
DOSSIER

Análisis, alcance y
repercusión de los **MASC**
en la futura **LMEP**



MAYO 2023

III ARANZADI



Sumario

1 Los MASC en la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: muchos caminos para la concordia.

1.1. **Eduardo Vázquez de Castro.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Cantabria.

1.2. **Leticia García Villaluenga.** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

2. Los despachos analizan su repercusión en la tutela judicial efectiva y en el trabajo del despacho y la figura del tercero neutral

2.1. **CMS Albiñana & Suárez de Lezo. Luis Javier Vidal.** Socio Procesal y Arbitraje.

2.2. **Larrauri & Martí Abogados Madrid. Luis Miguel Hernández Giménez.** Director Área Procesal.

2.3. **Lexer. Ana Enguix Bou.** Directora Área Legal y Procura.

ARANZADI FUSIÓN

¿PREPARADO/A PARA DAR
CUMPLIMIENTO A LOS **MASC**?



El **Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal** del Servicio Público de Justicia introduce los MASC en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción. Según el artículo 1.1 del capítulo I del Título I, se entiende por **Medio Adecuado de Solución de Controversias** cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una **solución extrajudicial**.

A través de Aranzadi Fusión realizarás de manera eficiente la gestión integral de la acción extrajudicial emprendida para llegar a la resolución de la controversia. Obtendrás los siguientes beneficios:

- **Gestiona todos los pasos del proceso de negociación, mediación, conciliación** entre las partes.
- Anota y registra las actuaciones de negociación realizadas, reuniones mantenidas, para que tengas **control y trazabilidad completa del proceso**.
- **Digitaliza la documentación generada** y accede a ella en cualquier momento y desde cualquier lugar.
- **Garantiza la confidencialidad del proceso y la documentación** utilizada. Mantén segura toda la información y el acceso a la misma, gracias a la certificación en el Esquema Nacional de Seguridad, así como otros estándares en tecnología y seguridad de la información.
- **Gestiona de manera sencilla la información del acuerdo** alcanzado y si no fuera posible, conecta con la fase judicial del asunto ahorrando tiempo y agilizando la gestión.

Todo ello, con la **calidad, seguridad y compromiso** de la marca Aranzadi.



1. Los MASC en la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: muchos caminos para la concordia

Dossier

Análisis, alcance y repercusión de los **MASC** en la futura **LMEP**

1. Los MASC en la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: muchos caminos para la concordia

Eduardo Vázquez de Castro

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Cantabria. Dir. Máster Mediación y Gestión de conflictos de la UC. Investigador principal del Grupo de I+D+i y de la Cátedra de Derecho e Innovación de la UC. Vicepresidente de la CUEMYC.

Leticia García Villaluenga

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Dir. Máster de formación permanente: Mediación, negociación y gestión de conflictos de la UCM (postgrado desde 1998), Dir. Grupo investigación ADRsXXI. Presidenta de la CUEMYC.

SUMARIO

1. Introducción. Las personas no eligen lo que no conocen. Los MASC, ¿grandes desconocidos también para los profesionales?

2. Ampliando el concepto de Servicio Público de Justicia a través de los MASC.

3. Las diferentes modalidades incluidas en la categoría de MASC: reflexiones en torno a su alcance.
 - 3.1. La mediación.

 - 3.2. La conciliación.

 - 3.3. La oferta vinculante confidencial.

 - 3.4. La opinión neutral de experto independiente.

4. Conclusiones.

5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Las personas no eligen lo que no conocen. Los MASC, ¿grandes desconocidos?

Todos y cada uno de los mecanismos que componen los MASC, a tenor de la inminente *Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia* (LMEP), son sistemas que van a poder ser elegidos por las personas implicadas en un conflicto, tanto para dar cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido en la norma, artículo 14, como porque deseen beneficiarse de las ventajas que ofrecen. Sin embargo, **las personas no eligen lo que no conocen y, del mismo modo, los profesionales no pueden asesorar y/o, en su caso, intervenir, sobre estos mecanismos sin tener un conocimiento cualificado al respecto.**

Por ello, es crucial que los profesionales comprometidos en estos temas, desde el conocimiento preciso de lo que implican, presten una especial atención a las personas que acuden a plantearles sus problemas para ayudarles a elegir el método más adecuado para gestionarlo y solucionarlo evitando juicios innecesarios. Así, el Estatuto General de la Abogacía Española (RD 135/2021, de 2 de marzo), dispone: "Art.48,3: ***“El profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto (...) procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses”.***

Una buena prescripción de MASC va acompañada necesariamente de un buen diagnóstico o análisis de la situación que

planteen las partes. Asimismo, se ha de ofrecer una información clara y comprensible sobre el funcionamiento, alcance y consecuencias de cada método para que puedan tomarse las mejores decisiones en la elección, ofreciendo confianza y mostrando solvencia técnica.

No es de extrañar que el nuevo marco normativo vaya a redundar en el incremento de protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente la Abogacía, al poderse desempeñar como profesionales que, además de prestar asistencia letrada potestativa y también preceptiva (para cumplir con el requisito de procedibilidad), tienen reconocido el rol como tercero en negociaciones asistidas, el de conciliador privado, el de asesor preceptivo en la formulación y efectos de la oferta vinculante confidencial. Asimismo, y, entre otras, puede formular opinión de experto independiente y actuar, en los casos en que no intervenga como letrado, como persona mediadora, si cumple los requisitos establecidos en la Ley 5/2012 de mediación en Asuntos civiles y mercantiles (art. 11).

Grandes retos para estos y otros profesionales que tienen ahora la oportunidad de hacer que la concordia se vincule indefectiblemente a la justicia, más allá de la letra de la Ley.

2. Ampliando el concepto de Servicio Público de Justicia a través de los MASC

En el momento actual, y ante la inminente aprobación de la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, parece obligado el estudio y comprensión del funcionamiento de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (en adelante MASC) en el contexto de la Administración de Justicia. Quizá se considere paradójica la afirmación con la que comenzamos el presente dossier. ¿Nos referimos a medios de solución extrajudiciales? ¿Cómo pueden estos medios, extrajudiciales, analizarse desde el entorno de la Administración de Justicia? Más adelante, se presentarán distintos argumentos para responder al interrogante planteado sin incurrir en incongruencia. Sin embargo, ahora es oportuno responder las preguntas con un razonamiento rotundo y definitivo. **Los MASC se deben considerar en relación con la Administración de Justicia porque así lo establece la Ley.** El argumento es una evidencia incontestable, al recogerse los MASC como protagonistas de todo un título (el primero) de la que será Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (LMEP). El propio legislador español considera, en su Exposición de Motivos, que este Título I de la ley contiene “la inserción en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, de otros medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, como medida que (...) se considera imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible”.

Sin duda, se trata de toda una declaración de intenciones que encuentra su confirmación en la sistemática que puede observarse en su

articulado. Así, en los tres capítulos del primer título de la Ley, que desarrollan la regulación de los MASC, se recogen unas disposiciones generales, los efectos jurídicos que pueden derivarse de su resultado y sus diferentes modalidades. Efectivamente, en las primeras disposiciones generales, en las que se ofrecen conceptos muy amplios, además, se introduce la novedad del requisito de procedibilidad, que es el que ha despertado el mayor número de opiniones encontradas y al que luego nos referiremos.

Volviendo a la integración de los MASC en el Servicio Público de Justicia, hay que ser conscientes de que la propia denominación, como medios adecuados de solución de controversias (MASC), implica utilizar una terminología moderna. Ciertamente, ya existía un concepto genérico afín al de MASC que pretendía definir una categoría capaz de incluir todas las figuras que componen la solución extrajudicial de conflictos. Sin embargo, esta categoría genérica solía denominarse como “sistemas de resolución alternativa de disputas (RAD)” o “medios alternos/alternativos de solución de conflictos (MARC)”, como más comúnmente se conocían en países iberoamericanos. Dicha categoría se importaba de la cultura angloamericana en la que había tenido fortuna la denominación de Resolución Alternativa de Disputas (Alternative Dispute Resolution), y su acrónimo ADR era utilizado de manera generalizada. Sin embargo, esta denominación resulta conceptualmente bastante alejada de la consideración de que estos medios sean integrados en la Administración de Justicia, al modo en que lo hace el texto normativo. El concepto de “alternativo” parecía indicar que se debía optar entre la vía judicial u otra (la alternativa) extrajudicial con función igual o semejante. Resulta paradójico considerar que “alternativos” e “integrados” sean términos que puedan confluir. Estas nociones requerirán de una cierta evolución para que su significado pueda encajar en la idea de que la Administración de Justicia también se considere compuesta por los diferentes sistemas denominados como MASC.

La evolución se ha producido y puede observarse, en primer lugar, en derecho comparado. En el ámbito anglosajón o del *Common Law* se logró unificar la nomenclatura en este campo y siempre aparece la referencia común a los sistemas de ADR (Alternative Dispute Resolution). En cambio, en los países de habla hispana no se ha logrado esta uniformidad terminológica, a pesar de seguir su influencia, guardando un cierto mimetismo. **Más recientemente, también en la terminología técnica empleada en inglés, se ha sustituido la palabra “alternativa” por “adecuada”, aunque se ha mantenido el acrónimo “ADR”. En consecuencia, puede considerarse que la tendencia a denominar estos sistemas como “adecuados” en lugar de “alternativos” es global.** La sustitución de la palabra alternativos por adecuados ha sido unánimemente aplaudida, puesto que el término alternativos podía inducir a confusión. Si se considera que la alternativa era al procedimiento judicial debía matizarse que esa alternativa era tan sólo de elección inicial, puesto que la vía judicial ha de quedar siempre abierta si no se quiere vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, los sistemas MASC no pueden considerarse como alternativos a la vía judicial o jurisdiccional, sino, en su caso, como complementarios a la misma y, en todo supuesto, adecuados.

Además, se puede considerar que estos medios, cuando se ofrecen de manera institucional, se convierten en un modo más de acceder a la Administración de Justicia. De esta forma, las posibilidades de acceso a la justicia encuentran una fórmula de opción múltiple, puesto que pueden obtenerse soluciones a los conflictos a través de los MASC o a través del proceso judicial. Esta manera de integrar los MASC en la Administración de Justicia se ha producido, sobre todo, con la mediación y la conciliación. Las posibilidades de acudir a estas figuras, como un medio más de acceso a la justicia, se ha concebido ya en muchos ordenamientos jurídicos, al establecer el intento

de mediación o conciliación como un requisito previo de procedibilidad antes de acudir a la vía judicial.

La concepción de integrar los MASC como parte de la Administración de Justicia puede encontrarse, también, en el origen y desarrollo de estas figuras en EE.UU. a partir de la famosa “Conferencia Pound” (1976). En este Congreso fue donde el profesor Frank Sander mostró, por primera vez, las entonces denominadas “A.D.R.” como un campo de investigación jurídica, proponiendo su famosa visión de los tribunales con múltiples puertas para acceder a la justicia (“*multidoor courthouse*”). En ese momento, se ofrecieron una variedad de modalidades de A.D.R. para solucionar los conflictos, aparte de la tradicional vía judicial. De esta manera tuvo gran fortuna la expresión “*multidoor courthouse*” o tribunal con múltiples puertas para considerar que la Administración de Justicia no podía reducirse a la vía estrictamente judicial. Tras esta propuesta, se incorporó en los tribunales federales estadounidenses la obligación de ofrecer algún sistema MASC al que poder derivar el pleito por parte de los jueces para el caso que se considerase oportuno o adecuado.

Asimismo, existe una clara tendencia a la desjudicialización de muchos ámbitos al reducir la intervención de la labor jurisdiccional contenciosa y abriendo nuevas posibilidades a la jurisdicción voluntaria. Se han ampliado funciones de los jueces de paz, los letrados de la administración de justicia (antiguos secretarios judiciales) y los notarios. De esta manera, también se promueve el uso de los MASC con el soporte de la fuerza ejecutiva con el que pueden dotarles no sólo la homologación judicial (convenios reguladores en separaciones o divorcios con hijos, transacciones, etc.), sino su formalización ante fedatarios públicos (letrados de la administración de justicia y notarios).

3. Las diferentes modalidades incluidas en la categoría de MASC: reflexiones en torno a su alcance

Dentro de los MASC, que el texto normativo define en su artículo 1, focalizando en la actividad negociadora, debe realizarse una primera e importantísima distinción o clasificación. Ello, a pesar de que el concepto genérico engloba todo tipo de sistemas de solución extrajudicial, tanto de heterocomposición (arbitraje, conciliación, opinión legal no vinculante o vinculante de manera unidireccional), como de autocomposición (negociación o mediación) y cualquier otra fórmula híbrida o ecléctica como la facilitación, el derecho colaborativo, los sistemas med-arb, etc.

En efecto, en cada uno de los medios que ofrece el texto (PLMP), tanto los contemplados expresamente en el artículo 4 al referirse a los requisitos de procedibilidad, como los que por analogía con éstos resulten idóneos a tenor de las leyes, se deben analizar y distinguir con claridad a la luz de la clasificación referida, como métodos autocompositivos o heterocompositivos. Así pues, **resulta importante tener en cuenta si el método elegido va a consistir en un sistema adversarial, en el que la intervención de un tercero va a resultar decisiva o definitiva para la solución de la controversia (heterocomposición), o si va a resultar un sistema consensual, en el que son las propias partes implicadas en el conflicto las que van a procurar encontrar por sí mismas la solución de la controversia (autocomposición).**

En el medio heterocompositivo, el protagonismo es del tercero que trata de solucionar la controversia directamente, mientras que en

el sistema autocompositivo el protagonismo es de las partes que tratan de solventar la controversia por sí mismas llegando a un acuerdo. Existen medios autocompositivos, aunque exista un apoyo o supervisión de un tercero, cuando dicho tercero mantenga su neutralidad sin resolver, decidir o intervenir ofreciendo una solución a las partes. Existen medios heterocompositivos cuando el tercero es quien resuelve, decide o interviene ofreciendo una solución, aunque se haya pactado el carácter no vinculante de esta opinión. De esta manera, en los medios heterocompositivos habrá intervención o decisión vinculante o no vinculante del tercero. Lo decisivo para considerar que el medio es heterocompositivo es que el tercero ofrezca directamente la solución a la controversia.

3.1. La mediación, un MASC a impulsar

Al analizar cada uno de los medios que se describen en el texto se encuentra, como no podía ser de otro modo, la mediación.

La mediación es el método más conocido y de uso mayormente extendido entre los antes denominados ADR y ahora MASC. Resulta especialmente interesante la aproximación a la mediación utilizada en la vía intrajudicial. Es decir, la mediación que se realiza en el seno de un proceso judicial abierto en el que el juez o las propias partes consideran aún posible la consecución de un acuerdo, para lo que se suspende dicho proceso judicial (art. 19 LEC).

La mediación es un método autocompositivo en el que las mismas personas inmersas en el conflicto intentan llegar a un acuerdo, fortaleciendo su protagonismo y su corresponsabilidad, y lo hacen mediante la ayuda profesional de una tercera persona mediadora. En este caso, el mediador/a genera un espacio comunicacional, facilitando el diálogo y favoreciendo la gestión colaborativa del conflicto, asistiendo a las personas implicadas en él para que focalicen en sus necesidades e intereses, más allá de sus posiciones, y puedan conse-

guir, por sí mismas, acuerdos satisfactorios, viables y estables para ambas. Los principios que rigen el proceso son los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y flexibilidad.

Uno de los principios que puede verse más afectados ante la nueva regulación es el de la voluntariedad. No obstante, debe considerarse que el principio de voluntariedad se traduce, al menos, en la posibilidad de desistir o abandonar la mediación en cualquier momento sin ninguna consecuencia. La necesidad de que las personas puedan solicitar un proceso de mediación cuando tienen un conflicto y el desarrollo de todo orden que ha tenido lugar en las últimas dos décadas para que esta institución sirviera a la finalidad para la que se diseñó en ámbitos tan necesarios como la familia, el civil, mercantil, etc... hace que la doctrina se planteara ya en 2015 y tras los devastadores informes de la Unión Europea sobre los resultados de la aplicación de la mediación, tras la Directiva 52/2008, la necesidad de encaminarse hacia una **“voluntariedad mitigada”**.

Sabemos que la voluntariedad es uno de los principios esenciales de la mediación y que afecta tanto a la persona mediadora (que puede desistir si el proceso no resulta garante para alguna de las partes o no cumple la finalidad para la que se desarrolla), como a las partes al inicio, durante el proceso y al finalizar, ya que puede concluir con o sin acuerdo.

La piedra de clave era la posibilidad de introducir algún elemento “motivador”, más que disuasorio, para que las personas pudieran conocer las ventajas que puede ofrecer esta metodología y así tuviera la potestad de elegir-la o descartarla. Se planteaba como esencial que al menos, se pudiera derivar a este recurso para tener la opción de aprovecharlo, ofreciendo la sesión informativa, tal como ocurre en otros países de la Unión, y como facultaba para hacerlo la Directiva 52/2008. La apuesta de la nueva Ley a este respecto es más firme, en pro de una **“obligatoriedad mitigada”**¹, a través del requisito de procedibilidad del artículo

4. En este marco coloca junto a la mediación a otros medios con mejor entidad y reconocimiento normativo y de menor desarrollo social e institucional, pero lo cierto es que todos componen un elenco amplio que predica la libertad del ciudadano para elegir entre ellos, y de los profesionales para asesorar lo más idóneo para el supuesto que se presente.

No se insistirá sobre este MASC por contar con un marco normativo estable internacional (Directiva 52/2008 de mediación en Asuntos civiles y Mercantiles), nacional (Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, modificada parcialmente por la que será la Ley de eficiencia procesal...y Autonómico, con una regulación ciertamente desarrollada, incluso, con leyes de segunda generación con nuevos alcances, como es el caso de Cataluña, Valencia, Baleares, Castilla La Mancha.... Este sistema de gestión y solución de conflictos se ha venido consolidado en la práctica y se ha analizado con rigor por la doctrina, como un sólido proceso estructurado y al mismo tiempo flexible que facilita su adaptación a cada situación y contexto, aunque con las consabidas limitaciones derivadas de la Ley, moral y orden público.

Incluso, la mediación desarrollada por medios electrónicos o mediación electrónica resulta también descrita en la Ley, ofreciéndose pautas y criterios para su uso eficiente. En este punto, su correspondencia entre el procedimiento por medios electrónicos de los MASC resulta de un mimetismo extremo. Evidentemente, cuando se desarrolla una plataforma de solución de disputas en línea se articulan de manera escalable todos y cada uno de los MASC y es frecuente que se ofrezca en la misma plataforma negociación asistida o automatizada, mediación electrónica e incluso arbitraje electrónico. No existe inconveniente en que en la resolución de disputas en línea se añadan funcionalidades para que pueda realizarse una conciliación, una oferta confidencial vinculante o una opinión (Dictamen) de Experto Independiente.

3.2. La conciliación

Uno de los medios clásicos que recoge el texto normativo es la conciliación. En la conciliación, la respuesta al conflicto procede de la voluntad de las partes y no de la imposición coactiva. Aunque, una vez que existe acuerdo o avenencia, se podría considerar que el conciliador que interviene emite una resolución que pone fin a la controversia. **En la conciliación, la voluntad de las partes se encuentra, ya como expresión del común acuerdo –tras la cesión mutua en sus objetivos o pretensiones–, ya como resultado de la voluntaria cesión de una de ellas cuando se aviene a todas o alguna de las ofertas o propuestas que realiza la otra parte. El factor heterocompositivo viene cuando el conciliador ratifica la solución mediante una decisión o resolución que implica ciertas atribuciones.**

Dentro de la conciliación se pueden distinguir varios tipos:

3.2.1 La conciliación que podría denominarse como “pública”, al realizarse dentro de la Administración de Justicia por los Letrados de la Administración de Justicia (LAJs), y dentro de esta se puede distinguir entre:

a) La denominada “conciliación intraprocesal”, que tiene lugar una vez iniciado el proceso y a lo largo de su tramitación y va dirigida a posibilitar que las partes alcancen un acuerdo con el que resolver sus diferencias y desacuerdos y que, en consecuencia, ponga fin al litigio. En este caso, surge la posibilidad de conciliación en el seno del proceso y es conducida bien por el juzgador, bien por el Letrado de la Administración de Justicia –en adelante, LAJ.

b) La conciliación extraprocesal o “preventiva”, anterior al inicio del proceso y dirigida a evitarlo. Actualmente regulada en los arts. 139 a 148 de la Ley 15/2015, de 3 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. El cuerpo de LAJs se encarga, como proceso de jurisdicción voluntaria, de desarrollar esta

conciliación y, finalmente, por decreto, homologa el pacto o acuerdo que se alcance como solución a la controversia.

La iniciativa de la conciliación viene siempre promovida por una de las partes del conflicto a través de un escrito de solicitud, al que puede acompañar los documentos que estime oportunos (Art. 142 LJV). La conciliación –o su intento– tiene un triple resultado posible:

i) En caso de incomparecencia de las partes a su celebración no generará efecto alguno, salvo que se aprecie mala fe por allanarse posteriormente a la demanda, en cuyo caso se repercutirán costas (art. 395.1 LEC).

ii) Si las partes comparecen al acto y no alcanzan el acuerdo, la conciliación finaliza sin avenencia. Tampoco tendrá consecuencia alguna, salvo que posteriormente se allane a la demanda la parte que rechazó la solicitud de conciliación (art. 395.1 LEC).

iii) Si las partes comparecen y alcanzan un acuerdo su avenencia pondrá fin al conflicto, evitando el proceso. En este último caso, el acuerdo que, como se adelantaba, viene plasmado por él, es homologado por el LAJ en un decreto de avenencia, que no solo es vinculante para las partes, sino que goza de fuerza ejecutiva (vid. Art 517.2. 9.º LEC).

3.2.2. La “conciliación notarial y registral” que el texto propone incorporar al sistema de Justicia civil (art. 13.3 PLMEP). Esta será la conciliación llevada a cabo por Notario -y cuya regulación se contiene en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado (art. 81 a 83), y la que tiene lugar ante el Registrador (mercantil o de la propiedad), que ha de regirse, como bien señala el art. 13.4 PLMEP, por lo dispuesto en el Título IV bis de la Ley Hipotecaria (art. 103 bis). La previsión de esta conciliación privada del nuevo texto normativo se considerará como derecho supletorio (Art. 4.1 PLMEP).

3.2.3. La conciliación privada, prevista en el artículo 14 PLMEP, resulta más polémica. Las críticas a esta modalidad de conciliación vienen determinadas por lo confuso de su procedimiento, que no acaba de ser bien definido. Realmente, se trata de regular una conciliación tan “sui generis” que parece alejarse de las características típicas de esta figura. Si la conciliación desarrollada en el marco institucional es gestionada por los LAJs, dentro de la oficina judicial, se puede afirmar que se trata de una conciliación de carácter público. En este sentido, en contraposición, la “conciliación privada” se referirá a la que resulta gestionada, en calidad de conciliador, por un sujeto privado.

Según dispone el art. 14 del PLMEP, “toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le corresponden en defensa de un derecho que considere vulnerado, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negociadora tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar”.

Precisamente, a este “conciliador privado” se le atribuyen las funciones de gestión del proceso, al establecer que se encarga de presidir las reuniones de las partes y dirigir todos los trámites del proceso de conciliación, bien sea personalmente, bien sea a través de medios electrónicos (art. 15 PLMEP). No obstante, las funciones de este conciliador privado van más allá de las que se han observado respecto a la conciliación institucional, porque el carácter heterónimo y disruptor de la autocomposición se hace más patente cuando se añaden como funciones del conciliador privado las de “formular directamente a las partes posibles soluciones e, incluso, proponer la posibilidad en cualquier momento de poder emitir una opinión escrita no vinculante e invitar a las partes a que formulen posibles propuestas de solución que construyan un eficaz acuerdo común”.

Es decir, el conciliador privado no se caracteriza por su neutralidad, porque tiene que

proponer soluciones y opiniones no vinculantes. Al resultar la labor del conciliador privado tan intrusiva e involucrarse en la propuesta de soluciones, la norma pretende equilibrar su poder o posición al requerir la supervisión de los abogados de las partes. De este modo, si existiera acuerdo, total o parcial, el conciliador habrá de “requerir a los abogados de las partes, si estuviesen personados, para que supervisen el acuerdo”.

Resulta llamativo que frente al peso que se le otorga a la figura del profesional de la conciliación no se hayan establecido unos criterios estrictos sobre las cualidades que ha de reunir. No se le exige al conciliador privado formación específica alguna relacionada con la gestión y resolución de conflictos. La única condición o exigencia es la de ser un profesional colegiado en activo o estar inscrito como mediador en los registros correspondientes – cuando no pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas; y, aunque relaciona las instituciones colegiales de la abogacía, procura, graduados sociales, notariado y registradores de la propiedad, admite la pertenencia, como profesional en ejercicio a otras legalmente reconocidas. En caso de pertenencia a una sociedad profesional, esta “deberá cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio” (Vid. Art. 14. 2 a) y c) PLMEP).

Parece que esta figura de conciliador profesional podría ser una fórmula para sortear o burlar los requisitos específicos que se exigen a las personas mediadoras en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Hay que ser conscientes de que se imponen más condiciones o garantías a quienes no tienen funciones o facultades de proponer soluciones, como para el ejercicio de la mediación, que a quienes se les otorgan funciones de propuesta de solución no vinculante como conciliadores. Parece que se está,

como mínimo, ante una falta de concordancia o, incluso, ante una incoherencia o antinomia. Se libera al “conciliador privado” de la necesaria formación, especialización y seguro legalmente exigida a la persona mediadora (art. 11 de la LMACYM) cuando tiene atribuidas funciones que pueden implicar una mayor responsabilidad.

3.3. La oferta vinculante confidencial

El art. 16 del PLMEP viene a regular un instrumento concebido como uno de los posibles métodos adecuados de resolución de controversias a incorporar.

Podría considerarse que la “oferta vinculante confidencial” puede concebirse como una iniciativa o actividad negociadora incipiente. Realmente, se centra esta fórmula en una de las partes de la negociación como es la oferta. En este sentido, **podría cuestionarse que la oferta vinculante confidencial deba ser considerada una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, son los efectos jurídicos que se asocian a esta oferta vinculante confidencial los que puede suponer una auténtica novedad, y cuya referencia puede ser encontrada en ordenamientos jurídicos del *Common Law* e, incluso, en algunos supuestos de arbitraje internacional.**

El art. 16.1 establece: “la forma de remisión tanto de la oferta como (de su) aceptación –que, puesto que no se detalla, podría ser cualquiera siempre que observe la exigencia que seguidamente se menciona– ha de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido”.

La descripción del método no parece que requiera de grandes conocimientos técnicos o jurídicos. Cualquier persona física o jurídica que decida servirse de este instrumento podría utilizarlo sin que precise de asesoramiento o auxilio por parte de un profesional o exper-

to. La dificultad, sin embargo, se esconde en cómo configurar una oferta que satisfaga las pretensiones de quien la realiza pero que, al tiempo, resulte también aceptable por satisfacer los intereses y necesidades de la otra parte. En definitiva, la dificultad que entraña es el de cualquier tipo de negociación colaborativa.

Así formulado, este medio de solución de controversias no requeriría de mayor análisis. Sin embargo, podría ser un sistema para burlar el requisito de procedibilidad, cuando no se penalizan o se entra a valorar que puedan existir ofertas temerarias o de mala fe. Una oferta sin fundamento podría ir más allá de cerrar la puerta al acuerdo, si tiene la finalidad de servir como excusa de haber cumplimentado o cumplido formalmente con el presupuesto de procedibilidad, del que se hace depender la admisión de la demanda.

Una de las características en las que se hace hincapié es en la cuestión formal. En efecto, se establece, en lo que atañe a la forma, la necesidad de remisión, tanto de la oferta como de la aceptación, en condiciones arriba indicadas. Condiciones mínimas que, en caso de que la oferta no prospere, acrediten el intento de acuerdo que abra paso a la admisión de la oportuna demanda. Conforme señala el mismo art. 16.2, “en el caso de que la oferta vinculante sea rechazada, o no sea aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes o en cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, la oferta vinculante decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiéndose que se ha cumplido el requisito de procedibilidad”.

En síntesis, la formulación de la oferta vinculante puede dar lugar a tres resultados, a saber: a) la aceptación por la persona a la que se dirige, b) su rechazo por esta y c) la falta de respuesta por el sujeto destinatario.

a) *La aceptación de la oferta por el destinatario de la misma.* En este caso, el pacto alcanzado pone fin a la controversia y se podrá

exigir su cumplimiento. Resulta muy llamativo que se zanje de esta manera tan simple la solución que ofrece este medio. Se describe un mero acuerdo vinculante, pero no se pronuncia respecto a si se considera o no título ejecutivo. Parece que para ser considerado título ejecutivo se deberá formalizar la oferta de manera fehaciente ante notario, a modo de reconocimiento de deuda, o se deberá acudir a la figura de la transacción o, en su caso, la homologación judicial. Debería haberse articulado la posibilidad de formular esta oferta a través del LAJ para obtener esta ejecutividad.

b y c) *el rechazo de la oferta o ausencia de respuesta*. Si la oferta viene rechazada o, en el mes siguiente a su formulación, no resulta expresamente aceptada, la parte requirente podrá dirigirse a la vía judicial y ejercitar la acción que corresponda.

El carácter confidencial es el que puede entrañar alguna polémica. Según dispone, el art. 16.3, "la oferta vinculante tendrá carácter confidencial en todo caso, siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 8 de este Título".

Parece imposible compatibilizar la confidencialidad que se exige a la oferta vinculante con la necesidad de dar a conocer, íntegramente, los documentos que reflejan la existencia y real contenido de la solución ofrecida. De hecho, la oferta vinculante confidencial en otros ordenamientos jurídicos mantiene este carácter confidencial incluso después de su aceptación y lo único que implica es que se produce una transacción en la que la parte que acepta la oferta renuncia a litigar. Por este motivo, se plantea la polémica.

Esta fórmula se ha contemplado como una especie de subterfugio por parte de algún litigante o parte fuerte frente a la otra parte más débil para evitar un pleito. De esta manera, una oferta individual sustanciosa a la parte que tiene pruebas suficientes y argumentos sólidos para obtener una previsible victoria judicial, viendo estimadas todas sus pretensiones, cede ante la tentación de una onerosa

oferta que privará a la justicia de conocer el caso. Por ello, podría decirse que se trata de una fórmula que se encamina a "comprar voluntades" y evitar publicidad o efecto llamada. Además, mantener el carácter confidencial también implica en estos casos el que no se pueda volver a utilizar la prueba en otros juicios posteriores. Pensemos casos de responsabilidad civil por negligencia, casos de productos defectuosos, etc. La crítica ha llevado a que no se admita este medio en algunos estados de EE.UU. por considerarse que, en ocasiones, podría suponer obstaculizar la justicia.

Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, no se ha llegado a plantear este supuesto y resulta novedoso. El hecho de no contemplar mantener esa confidencialidad de manera férrea hace suponer que tampoco plantearía mayores problemas procesales. Aunque la figura es novedosa, también podemos encontrar algo similar si acudimos al ejemplo de la oferta motivada de indemnización recogida en el art. 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Sin embargo, la diferencia con los previsible efectos que el legislador espera de la oferta vinculante confidencial es sustancial.

3.4. La opinión neutral de experto independiente

Este medio de solución de controversias tampoco implica una gran novedad formal. Se contempla en el art. 17 del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al establecer: "las partes (...), podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto", a lo que añade que, en ese caso, estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.

La influencia de figuras que se pueden encontrar en derecho comparado formuladas como "Opinión legal o pericial no vinculante"

es evidente. Es bien conocida la fórmula “early neutral evaluation”. Precisamente, el carácter no vinculante es el que lo distingue de otras figuras como la denominada como “expert determination” en la que se condiciona la solución del caso a la decisión final de un “experto” técnico e imparcial. Suele ser habitual este tipo de mecanismos en la disputa relativa a la valoración o tasación económica de bienes o daños. **La gran diferencia con el arbitraje es que, en estos casos, la solución no se formaliza mediante un laudo y, en consecuencia, la vinculación de las partes respecto a la opinión del tercero es de carácter convencional o contractual. Es decir, se pone fin al conflicto cuando se observa la solución por ambas partes de manera espontánea. En caso de que alguna de las partes incumpla la solución establecida por el experto se podría acudir a la vía judicial donde, finalmente, se sustanciará el asunto. En consecuencia, no resulta una vía resolutive rotunda o definitiva.**

La incertidumbre se produce porque tampoco se define cómo debe realizarse esta intervención de un sujeto “experto”. La definición de experto habrá de entenderse como técnico entendido en la materia o cuestión sobre la que versa la controversia. Un elemento que podría garantizar el éxito de este medio es que debe ser designado conjuntamente por las partes en conflicto. De esta manera, ya existe un reconocimiento conjunto a su criterio y existe un compromiso de respeto a su decisión. Poco se refiere, en cambio, a las características o condiciones que debe reunir el experto. Únicamente, se establece que actúa con neutralidad e independencia, con el objetivo de ofrecer a aquéllas opinión o criterio sobre la cuestión o materia objeto de la disputa y su solución. La tarea de este tercero experto consiste en señalar, según su leal saber y entender, cuál sería una solución ponderada o la que, bajo su experto criterio y a modo de pronóstico, sería el resultado de un eventual proceso judicial.

La opinión del experto independiente versará sobre cuestiones, bien jurídicas, bien de

otro orden, de las que conoce y sobre las que tiene opinión o criterio por razón de su formación o capacitación profesional, y vendrá reflejada en el informe a extender que, según detalla el legislador, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el artículo 8 de ese Título (ar. 17.2 PLMEP).

Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto –señala el apartado 3 de ese mismo art. 17- las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto; transcurrido ese breve plazo, si el dictamen y las conclusiones recogidas en el informe son aceptadas por las partes, el acuerdo que resulte ha de consignarse a los efectos oportunos, según señala el precepto, en los términos previstos en el artículo 11 y con los efectos previstos en el art. 12 PLMEP. Si, en cambio, no se asumen –sea por una, sea por ambas partes– el experto designado certificará haber llevado a cabo esta actividad, a los efectos de posibilitar a las partes la debida acreditación de haber dado cumplimiento al consabido requisito de procedibilidad. (vid. Art. 17. 4 y 5 PLMEP).

Un buen ejemplo de esta figura la tenemos en el ámbito de las disputas financieras de *Financial Net (Finnet)*. En este caso, la opinión legal no vinculante tiene mucha trascendencia por el prestigio de quienes la emiten. Es difícil que no se tenga en cuenta en aspectos financieros la opinión del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el caso de España. De tener una resolución no vinculante favorable, y no ser cumplida u observada por la entidad financiera afectada, probablemente, los tribunales la tendrían muy en cuenta a la hora de decidir sobre la controversia.

4. Conclusiones

Haber incluido en el texto de la Ley un nuevo rosario de sistemas, sin detallar su régimen jurídico y remitiéndose a regulaciones específicas posteriores, no ayuda a generar confianza ni a los prescriptores de los MASC, ni a sus destinatarios, por lo que la garantía de acceso a la justicia podría ponerse en cuestión al aplicarse estos medios.

Como sabemos, la mediación, es una institución jurídicamente normada en el ámbito internacional, nacional y autonómico, con un amplio desarrollo de experiencias, y con gran reconocimiento de los profesionales (muchos con un alto grado de capacitación teórica y práctica) que la vienen ejerciendo a lo largo de décadas, aunque siga sin corresponderse la necesidad con la demanda. A pesar del sólido andamiaje de esta institución, sobre la que el legislador pudo seguir construyendo el edificio de la pacificación social a través de la justicia, la mediación ha visto pasar el tren de su impulso, a través de una ley específica que quedó en vía muerta, y precisa aprovechar la oportunidad que le brinda la LMEP para que el requisito de procedibilidad le ponga en el lugar que le corresponde y para el que viene preparándose desde hace décadas.

La actividad negocial que como esencia del requisito de procedibilidad plantea la Ley de eficiencia, a través de la mediación, se abre ahora a otras instituciones, medios, más novedosos algunos, otros, con elementos diferenciados sobre los ya estaban vigentes en España y con perfiles aún difusos.

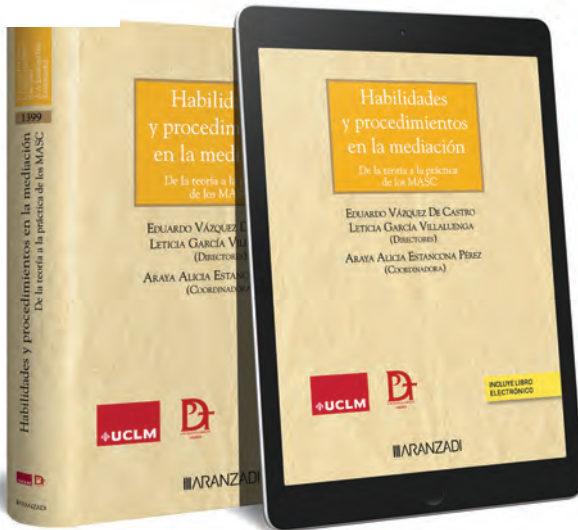
Todos van a requerir tanto del trabajo de estudio, análisis y práctica de los profesionales que quieran desempeñarlos, como de los que necesariamente han de asesorar sobre su adecuación a los casos que se les planteen. La pieza esencial que falta, más allá del desarrollo de políticas institucionales, de la Administración, etc., es la de consolidar la cultura de la

concordia entre la ciudadanía y eso es una tarea que llevará tiempo, porque sólo lo que has conocido y te ha dado satisfacción, vuelves a elegirlo.

Ojalá la nueva Ley nos traiga justicia para todos/as a través del impulso de los MASC, una mayor paz social bien lo merece.

5. Bibliografía

- **Vázquez de Castro, Eduardo y García Villaluenga, Leticia**, Codirectores (2022). *Habilidades y procedimientos en la mediación: De la teoría a la práctica de los MASC*. Ed. Aranzadi.
- **García Villaluenga, L. y Vázquez De Castro, E.** (2019). *"Impulso legislativo a la mediación, entre la incertidumbre y la esperanza"*. *Anuario de mediación y solución de conflictos*. nº 6. (publicado 2019). ed. Reus. páginas. 21-34.
- **García Villaluenga, L. y Vázquez De Castro, E.** (2016) *"La mediación y gestión de conflictos con mayores recursos"*. *Anuario de mediación y solución de conflictos*. nº 4. 20166 (publicado 2017). ed. Reus. páginas. 21-28.
- **García Villaluenga, L.** (2017), *"La mediación familiar"* en *TRATADO DE DERECHO DE LA FAMILIA*. Dir. Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas, M. ARANZADI FAMILIA. 2017. Vol II. 2º edición. Págs.797 a 892.
- **García Villaluenga, L. y Vázquez De Castro, E.** (2015) *"La mediación a debate en Europa. ¿hacia la voluntariedad mitigada?"* *Anuario de mediación y solución de conflictos*. Nº 3. 2015 (Publicado 2016). Ed. Reus. Pgs 21-36.
- **Vázquez de Castro, E.** Dir (2013). *PRÁCTICUM MEDIACIÓN*. Ed. Aranzadi.
- **García Villaluenga, L.** (2012) *"Comentarios a la Ley de mediación en los artículos: 7, 8, 9, 11 y Disposición final octava"*. En Codir. García Villaluenga, L y Rogel Vide, C. *Comentarios a la ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Ed. Reus.



HABILIDADES Y PROCEDIMIENTOS EN LA MEDIACIÓN. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA DE LOS MASC



1ª edición

AUTORES: Eduardo Vázquez De Castro y Leticia García Villalengua (Directores)

MARCA: Aranzadi

COLECCIÓN: Grandes Tratados

PÁGINAS: 550

ENCUADERNACIÓN: Tapa Dura

CM: 10020636

ISBN: 978-84-1391-310-0

CMProview: 10020635

ISBN Proview: 978-84-1391-309-4

PVP DÚO S/IVA: 75,91€

PVP DÚO C/IVA: 78,95 €

PVP PROVIEW S/IVA: 52,88 €

PVP PROVIEW C/IVA: 54,99 €

La mediación como medio adecuado de solución de controversias está perfectamente regulada como un proceso estructurado y flexible. Esta obra trata de ofrecer las claves para su correcto desarrollo en la práctica.

- La mediación y los MASC. Cuándo elegirlos y recomendarlos.
- Negociación y Mediación.
- Casos y ejemplos reales que los ilustran y aclara.
- Documentación y formularios de apoyo.

Destinada a profesionales de la mediación y la gestión de conflictos y a quienes tengan interés por introducirse en la práctica de las mismas, esta obra viene a llenar un vacío en materia de mediación y gestión de conflictos. La composición multidisciplinar en la autoría de la obra ha permitido proponer un método común y testado para concretar, dentro de la gestión de cada conflicto, las habilidades, técnicas y procedimientos a emplear por las personas mediadoras. Las propuestas se realizan sobre la base de casos y ejemplos reales que los ilustran y aclaran, al tiempo que se ofrece documentación y formularios de apoyo.



2. Los despachos analizan su repercusión en la tutela judicial efectiva y en el trabajo del despacho y la figura del tercero neutral

2. Los despachos analizan su repercusión en la tutela judicial efectiva y en el trabajo del despacho y la figura del tercero neutral

Luis Javier Vidal

Socio Procesal y Arbitraje. CMS
Albiñana & Suárez de Lezo



1. ¿El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE, reconoce la facultad de cualquier ciudadano a tener

acceso a los tribunales, sin embargo ¿en qué medida, con los MASC, se puede impedir el acceso a los tribunales a aquellos ciudadanos que no tengan ninguna voluntad de solucionar el conflicto de forma amistosa, o al menos de forma prejudicial? Son fundamentales las Sentencias TC 19/1981 y 182/2002.

No podemos desconocer que la obligatoriedad de acudir a un MASC como requisito de procedibilidad o admisibilidad de una demanda ante la jurisdicción puede verse como un obstáculo o un retraso al acceso a los tribunales por parte de aquellos que no tienen ninguna voluntad de solucionar un conflicto de forma amistosa.

En cualquier caso, entendemos que el futuro régimen legal del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia no tiene por qué ser incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables porque, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal que otorga al legislador un amplio margen en la determinación de las condiciones del acceso a la jurisdicción para la defensa de derechos e intereses legítimos (entre otras, STC 14/1992, de 14 septiembre).

En este sentido, es difícil considerar que el

establecimiento de pasos previos para el acceso a la jurisdicción civil (similar al que se aplica en otros órdenes jurisdiccionales) vulnera la Constitución Española cuando estos son razonables, están orientados a mejorar la eficiencia de la administración de justicia, a evitar dilaciones indebidas y a fomentar una forma de solucionar conflictos de forma consensuada.

En este sentido, es interesante el precedente establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017, que resolvió que la obligación de acudir a la mediación como requisito de admisibilidad de acciones judiciales es compatible con el derecho a la 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, 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.

No obstante, hay numerosas voces autorizadas que cuestionan la compatibilidad de este proyectado régimen legal con el derecho al acceso a los tribunales, por lo que, en caso de que se apruebe el Proyecto de Ley, se habrá de esperar al examen de constitucionalidad que haga nuestro Tribunal Constitucional en unos más que probables recursos y/o cuestiones de inconstitucionalidad.

Hay numerosas voces autorizadas que cuestionan la compatibilidad de este proyectado régimen legal con el derecho al acceso a los tribunales

2. ¿Corre peligro la puesta en marcha de los MASC, una vez aprobada el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, sin tener aprobado el Estatuto del tercero neutral? ¿Qué carácter y naturaleza tendrá este actor en la solución extrajudicial de conflictos?

En el actual Proyecto de Ley hay una cierta confusión respecto de la entrada en vigor de algunos preceptos de la norma por cuanto la Disposición Final Décima establece que, hasta que no se apruebe y entre en vigor el Estatuto del tercero neutral, no entrarán en vigor algunos preceptos tan importantes como la modificación del art. 403.2 de la LEC, que es el precepto que incorporaría en nuestra ley procesal el requisito de procedibilidad.

Por tanto, salvo que la redacción de la norma se modifique en los trámites parlamentarios, la ausencia de un Estatuto del tercero neutral puede poner en peligro la puesta en marcha de los MASC si finalmente se aprueba la norma.

Se habrá de esperar a la promulgación del referido Estatuto del tercero neutral a fin de conocer en detalle esta figura

Por lo que respecta al carácter y naturaleza del tercero neutral, se habrá de esperar a la promulgación del referido Estatuto del tercero neutral a fin de conocer en detalle esta figura, pues el Proyecto de Ley no lo desarrolla. No obstante, se entiende que deberá ser un tercero independiente y ajeno a las partes (sometido a un régimen de incompatibilidad) cuyas opiniones no vinculantes tendrán el valor de la experiencia y prestigio del profesional que las emita.

3. ¿Qué supone para la operativa diaria del despacho la futura entrada en vigor de la obligatoriedad de acudir a los MASC?

En nuestro despacho ya tenemos un departamento de mediación y de arbitraje, por lo que ya estamos acostumbrados a los métodos alternativos de resolución de controversias y lo cierto es que hemos resuelto muchas controversias mediante acuerdos.

Dicho lo anterior, es evidente que el establecimiento del requisito de procedibilidad sí supondrá un cambio en la forma de afrontar algunos asuntos y en la estrategia a adoptar con el cliente.

Es evidente que el establecimiento del requisito de procedibilidad sí supondrá un cambio en la forma de afrontar algunos asuntos y en la estrategia a adoptar con el cliente

En cualquier caso, en nuestra experiencia prácticamente todos los clientes están abiertos a escuchar propuestas de resolución amistosa de controversias, de manera que el paso previo por los MASC puede resultar una herramienta adecuada para formalizar ese acercamiento entre contendientes.

Luis Miguel Hernández Giménez

Director Área Procesal. Larrauri & Martí
Abogados Madrid



1. El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE, reconoce la facultad de cualquier ciudadano a tener acceso a los tribunales, sin embargo ¿en qué medida, con los MASC, se puede impedir el acceso a los tribunales a aquellos ciudadanos que no tengan ninguna voluntad de solucionar el conflicto de forma amistosa, o al menos de forma prejudicial? Son fundamentales las Sentencias TC 19/1981 y 182/2002.

Debemos empezar indicando, por evidente que pueda resultar, que lo que será obligatorio será el intento de conciliación o solución extrajudicial de controversias, no así el alcanzar un acuerdo. Es decir, cómo es lógico, y según señala el propio Proyecto de Ley que introduce los “Medios Adecuados de Solución de Controversias” (MASC), “*las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses.*” Y dado que, si las partes no quieren solucionar de esa manera su disputa, el acuerdo no se producirá, debemos afirmar que los jueces y tribunales seguirán salvaguardando, en última instancia, el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, tal y como hasta ahora se viene haciendo. Solo se impone a las partes la acreditación de que haya existido este intento de solución extrajudicial como requisito previo al ejercicio de la acción civil o mercantil que sea posteriormente presentada ante los órganos judiciales.

Los jueces y tribunales seguirán salvaguardando, en última instancia, el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos

Este concreto modelo que ahora introduciría el legislador español ya está avalado por la propia Unión Europea y el derecho comunitario, pues desde 2008 la *Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, aceptaba expresamente la posible obligatoriedad de una mediación, previa o posterior al inicio de un proceso judicial, “*siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*”.

Y, no en vano, un modelo muy similar lleva implantado varias décadas en la jurisdicción

social de nuestro país, pues con carácter previo al ejercicio de la mayoría de las acciones judiciales de contenido laboral, debe acreditarse el intento de conciliación ante los Servicios e Institutos autonómicos de Mediación, Arbitraje y Conciliación (si bien, en esta jurisdicción, tales mediaciones no suponen un coste añadido para el ciudadano, al tratarse de un servicio público prestado por cada comunidad autónoma).

Por tanto, la realidad es que estamos ante la implantación de un modelo que ya puede decirse existente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y sobre el cual, nuestro Tribunal Constitucional ya ha venido a pronunciarse en reiteradas resoluciones, aunque siempre remitiéndose en la mayoría de sus pronunciamientos a dos concretas resoluciones, las SSTC 19/1981, de 8 de junio y 182/2002, de 14 octubre, en las que, tras definirse el derecho a la tutela judicial efectiva, se especifica que *“al ser un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador”*, con el único límite de que el régimen establecido no configure *“obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente”*.

Cuestión muy distinta será la idoneidad o no de este modelo para conseguir disminuir la innegable saturación de nuestros órganos judiciales, y si realmente supondrá la alternativa más factible y eficaz para lograr la descongestión del sistema

Y, efectivamente, creemos que, si el intento obligatorio de solución extrajudicial incorporado por esta futura normativa no conlleva una dilación temporal relevante, ni costes excesivos, y si, además, se articula de forma que no añada la más mínima dificultad de acceso a la justicia para quienes carezcan de recursos -tanto en calidad de reclamante como de reclamado-, no se podrá entender que conlleve un impedimento de acceso a los tribunales.

Cuestión muy distinta será la idoneidad o no de este modelo para conseguir disminuir la innegable saturación de nuestros órganos judiciales, y si realmente supondrá la alternativa más factible y eficaz para lograr la descongestión del sistema. Es cuanto menos cuestionable si detrás de su implementación se encuentran las razones aducidas en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, o si lo que trasluce en realidad es la falta de intención del legislador de invertir más dinero público para dotar o renovar los medios y recursos de la Administración de Justicia.

La sensación predominante entre los abogados procesalistas parece ser, de hecho, la de verlo como la incorporación de un trámite burocrático adicional que agregue tiempo y coste al proceso de inicio de un litigio, pero que no necesariamente reduzca de forma sensible el volumen de demandas que continúen sellándose ante nuestros tribunales.

2. ¿Corre peligro la puesta en marcha de los MASC, una vez aprobada el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, sin tener aprobado el Estatuto del tercero neutral? ¿Qué carácter y naturaleza tendrá este actor en la solución extrajudicial de conflictos?

En el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, el "tercero neutral" es sólo uno de los MASC, pero no el único, lo que significa que, en tanto en cuanto se apruebe el estatuto de dicho tercero neutral, donde se regule su régimen, los litigantes -y los abogados que les asistamos en su defensa- deberemos acudir al resto de *Medios Adecuados de Solución de Controversias*, que son diversos, incluyendo, además de la *opinión neutral de un experto independiente*, la *mediación*, *conciliación* o incluso "*cualquier otro tipo de actividad negocial que permita dejar constancia de la recepción*", por lo que podrían quedar en la práctica reducidos a la remisión de una oferta vinculante mediante burofax con acuse de recibo y certificación de texto (oferta que deberá ser inferior, se entiende, al importe u obligación total al que se invoque tener derecho o ser debido, pues en otro caso, difícilmente podrá interpretarse que haya existido labor de negociación alguna).

No parece que la falta del referido estatuto ponga en peligro la puesta en marcha de este Proyecto de Ley

Por tanto, no parece que la falta del referido estatuto ponga en peligro la puesta en mar-

cha de este Proyecto de Ley, pues existen otros medios igualmente idóneos, según la propia norma, para entender acreditado este intento de acuerdo previo entre las partes en conflicto. Sin embargo, sí puede entenderse que la entrada en vigor de esta norma, al anticiparse a la aprobación del citado estatuto, implica coexistir con varias indeterminaciones sobre la actuación del tercero neutral y, entre ellas, la del coste que vaya a suponer su labor, cuestión que habría sido preferible evitar, armonizando el Proyecto de Ley con la regulación de uno de los principales *medios* que parece querer impulsar.

3. ¿Qué supone para la operativa diaria del despacho la futura entrada en vigor de la obligatoriedad de acudir a los MASC?

No es de esperar que el hecho de que la ley exija la acreditación de este intento previo de conciliación o negociación vaya a variar la necesidad de nuestros clientes de contar con asesoramiento jurídico en relación con su conflicto. Ahora bien, sí que es previsible que la obligatoriedad de acudir a los MASC vaya a incrementar los tiempos en los que podamos conseguir, en favor de nuestros clientes, una resolución judicial estimatoria de su reclamación, así como que pueda llegar a suponer un aumento de los costes previos que deban ser asumidos por el cliente hasta que se vea resarcido en sus pretensiones y, en su caso, reintegrado en estos costes, como el propio Proyecto de Ley regula. Siendo esto así, quizá los despachos de abogados nos veamos obligados a tener que alterar los hitos de facturación actual, para que el cliente no se vea desincentivado en el ejercicio de estas acciones.

Asimismo, vamos a tener que destinar recursos del departamento procesal para atender estos intentos previos de solución extrajudicial o negociación, invirtiendo las horas que resulten necesarias en tal reclamación previa al ejercicio de acciones judiciales y en la asistencia al acto negocial o de conciliación que, ante el mediador, notario, u otro funcionario pueda producirse.

Vamos a tener que destinar recursos del departamento procesal para atender estos intentos previos de solución extrajudicial o negociación

Ana Enguix Bou

Directora Área Legal y Procura de Lexer

Lexer/



1. ¿El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE, reconoce la facultad de cualquier ciudadano a tener acceso a los tribunales, sin embargo ¿en qué medida, con los MASC, se puede impedir el acceso a los tribunales a aquellos ciudadanos que no tengan ninguna voluntad de solucionar el conflicto de forma amistosa, o al menos de forma prejudicial? Son fundamentales las Sentencias TC 19/1981 y 182/2002.

Los MASC se regulan en el art. 4.1. del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, como requisito de procedibilidad de obligado cumplimiento

en el orden jurisdiccional civil -con exclusión de algunos supuestos concretos- para que sea admisible una demanda. En consecuencia, siempre que se acompañe con la demanda el documento acreditativo de haber intentado el MASC (requisito de Derecho objetivo), aunque sea con resultado fallido, nada impedirá el acceso a los tribunales.

Siempre que se acompañe con la demanda el documento acreditativo de haber intentado el MASC (requisito de Derecho objetivo), aunque sea con resultado fallido, nada impedirá el acceso a los tribunales

Cuestión diferente es la planteada respecto a aquellos ciudadanos que, aun concurriendo a un MASC, no tengan voluntad efectiva de solucionar el conflicto de forma amistosa o, al menos, de forma prejudicial, considerando el mismo como un trámite más de la burocracia prejudicial que hay que cumplir, pero sin verdadero ánimo -entiéndase buena fe- de buscar una solución extrajudicial al conflicto. En estos supuestos, considero, igualmente, que ha de prevalecer en todo caso el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE por las siguientes razones:

Es unitario el criterio jurisprudencial y de la doctrina que establece un análisis de la buena fe del art. 7.1 del Código Civil, desde la actividad de los ciudadanos más que de su intención, en cuanto a su sometimiento a las normas que regulan cada relación jurídica concreta.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cuestión de hecho

de libre apreciación por jueces y tribunales de acuerdo con los hechos acreditados. Esa valoración judicial solo es posible previo acceso del justiciable a los tribunales (conforme con el art. 247.2 LEC, no modificado por el Proyecto de Ley antes citado); en el MASC, será susceptible de valoración, en su caso, la actitud y comportamiento de la parte procesal, pero a los solos efectos de pronunciamiento de las costas y/o imposición de multa (en pieza separada, mediante acuerdo motivado y respetando el principio de proporcionalidad).

El art. 24.1 CE ha de interpretarse como un derecho a obtener la prestación jurisdiccional siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas (STC 19/1981, de 8 de junio). En consecuencia, en la jurisdicción civil, cumpliendo objetivamente el requisito de procedibilidad del MASC -vía procesal legalmente establecida-, se ha de tener acceso a los tribunales; otra cosa será la valoración que puedan hacer estos a posteriori respecto a quien motivó un procedimiento judicial pudiendo haber obtenido el mismo resultado a través del MASC.

En el derecho de acceso a la justicia del art. 24.1 CE, actúa el principio "pro actione" (STC 182/2002, de 14 de octubre). Es decir, de acuerdo con esta misma STC 182/2002, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceso a la jurisdicción para provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial (aunque sea de inadmisión). En consecuencia, al ser un derecho de configuración legal, su ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos regulados en cada supuesto concreto por el legislador, quien, "... no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente" (STC 182/2002). Por tanto, concurriendo el requisito de procedibilidad o del MASC, con independencia de su

resultado, o bien al menos su intento y acreditado en la demanda, se cumple el presupuesto para acceder a la jurisdicción civil es los casos previstos.

Conclusión:

Con los MASC ha de prevalecer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, independientemente de la voluntad efectiva del ciudadano de solucionar el conflicto de forma amistosa o, al menos de forma, prejudicial. En consecuencia, acreditado en la demanda el requisito de procedibilidad del MASC, se cumple el presupuesto para acceder a la jurisdicción civil en los supuestos en que así se exija y la valoración judicial, en su caso, sobre la voluntad y comportamiento de la parte procesal en el MASC, tendrá efectos en cuanto al pronunciamiento de las costas y/o imposición de multa, pero no sobre el fondo.

2. ¿Corre peligro la puesta en marcha de los MASC, una vez aprobada el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, sin tener aprobado el Estatuto del tercero neutral? ¿Qué carácter y naturaleza tendrá este actor en la solución extrajudicial de conflictos?

Aprobar la Ley de Eficiencia Procesal sin saber los términos y contenido del Estatuto del tercero neutral va a suponer que una de medidas más novedosa de la Ley de Eficiencia como son los MASC quede sin efecto hasta que no sea completado por este estatuto, que debería entrar en vigor un año después de la entrada en vigor de la Ley de Eficiencia Procesal. Por tanto, habrá que ver cómo queda redactado final-

mente el texto de la Ley de Eficiencia Procesal para conocer los requisitos de procedibilidad y si estos van a tener un carácter efectivo o simplemente son un peaje para el ejercicio de la reclamación judicial y si la Ley de Mediación podría ser aplicable hasta la aprobación del estatuto.

Aprobar la Ley de Eficiencia Procesal sin saber los términos y contenido del Estatuto del tercero neutral va a suponer que una de medidas más novedosa de la Ley de Eficiencia como son los MASC quede sin efecto hasta que no sea completado por este estatuto

A falta de conocer tanto los detalles definitivos de la Ley de Eficiencia Procesal y del futuro Estatuto del tercero neutral. En la tramitación parlamentaria de la Ley de Eficiencia Procesal, esta figura ha sido objeto de diferentes enmiendas que afectan a las funciones que desempeñará. En síntesis, el tercero neutral va a ser una figura ajena a las partes que va a tutelar la actividad negociadora para intentar llegar a una solución amistosa que evite el pleito. Aunque por el momento, detalles como su formación o la especialidad de la materia del asunto a tratar están en el aire hasta la aprobación definitiva.

3. ¿Qué supone para la operativa diaria del despacho la futura entrada en vigor de la obligatoriedad de acudir a los MASC?

Desde el área de recuperaciones sin duda supondrá la acreditación de una actividad previa negociadora, que sin excepción se viene realizando por nuestros clientes desde hace años, y que incluso ante la ausencia de regulación de la misma las compañías adheridas a ANGEKO, nos hemos autorregulado a través de su Código Tipo.

Las otras dos publis (la del libro ya he indicado en el otro word que va después del artículo largo del punto 1). Meter estas otras dos donde mejor encaje en maquetación.

Desde el área de recuperaciones sin duda supondrá la acreditación de una actividad previa negociadora

Curso de Mediación Civil - Mercantil v2



¿Puedo ser mediador civil-mercantil?

Sí, basta con estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior.

¿Qué aprenderé con este curso?

- Que la mediación es una vía alternativa de resolución de conflictos frente a la judicial.
- Que la solución al conflicto podrá ser alcanzada en menos tiempo.
- Que al ser las propias partes las que negocian y opinan sobre el conflicto, esto permite que se alcancen acuerdos más adaptados a las necesidades de las partes.

Esta formación está reconocida por el Ministerio de Justicia y podrás inscribirte en la sección primera del Registro de Mediadores de ese Ministerio.

DIRECTORA Y TUTORA

María del Pilar Lasheras Herrero

Profesora Universidad de la Rioja. Experta en Mediación.

AUTOR

Francisco Javier Díez Morrás

Abogado en ejercicio.

MÁS INFORMACIÓN



ARANZADI

