2014), Iustel, Madrid. 2014.
- MARTÍN PASTOR, J., «Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 36-41.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley*, N.º 8699 (10/02/2016)
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la doctrina del Tribunal Supremo. ¿Un saldo en el vacío?», *Diario La Ley*, N.º 9079, (13/11/2017).
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44 (2018), Iustel, Madrid. 2018.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de los Tribunales*, N.º 131, marzo-abril 2018.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «La conciliación como sistema alternativo de resolución de conflictos. Una reforma pendiente», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N.º 2 2018 Tomo XXX, pp. 373-403.
- MEDINA ORTEGA, M., «La Armonización del Derecho Procesal Civil Europeo», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado XVI, 2016*, pp. 591-609.
- MÉNDEZ PICHOT, M., y CASELLAS ESTÉVEZ, C., «La dúctil confidencialidad en la mediación», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 215-225.

- 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.
- MOORE, C.W., *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. Recuperado el 7 de febrero de 2017 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084998.pdf>.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P.), *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- MONTES REYES, A., «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, núm. 10, 1986, pp. 263-278.
- MONTESINOS GARCÍA, A., «Últimas tendencias en la resolución alternativa de conflictos relativos a la propiedad intelectual: el centro de arbitraje y mediación de la OMPI», *Revista General de Derecho Procesal*, 30 (2013)
- MORALES FERNÁNDEZ, M. G., «La mediación, contenido de la tutela judicial efectiva», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M. E. LAUROBA LACASA, P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 95-98.
- MUERZA ESPARZA, J., «Autonomía de la voluntad y proceso. Algunas cuestiones polémicas», *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* (Directores J. SIGÜENZA LÓPEZ, G. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, Coordinadores R. CASTILLO FELIFE, S. TOMÁS TOMÁS), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 21-43.

- MUNUERA GOMEZ, P., «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», *PORTULARIA* Vol. VII, nº1-2. 2007, pp. 85-106. URL: http://eprints.ucm.es/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf (Acceso 24/03/2015).
- MUNUERA GÓMEZ, M. P., «Mediación con personas con discapacidad: igualdad de oportunidades y accesibilidad de la justicia», *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013, pp. 163-178.
- MULLERAT BALMAÑA, R.M., «La justicia alternativa ("Alternative Dispute Resolution") en los Estados Unidos de Norteamérica», *Anuario de Justicia Alternativa*, nº3, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 45-73.
- NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: ¿Una “alternativa” razonable al proceso judicial?», *Actualidad Civil*, Nº15-16, La Ley, 2012.
- 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., *Derecho Procesal I (Introducción)*, Marcial Pons, Madrid. 2014, p. 20
- NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39 (2016), Iustel, Madrid. 2016.
- NOLAN-HALEY, J., «Lawyer, Clients, and Mediation», *Notre Dame Law Review*. Vol. 73 Nº5 February 20014, New York, 1998. pp. 1369-1390.
- NOLAN-HALEY, J., «Mediation exceptionality», *Fordham Law Review*. Vol. 78 Nº3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009. pp. 1247-1264.
- NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academis Publishing, St. Paul (USA), 2013.

- OGAYAR AYLLON, T., «Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de derecho privado», *Comentarios al Código Civil, Tomo XXII, Vol. 2* (Dir. MANUEL ALBALADEJO GARCIA), Edersa, Madrid, 1982
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Propuesta de futuro para la justicia de paz en España», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44 (2018), Iustel, Madrid. 2018.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016
- ORTELLS RAMOS, M. R., «La tutela jurisdiccional del Derecho Privado», *Derecho Procesal Civil*, (Dir. M. ORTELLS RAMOS), 3ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 47-66.
- ORTELLS RAMOS, M. R., «Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, Iustel, Madrid, 2016.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «Análisis de los principios informadores de la mediación en material civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2135, Octubre de 2011.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26, Iustel, Madrid, 2012.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva en materia de mediación civil y mercantil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, Iustel, Madrid, 2016.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documentos de trabajo 110/2007*, (04/03/2007), Fundación Alternativas. Madrid, 2007.

- ORTUÑO MUÑOZ, J. P., «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. M. E. LAUROBA LACASA, M.^a Elena y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 3-13.
- 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
- OTEIZA, E., «Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano», 2005. Recuperado el día 10 de diciembre de 2015 en https://www.academia.edu/12154319/Punto_de_vista_MARC_ADR_y_diversidad_de_culturas_El_ejemplo_latinoamericano.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Convenciones y convicciones», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº24, 2007, pp. 230-261.
- PARDO IRANZO, V., «Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26 (2012), Iustel, Madrid (2012), pp. 1-30.
- PARDO IRANZO, V., «Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?», *Actualidad Jurídica Aranzadi Núm. 586/2013*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). BIB 2013/265. 2013.
- PASCUAL DE RIQUELME HERRERO, M., «La experiencia de la unidad de mediación intraprocesal 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. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ) Huigens, Barcelona, 2014, pp. 57-60.
- PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía*, Madrid, Civitas, 1993.
- PASTOR PRIETO, S., «Litigiosidad ineficiente», *La sociedad litigiosa*, (Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino), *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº13 -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°11 (2007), pp. 49-78.
- PATTON, B., «Negotiation», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), 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., «Users United: The Civil Justice Reform Act of 1990», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, n°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.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 283/2012, Aranzadi, BIB 2012/754, Cizur Menor (Navarra) 2012.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La mediación y las medidas cautelares», *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2012, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2012, pp. 2-16.
- PÉREZ FUENTES, G, M., y COBAS COBIELLA, M. E., «Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia. Una aproximación a la legislación española», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 137, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, pp. 647-677
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., «Procedimiento y acuerdo de mediación. La formalización del título ejecutivo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 756, Colegio de Registradores de la Propiedad, julio 2016, pp. 1885-1916.

- PÉREZ GURRÉA, R., «La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo», *Diario La Ley*, N.º 7878 (12/06/2012).
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., «La mediación como proceso», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* (Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P. M.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 47-60.
- PÉREZ MARTELL, R., «La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva Ley 5/2012, de mediación», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 28 (2012), Iustel, Madrid. 2012.
- PÉREZ VALLEJO, A. M., «Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 87-119.
- PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4/2005, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, pp. 59-100.
- PICÓ I JUNOY, J., «Alcance de la prueba ilícita en la L.E.C.», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4/2007, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 122-124.
- PILIA, C., *La mediazione volontaria*, Colección Quaderni di conciliazioni - Serie Monográfica, Editorial AV, Cagliari, 2012.
- PINA VARA, R., CASTILLO LARRAÑAGA, J., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa. México, 2007.
- PINHO, H.D.B., ELVA STANCATI, M..M.M, «A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do código de processo civil de 2015»,
Disponível em: <https://www.academia.edu/32200932> (fecha de acceso: 21/04/2017)

- PINHO, H.D.B., «O novo marco legal da arbitragem no direito brasileiro: anatomia do instituto no Código de Processo Civil de 2015 e as inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015», Disponible en: <https://www.academia.edu/32226052> (fecha de acceso: 21/04/2017)
- PUJADAS TORTOSA, V., «Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003, Cámaras de Comercio Industria y Navegación de España, Madrid, p.71-118.
- RAMOS ROMEU, F., «¿Puede el juez contribuir a reducir la litigiosidad?», *La sociedad litigiosa*, (Dir. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI) *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº13 -2007 CGPJ, Madrid, 2008, pp. 65-119.
- REDORTA LORENTE, J., *Gestión de conflictos. Lo que necesita saber*. UOC, Barcelona, 2011.
- REDORTA LORENTE, J., «Análisis de conflictos por patrones: la nueva herramienta CAT», *Democracia digital e governo electrónico» Vol.1 nº10 Special Issue on Legal XML and Online Dispute Resolution (ODR)* Universidad Federal de Santa Catarina, 2014, pp. 310-323.
- REDORTA LORENTE, J., «La comprensión del conflicto», en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M.E. LAUROBA LACASA y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 427-430.
- RISKIN, L.L., «Mediator Orientations, Strategies and Techniques», *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol. 12, nº 9, Septiembre 1994, pp. 111-114.
- RIVERA MORALES, R., «La mediación electrónica como forma alternativa de solución de conflictos», *Justicia: Revista de Derecho Procesal* núm. 2/2016, Diciembre 2016, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016, pp. 185-214.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F., «La situación de la mediación en España, y la necesidad de políticas activas para su difusión», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Coord. M. E. LAUROBA LACASA, y P. ORTUÑO MUÑOZ), Huigens, Barcelona, 2014, pp. 389-394.

- ROGEL VIDE, C., «Mediación y transacción en el Derecho civil», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 19-39.
- ROJO ÁLCAREZ - MANZANEDA, R., «La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursatil* núm. 135/2014, Aranzadi. BIB 2014/3141, Cizur Menor (Navarra) 2014.
- RUIZ GARCÍA, M. J., «El encaje de la mediación en los procedimientos declarativos conforme a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, N.º 8133 (24.07.2013).
- SÁEZ GONZÁLEZ, J., «La negociación como base del acto de conciliación civil y la nueva Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37 (2015), Iustel, Madrid. 2015.
- SALAS CARCELLER, A., «El proyecto de ley de mediación en materia civil y mercantil», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2011, Aranzadi. BIB 2011/668, Cizur Menor (Navarra) 2011.
- SAN CRISTOBAL REALES, S., «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLIV (2011)*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2011, pp. 277-302.
- SAN CRISTOBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLVI (2013)*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial (Madrid), 2013, pp. 39-62.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de Derecho concursal* núm. 32/2014. BIB 2014/679, Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2014.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Garantía hipotecaria, mercado y crisis económica: bases para su reformulación», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 35/2014. BIB 2014/3512, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra, 2014).
- 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.
- SÁNCHEZ-PESCADOR HIERRO, L., «Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias, (MASC): Ética y Deontología de la mediación», *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, N°11 (2007)*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007 pp. 27-48.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.M., «La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/20015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 38, Junta de Castilla León, Valladolid, enero 2016.
- SENÉS MOTILLA, C., «El acuerdo de mediación y su ejecución», *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, y F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 289- 323.
- SEUL, J.R., «Litigation as Dispute Resolution alternative», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, y R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), 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*, (Directores J.P.MURGA FERNÁNDEZ, S. TOMÁS TOMÁS), Wolter Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 449-457.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Concepto y rasgos definatorios de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* (Directores J. SIGÜENZA LÓPEZ, y G. GARCÍA-ROSTÁN

CALVIN, Coordinadores R. CASTILLO FELIFE, y S. TOMÁS TOMÁS), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 75 – 119.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

SLAPPER, G., y KELLY, D. *The English legal Systems, Eighteen Edition*, Abingdon, 2017.

SOLAZ SOLAZ, E., «La nueva regulación del acto de conciliación», *Revista Práctica de los Tribunales* N°116, La Ley 5183/2015, Wolters Kluwer, Septiembre - Octubre 2015.

SOLER MENDIZÁBAL, R., «Mediación y conciliación en sede judicial», *Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Madrid (2011), pp. 203-216.

SOLER PASCUAL, L.A., «La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 72-79.

SOLETO MUÑOZ, H., «La Mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Tomo I* (Editora BLANCO GARCÍA, A. I.), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19-48.

SPENCER, D., y BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006.

SUSSKIND. L.E., «Consensus building and ADR», *The Handbook of Dispute Resolution*, (Dirigido M.L. MOFFIT, y R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 358-370.

TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A., «La figura del mediador y lo sistemas de puja ciega», *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, (Coord. V. PARDO IRANZO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

- TAMAYO HAYA, S., «La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Reus, Madrid 2010, pp. 243-260.
- 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.1 (2006), pp. 69-94.
- TARUFFO, M., *La prueba. Artículos y conferencias*, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009
- TARUFFO, M., «Carnelutti y la teoría de la prueba», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N°1/2016, J.M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 19-32.
- THOMSON, C., y FINN, A., «Mediation-Arbitration a contentious but often effective compromise», *The Lawyer Weekley*, Septiembre 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
- TORRES GÁMEZ, A., «Mediación intrajudicial civil», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2015. BIB 2015/561, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- TORRES LANA, J. A., «Principios rectores de la mediación», *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, y F. F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 123-160.
- URSO, E., «La mediación en Italia y en el panorama europeo a la luz de la Directiva CE/2008/52», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L.

GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO) Edit. Reus, Madrid 2010, pp. 315-350.

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. M.C. MACÍAS VÁZQUEZ, y D. CIENFUEGOS SALGADO) UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas. México, 2016, pp. 369-389.

VAN RHEE, C.H., «Tradiciones Europeas en el Derecho Civil: una introducción», *Revista Jurídica de la Justicia*, N°15, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011., pp. 15-43.

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°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., «Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation», *International Journal of Procedure Law*, Volumen 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. F. LÓPEZ SIMO, y F.F. GARAU SOBRINO,) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 103-122.

VARGAS PÁVEZ, M., «Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación», *Revista de Derecho Vol. XXI, núm. 2, diciembre de 2008*, Valdivia, Chile pp. 183-202.

- VARGAS VACA, H., «Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos», *Revista Derecho Del Estado*, N°31, julio-diciembre 2013, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate», *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I. Mediación, (Coord. C. FERNÁNDEZ CANALES, Codir. L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, y E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Reus, Madrid 2010, pp. 203-225.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en el marco de la recepción de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La pendiente trasposición de España», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 28/2012. BIB 2012/167. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Las fronteras normativas, tecnológicas y culturales de la resolución de disputas en línea (RDL)», *Democracia digital e gobierno electrónico, Vol.1 n°10 Special Issue on Legal XML and Online Dispute Resolution (ODR)* Universidad Federal de Santa Catarina, 2014, pp. 222-246.
- 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. A. DE LA OLIVA SANTOS, A. y D. PALOMO VÉLEZ, D), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012: mediación y proceso civil», *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, y F.F. GARAU SOBRINO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 365-397.
- 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. M. S. VELARDE ARAMAYO), Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 11-70.

- 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* (Coord. L. GARCIA VILLALUENGA, J.L. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, y C. FERNÁNDEZ CANALES), Edit. Reus, Madrid, 2010, pp. 183-194.
- VIOLA DEMESTRE, I., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)», *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 3, N.º. 2, 2012, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco, Temuco (Chile), 2012. pp. 159-187
- VIRGOS SORIANO, M., «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N°11 (2007), UAM, Madrid, pp. 79-88.
- 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°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*, Volumen 8, 2018, pp. 85-99.
- ZIMMERMAN, A.S., «Distributing Justice», *Los Angeles Legal Studies Paper n° 2014-16*, 86 *NYU L. REV.* 500, Loyola Law School, Los Angeles, 2011.