

# Tema 1

## La resolución de conflictos en materia civil y mercantil

### 1. Planteamiento

El conflicto es algo inherente a la condición humana, debiendo aprender a convivir con él y, la mejor manera de aceptarlo es conociendo qué elementos lo conforman, las fases que presenta el ciclo conflictivo y cómo podemos enfrentarnos a él por medio de técnicas y habilidades que se estudian en el campo de la Psicología. El conflicto no tiene por qué significar un problema en sí mismo ya que puede desembocar en la aparición de nuevas oportunidades. Se considera erróneamente como una enfermedad que debería ser erradicada a toda costa, por todos los aspectos desagradables que conlleva, sin embargo, debe enfocarse como una oportunidad de crecimiento para las partes afectadas.

TOUZARD considera que tres son las grandes categorías en la que podemos estudiar el modo en que surgen los conflictos desde una concepción:

- Psicológica: que estudia el análisis del conflicto en el individuo, sus motivaciones y reacciones;
- Sociológica: que lo sitúa en el nivel de las estructuras y entidades sociales fundamentalmente conflictivas;
- Psicosociológica: que combina las dos anteriores, es decir, el de la interacción entre el individuo y los sistemas sociales, dentro de los cuales se desenvuelve. Las dos primeras no bastarían por sí solas para comprender el conflicto.

El conflicto es uno de los fundamentos esenciales de la Teoría General del Derecho: el punto de partida de la norma es el llamado conflicto de intereses, generado cuando entre dos o más personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes que pueden satisfacerlas.

FISHER y URY, padres de la Escuela de Harvard, consideran el conflicto como la manifestación de un problema que es necesario resolver, que está en la mente de las personas, proponiendo que las partes trabajen en colaboración, siendo la respuesta ideal la resolución cooperativa del problema.

Los tribunales de justicia no son la única manera para resolver conflictos, pudiendo plantearse diferentes vías de solución según el grado de implicación y participación de las partes en la resolución del conflicto a través de los denominados ADR (*Alternative Dispute Resolution*) o también denominados MASC (Métodos Adecuados de Solución de Conflictos) que son herramientas que ofrecen a las personas diversas oportunidades para solucionar sus conflictos por sí mismas o con la ayuda de un tercero sin la necesidad de acudir a los tribunales de justicia.

En líneas generales, podemos clasificar en tres categorías los mecanismos de resolución de conflictos, cuales son la autotutela o autodefensa, los métodos autocompositivos y los heterocompositivos.

## 2. Autotutela o autodefensa

Consiste en la imposición coactiva de una solución mediante el uso del poder o de la fuerza incluso física. Es propio de las sociedades más primitivas que pretenden resolver privadamente un conflicto. Actualmente en el orden civil, aún queda algunos ejemplos residuales en nuestro CC:

- Art. 453 CC: retener bien posesorio.
- Art. 592 CC: cortar las raíces de los árboles que invadan nuestra propiedad.
- Art. 612 CC: perseguir un enjambre de abejas por la finca ajena.
- Art. 1600 CC: el que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se pague.
- Art. 1730 CC: posibilidad de que el mandatario retenga en prenda las cosas que son objeto del mandato.
- Art. 1780 CC: el depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.
- Art. 1866 CC: el contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

## 3. Autocomposición

Es la forma de resolución de conflictos en los que las partes alcanzan por sí mismos un acuerdo, pudiendo valerse de la ayuda de uno o varios terceros

imparciales quienes únicamente intervienen para facilitar que las partes consigan llegar a dichos acuerdos, debiendo tratarse de materias de derecho dispositivo en las que las partes tengan posibilidad de renunciar, transigir y negociar, siendo un cauce idóneo para la mayoría de materias del ámbito del derecho privado a excepción de aquellas cuestiones civiles indisponibles (por ejemplo, el estado civil, la filiación, la patria potestad, etc.).

El hecho de que sean las partes directamente quienes voluntariamente adopten sus propios acuerdos, les hace ser los protagonistas absolutos sobre la forma de resolución, conllevando a la larga, un grado mayor de cumplimiento efectivo y voluntario, por la implicación que han tenido las partes en todo el proceso.

Dentro de este grupo podemos englobar, entre otras, la negociación, la conciliación, la mediación y el Derecho colaborativo.

### *3.1. La negociación*

Es un acuerdo que intenta satisfacer los intereses en conflicto, legítimos de cada una de las partes negociadoras, en la medida en que sea posible. SCHOONMARKER entiende la negociación como un método para llegar a un acuerdo con elementos tanto cooperativos como competitivos. Método significa que hay una serie de pasos que deben seguirse de cierta manera y en cierto orden. El elemento cooperativo resulta del deseo de ambas partes de llegar a un acuerdo mutuamente conveniente, sin el cual no se negociaría: se exigiría, se pelearía, se recurriría a la autoridad. El elemento competitivo se deriva del deseo de cada una de las partes en lograr el mejor acuerdo para sí mismas.

Para FISHER y URY, cualquier método de negociación debe reunir tres requisitos: conducir a un acuerdo inteligente, ser eficiente y mejorar o al menos no dañar las relaciones entre las partes, pudiendo negociarse por posiciones o por intereses.

La negociación por posiciones es competitiva ya que cada negociador lucha por su posición, ubicando la negociación en la defensa rígida de ese resultado que se tiene como “bueno” por cada parte. Sólo cabe acercar una posición a la otra, “venciendo” el que menos se mueva. El resultado final es el de YO GANO-TÚ PIERDES.

Como señala MOORE, este tipo de negociación se suele emplear cuando el recurso que se negocia es limitado (tiempo, dinero, etc.); una parte quiere quedarse con la mayoría del recurso; los intereses de cada uno no son interdependientes sino contrapuestos o mutuamente excluyentes y las relaciones actuales o futuras tienen menor prioridad que las ganancias sustanciales inmediatas.

Este tipo de negociación presenta dos estilos: duro y blando. El más tradicional es el estilo duro en el que el otro siempre será el adversario a vencer a cualquier precio. En el estilo blando las partes negociadoras están dispuestas a realizar

concesiones a cambio de no dañar la relación personal. URY cree que muchas personas cuando se enfrentan con otra obstinada y dura, tratan de negociar con ellas desde un plano suave con la esperanza de que algún día la persona entienda que la vía correcta no es la violencia.

FISHER señala gráficamente las diferencias entre estos dos estilos de negociación:

POSICIÓN BLANDA	POSICIÓN DURA
- Los participantes son amigos.	- Los participantes son adversarios.
- La meta es el acuerdo.	- La meta es la victoria.
- Haga concesiones para cultivar la relación.	- Exija concesiones como una condición de la relación.
- Sea suave con la gente el problema.	- Sea duro con el problema y la gente.
- Confíe en los demás.	- Desconfíe de los demás.
- Cambie su posición con facilidad.	- Profundice en su posición.
- Ofrezca.	- Amenace.
- Exponga su límite inferior.	- Engañe sobre su límite inferior.
- Acepte pérdidas unilaterales para llegar al acuerdo.	- Exija beneficios unilaterales como precio para llegar al acuerdo.
- Insista en un acuerdo.	- Insista en su posición.
- Ceda ante la presión.	- Presione.

En la negociación por intereses, también llamada negociación cooperativa, integrativa, por motivos o de principios, los participantes no son amigos ni adversarios sólo buscan solucionar el problema centrándose en localizar intereses comunes, la meta es lograr un acuerdo satisfactorio alcanzado con eficiencia y en forma amistosa, "YO GANO-TÚ GANAS". Su gran ventaja radica en la generación de más y mejores soluciones al problema y la construcción de una mejor relación entre las partes.

FISHER y URY señalan como principios de este estilo de negociación:

- Centrar la negociación en los intereses en lugar de en las posiciones, considerando tanto los propios intereses como los de la otra parte para favorecer la búsqueda conjunta de la mejor solución para todas las implicados.

- Separar a las personas del problema. El conflicto suele dificultar considerablemente la comunicación entre las partes, lo que contribuye a generar, además del conflicto inicial motivado por el objeto de la negociación, un conflicto interpersonal (desconfianza, rivalidad...) que obstaculiza su resolución.
- El negociador debe actuar independientemente de la confianza.
- Se debe ser suave con las personas y rígido con el problema.
- Generar opciones para beneficio mutuo. Hay que evitar pensar en la existencia de una solución determinada. Después hay que elegir la mejor opción, considerando cada idea en función de las ganancias conjuntas.
- Insistir en criterios objetivos, ya que el resultado debe basarse en hechos demostrables.
- Evitar tener un límite inferior.
- Estar abierto a los razonamientos: ceder ante el principio no ante la presión.

En la negociación encontramos las siguientes etapas:

- Preparación. Para que la negociación sea efectiva es muy importante que se maneje la información adecuada sobre la otra parte, sobre el objeto de la controversia y cualquier otro factor que pueda influir en la negociación.
- Identificación de posiciones, intereses y necesidades. La posición es el planteamiento inicial del conflicto, lo que cada parte expresa en forma de demandas. Detrás de las posiciones se esconden los intereses, que son la causa del malestar que inicialmente no se expresa y es sobre lo que vamos a trabajar. En los intereses se esconden las necesidades. El concepto de necesidad tiene relación con aspectos psicológicos. Descubrir las necesidades de las partes favorecerá la obtención de acuerdos duraderos. Las necesidades responden generalmente a la pregunta ¿por qué?

Las posibles soluciones para satisfacer nuestros intereses pueden revestir la forma de opciones y alternativas. Las opciones son el conjunto de soluciones que satisfacen los intereses de las partes dentro de la mesa de negociación. Las alternativas son el conjunto de soluciones que satisfacen nuestros intereses, pero fuera de la mesa de negociación. Si se tienen más alternativas contaremos con más poder de negociación, lo que en inglés se conoce como BATNA, (Best Alternative to a Negotiated Agreement), o en español MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado). Un buen MAAN nos confiere poder y nos ayuda a saber en qué momento nos levantaremos de la mesa de negociación, ya que las opciones que allí se están barajando son siempre peores que lo que podríamos conseguir por otros medios sin negociar, por ejemplo, acudiendo a un juicio.

- Debate: es el momento en que las partes hacen sus propuestas, que deben ser creativas combinando el mayor número posible de variables. Las propuestas deben estar apoyadas y avaladas por criterios externos de legitimidad.

Desde el punto de vista práctico, la formación en negociación es imprescindible para los estudiantes, dado que quienes se dediquen al ejercicio práctico del derecho, las técnicas y habilidades de negociación no sólo les servirá para evitar la vía judicial sino también como herramientas útiles que se utilizan en el día a día ya que, sin darnos cuenta, estamos continuamente negociando con nuestro entorno: con nuestros jefes, compañeros, funcionarios, familiares y amigos e, incluso, con los propios clientes.

### 3.2. La conciliación

Regulada en los arts. 139 y ss. LJV, es una forma de evitar un pleito para lo cual el conciliante presenta una Papeleta de conciliación ante el JPI, el juzgado de lo mercantil o el juzgado de paz, según sus competencias, del domicilio del conciliado, a fin de que éste se avenga a reconocer lo planteado por el conciliante, con la finalidad de llegar a un acuerdo que, de alcanzarse, tendrá fuerza ejecutiva.

No se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se formulen en relación con:

- Los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes.
- Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza.
- El proceso de reclamación de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.
- En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

La papeleta es una solicitud por escrito en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante y del requerido o requeridos de conciliación, llamados conciliados, el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, determinando con claridad y precisión cuál es el objeto de la avenencia, no siendo preceptiva la intervención de abogado ni procurador. La papeleta con ulterior admisión de la solicitud de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la ley, desde la fecha de su presentación. El plazo para la prescripción volverá a computarse desde

que recaiga el decreto del LAJ o el auto del juez de paz poniendo término al expediente.

Admitida la solicitud por el LAJ, señalará día y hora para su celebración, pudiendo darse las siguientes situaciones:

- Si no compareciere el solicitante ni alegare justa causa para no concurrir, se le tendrá por DESISTIDO y se archivará el expediente. El requerido podrá reclamar al solicitante la indemnización de los daños y perjuicios que su comparecencia le haya originado, si el solicitante no acreditare que su incomparecencia se debió a justa causa. De la reclamación se dará traslado por cinco días al solicitante, y resolverá el LAJ o el juez de paz, sin ulterior recurso, fijando, en su caso, la indemnización que corresponda.
- Si el requerido de conciliación no compareciere ni alegare justa causa para no concurrir, se pondrá fin al acto, teniéndose la conciliación por INTENTADA SIN EFECTO. Si siendo varios los requeridos, concurriese sólo alguno de ellos, se celebrará con éste el acto y se tendrá por intentada la conciliación en cuanto a los restantes.
- Si concurren ambas partes, expondrá su reclamación el solicitante, manifestando los fundamentos en que la apoye; contestará el requerido lo que crea conveniente y podrán los intervinientes exhibir o aportar cualquier documento en que funden sus alegaciones. El LAJ procurará averirlos, permitiéndoles replicar y contrarreplicar, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo. Si llegan a un acuerdo se dará por finalizado CON AVENENCIA, fijando sus términos y, en caso contrario, se dará el acto por terminado SIN AVENENCIA.

Las partes podrán solicitar testimonio del acta que ponga fin al acto de conciliación.

Los gastos que ocasionare el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido.

En caso de acuerdo, éste será plenamente ejecutivo a los efectos previstos en el art. 517.2.9º LEC, siendo competente para la ejecución el mismo juzgado que tramitó la conciliación cuando se trate de asuntos de la competencia del propio juzgado. En los demás casos será competente para la ejecución el JPI a quien hubiere correspondido conocer de la demanda.

Contra lo convenido en el acto de conciliación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Desde el punto de vista práctico, son muy útiles en aquellos casos en los que las partes quiere intentar un acuerdo, sirviendo para interrumpir prescripciones, efectuar notificaciones a la conciliada, requerirle para que manifieste sobre otras partes intervinientes (como, por ejemplo, la existencia de seguros y sus pólizas),

etc., pudiendo tener efectos en cuanto a la imposición o no de costas en los futuros procedimientos judiciales.

### 3.3. La mediación

Se trata de un medio de solución de controversias autocompositivo, cualquiera que sea su denominación, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador o dos mediadores si trabajan en comediación. Está regulado en la LM, incluidos los conflictos transfronterizos, y resulta de aplicación siempre que se trate de materias de derecho privado disponible.

La mediación puede ser preprocesal –también llamada extrajudicial– e intrajudicial, siendo muchas las referencias en el articulado de la LEC:

- Art. 19: Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir.
- Arts. 39, 63 o 65.2: El demandado podrá denunciar mediante declinatoria por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.
- Art. 206 1. 2ª: Se dictará auto cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre la aprobación judicial acuerdos de mediación.
- Arts. 335.3 y 347.1: Imposibilidad de solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación en el mismo asunto.
- Arts. 414 y 440: El tribunal podrá invitar a las partes a mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.
- Arts. 415, 443: Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.
- Art. 517.2: el acuerdo de mediación elevado a escritura pública es título ejecutivo, así como referencias en las distintas etapas de la ejecución en los arts. 518, 539, 545, 550, 556, 559 y 576.
- Arts. 770 y 777: sobre suspensión de procesos matrimoniales para acudir a mediación.
- Art. 778 quinquies en sustracción internacional de menores.

Según refiere KOVACH, un procedimiento de mediación civil y mercantil debe incluir algunos o todos de los siguientes pasos:

- Planificación.

- Breve introducción de la mediación.
- Palabras de apertura (cada parte tiene la oportunidad de expresar su punto de vista de la controversia en una sesión conjunta o en una sesión individual).
- Discusión conjunta.
- Caucus o sesión individual con cada uno de los mediados.
- Negociación.

Sus objetivos particulares están dirigidos a:

- Que las partes tengan la oportunidad de expresar su punto de vista sobre el conflicto y sus preocupaciones.
- Conocer la disposición de las partes a negociar.
- Que las partes reciban información necesaria sobre la mediación, situándoles en un contexto distinto al procedimiento judicial, el arbitraje o la conciliación y, en concreto; sobre sus principios, reglas, estructura del procedimiento, flexibilidad y capacidad de adaptación, duración, coste económico, formas de finalización del proceso.
- Ayudar a las partes a definir sus posiciones a explorar sus intereses y necesidades.
- Ayudar a las partes a generar opciones y valorar cada una de ellas para encontrar la que mejor satisfaga sus intereses.
- Ayudar a las partes a que sean realistas sobre el conocimiento de su mejor alternativa a un acuerdo negociado.
- Trabajar para que las partes se pongan en el lugar de la otra con el fin de que comprendan su actuación o proceder.
- Instruir a las partes sobre la forma más eficaz de comunicarse dentro del procedimiento y en sus futuras relaciones.
- Instruir a las partes sobre una forma de negociación que tenga en cuenta los intereses mutuos y en las que ambas salgan ganando.

Los objetivos generales de una mediación son:

- Generar confianza en el procedimiento de mediación.
- Generar confianza en el mediador como profesional.
- Generar confianza en las partes para que puedan lograr por ellas mismas llegar a acuerdos.

Los principios informadores de la mediación son:

- Art. 6 LM: Voluntariedad y libre disposición: La mediación es voluntaria y se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo, ni las partes mediadas ni siquiera la persona mediadora, pudiendo ésta dar por finalizada la mediación si entiende que no se dirige a buen puerto.
- Art. 7 LM: Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. 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.
- Art. 9 LM: Confidencialidad. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial, obligación que se extiende a la persona mediadora, que quedará protegida por el secreto profesional, 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, impidiendo que los mediadores estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje, excepto cuando las partes, de manera expresa y por escrito, les dispensen del deber de confidencialidad o bien mediante resolución judicial motivada de los jueces del orden penal.

El papel del mediador será el de facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de información y asesoramiento suficientes, desarrollando una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes y, sólo podrá aceptar la mediación, cuando asegure poder mediar con total imparcialidad.

Los requisitos para poder ser mediador están reguladas en los arts. 11 y ss. LM, y, podrán ser personas naturales o jurídicas, en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, que cuenten con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, debiendo suscribir un seguro que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

El procedimiento, si bien es flexible, se desarrollará en cuatro fases:

- Sesiones preliminares.
- Sesiones individuales preparatorias.
- Sesiones conjuntas.
- Finalización del procedimiento.

Primera fase: Sesión Preliminar, consistente en:

- Una entrevista conjunta en la que el mediador se reúne con las partes y les informa sobre en qué consiste la mediación, sus principios, duración, coste y consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, lo que ayudará a que se sitúen en un contexto distinto al procedimiento judicial.
- Una entrevista por separado con cada parte a fin de ofrecerles la oportunidad de expresar su punto de vista sobre el conflicto, sus preocupaciones y necesidades, para que el mediador pueda obtener la perspectiva de cada parte sobre el conflicto y asegurarse de que la mediación es el procedimiento adecuado para ellas. También sirven para que los mediadores comiencen a establecer una buena relación (*rapport*) con las partes generando confianza en el procedimiento de mediación y en el mediador como profesional, lo que influirá positivamente en el buen desarrollo de las sesiones posteriores.

Si las partes manifiestan su voluntad de comenzar la mediación, el mediador invitará a las partes a firmar el Acta de la Sesión Constitutiva conforme al art. 19 LM, que podrá llevarse a efecto en el mismo acto o en otro momento posterior.

Segunda fase: Sesiones Individuales. Es una etapa fundamental ya que la persona mediadora debe trabajar con cada una de las partes por separado:

- Es la preparación para la sesión conjunta, explorando la controversia existente, sus intereses prioritarios y las alternativas para intentar llegar a un acuerdo.
- Se trabaja la relación entre las partes para intentar que comprendan la perspectiva de la otra parte en la controversia, a través de la técnica de cambio de roles, poniéndose en los zapatos del otro, lo que permite que reconozcan su propia contribución y responsabilidad en el conflicto. En definitiva, se trata de desarrollar una relación más productiva entre las partes, no sólo durante el proceso de mediación sino también para que las partes sean capaces de intentar resolver conflictos por sí mismos después de la mediación.

Tercera fase: Sesiones Conjuntas.

Es la etapa que debe centrarse en el empoderamiento de las partes, a fin de que estén preparadas para negociar su disputa con ciertos principios. La persona mediadora resaltarán las oportunidades que surjan para el reconocimiento mutuo y ayudar a que la comunicación entre las partes sea adecuada, abriendo fundamentalmente los canales de comunicación dado que, en muchas ocasiones, ésta es inexistente o impracticable al comienzo de este proceso. Se podrán realizar cuantas sesiones se consideren necesarias y con la periodicidad que se haya acordado inicialmente. En derecho de familia es aconsejable la realización de sesiones semanales a fin de que las partes puedan reflexionar sobre lo trabajado

en cada sesión. Sin embargo, en las mediaciones mercantiles, se tiende a intentar realizar una sesión conjunta o varias, pero más seguidas en el tiempo.

#### Fin del procedimiento:

El acta final (22.3 LM) determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización sin acuerdo, en cuyo caso únicamente se hará constar esta circunstancia.

El acta deberá ir firmada por todas las partes, así como por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes.

Cosa distinta es el acuerdo de mediación (23 LM), que versará sobre una o la totalidad de las materias sometidas a la mediación, la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta ley, con indicación de la persona mediadora-s que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Deberá firmarse por las partes o sus representantes y se les entregará un ejemplar, reservándose otro el mediador para su conservación. Igualmente, 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. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

En la práctica, el campo en el que más se ha desarrollado la mediación es en el derecho de familia, tanto preprocesal como intrajudicial, si bien ésta última, al desarrollarse a través de diversos protocolos adoptados entre el CGPJ y algunos órganos judiciales -que no cuentan con recursos económicos propios- hacen que su implantación sea lenta aun cuando sus beneficios, por el mayor grado de cumplimiento efectivo de los acuerdos por las partes, sea muy elevado. También tenemos ejemplos en de mediaciones intrajudiciales mercantiles.

#### 3.4. *El Derecho colaborativo*

Es otro método alternativo de resolución de conflictos extrajudicial y autocompositivo en el que las partes intentan alcanzar acuerdos de la mano de sus respectivos letrados quienes, en caso de no conseguirlos, se comprometen a apartarse del asunto y no defender los intereses de sus clientes en la vía judicial siendo, en consecuencia, otros abogados los que ostenten la dirección del proceso.

Los abogados colaborativos manejan herramientas de mediación, pero no median, sino que negocian codo a codo con sus clientes.

Su origen se encuentra en USA, en el año 1990, de la mano de STUART WEBB, quien se autoproclamó “abogado colaborativo” e informó a sus clientes de que no volvería a defender casos ante los tribunales sino a través de una negociación basada en intereses dirigida a intentar alcanzar acuerdos creativos para sus clientes. Esta idea caló en otros letrados quienes a través de grupos de prácticas compartían sus experiencias. En 1999 se constituyó el *American Institute of Collaborative Professionals (AICP)*, extendiéndose por otros países, lo que dio lugar a que, en 2001, surgiese la *Internacional Academy of Collaborative Professionals (IACP)*, que trata de crear estándares de práctica colaborativa en esta materia, llegando posteriormente a Europa.

Los pioneros en España los encontramos en el País Vasco que, en 2013, crean la primera Asociación de Derecho Colaborativo (a la que siguieron otras en Madrid, Cataluña, Asturias, etc.), y entienden que “Su base es la negociación en equipo entre los abogados y sus clientes y otros profesionales (notarios, economistas, graduados sociales, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, coaches, mediadores, árbitros, terapeutas...) que puedan colaborar para alcanzar un acuerdo a largo plazo a través de soluciones creativas desde valores de respeto, transparencia, equidad y confidencialidad. Es un proceso en el que las partes son protagonistas en la búsqueda de soluciones”.

El Derecho colaborativo comparte las siguientes similitudes con la mediación:

- Voluntariedad de las partes.
- Negociación basada en intereses mediante la búsqueda de una solución compartida por todas las partes.
- Confidencialidad de todo el proceso evitando la publicidad del asunto.
- Las partes actúan de buena fe para crear un clima de confianza a fin de que puedan sentarse a negociar conjuntamente.
- Protagonismo de las partes en el proceso que, al implicarse directamente en los acuerdos, conlleva una solución personalizada y singular a su caso en concreto.
- Evita la destrucción de las relaciones y el estrés por la incertidumbre del resultado judicial.
- Mayor rapidez en la finalización del proceso que la vía judicial.
- Compromiso de abstenerse a acudir a la vía judicial durante el procedimiento de mediación o práctica colaborativa.

Diferencias con la mediación:

- El papel del abogado colaborativo es fundamental, dado que está acompañando físicamente a su cliente a lo largo de todo el procedimiento. En la mediación no resulta recomendable la participación presencial del abogado en las sesiones si bien las partes pueden asesorarse por sus respectivos letrados.
- El abogado colaborativo se compromete a cesar su intervención si hay que acudir a la vía judicial. Por el contrario, el abogado que asesoró a su cliente durante la mediación puede defender sus intereses en vía judicial.
- En el Derecho colaborativo la dirección del procedimiento la llevan los abogados de las partes, mientras que en la mediación la responsabilidad recae en el mediador que es un tercero, neutral e imparcial que ayuda a las partes a que alcancen acuerdos mientras que el abogado colaborativo es un abogado de parte que negocia por y para su cliente.
- En la mediación, el mediador no propone soluciones a los mediados; sin embargo, en el Derecho colaborativo los abogados trabajan con sus clientes para generar opciones de acuerdo, con un papel más activo en defensa de sus intereses.
- Al intervenir más número de profesionales el proceso colaborativo suele ser más caro que la mediación.

A tenor de lo expuesto, las partes contarán con el asesoramiento no sólo de su propio abogado, sino también podrán acordar la intervención de otros miembros que conformen un equipo multidisciplinar en distintas áreas de trabajo que, a diferencia de los abogados, tienen la consideración de profesionales neutrales que no defienden los intereses de ninguna de las partes. Su intervención es una decisión acordada de mutuo acuerdo por todas las partes en cada proceso en base a las circunstancias concretas del caso, y pueden ser:

- Expertos financieros o fiscalistas, pudiendo proponer modos de reparto de bienes y recomendando la tributación más beneficiosa.
- Psicólogos y educadores que analizan cómo el conflicto puede afectar a las partes y a los menores, pudiendo recomendar intervenciones puntuales con los mismos.
- Mediadores que faciliten la comunicación y negociación entre las partes a fin de ayudarles a acercar posturas.
- Coaches que proporcionan a las partes el apoyo necesario para gestionar el proceso y sus emociones de forma constructiva.
- Cualquier otro profesional que requiera el caso como arquitectos, topógrafos, peritos tasadores, etc.

Las fases del procedimiento colaborativo son:

- Fase preliminar.
- Fase de preparación de las negociaciones.
- Fase de negociación colaborativa.
- Finalización del proceso.

Fase preliminar. Es la etapa en la que el cliente contacta con el abogado, le expone su conflicto e intereses, éste le informa sobre las distintas formas de resolución de conflictos y, en su caso, la adecuación de la práctica colaborativa para su caso en concreto, analizando sus ventajas e inconvenientes. El cliente firmará la hoja de encargo en la que suscribirá la contratación del proceso colaborativo, la finalización de la intervención del abogado colaborativo si el proceso deviene contencioso y la fijación de honorarios. En ese momento, el abogado se pondrá en contacto con el letrado colaborativo de la otra parte si voluntariamente así lo decide, iniciándose el trabajo conjunto.

Fase de preparación de las negociaciones. Aquí se producirá el primer encuentro de todas las partes y sus abogados en el que se expone el conflicto y la decisión de optar por esta vía suscribiéndose el contrato de participación en el proceso colaborativo. Es la única fase en la que tendrán un papel fundamental los abogados que se deben cerciorar de que las partes entiendan bien el proceso, identificar los asuntos que deben ser resueltos, debatir y acordar la intervención o no de otros profesionales y fijar agenda de las reuniones.

Posteriormente, cada abogado realizará un “interrogatorio” a su cliente y, más adelante, con el otro abogado, para revisar los posibles conflictos surgidos en la reunión.

Fase de negociación colaborativa. En esta fase las partes serán las protagonistas, en la que expondrán los problemas y aportarán los documentos que ayuden a obtener una información objetiva, acompañadas de sus letrados quienes intentarán dirigir el conflicto hacia una solución constructiva. En cualquiera de estas sesiones podrán participar cualquiera de los profesionales que conformen el equipo multidisciplinar.

Se celebrarán cuantas sesiones se consideren necesarias en función del número de temas a tratar y su complejidad.

Finalización del procedimiento. El proceso podrá darse por concluido por voluntad de cualquiera de las partes, si no han sido capaces de alcanzar acuerdo o cuando las partes suscriban el acuerdo final, bien total o bien parcial. Los abogados redactarán el acuerdo que finalizará con su firma y prepararán la documentación necesaria para elevarlo a escritura pública o su homologación judicial.

En la práctica, en España se está llevando a cabo de manera muy residual ante la falta de formación y conocimiento de los propios abogados, siendo una nueva forma de atraer clientela a los despachos desmarcándose de la competencia, ofreciendo muy buenos resultados en el campo del derecho de familia, presentando como inconveniente el mayor coste del procedimiento por la intervención activa de varios profesionales.

#### **4. Heterocomposición**

Los métodos de heterocompositivos son aquellos en los que las partes acuden a un tercero imparcial a fin de que les resuelva el conflicto aplicando el derecho al caso concreto, llevando aparejado el cumplimiento forzoso, siendo los ejemplos por excelencia el arbitraje y el proceso.

##### **4.1. El arbitraje**

Es una vía alternativa y excluyente del proceso judicial, heterocompositiva, en la que un tercero llamado árbitro, resuelve cuestiones de derecho privado y dispositivo, por voluntad de las partes, cuya resolución llamada laudo es de obligado cumplimiento para las partes.

En materia civil, tenemos la LA contando, además, con regulación propia en materia de consumo, seguros, transporte terrestre o propiedad intelectual.

Su fundamento es el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, formalizado en un convenio arbitral o a través de una cláusula de sumisión a arbitraje acordada en contrato.

Clases de arbitraje:

- Arbitraje de derecho: es el más frecuente y, salvo pacto en contrario, se aplica la normativa vigente para resolver el conflicto.
- Arbitraje de equidad: tiene que ser acordado expresamente por las partes, el árbitro no tiene por qué conocer o aplicar el Derecho, sino que adopta su decisión conforme a su "leal saber y entender".
- Arbitraje institucional: las partes acuerdan que sea una institución especializada en la materia para resolver el conflicto.
- Arbitraje individual: es un árbitro designado para ese caso en concreto.

Procedimiento.

Si bien se caracteriza por su flexibilidad, debe respetar los principios de igualdad y contradicción, pudiendo distinguir las siguientes fases:

- Inicio mediante una demanda con hechos y fundamentos de derecho, así como su pretensión, a la que se debe adjuntar la documentación atinente al caso concreto, con referencia a los medios de prueba a practicar.
- Desarrollo: en la que se presentará la contestación con sus documentos y medios probatorios, así como la práctica de la prueba propuesta.
- Finalización con la redacción del laudo por el árbitro, frente al cual cabe acción de anulación que resolverá la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma donde se hubiere dictado y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes (43 LA).

Además, según el art. 8 LA, puede requerirse la asistencia judicial:

- En la práctica de pruebas, siendo competente el JPI del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
- Para la adopción judicial de medidas cautelares, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 LEC.
- Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales, será competente el JPI del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el art. 545.2 LEC.

En la práctica, está muy arraigado el arbitraje de consumo, que es el instrumento que las Administraciones Públicas ponen a disposición de los ciudadanos para resolver de forma eficaz los conflictos y reclamaciones que surgen en las relaciones de consumo, toda vez que la protección de los consumidores y usuarios exige que éstos dispongan de mecanismos adecuados, siendo muy utilizados en materia de telefonía móvil o pequeño comercio.

El Sistema Arbitral de Consumo es una forma extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios o profesionales a través del cual, sin formalidades especiales y, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito. Las empresas y profesionales pueden adherirse voluntariamente al sistema arbitral de consumo para someter a esta vía los conflictos que pudiesen presentarse con sus futuros consumidores. En este caso, la empresa podrá exhibir su distintivo como garantía ante sus clientes.

Su regulación básica la encontramos en los arts. 57 y 58 del RD-Leg 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el

que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y, en lo no previsto en estas normas, es de aplicación supletoria la LA.

Sus ventajas radican en su rapidez, dado que se tramita todo el procedimiento arbitral en un máximo de seis meses, siendo más barato que acudir a la vía judicial dado que es gratuito para las partes, que sólo deben costear las periciales. Es una vía muy adecuada para reclamaciones de consumidores y usuarios que pueden hacer valer sus derechos, sobre todo en reclamaciones de escasa cuantía en los que acudir a la vía judicial puede resultar antieconómico y, para las empresas y profesionales adheridos al sistema arbitral, es una forma de generar confianza entre sus clientes, lo que redundará en su prestigio.

Participan dos tipos de órganos, Las juntas arbitrales, encargadas de la administración del arbitraje y los órganos de arbitraje, que son quienes conocen y deciden sobre la controversia en concreto.

La Junta Arbitral: es aquella a la que, ambas partes, de común acuerdo, someten la resolución de un conflicto. Si no existe un acuerdo expreso de las partes, será competente la junta arbitral territorial en la que tenga su domicilio el consumidor. En este caso, cuando existan varias juntas arbitrales territoriales competentes, conocerá el asunto la de inferior ámbito territorial. Pueden ser de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial, autonómico y una nacional. Están compuestas por un presidente y un secretario, que son personal al servicio de las Administraciones Públicas. Tienen, entre otras, las siguientes funciones:

- Resolver sobre las ofertas públicas de adhesión.
- Conceder o retirar el distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.
- Gestionar y mantener actualizados los datos de las empresas o profesionales que estén adheridos.
- Dar publicidad de las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral de Consumo mediante ofertas públicas de adhesión, en particular en el respectivo ámbito territorial.
- Elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados ante la junta arbitral de consumo.
- Impulsar y gestionar los procedimientos arbitrales de consumo, asegurando, cuando proceda, el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales.
- Gestionar el archivo arbitral, en el que se conservarán y custodiarán los expedientes arbitrales.

- Proveer de medios y realizar las actuaciones necesarias para el mejor ejercicio de las funciones de los órganos arbitrales y, en su caso, de los mediadores.

Los órganos arbitrales: Comprobada por la junta arbitral de consumo la admisibilidad de la solicitud y su aceptación por ambas partes, son los árbitros los que resolverán mediante un laudo la reclamación, oyendo a ambas partes e intentando que lleguen a un acuerdo. Atendiendo al acuerdo de las partes o, a falta de éste, a la cuantía y complejidad de la reclamación ésta será resuelta por un árbitro único o por un órgano arbitral integrado por tres miembros cada uno de los cuales ha sido propuesto, respectivamente, por la Administración pública, las organizaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales. En cuanto al procedimiento, distinguiremos si el consumidor presenta una reclamación frente a una empresa o profesional que no esté adherido al sistema, en cuyo caso se le notificará para que, en el plazo de 15 días pueda someterse voluntariamente a arbitraje y formular las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, si la empresa no acepta el arbitraje, el presidente de la junta arbitral de consumo ordenará el archivo de la solicitud. Si la empresa acepta o está adherida al Sistema Arbitral, se tiene por iniciado el procedimiento. El colegio arbitral escuchará a las dos partes, practicándose los medios de prueba que considere oportuno, finalizando mediante un laudo que emitirá por escrito. Este laudo es de obligado cumplimiento para las dos partes, pudiendo ser ejecutado forzosamente ante el JPI correspondiente conforme a la normativa de la LEC.

#### 4.2. El proceso

Es un mecanismo de resolución de conflictos heterocompositivo cuya resolución viene impuesta por el juez, revestido por la autoridad de la ley, que conoce de cualquier conflicto jurídico, tanto en materia de derecho dispositivo como sobre derecho indisponible y que, conforme al art. 117.3 CE puede *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, es decir, obligar al cumplimiento forzoso de su decisión ante la falta de cumplimiento voluntario de la parte.

Las principales diferencias con los ADR que anteriormente hemos estudiado son:

- Mayor rigidez y formalismo del procedimiento.
- Mayor duración llegando a producirse dilaciones indeseadas en ciertos partidos judiciales, bien por excesiva carga de trabajo, bien por gran movilidad del funcionariado.
- Tiene un ámbito de conocimiento más amplio, pudiendo conocer de cualquier conflicto jurídico con sujeción a la ley.
- Ejercen funciones de ejecución forzosa ante la inactividad de la parte.

- La mayoría de los asuntos tienen efectos de cosa juzgada.
- En caso de no lograr la tutela judicial efectiva solicitada en el procedimiento civil conlleva la imposición de las costas de la parte contraria.
- En muchos casos, la judicialización sólo sirve para la escalada del conflicto entre las partes, deteriorando las escasas relaciones personales, profesionales o comerciales que conlleva no solo un “sufrimiento económico” sino también un “sufrimiento personal”.