

PANORAMA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, Y SU IMPACTO EN LA MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA

por

PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

Magistrado
jp.ortuno@poderjudicial.es

RJC, núm. 1-2016, págs. 33-43

RESUMEN: *Uno de los elementos esenciales del proceso de modernización de la justicia es la introducción de los ADR dentro del sistema. La necesidad de instalar medios de negociación previos al proceso judicial, o de forma auxiliar a él, no solo sirve para la disminución del número de procesos ante los tribunales, sino también para lograr una mayor eficiencia en la resolución de conflictos. Un nueva visión por la abogacía de las múltiples posibilidades que ofrece la negociación es esencial, como se está poniendo de manifiesto en los países cuyos sistemas de justicia están siendo mejor valorados por los ciudadanos.*

Palabras clave: *Medios alternativos de resolución de controversias, conciliación, negociación, mediación, arbitraje no vinculante.*

ABSTRACT: *One of the essential elements of the process of modernization of Justice is the introduction of the ADR inside the right system. The need to install mechanisms of negotiation before to the judicial process, or auxiliary form to the same, not only serves to decrease the number of processes before the courts, but also to achieve a greater efficiency in the resolution of conflicts. A new vision for lawyers of the multiple possibilities offered by negotiation is essential, as it is becoming evident in the countries whose systems of justice are being better valued by citizens.*

Keywords: *Alternative dispute resolution, Conciliation, Mediation, Non-binding arbitration.*

SUMARIO: I. LA INCORPORACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS (ADR) EN EL SISTEMA DE JUSTICIA. II. COMPARAR LOS DOS GRANDES SISTEMAS DE JUSTICIA. III. LA PROMOCIÓN DE LA MEDIACIÓN Y LOS ADR DESDE EL SISTEMA «MULTI-DOOR JUSTICE HOUSE». IV. EL SISTEMA DE REFERENCIA EUROPEO: LOS ADR EN EL REINO UNIDO. V. EL DESARROLLO DE LOS ADR EN EUROPA (LA EXPERIENCIA DE LA JUSTICIA ALEMANA, FRANCESA Y HOLANDESA).

I. LA INCORPORACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS (ADR) EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

Con el año 2016 se abre una nueva etapa de la vida política de nuestro país en la que todos los partidos políticos han incorporado en sus programas de gobierno la reforma de la administración de justicia. El motivo no es tanto la sobrecarga de trabajo y el incremento de la litigiosidad como las carencias del sistema que impiden el grado de eficacia que, como servicio público, necesita una sociedad avanzada del siglo XXI.

El aluvión de reformas legislativas que se han venido produciendo en los últimos años para adecuar las leyes procesales del siglo XIX a las exigencias de los tribunales internacionales, que frecuentemente dejan en evidencia las deficiencias de nuestro marco organizativo, carecen de una reflexión previa sobre las bases de la modernización y del modelo a implantar para que este sea fruto de una política de Estado consensuada. Por esta razón con frecuencia las reformas son calificadas de ocurrencias parciales e inacabadas, como la de la nueva estructura de la oficina judicial, la implantación de los medios electrónicos en la gestión de los procesos o el grave problema del modelo de selección y formación de los operadores jurídicos para afrontar de forma competente los retos de una sociedad globalizada y de una economía internacionalmente dependiente.

El impulso que ha dado la Unión Europea a los medios alternativos con las Directivas (CE) 52/2008 y (UE) 29/2012, y la paulatina trasposición a nuestra legislación interna de sus principios, ha modificado el desierto panorama que existía respecto a estas materias hace una década. En la actualidad un centenar de universidades españolas imparten enseñanza en estas materias, se han multiplicado las tesis doctorales, proyectos de investigación y estudios doctrinales, y se cuenta con una nutrida red de profesionales que están incorporando a su actividad profesional la mediación. En el ámbito del arbitraje los organismos e instituciones que lo administran han renovado sus estatutos para adaptarlos a las nuevas exigencias del Convenio de Nueva York, y se ha extendido su práctica en el sector del consumo, de los seguros y de la responsabilidad civil.

Nuestra sociedad se va acostumbrando paulatinamente a las metodologías basadas en la negociación extrajudicial, tanto en conflictos complejos como en los de menor entidad, y tanto en el campo del derecho civil o mercantil (ahí están los mediadores concursales), como en la moderna contratación electrónica, aun cuando la tendencia a acudir a la vía de la confrontación ante los tribunales sigue siendo la que prefieren los ciudadanos españoles, con más de nueve millones de procesos judiciales incoados en el año 2014. La resistencia a las vías de negociación o de resolución fuera del tribunal es producto del modelo de justicia que ha predominado en la Europa continental, cimentado en la tradición de la romanística y el proceso canónico, por la inserción de la justicia como poder y atributo del gobernante, ya fuera el señor feudal, el abad, el obispo, el rey o el comendador; antes de la Revolución Francesa, o el juez constitucional propio de los sistemas que emanaron de la Ilustración, que mantenían atribuida la función de juzgar con carácter de monopolio, como exigencia de los principios de la primacía de la ley y de la igualdad de todos los ciudadanos ante ella.

Sin embargo este sistema ha generado un nivel de litigiosidad que hace que sea ineficaz, al tiempo que ha absorbido una masa de asuntos impropia que nunca debió llegar ante los tribunales. De esta premisa se deriva el uso de los métodos alternativos que surgieron en el ámbito del derecho y la justicia anglosajona con postulados más flexibles y pragmáticos que los del sistema continental.

II. COMPARAR LOS DOS GRANDES SISTEMAS DE JUSTICIA

Un análisis comparado del índice estadístico sobre el grado de satisfacción de los ciudadanos con la justicia pone de manifiesto la diferencia entre la percepción positiva del funcionamiento de la justicia que existe en la mayoría de los países de tradición «*common law*» respecto de la opinión negativa que es mayoritaria en los Estados denominados de «*civil-law*». La tradición jurídica del proceso racionalizador de la Ilustración que inspiró la codificación en la Europa continental tal vez no ha tenido la facilidad que sí que ha demostrado el sistema anglosajón para incorporar mecanismos de resolución de controversias diferentes a la disputa ante los tribunales. Países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Suráfrica o Reino Unido, o los países nórdicos europeos, consiguen una buena calificación por los usuarios en las evaluaciones del UNODOC y del CEPEJ en los estudios realizados sobre la eficacia de la Justicia¹, o en las consultas internas que se realizan por los propios Estados, mientras que en la mayoría de países de tradición continental europea, entre los que se encuentran España, Italia y Francia, la opinión es más desfavorable.

Se han dado diferentes explicaciones, desde el reflejo del presupuesto público destinado a la justicia, la ratio del número de jueces por habitantes, o el carácter del propio sistema, hasta razones de tipo ideológico que aluden a las tesis de Max Weber sobre la ética protestante frente a la católica, o a la naturaleza belicosa del «*homo mediterraneus*», impregnado de una carga genética determinante de su querencia hacia los tribunales.

La experiencia empírica que se desprende del análisis del funcionamiento de los sistemas ofrece conclusiones diferentes. Desde luego el mayor sentido práctico de determinadas culturas a la hora de enfrentarse a los conflictos es un buen caldo de cultivo para el desarrollo de los mecanismos alternativos frente a la burocracia y lentitud de la pugna ante el tribunal. No obstante no es eso lo fundamental, sino que es el modo en el que se ha ido consolidando la práctica judicial en cada país como producto de múltiples y variados factores históricos y económicos. Entre estos condicionantes el del imperio de la ley escrita que se impuso tras la Revolución Francesa como fuente del derecho única, obligatoria y dotada de «completud» universal contrasta con el método de la búsqueda del derecho en el sentido de «lo justo» del sistema del precedente jurisprudencial anglosajón. Desde otra perspectiva, caracteriza al derecho continental la enorme desconfianza que el legislador (y especialmente los gobernantes) tienen hacia los jueces, reduciendo al máximo su capacidad interpretativa del derecho sustantivo e imponiéndoles unas estrictas y rígidas normas de procedimiento, frente a la confianza que se deposita en quienes ejercen esta función por los sistemas de «*common law*» para establecer el derecho en cada caso, y la concepción del procedimiento como un medio para el enjuiciamiento dotado de una cierta flexibilidad, dentro de los límites absolutos del «*due process*».

Describiendo algunos de los métodos diferenciales del modo de hacer justicia de los países de tradición anglosajona pueden verse claras estas diferencias. La primera es la diferente configuración del papel de la abogacía. Es un lugar común,

1. UNODOC: organismo de las naciones Unidas para la lucha contra la corrupción la delincuencia internacional y el tráfico de drogas, <https://www.unodc.org/>.
CEPEJ: organismo del Consejo de Europa para el estudio de la eficacia de la justicia, http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

que no obedece a la realidad, la relación entre el número de abogados que existen en España y los que existen en otros países. Se ha de decir que son mucho más numerosos los abogados en el mundo anglosajón que en Europa, lo que ocurre es que el papel que desempeñan es diferente. Se ha ido estableciendo consuetudinariamente una clasificación de lo que entendemos nosotros como abogado en general², en tres categorías: el «*solicitor*», el «*adviser*» y el «*barrister*». El primero es el abogado que acoge a los ciudadanos en una primera línea de asesoramiento y le orienta jurídicamente, asume la gestión de sus intereses y es la persona unida por un vínculo de confianza con el ciudadano. El «*adviser*» es el consultor que está especializado en determinadas ramas del derecho o la asesoría empresarial. El «*barrister*» (*attorney* en USA) es el especialista en presentar y defender los casos ante los tribunales (en los países sudamericanos se suele utilizar también el título de «*abogado litigante*»).

¿Qué trascendencia tiene esta clasificación en la generalización de los ADR? La división de tareas entre los abogados es fundamental, puesto que quienes están en las dos primeras funciones no tienen ningún interés en desprenderse del asunto y pasarlo a un *barrister*, ya que pierden el control sobre él. En consecuencia están familiarizados con la gestión extrajudicial del conflicto, con la negociación, con el arbitraje y con la mediación, que son mecanismos en los que se mueven con facilidad y soltura. Únicamente cuando estos han fracasado han de buscar un *barrister*, que ha alcanzado su prestigio ante el tribunal a base de muchos años de experiencia y de buen hacer profesional y que, por lo tanto, no arriesgará su posición³ defendiendo una causa que técnicamente no sea defendible ante un tribunal, u obedezca a intentos puramente dilatorios.

Generalmente las asociaciones de abogados (los denominados «colegios» en España) tienen otra configuración más privada en el mundo anglosajón, pero suelen participar de forma activa y con un gran protagonismo en las entidades civiles que gestionan los ADR. Tal vez de las más representativas es la canadiense «*Fondation Barreau du Québec*»⁴, que además tiene la característica de que se ha desarrollado en un estado federal de tradición «código civil» europeo.

La incidencia en la reducción de la litigiosidad es muy alta, puesto que las propias entidades dependientes de la abogacía (incluso en el ámbito de la defensoría pro-bono o de oficio) han de administrar bien sus recursos y, en consecuencia, disponen de un staff de planificación, calidad y optimización de su actividad, lo que contribuye a la racionalización de las demandas que reciben. Se realiza una primera evaluación del caso, se utilizan medios alternativos como la negociación o la mediación con mucha frecuencia, y se agrupan procesos de la misma naturaleza por la vía de las acciones colectivas.

2. No es sinónima la palabra abogado a *lawyer*, pues esta engloba, además de a los abogados, de cualquier categoría, a los jueces, fiscales (*prosecuting lawyer*), procuradores y asesores jurídicos de la administración pública y las empresas (ej.: *patent-lawyer* –abogado de patentes–, *corporate-lawyer* –abogado corporativo–).
3. En el Reino Unido la posición de *barrister* (abogados que actúan en el «*bench*» –banquillo en español–), se gana por el prestigio, pero no existen pruebas *ad hoc*, sino que simplemente se adquiere esta posición cuando al aspirante se le admite en la *Judicial Library* y hace el juramento establecido.
Vid. el sitio web del *Judiciary of England and Wales*: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/history-of-the-judiciary>.
4. La *Fondation du Barreau du Québec* es una entidad sin ánimo de lucro que desempeña un papel importante en la investigación jurídica y garantiza el soporte económico a los profesionales que desarrollan programas de información gratuita a la ciudadanía y de defensa de derechos a las personas sin recursos.
Vid. website: www.fondationdubarreau.qc.ca.

III. LA PROMOCIÓN DE LA MEDIACIÓN Y LOS ADR DESDE EL SISTEMA «MULTI-DOOR JUSTICE HOUSE»

En 1976 y en pleno proceso de reforma de la administración de justicia en EE.UU., aquejada de un enorme colapso, desde la *Harvard Law School* el profesor Frank Sander⁵ presentó el concepto de una administración de justicia integrada por un sistema de múltiples puertas. Toma el nombre de la metáfora en la cual el ciudadano puede obtener diversos servicios, después de haber expuesto el motivo de su «visita» a un especialista que le aconseja la puerta más indicada para la solución de su problema, en la que la confrontación ante un tribunal queda reservada para una tipología de temas específica, mientras que se ofrece la posibilidad de utilizar el arbitraje, en sus diversas metodologías, la evaluación neutral por un experto independiente, un *pre-trial* (mini juicio) previo para confrontación de puntos de vistas y pruebas ante un experto, una conciliación o la mediación en sus diversas formas.

La fórmula ha tenido éxito y ha sido adoptada por muchos tribunales en USA y en otros países del «*common law*», tanto como servicios internos y administrados desde el propio tribunal como en modalidades externalizadas. Uno de los «*multidoors courthouse*» más conocidos es el del tribunal superior de Washington (Distrito de Columbia)⁶, que en 1985 dejó de ser una experiencia piloto para integrarse en la propia estructura del tribunal. En la memoria que publicó de 2011 se refleja que el 54% de las demandas de pequeña cuantía (menos de 25.000 \$), se han resuelto por vías alternas, y que el 34% del total de casos se han terminado por acuerdo, destacando el incremento de la mediación, la conciliación o el arbitraje no vinculante.

En la metodología empleada para la introducción de esta nueva forma de proceder se diseñaron programas para educar a la «*legal community*» en los métodos ADR, puesto que inicialmente las clásicas profesiones jurídicas, fundamentalmente los jueces, fiscales y abogados, las rechazaron por considerar que eran ajenas a la tradición jurídica, pero no ofrecieron una alternativa coherente para reducir la inmensa carga de trabajo que pesaba sobre los tribunales, con las secuelas de la lentitud, la ineficacia y el descenso de la calidad en el trabajo de los jueces.

La estructuración del sistema «*multi-door*» se basa en la instalación de un servicio de profesionales cualificados y específicamente capacitados que dan soporte a los jueces en esta función⁷ (en el tribunal superior de Washington son 36 personas que gestionan un panel de más de 300 mediadores). Después del momento de presentación de las alegaciones por las dos partes, y de las pruebas (tras la fase que se denomina el «*discovery*»), a petición del juez al que le correspondió el asunto se examinan los casos y se realiza una evaluación en función de una serie de indicadores pre-establecidos. En los casos seleccionados se convoca una audiencia y se somete a consideración de las dos partes con sus abogados la vía (puerta) más idónea, argumentando y discutiendo con ellos las razones de esta derivación que, en todo caso, ha de ser aceptada voluntariamente.

Tras la aceptación se deriva el asunto a uno de los profesionales que colaboran voluntariamente con el tribunal para que se haga cargo de él. Estos voluntarios ejercen

5. AVI SCHNEEBALLG y otros, *La Médiation: préparer, représenter, participer*, edita Yvon Blais-Thomson, Quebec, 2005, pp. 3 a 9.

6. Otros servicios de gran prestigio son los de Tulsa (Oklahoma), y Houston (Texas), impulsados tanto por el propio tribunal, como por la American Bar Association.

7. MULTI-DOOR DISPUTE RESOLUTION DIVISION, Superior Court of the District of Columbia. Información y documentos disponibles en: http://www.dccourts.gov/internet/superior/org_multidoor/main.jsf.

de conciliadores, negociadores, árbitros o mediadores, después de haber sido seleccionados por el tribunal tras un concurso público de méritos en el que cuenta mucho la experiencia. Todos los seleccionados colaboran pro-bono en su función (únicamente se les pagan unas dietas), pero reciben del tribunal una formación excelente. A cambio pueden utilizar su condición de «colaboradores del tribunal», lo que significa un gran prestigio. De cada uno de estos voluntarios se hace un perfil profesional por especialidades, según las habilidades y competencias que tengan. Cada dos años se renueva el elenco parcialmente según los resultados y la formación continuada realizada.

El resultado es excelente puesto que se familiariza la comunidad jurídica con estas metodologías al mismo tiempo que el sistema sirve para descongestionar el volumen de casos de los tribunales. No obstante el efecto principal es que se potencia que estas metodologías se utilicen en una fase previa a la presentación del caso ante el tribunal, para lo que existen numerosas instituciones que ofrecen estos servicios (la más prestigiosa es de la *American Bar Association*).

Como método híbrido entre la mediación (por su carácter confidencial y no vinculante), el arbitraje (por la presencia de un tercero dirimente) y la conciliación (por la importancia de la actividad negocial entre las partes) se ha desarrollado con características propias la denominada «conferencia reservada» para la solución amistosa.

Se trata de un método que favorece la terminación del proceso por vía del consenso, con implicación directa de los propios tribunales, puesto que estas conferencias se desarrollan ante un juez o conciliador designado por el tribunal de entre los miembros que lo componen. Este sistema se ha desarrollado fundamentalmente en asuntos de gran complejidad y también en la fase de apelación, tanto en EE.UU. como en Australia y Canadá.

En Canadá fue introducido por la reforma del *código de procedimiento civil* en 2002 y se desarrolla en el *art. 151* con toda una serie de reglas, 10 en total. Se establece que un juez puede presidir un proceso (conferencia) para procurar una solución amistosa con las garantías de la inmunidad judicial (imparcialidad, independencia, competencia). ¿Cómo funciona? En cualquier momento, dice el precepto, el presidente del tribunal puede, por propia iniciativa o a petición de las partes, designar un juez para que presida esta conferencia. El objetivo es ayudar a las partes a comunicarse, negociar e identificar sus intereses, evaluar sus posiciones y barajar alternativas de arreglo. Esta conferencia se celebra a puerta cerrada y no tiene costes económicos. Pueden participar los abogados y ser llamadas para consultas las personas que con venga cuando pueda ser útil para la solución del conflicto.

La conferencia reservada tiene como característica que no se suspende el curso del proceso, aun cuando si el juez lo juzga necesario puede modificar el calendario de sesiones. La regla básica es que todo lo que se diga o se escriba en estas sesiones será confidencial. Si se alcanza un acuerdo el mismo juez puede homologar la transacción. Si no se alcanza el acuerdo el juez quedará inhabilitado para cualquier actuación procesal relativa a ese caso.

Este sistema ha dado lugar a la consolidación de jueces técnicamente muy preparados para realizar esta función y tiene la ventaja, frente a la conciliación, de que el acercamiento a los problemas no se limita a la visión superficial característica de las tentativas conciliatorias. Por otra parte tiene en cuenta, también, que hay jueces con mejores habilidades naturales para presidir estas negociaciones que otros que por su naturaleza ser pueden ser más reservados y prefieren realizar una tarea profesional más técnico-jurídica. Pero lo cierto es que en numerosos casos el juez es consciente de que el litigio que tiene delante es un conjunto de problemas complejos y con dimensiones

extrajurídicas, y esta herramienta puede ser de enorme efectividad. Lógicamente incide en el descenso de la litigiosidad puesto que evita la multiplicación de incidencias en las ejecuciones forzosas.

Otra de las múltiples puertas de la justicia es la del «arbitraje no vinculante», del que es un buen exponente el aconsejado en diversos casos por el TS de Washington DC. Otra de las «puertas» o vías para procurar una solución alternativa a la de la sentencia judicial en proceso contradictorio que se ofrece por el «*multi-door service*» es el arbitraje. La institución del arbitraje es sobradamente conocida, aun cuando las fórmulas mixtas o híbridas van adquiriendo cada más importancia. Efectivamente, existe un arbitraje que se pacta en la contratación internacional y que forma parte consustancial del negocio jurídico en virtud del cual se establece el compromiso arbitral *ab initio*, es decir, en el propio contrato por el que se establece el entramado negocial y en previsión de que surjan problemas interpretativos. Este tipo de arbitraje no llega a los tribunales, puesto que la cláusula de sometimiento es impeditiva y cuando se necesita acudir es en el ámbito de las medidas cautelares, en el ejercicio de la acción de nulidad o para la ejecución forzosa del laudo.

El arbitraje que se recomienda a las partes en el sistema «*multi-door*» no es el del pacto contractual inicial, sino el que se conviene después de que el proceso se haya iniciado ante el tribunal y por consejo o sugerencia de este. Está especialmente indicado cuando la rapidez es fundamental para no perjudicar gravemente la relación jurídica. Razonablemente las partes no pueden esperar a que el proceso se tramite con los ritos, fases y garantías debidas sin que se cause un daño irreparable.

Para finalizar esta panorámica sobre el sistema anglosajón se ha de reflexionar respecto a que la resistencia a utilizar los ADR –que, en definitiva, son formas estructuradas y científicamente elaboradas de las clásicas técnicas de negociación–, ha ido cediendo entre los operadores jurídicos por el prestigio que están adquiriendo, lo que tiene mucho que ver con la mejor preparación y calidad de los mediadores. Los jueces son premiados en cuanto a sus módulos de trabajo, puesto que se les computa como asunto complejo resuelto. Los abogados son alentados por otras vías; la primera es la satisfacción de sus clientes cuando obtienen una solución no traumática a sus conflictos familiares, económicos o de empresa, y la segunda es que sus honorarios son respetados en todo caso en similares cuantías. El sistema se ha implantado con mucho éxito en Australia, Canadá o EE.UU.

IV. EL SISTEMA DE REFERENCIA EUROPEO: LOS ADR EN EL REINO UNIDO

Destaca por su proximidad geográfica y su papel en la UE la experiencia del Reino Unido. Concretamente en Inglaterra y Gales la reforma de 1998 de las *Procedural Rules* conocida como «reforma Woolf»⁸ favoreció la definitiva consolidación de los ADR en Inglaterra como expresa el informe de Chistopher Hodges, del *Centre of Socio-Legal Studies* de la Universidad de Oxford⁹. No obstante, además de la reforma legal, sirvió

8. El juez Harry K. Woolf ocupó el cargo de *Lord Chief in Justice de la Appeal Court* de UK hasta 2005, y promovió una profunda reforma del proceso para acercarse al modo de enjuiciar del derecho continental europeo. Al mismo tiempo se le reconoce como impulsor de la mediación en UK y, junto con Guy Canivet, presidente de la Corte de Casación de Francia hasta 2008, las figuras más importantes de la mediación en el entorno de los tribunales en Europa. Vid. http://en.wikipedia.org/wiki/Harry_Woolf,_Baron_Woolf.

9. Chistopher HODGES y Magdalena TULIBACKA, Report «Civil Justice in England-Wales beyond the Courts», Oxford, 2012; contiene el mapa de los mecanismos no judiciales en la Inglaterra y Gales en el ámbito civil. Está disponible en la web de la Universidad de Oxford (*Centre for socio-legal studies*). <http://otjr.csls.ox.ac.uk/>.

de gran estímulo (a modo de refuerzo negativo), la doctrina jurisprudencial de la *Court of Appeal* que se implantó desde los precedentes de los casos *Dunnet v Railtrack plc*, de 22-2-2002, y *Halsey v Milton Keynes General NH Trust*, de 30-3-2004¹⁰. En el primero de estos casos la parte actora había rehusado participar en un proceso de mediación al que había sido invitada por el propio tribunal, y en el segundo la actora había sido invitada por la parte demandada con carácter previo al juicio. La máxima instancia de la jurisdicción impuso una especial condena al pago de parte de las costas a las partes que, en definitiva, ganaron el juicio, por cuanto no habían sido diligentes y habían rehusado de manera no razonable intentar un acuerdo amistoso. Con tales precedentes los abogados ingleses procuran que quede claro y debidamente probado que antes de acudir a la jurisdicción han intentado negociaciones, y las han acometido con sujeción a los principios de la buena fe.

La referida «*Hasley Decision*» clarificó los factores por los que un tribunal inglés puede considerar que el rechazo a una medida ADR es razonable. Se han de tener en cuenta:

- La naturaleza de la disputa.
- Las circunstancias del caso.
- El hecho de haber fracasado ya otro tipo de medidas dirigidas a una solución consensuada.
- Cuando el coste previsto para el ADR sea excesivamente alto y/o desproporcionado.
- Cuando un retraso en la resolución por acudir al ADR pueda perjudicar a la parte.
- Cuando no sea razonable imaginar una solución consensuada.

Es de destacar que en este mismo sentido la influencia de la experiencia inglesa en la *Directiva (CE) 52/2008* que en el art. 5.2 recoge la posibilidad de que la legislación consecuente con la trasposición al derecho interno prevea la imposición de sanciones, con el único límite de que no se impida el acceso al sistema judicial. De hecho una buena parte de los EE.MM. han previsto en mayor o menor grado esta sanción que va desde la obligación de pagar los gastos que haya generado la mediación frustrada a la declaración de mala fe o temeridad a efectos de costas en el ulterior proceso contradictorio ante el tribunal.

Muestra evidente del sentido práctico que caracteriza a la justicia inglesa es la introducción, como recomendación usual de los tribunales en litigios de familia, de la división de la «continencia de la causa», o dicho de otra forma, la fragmentación del litigio en los diversos conflictos que están presentes en él, para lo que ha sido esencial la creación del IFLA (*Institute of Family Law Arbitrators*)¹¹. Los tribunales, en determinados casos en los que existen diversas cuestiones a resolver en un mismo pleito cuya naturaleza es radicalmente diferente, concretan los diversos puntos de controversia y recomiendan aplicar a cada uno una metodología diferente. De esta forma las cuestiones de parentalidad pueden encomendarse a una mediación, las controversias sobre la titularidad de bienes o derechos se reservan para el conten-

10. [2004] EWCA. Civ, 676, 2004, 4 All ER 920. Referencia disponible en los números de septiembre 2002 y noviembre 2004 de *The Weekly Law Report*, en: <http://www.iclr.co.uk/products/iclr-print/the-weekly-law-reports/>.

11. IFLA es una entidad sin ánimo de lucro, integrada por la *Family Law Association*. La base legal, reglas y modo de actuación pueden consultarse en la web: www.ifla.org.uk.

cioso judicial, y la atribución a uno u otro cónyuge de un negocio familiar explotado hasta la ruptura por ambos cónyuges se somete a un arbitraje rápido, de tal manera que la decisión se produzca en un plazo muy breve de tiempo, lo que permite que el negocio pueda seguir funcionando sin menoscabo, sin pérdida de clientela y sin sufrir lo que es habitual, que es la muerte del negocio con la pérdida de la fuente de ingresos de la familia.

La utilización del arbitraje «post conflicto» presenta menos problemas que el convenido anticipadamente puesto que las partes no lo ven como una carga que en su día pactaron y que con el devenir de los años, cuando surge el problema, lo aceptan a regañadientes, desconfiando de que hará justicia a sus intereses. Pero desde el punto de vista práctico el que más éxito está teniendo es otro tipo de arbitraje en el que la peculiaridad del sistema es que el laudo no es vinculante. Estamos ante el denominado por la cultura «*common law*» «*no binding arbitration*». Tanto el modelo norteamericano como el inglés lo prevén, y en ambos casos ha sido muy bien acogido puesto que la inmediatez de la resolución es deseable para las dos partes, pero también lo es el que no tenga efectos obligatorios. La parte a la que le perjudique puede mostrar su conformidad con el sentido del laudo, y sin otra consecuencia queda sin efecto y prosigue la vía judicial previamente entablada (o en su caso, quedan las partes libres para acudir a los tribunales).

La práctica forense tiene la capacidad de desarrollar fórmulas novedosas que el legislador no se hubiera planteado nunca. El híbrido «arbitraje-mediación» es una subespecie del arbitraje no vinculante que se concierta entre las partes con reglas típicas y propias de la mediación. Consiste en que la propia existencia del arbitraje y, en consecuencia, el laudo no aceptado por una de las partes permanece en el ámbito de la confidencialidad. Las partes pactan previamente que no podrán utilizar el laudo en el ulterior proceso judicial en perjuicio, ni tampoco podrán desvelar que se intentó esta vía. El árbitro quedará sometido al secreto profesional.

El éxito de esta medida (desarrollada también en Holanda por influencia del derecho anglosajón desde hace ya más de diez años) ha sido considerable puesto que las partes en un conflicto no pierden nada con este arbitraje y, sin embargo, en las estadísticas publicadas, más de un 70% de las personas a las que el laudo no les ha dado la razón se conforman y aceptan su eficacia, como se relata en el informe «*Tijdschrift Conflicthantering*» del NMI¹². Piensan que no merece la pena plantear el contencioso ante el tribunal o simplemente se dan cuenta de que no tenían razón o de que no tenían posibilidades de demostrar su versión. Para muchas empresas esta solución arbitral es de suma utilidad, puesto que a veces van empujadas al proceso judicial por sus abogados, que suelen anteponer su criterio jurídico a las exigencias prácticas de la actividad empresarial.

V. EL DESARROLLO DE LOS ADR EN EUROPA (LA EXPERIENCIA DE LA JUSTICIA ALEMANA, FRANCESA Y HOLANDESA)

La *República Federal de Alemania* ha introducido normas de racionalización de la justicia de gran eficacia durante los últimos 15 años. Los ADR están presentes en su legislación desde la reforma de la ZPO (ley de procedimiento civil) de 1-2-2000,

12. El «Special Report» sobre *conflicthantering* fue publicado como documento de trabajo del simposio de expertos europeos celebrado el 29 y 30 de junio de 2006 en La Haya, organizado por el *Dutch Ministry of Justice* y el *Netherlands Mediation Institut* (NMI). Disponible en www.nmi-mediation.nl.

que prevé mecanismos de solución alternativa de litigios. Los arts. 278 y 279 prevén la derivación a mediación y el art. 794 la previsión de ejecutividad de los acuerdos. La Ley de 2002 reforzó la facultad de reenvío al mediador (art. 278).

De esta época data la iniciativa del Tribunal Regional Administrativo de Freiburg (Baden-Württemberg) presidido por Joachim von Bergen, de designar a un grupo de jueces formados en técnicas de negociación para que hicieran funciones de mediación incluso en casos de urbanismo. El tribunal estableció el criterio de que «la mediación se integra dentro de jurisdicción, como un quehacer genuino de los jueces» como describe uno de los jueces-mediadores del tribunal administrativo, Peter OSTEN¹³, en un artículo publicado en la web de GEMME-Europa, en el que narra la oposición del ministerio de justicia que intentó por todos los medios abortar la iniciativa, que hoy está generalizada.

La ley de 25-7-2012 por la que el parlamento federal alemán ha efectuado la transposición de la Directiva 52/2008 extiende la mediación a todos los ámbitos, dotando de una gran flexibilidad a los tribunales para que puedan derivar asuntos a mediación, con la peculiaridad de que los propios jueces pueden intervenir como mediadores, lógicamente quedando inhabilitados para seguir el proceso si no se alcanza un acuerdo. Se han incorporado al elenco de mediadores de los tribunales una gran cantidad de abogados y de jueces jubilados altamente especializados en determinadas materias, con lo que esta metodología ha sido bien acogida por los abogados.

Respecto a las reformas en Francia relativas a los ADR, para disminuir la litigiosidad se han emprendido cambios para ganar eficacia, especialmente con la potenciación de la conciliación judicial. Para ello ha extendido y fortalecido el primer grado jurisdiccional con la figura del juez de proximidad, que no ha de ser profesional del derecho y que es elegido por un periodo de 7 años. Interviene en instancia única en las materias de su competencia (aun cuando puede, a iniciativa propia o por petición de las partes, reenviar el asunto a un juez de instancia profesional si el asunto tiene una dificultad seria). Se ha intentado trasladar la experiencia de los «magistrattes» ingleses.

En torno a estos jueces de proximidad se han popularizado las denominadas «Maisons de la Justice et du Droit» (MJD), que surgieron como iniciativas ciudadanas y fueron reconocidas legalmente por la Ley de 1998, y que son lugares en los que también se ubican mediadores comunitarios que intervienen en la prevención de conflictos, junto con servicios de asesoramiento legal que ofrecen una primera orientación al ciudadano, así como información sobre diversos aspectos relacionados con la justicia y el derecho (servicios de abogacía, del notariado, de los registros, e incluso de asistencia social). El objetivo es evitar la litigiosidad impropia y dar un servicio público de atención al ciudadano para acercarlo a la justicia. Se ubican allí los servicios de atención a las víctimas, o los puntos de encuentro familiar. Se han constituido con formas asociativas con participación del Estado, el Municipio, los Tribunales, los abogados, los notarios y los *Husieres* (son presididas conjuntamente por el presidente del TGI y por el procurador-jefe) y son un referente por la calidad de los servicios que presta. Entre los más relevantes se debe citar al centro René Cassin de la ciudad de Béziers¹⁴.

13. Peter OSTEN, «La mediación en Alemania», artículo disponible en la web <http://www.gemme.eu/nation/deutschland/article/rechtsgrundlage-gerichtlicher-mediation>.

14. Maison de la Justice et du Droit. Vid. en internet <http://www.cdad-herault.justice.fr/fr/accueil/les-lieux-de-la-justice-et-du-droit/les-maisons-de-justice-et-du-droit/>.

Para asuntos de mayor envergadura se ha creado un procedimiento rápido para casos de sobre-endeudamiento de personas no comerciantes y para determinados asuntos familiares como las tutelas y conflictos leves de responsabilidad parental. Para estos casos, por otra parte, ha suprimido la asistencia del procurador (fiscal), pues las funciones de protección las ejerce el «juez de tutelas», que dispone de auxiliares que le asisten en tales funciones (pertenecientes al voluntariado: maestros, médicos o enfermeros jubilados). En estos asuntos puede ir directamente el ciudadano sin necesidad de abogado.

Por lo que se refiere a los medios alternativos Francia, aun cuando tiene una cierta tradición en el arbitraje y fue pionera en la regulación legal de la mediación con la reforma de su Código de Procedimiento Civil por la Ley núm. 125, de 8-2-1995, y el Decreto de 22-7-1996, se ha realizado la trasposición de la Directiva (CE) 2008 mediante el Decreto 2012-66, de 20-1-2012¹⁵, que ha dedicado un libro completo (el Libro V) de la *Ley de Procedimiento Civil* a la «resolución amigable de diferencias». Distingue entre la conciliación por un «conciliador de justicia» –que ya existía como auxiliar del juez en los tribunales– de la mediación. En cuanto a los mediadores establece que para que intervengan en asuntos derivados por los tribunales han de estar homologados por estos y han de disponer de una formación específica. Se establece como requisito para la ejecutividad de los acuerdos la homologación por una autoridad judicial (*arts. 1532 a 1535*).

Como elemento destacable, se ha introducido también el «informe del experto», que es una especie de peritaje realizado por especialistas independientes, como vía alternativa a la judicial, que puede ser propuesta por los tribunales en determinados casos de complejidad técnica.

Tal vez la mayor novedad que se ha introducido es la negociación asistida, que proviene directamente de la práctica de los tribunales canadienses. Se le denomina «proceso participativo gestionado por los abogados» y consiste en que, después de iniciado el proceso, el juez puede acordar que se entablen negociaciones por los abogados en sede judicial y con la presencia de un negociador. Es similar a la mediación por el carácter confidencial y por la voluntariedad de los acuerdos, pero en este caso el negociador no tiene un papel activo, sino que se limita a presidir las sesiones, y son los abogados los que han de plantear las alternativas. En Canadá, donde está implantado este sistema, son los jueces quienes presiden estas negociaciones.

En *Holanda* son de destacar dos diferentes vías: la de la mediación privada y la de la mediación derivada por el tribunal. El sistema holandés de justicia ha experimentado desde 2002 un enorme cambio. Es el que está mejor valorado por los ciudadanos y por los profesionales del derecho en la Europa continental, con un 9 sobre 10. Los jueces son reclutados de diversas formas pero, como denominador común, lo son después de que acrediten sus conocimientos legales y su experiencia profesional como juristas por un periodo mínimo de seis años, e ingresan con la condición de «jueces en formación», realizando funciones de apoyo durante otros seis años.

La mediación y el arbitraje se introdujeron y potenciaron en el ámbito privado debido a la influencia del comercio y de los negocios internacionales, y viene funcionando bajo el sistema contractualista privado, es decir, las partes pactan el propio proceso

15. Diario Oficial República Francesa (JORF) de 22-1-2012.

en cada caso. El NMI (*Netjerlands Mediation Instituut*¹⁶), con sede en Rotterdam, es la fundación de mayor prestigio en el ámbito de la resolución de conflictos extrajudicial.

Es de destacar el desarrollo en Holanda de la modalidad de mediación contractual denominada «evaluación neutral de experto», que es similar al arbitraje no vinculante que se conoce en EE.UU. En este sistema las partes acuerdan someter a un perito experto sus diferencias pero, al mismo tiempo, pactan que si la opinión que finalmente exprese no es aceptada voluntariamente por las dos partes el peritaje se tendrá por no realizado, como si nunca hubiera existido, por lo que no podrán en ningún caso hacerlo valer, ni proponer al perito como testigo en el ulterior proceso contencioso.

En el ámbito de los tribunales de justicia el proyecto nacional de mediación en los tribunales se puso en marcha en el año 2000. El 1 de octubre de 2005 se publicó la ley que creó la «Oficina Nacional de Mediación Judicial» por el parlamento, y desde el 1 de abril de 2007 está plenamente operativa en todos los tribunales. En el ámbito civil los costes de la mediación son pagados por las partes, aun cuando tienen una subvención de 200 euros para quienes carezcan de recursos.

El juez juega un papel importante, pues evalúa el caso y es él mismo el que propone a las partes que vayan a un proceso de mediación, explicándoles las ventajas que en su caso podrían obtener. Por esta razón es esencial que los jueces confíen en la calidad de los mediadores, y son los tribunales quienes certifican su capacitación, aun cuando son las partes quienes los eligen según su perfil, su disponibilidad, su experiencia, sus afinidades, el origen y recorrido profesional y su edad y sexo. Es obligatorio que cada parte tenga su propio abogado durante el proceso de mediación. Los datos publicados reflejan que en el último año se han conseguido el 68% de acuerdos en procesos civiles, el 52% en familia, el 69% en conflictos laborales, el 59% en conflictos societarios, el 65% en procesos contra la administración pública y el 79% en procesos de carácter fiscal y tributario.

Conclusión:

Queda en España mucho camino por recorrer en la tarea de modernizar la justicia. La introducción, impulso y desarrollo de los ADR ha de ser uno de los ejes centrales de la reforma que nuestra sociedad necesita.

16. Vid. la web <http://www.nmi-mediation.nl/english/welcome.php>.