

Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos

Beyond the classical alternative methods to the judicial process: other forms of conflict resolution

Almudena Valiño Ces¹

Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 1.1. Con carácter general. 1.2. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en España. 1.2.1. Negociación. 1.2.2. Conciliación. 1.2.3. La mediación. 1.2.4. El arbitraje. 2. OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS. 2.1. Método híbrido o Medarb. 2.2. Evaluación Neutral o Evaluación de Expertos. 2.3. Facilitación. 2.4. *Mini-Trial* o Mini-Juicio. 2.5. Adjudicación. 2.6. *Partnering*. 2.7. *Summary Jury Trial*. 2.8. *Private Judging*. 2.9. *Special Master*. 2.10. *Ombudsman*. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En una sociedad avanzada se deben de poner a disposición del ciudadano una pluralidad de medios que garanticen su libertad para gestionar sus propios conflictos. La idea de Justicia global del siglo XXI pasa por ofrecer al justiciable un buen sistema de gestión y solución de conflictos. Éste será mejor en tanto ofrezca diversas opciones en orden a seleccionar la que considere más adecuada. La posibilidad de escoger entre el proceso judicial u otros métodos alternativos no ha de plantearse como una disyuntiva rígida y absoluta. La apuesta por vías alternativas o complementarias al proceso judicial en ningún caso implica rehuir o dejar de lado la utilización del mismo.

Palabras clave: Métodos alternativos, resolución de conflictos, proceso judicial, mediación, conciliación, arbitraje, negociación.

¹ Profesora del Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa. Universidad de Santiago de Compostela (USC). Doctora en Derecho por la USC. Máster en Mediación y Máster Oficial en Derecho Privado, por la USC; Supervisora y mediadora del Centro Municipal de Mediación Ciudadana del Ayuntamiento de Santiago de Compostela (2010-2011). Líneas de investigación: los sistemas alternativos para la resolución del conflicto, la mediación en el proceso civil o la mediación penal.

Participación en diversos proyectos de investigación. Miembro del Grupo de Investigación "*O conflicto e os mecanismos de solución con perspectiva de xénero*". Miembro del Grupo de Innovación Docente "*Grupo de innovación en técnicas de resolución de conflictos*". Miembro de la asociación Círculo Académico de Estudios Jurídicos y del Consejo de Redacción de la revista jurídica Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos.

Ponente en múltiples cursos y jornadas. Coordinadora de la obra colectiva: "*La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques*". Autora de diversas publicaciones, entre las que cabe citar: "*Los programas piloto desarrollados en España en materia de Mediación Penal en adultos*", "*El derecho a la presunción de inocencia en la mediación penal*", "*La mediación en el precurso y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015*" o "*El recurso a la mediación en la fase de la audiencia previa: los artículos 414 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

Abstract: In an advanced society should be put at the disposal of the citizen a plurality of media that guarantee their freedom to manage their own conflicts. The idea of global justice of the 21st century through the justiciable offer a good system of management and resolution of conflicts. This will be best as it offers various options in order to select the most appropriate. The possibility of choosing between the judicial process or other alternative methods should not arise as a rigid and absolute dilemma. The bet by developing alternative or complementary to the judicial process in any case involves shirk or abandon the use of the same.

Key words: Alternative methods, conflict resolution, judicial process, mediation, conciliation, arbitration, negotiation.

1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1. Con carácter general

En EE.UU., las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) aparecieron alrededor de los años treinta del siglo pasado debido a un movimiento típicamente anglosajón: el movimiento de libre acceso a la Justicia. Su fundamento reside en el hecho de que todos tengan la posibilidad de acceder a un sistema, cualquiera que sea, mediante el cual se logre una solución efectiva al conflicto planteado². Por ello, este movimiento se encamina a buscar alternativas a los tribunales, que, en muchas ocasiones, tal como entiende BARONA VILAR, no son conocidas en el sistema jurídico³. Alternativas que, según esta autora, se originan a causa de tres clases de motivos: el colapso producido en los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles; el sentimiento creciente de que faltaban cauces privados de solución de conflictos, sobre todo entre los particulares; y la incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia⁴.

Son diversas las denominaciones que buscan identificar al conjunto de estos mecanismos. A este respecto, cabe destacar, en primer lugar, la referencia "Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos" (MESC) que alude a "*cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes deben o desean mantener su relación después del procedimiento o en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico)*"⁵. Por su parte, HUERGO LORA⁶ identifica como "Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos", a "*aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica, de tal forma que se impida a las partes plantearla en vía judicial o se ponga término a un*

² Para CAPPELLETTI las ADR son "*mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*" (CAPPELLETTI, M., "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 282).

³ BARONA VILAR, S., "Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 18 – núm. 1, 2011, pp. 191 y 192.

⁴ BARONA VILAR, S., "Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la Mediación"..., *op. cit.*, p. 192.

⁵ PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre de 2002, p. 10.

⁶ HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 15.

proceso ya comenzado". Por último, puede destacarse la denominación "Técnicas alternativas de resolución de conflictos" (TARC)⁷.

Habida cuenta de lo expuesto, se relacionan a continuación, algunas de las características más relevantes de las técnicas ADR⁸. Por un lado, la participación de las partes involucradas en el conflicto debe ser absolutamente voluntaria y, por otro, se requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto, cuyo grado de participación variará en función del específico método: bien acercar las posiciones de las partes o bien emitir una decisión. Esta decisión puede consistir en una simple recomendación no obligatoria, en una recomendación forzosa para una sola parte o, por el contrario, preceptiva para ambas partes, como sucede en el arbitraje. Además, este tercero puede ser una autoridad pública, aunque en la mayor parte de los casos, es un órgano privado.

En resumen, se trata de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y de un tercero imparcial o, si se prefiere, de una opción alternativa extrajudicial. Además, se erigen como la consecuencia de la creación del Estado de bienestar, además de un intento de obtener la solución a los problemas que existen de acceso a la Justicia⁹.

En otro orden de cosas, se hacía antes referencia a la diversidad de métodos de las ADR. A grandes rasgos, pueden diferenciarse dos grandes bloques de clasificación¹⁰. En primer lugar, las ADR en sentido estricto –o convencionales–,

⁷ Con todo, la referencia más empleada es, sin duda, ADR. Ésta será la que se maneje a lo largo de este trabajo, pues no solo es el concepto más utilizado en la bibliografía de esta materia, sino también el que se utiliza en la normativa europea.

Fuera de la regulación europea también encontramos alguna referencia como Medios Alternativos de Solución de Diferencias en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, recogida en el Decreto núm. 914 de 2002 de El Salvador. En su artículo 2 señala que se hará uso de estos medios *"cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y aceptan expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato"*.

⁸ Son fruto del análisis de diversas resoluciones de la Comisión y del Parlamento Europeo sobre las ADR. Entre las numerosas resoluciones que existen en este contexto, cabe citar: la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; el Reglamento "Bruselas II" (CE) núm. 1347/2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental de los hijos comunes; y el Reglamento "Bruselas II bis" COM (2001) 505 final; la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE); el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil" (2003/C85/02) de 8 de abril de 2003; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y mercantiles.

⁹ Quedó patente que la Unión Europea viene entendiendo que las ADR constituyen una eventual y factible respuesta a la creciente visión negativa respecto a la solución judicial de los conflictos, en tanto constituyen vías que pueden ofrecer al ciudadano un mejor acceso a la solución de sus disputas. En esta línea se sitúa AZPARREN LUCAS, cuando señala que *"dentro de la UE el acceso a la Justicia, que constituye uno de los objetivos clave de la Política de la Unión, incluye en su concepto, la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial"* (Tal como se contempla en el prólogo de la obra de PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15).

¹⁰ Esta distinción ya se contempla en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 8 de abril de 2003 (pp. 16 y 17). Disponible en <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/LexUriServ.pdf>. Este Libro Verde es presentado por la Comisión el 19 de abril de

son aquellas a las que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial. Su origen se encuentra exclusivamente en la voluntad de las partes de resolver su controversia. Por tanto, las ADR convencionales se basan en principios de procedimiento que las partes eligen libremente, adhiriéndose, por ejemplo, a los reglamentos propuestos por las asociaciones profesionales o corporaciones o bien a través de códigos deontológicos a los que se someten. Y en segundo lugar, las ADR en sede judicial o intrajudicial¹¹, son aquellas aplicadas por un juez o derivadas por éste a un tercero. Así, es el juez quien, con cometidos distintos a los habituales, interviene como conciliador o delegando dicha intervención en un tercero.

Una diferencia relevante entre ambos bloques consiste en que en las convencionales las partes gozan de total libertad, tanto para elegir al tercero imparcial que intervendrá en la resolución del conflicto, como para organizar el procedimiento o configurar la ADR, siempre que no existan unas garantías mínimas preestablecidas. En cambio, las intrajudiciales –las aplicadas por un juez o derivadas por éste a un tercero–, aunque son flexibles, han de limitarse a determinadas normas mínimas de procedimiento, a fin de garantizar el procedimiento mediador, máxime si se encuentran en el seno de los procesos judiciales, toda vez que su regulación depende de las autoridades públicas y su desarrollo se encuentra sometido al control del juez.

1.2. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en España

Para solventar conflictos jurídicos no existe únicamente el proceso, sino que paralelamente coexisten otros instrumentos adecuados para la composición del litigio que separa a dos partes, sin implicar ejercicio de jurisdicción y que, por eso, se denominan como extrajudiciales¹², o incluso en algún caso como extrajurisdiccionales: negociación, conciliación, mediación o arbitraje, entre otros¹³.

Ahora bien, vaya por delante que no es objetivo de este trabajo analizar en profundidad cada uno de estos sistemas. Con todo, sí nos gustaría poner de relieve alguno de los aspectos que, por diversas razones, estimamos importantes.

1.2.1. Negociación

Por negociación¹⁴, *lato sensu*, se entiende el medio de resolución de conflictos cuando las partes desean mantener o continuar la relación de

2002, que se erige como el precursor de la de Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Posteriormente, PÉREZ MARTELL también aborda esta cuestión y diferencia las ADR que se desarrollan de forma privada entre las partes –convencionales– y las que tiene lugar en el marco de la Administración de Justicia (PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia...*, *op. cit.*, p. 24).

¹¹ Se ha de resaltar que un programa ADR conectado a un tribunal presenta beneficios, según comenta PÉREZ MARTELL (en PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia...*, *op. cit.*, pp. 31 y 32), entre los que se puede destacar el fomento del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos, tales como mediación, conciliación, arbitraje, etc.; la ayuda a la Administración de Justicia, y dentro de ella, la gestión de conflictos; el incremento de la confianza en el sistema judicial; la rapidez en la resolución del conflicto; la reducción de costes; un procedimiento en el que las partes tienen el control sobre la decisión; conseguir acuerdos duraderos, etc.

¹² Ello no obstante, tanto la conciliación como la mediación también puede ser intrajudiciales.

¹³ En atención a la distinción entre los métodos autocompositivos y los heterocompositivos, podemos incluir en los primeros: la negociación, la mediación y la conciliación, en cuanto la resolución del conflicto es alcanzada por las partes. En cambio, entre los segundos, están el proceso y el arbitraje, en tanto es un tercero –juez o árbitro respectivamente– quien decide el litigio.

¹⁴ Una forma de negociación es la transacción definida en el artículo 1809 del Código Civil como el “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. De este modo, las partes acuerdan por sí mismas la solución de la controversia.

intercambio. La negociación existe porque existe un conflicto, de forma que las partes pretenden resolverlo de forma que la solución negociada sea satisfactoria para ambos.

A juicio de PAZ LLOVERAS, la negociación es el mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, a través del cual las partes voluntariamente alcanzan un acuerdo sin la intervención de un tercero neutral¹⁵.

En la línea de la definición expuesta, BARONA VILAR entiende que en la negociación, los sujetos en conflicto, por ellos mismos y sin la necesidad de un tercero, pueden tratar de obtener una solución al asunto suscitado¹⁶. Para ello, intentarán comunicarse entre sí "exponiendo cada uno sus beneficios, asumiendo que en todo caso, va a existir una cesión que implique una renuncia a algo"¹⁷.

Por ello, la negociación constituye un instrumento muy útil en la resolución de conflictos, generalmente voluntario, y que promueve el diálogo entre las partes con el objeto de alcanzar un acuerdo con respecto al conflicto¹⁸. De hecho, es habitual que las partes, o al menos una de ellas, traten de alcanzar un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que se acude. Incluso, una vez comenzado el proceso judicial, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver el litigio de manera más rápida y económica.

Por otro lado, los elementos que definen a la negociación son los que a continuación se indican¹⁹. Primero, que existen dos o más partes implicadas entre las que hay una relación de interdependencia, de la cual dependen las tácticas de comunicación, la posibilidad de metas supraordenadas, la evitación de tácticas irracionales, etc.; segundo, que se trate de una relación motivacionalmente contradictoria, lo que conlleva que las personas y organizaciones tengan intereses contrarios y difíciles de unificar; y tercero, el conflicto y la negociación están mediatizados por las relaciones de poder entre las partes. En este sentido, para llevar a cabo una negociación es preciso determinar un cierto equilibrio de poder entre ambas, minimizando, de ser factible, la posibilidad de que una de ellas pueda imponer su posición a la otra²⁰.

¹⁵ PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España...*, op. cit., p. 23.

¹⁶ A este respecto, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS entiende que la negociación no es sólo un medio adecuado para resolver conflictos –presentes o futuros– sino también resulta apropiado para evitar que estos aparezcan (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2014, p. 105).

¹⁷ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 70 y 71.

¹⁸ La negociación fue comúnmente calificada como un enfrentamiento entre partes, lo que no obsta para que actualmente se identifique como un procedimiento en el que predomina el trabajo en equipo. En otras palabras, se ha redefinido la negociación calificando el conflicto como un problema común de las partes que éstas solucionan trabajando en equipo. De hecho, se entiende que para que exista negociación entre dos más partes es precisa la concurrencia de diversas circunstancias: la interdependencia entre ellas –que haya intereses comunes–; la percepción de conflicto –intereses contrapuestos reales o al menos percibidos–; la interacción estratégica; y la posibilidad de acuerdo (MARTÍNEZ MARTÍN, R., "La Negociación", en OROZCO PARDO, G., MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. y LOZANO MARTÍN, A. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 115).

¹⁹ Disponible en http://www.ulpgc.es/hege/almacen/download/38/38191/tema_1_estretegias_de_gestion_la_negociacion.pdf.

²⁰ En cuanto al poder que preside las relaciones entre las partes, se caracteriza por las siguientes notas: es un poder relacional, que algunas personas, grupos o instituciones tienen con respecto a otras y en determinadas situaciones; surge de la dependencia de recursos; implica libertad para tomar decisiones; y además, es un potencial, de forma que puede existir sin que se utilice.

En definitiva, la negociación representa un procedimiento planificado teniendo en cuenta hasta el mínimo detalle y, además, se va a aplicar todo un conjunto de instrumentos con la finalidad de lograr los objetivos previamente delimitados. Para los negociadores profesionales los aspectos más imprevistos pueden ser parte de una estrategia negociadora²¹. Por ello, la experiencia en estos casos es esencial, pues constituye una ventaja para lograr el éxito en la negociación, en tanto posibilita *“un análisis más preciso y menos sesgado de la situación y del comportamiento del adversario y utilizar estrategias y comportamientos más apropiados a la situación”*²².

1.2.2. Conciliación

La conciliación se configura como un método similar a la mediación, pues se traduce en la intervención de un tercero neutral al conflicto que intenta que las partes lleguen a un acuerdo para sus diferencias. Se trata de la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que puede ser un órgano judicial o no judicial, para la solución del conflicto que las enfrenta evitando, de esta forma, el pleito.

CASTILLEJO MANZANARES la concibe como un acto facultativo de las partes que tienen un conflicto de intereses, quienes comparecen ante una autoridad a fin de resolver su controversia y obtener acuerdos, sin que ésta imponga solución alguna, toda vez que únicamente se pretende aproximar a las partes²³. En términos similares, SOSPEDRA NAVAS la considera como la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que no tiene una intervención activa y que puede ser un órgano judicial o no, en orden a solucionar una determinada controversia para así evitar el pleito o poner fin al que se ha iniciado²⁴.

La conciliación constituye un mecanismo autocompositivo, en virtud del cual las partes, con base en la autonomía de la voluntad y siempre que se trate de una materia disponible, pueden evitar el comienzo de un proceso judicial o poner fin al ya comenzado²⁵.

La solución de su conflicto se llevará a cabo mediante un acuerdo de las partes alcanzado ante un tercero, ya sea un Juez de Paz o un letrado de la Administración de Justicia –en la conciliación intrajudicial preprocesal²⁶– o un juez –en la conciliación intrajudicial intraprocesal²⁷–. Y podrá tener lugar antes del

²¹ MARTÍNEZ MARTÍN, R., “La Negociación”..., *op. cit.*, p. 112.

²² MEDINA DÍAZ, F. J., MUNDUATE JACA, L. y MARTÍNEZ PECINO, R., “La enseñanza de la negociación”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, pp. 183 a 200.

²³ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 168.

²⁴ SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil. La jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 542 y 543.

²⁵ Tal como entiende HERCE QUEMADA: *“el ordenamiento jurídico toma de la vida corriente la conciliación para hacer de ella una institución jurídica, confiando a un órgano del Estado la función de mediar entre los particulares para encontrar una solución persuasiva a la controversia entre ellos”* (HERCE QUEMADA, V., “La conciliación como medio de evitar el proceso civil”, *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo, 1968, p. 58).

²⁶ Este tipo de conciliación se regula en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en concreto, en los artículos 139 a 148. Lo cierto es que hasta la aprobación de esta Ley, la conciliación se contemplaba en los artículos 460 a 480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en virtud del apartado 1.2^a de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

²⁷ Esta conciliación viene regulada en los artículos 415 y 428.2 LEC para el juicio ordinario y 443 para el juicio verbal, que realiza el juez de primera instancia.

Para profundizar en el tema, véase: VALIÑO CES, A. y ALONSO SALGADO, C., “Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial preprocesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en ARECES PIÑOL, M^a. T. (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 351-369.

proceso de declaración o una vez iniciado éste, bien en la audiencia previa del juicio ordinario o bien en la vista del juicio verbal. En estos casos, el tercero no decide nunca, sino que son las partes quienes resuelven sus conflictos. Asimismo, en el marco de una conciliación extrajudicial pueden llevarla a cabo notarios y registradores²⁸.

Finalmente, la conciliación se concibe como la actividad realizada, ante un tercero, por las partes en conflicto de intereses, a fin de lograr la composición del mismo. Son las partes quienes ponen término al litigio a través de una dejación, total o parcial, de las respectivas posiciones iniciales. El conciliador puede hacer sugerencias en relación con las propuestas que cada parte manifieste para la consideración de la otra, pudiendo ofrecer, incluso, diversas posibilidades de solución. El desarrollo del acto de conciliación puede variar en función de las características del conflicto, de la actitud de las partes y de las capacidades y actitudes del conciliador.

1.2.3. La mediación

La mediación puede ser definida como un mecanismo de carácter voluntario en el que un tercero neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más personas inmersas en un conflicto a encontrar una solución consensuada que le ponga término²⁹.

En línea semejante, cabe entender que la mediación es un *"proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial y neutral, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto"*³⁰.

En palabras de FOLBERG y TAYLOR, *"la mediación es una alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutras, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La forma más útil de observar la mediación es considerarla como una intervención de solución de problemas dirigida a una meta. Tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones [...]"*.

²⁸ Esta posibilidad existe a partir de la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. A través de sus Disposiciones finales undécima y duodécima se modifican, respectivamente, la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado y la Ley Hipotecaria.

²⁹ En este sentido, la Directiva 52/2008 define la mediación, en su artículo 3 a), como un *"procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador"*. Continúa señalando que *"Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro"*.

A juicio de BARONA VILAR, la mediación es un procedimiento y no un proceso, porque considera que para poder hablar de proceso tiene que existir una función heterocompositiva. De manera que, si ésta no tiene lugar, lo que existe es una sucesión de actuaciones que revisten la forma de procedimiento. Por consiguiente, técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación y no de proceso (BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 103).

Esta idea se respalda con lo previsto en la Exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al señalar: *"Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales"*.

³⁰ VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 17.

*Tanto la resolución de desavenencias como el manejo del conflicto son metas complementarias y realistas de la mediación*³¹.

En definitiva, cabe concluir que, fundamentalmente, la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos en el que un tercero, imparcial y neutral, ayuda a las personas a buscar por sí mismas una solución por la vía del acuerdo mutuo, de forma que se satisfagan las necesidades e intereses de cada una de ellas.

De esta definición se infiere que toda mediación debe contar con tres elementos indispensables: la existencia de un conflicto, las personas que son partes y un tercero que no toma decisiones, pero que facilita los acuerdos.

En puridad, el mediador no es juez ni árbitro y, por tanto, no impone soluciones. Su labor se dirige a aproximar a las partes y a dirigir un proceso de comunicación encaminado a alcanzar una solución que sirva para satisfacer sus necesidades.

La mediación proporciona a las partes un contexto, tranquilo y neutral, donde se pueda dialogar acerca del modo de solventar sus diferencias, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo una vía para que puedan seguir relacionándose en el futuro. Así, no cabe duda de que este procedimiento otorga un gran protagonismo a las partes³², lo que acostumbra a implicar un incremento de su satisfacción psicológica, además de aumentar su autoestima e impulsar conductas de ayuda a los demás, elementos todos ellos esenciales para el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria. Por tanto, sin agotar todas las características de la mediación, podemos señalar, *grosso modo*, que esta institución se configura como un procedimiento voluntario, confidencial, recíproco y basado en el diálogo, que además devuelve el poder a las partes para trabajar desde sus propias potencialidades³³.

En los últimos años, el interés por la mediación en España ha aumentado exponencialmente³⁴, emergiendo como una institución que se configura como una

³¹ JAY FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996. Para LEDERACH existe mediación "Cuando un tercero, preferiblemente imparcial y neutral, facilita un proceso que posibilita la resolución de un pleito, entre dos o más personas. Siempre es un proceso voluntario, es decir, los querellados por su propia voluntad deciden probarlo y aceptan al tercero en el papel de mediador" (vid. LEDERACH, J. P., *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992).

³² Para lograr dicho protagonismo, los ciudadanos han de aprender una serie de habilidades y destrezas sociales y emocionales que les capaciten para gestionar los conflictos correctamente.

³³ La mediación constituye el escenario para que las partes puedan comprender que participar en un conflicto conlleva que ha existido una implicación en su génesis. De esta forma, se favorece la asunción de responsabilidades, eludiendo hablar de culpas.

En el procedimiento de mediación el poder lo tienen las partes, en tanto son las que controlan las decisiones de su propia vida y el mediador debe de trabajar desde sus posibilidades y deseos. En este sentido, las partes tienen la oportunidad de crear soluciones acordes a sus necesidades.

³⁴ Así se refleja en la normativa. Destaca no solo a nivel nacional, como la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sino también a nivel autonómico. A este respecto, cabe destacar las siguientes leyes autonómicas sobre mediación: la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía es fruto de la experiencia práctica acumulada durante los últimos años y completada por el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias y la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (modificada por la Ley 4/2017, de 19 de abril); la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del

pieza clave del modelo de Justicia del siglo XXI³⁵. Este hecho se debe a diferentes motivos, entre los que cabe destacar las ventajas que presenta respecto al sistema judicial, bien como método alternativo o bien como complementario. Además, su utilización se ha visto notablemente potenciada no sólo por el deseo de crear una sociedad mejor, más pacífica y basada en el Derecho, sino también por la decepción de los ciudadanos al no ver satisfechos sus intereses ni sus necesidades a través de la vía judicial, así como por su carácter novedoso, que permite revelarse como atractiva y con grandes expectativas de futuro.

1.2.4. El arbitraje

El arbitraje constituye el sistema de resolución de conflictos en que un tercero, en este caso el árbitro, después de haber escuchado a las partes y practicado las pruebas necesarias, emite un laudo acerca del enfrentamiento existente entre aquéllas, imponiendo una decisión obligatoria. De este modo, es el árbitro –no las partes– quien decide el conflicto. Esta es la característica esencial de la que deriva su carácter heterocompositivo.

En palabras de MORENO CATENA, el arbitraje es *“un método heterocompositivo de solución de conflictos, al que, previo convenio, se someten voluntariamente las partes, por medio del cual un tercero imparcial, designado por los litigantes, pone fin a la controversia de manera definitiva e irrevocable, siempre que la materia sea de libre disposición conforme a derecho”*³⁶. Por su parte, LADRÓN DE GUEVARA define a esta institución como el *“medio de solución de conflictos sociales mediante la intervención de un tercero –árbitro o árbitros–, a*

Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Catalunya y el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (esta Ley configura la mediación como un recurso complementario o alternativo a la vía judicial para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares) y la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunidad Valenciana, que deroga la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, a excepción de sus artículos 6, 12, 32 y disposición adicional primera, que pasan a tener rango reglamentario; la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; y la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar de País Vasco.

³⁵ VALIÑO CES, A., “La mediación intrajudicial: la derivación al procedimiento de mediación y la importancia de la sesión informativa”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2018, p. 108.

³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 347.

En relación con la voluntariedad como elemento esencial del arbitraje, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 174/1995, de 23 de noviembre, en su fundamento jurídico tercero: “[...] *Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º, y 62/1991), fundamento jurídico 5º) [...]*”. Continúa señalando: “[...] *La autonomía de la voluntad de las partes -de todas ellas- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial*”.

cuya decisión se someten las partes en materia sobre las que libremente pueden disponer”³⁷.

El arbitraje en el sistema español se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Según reza su artículo 2, “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. Con ello, se pone de relieve que el fundamento de la institución se encuentra en el ejercicio de la libertad de las partes en relación con lo que para ellas es disponible.

El mecanismo arbitral se articula sobre la idea de que una persona individual –árbitro– o colegiada –colegio arbitral–, e imparcial, va a solucionar la controversia planteada entre las partes a través de una resolución –laudo– con efecto de cosa juzgada. Se trata de un tercero, situado *supra partes*, que impone su decisión.

Se trata, en conclusión, del método ADR con mayor reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico y que ha conseguido mayor aplicación práctica por los ciudadanos³⁸.

2. OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS

Tras el análisis de los diversos mecanismos de resolución de conflictos más utilizados en España, cabe destacar que si bien éstos son los principales, lo cierto es que existen otros no muy conocidos en nuestro país que poseen relevancia en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente, en EE.UU.

El problema reside a la hora de escoger el método más adecuado a cada uno de los conflictos que surjan, por ello, es esencial determinar cuál de entre todos los mecanismos existentes es el idóneo para un problema.

Sin agotar todos los mecanismos posibles, podemos diferenciar los siguientes.

2.1. Método híbrido o Medarb

El medarb constituye un procedimiento que se enmarca dentro de las ADR y combina la utilización de un medio autocompositivo con otro heterocompositivo. De esta manera, se caracteriza por su naturaleza híbrida³⁹, toda vez que combina un período de mediación tras el cual, en el caso de no haberse alcanzado un acuerdo total sobre los asuntos litigiosos, se realiza un arbitraje sobre los elementos que queden en discrepancia⁴⁰.

Tal combinación presenta la ventaja de ofrecer a las partes la seguridad de un resultado, sea a través de la consecución de un acuerdo, durante el procedimiento de mediación, o a través de un laudo, para el supuesto en que el acuerdo no haya sido posible en la mediación y se celebre entonces el posterior arbitraje⁴¹.

³⁷ LADRÓN DE GUEVARA, J. B., “Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVI, enero, núm. 1, 2004, p. 12.

³⁸ Para ampliar el tema, véase: VALIÑO CES, A., “Estudio acerca del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho español”, *Revista Julgar Online*, marzo de 2019, pp. 1-48.

³⁹ SAIZ GARITAONAENDÍA, A., “El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”, en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 88.

⁴⁰ SAIZ GARITAONANDIA, A., “El medarb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos”, *Revista jurídica Arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril de 2014, p. 1.

⁴¹ Es más, este método se presenta como un sistema de gran efectividad principalmente para aquellas cuestiones que requieran de una decisión final que sea vinculante para las partes, pero que a la vez, bien sea por la existencia de relaciones previas entre las mismas o por la naturaleza de las materias que quieran debatir, permitan a éstas discutir previamente sobre los puntos de controversia, con el objetivo de intentar por ellas mismas acuerdos totales o parciales sobre dichos puntos, antes de someterlos a la decisión de un tercero.

Este método se configura, por tanto, como una conjunción de la aplicación de dos métodos alternativos de resolución de conflictos: la mediación y el arbitraje⁴². Como es sabido, cada uno de ellos posee unas particularidades específicas que lo hacen diferente del otro y que otorgan unas posibilidades concretas que, a su vez, el otro puede llegar a excluir. En este sentido, tanto el arbitraje como la mediación se benefician de la intervención de un tercero ajeno al conflicto, siendo la gran diferencia el papel que éste debe desarrollar con relación al conflicto y a las partes del mismo. Así, mientras que el mediador tratará de conocer el fundamento de la controversia e impulsar el diálogo y colaboración entre las partes en orden a que alcancen un acuerdo que ponga fin al mismo, el arbitraje termina con un laudo emitido por el árbitro poniendo término a la disputa que ha sido presentada ante él.

Lo cierto es que nos encontramos ante una figura poco utilizada en nuestro país, a diferencia de otros donde está cobrando un mayor impulso. A este respecto, VALL RIUS señala que en EE.UU. una minoría de abogados y otros profesionales han denostado la mediación, simplemente por no ser vinculante y, por ello, es considerada como débil y de resolución incierta, frente a la respuesta obligatoria emanada de la jurisdicción tradicional. Por tal motivo, esta técnica híbrida conlleva una vía para mitigar la posible preocupación respecto al resultado incierto y el carácter no vinculante de la mediación, ya que el medarb asegura, en todo caso, la resolución del conflicto, ya sea por las propias partes, a través de la mediación inicial, ya sea por el árbitro, que finalmente dicte un laudo, si la mediación no ha conducido a acuerdos⁴³.

Por lo que se refiere a las modalidades de esta técnica, cabe distinguir, por un lado, cuando el mediador, en caso de no lograr un acuerdo en el procedimiento de mediación, pasaría automáticamente a convertirse en árbitro, debiendo de dictar un laudo que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa; y por otro lado, cuando primero actuaría el mediador y se preselecciona a un tercero distinto, para que pueda actuar como árbitro en caso de no obtenerse una solución en la mediación.

Ambas variantes presentan sus ventajas y sus inconvenientes. En cuanto a la primera, y respecto a sus ventajas, cuando deba resolver el conflicto el árbitro, éste dispondrá de un conocimiento adquirido durante el procedimiento mediador. En efecto, el tercero en la mediación va a tener un contacto con las partes y con el conflicto, de forma intensa y profunda, lo que le llevará a adquirir un conocimiento exhaustivo de la cuestión que, en su caso, agilizará y favorecerá el arbitraje posterior. De esta forma, podrá acortar su duración y lograr una solución más fundamentada que si se tratase de un simple procedimiento de arbitraje común.

Asimismo, la posible decisión vinculante adoptada por el tercero, que llegará, en todo caso, si las partes no logran consensuar una decisión propia, puede constituir un indudable estímulo para alentarlas a que tratan de resolver por ellas mismas la controversia evitando la decisión arbitral.

A estas ventajas se añade que los costes del procedimiento se reducen notablemente, toda vez que sólo habría que afrontar la remuneración de una persona que ha ejercido las funciones de mediador y de árbitro en un procedimiento temporalmente más limitado. A este respecto, no cabe obviar que el compromiso previo de terminar el procedimiento de mediación e iniciar el arbitraje ha sido voluntariamente solicitado y aceptado por las propias partes. Por tal motivo, se le presume su predisposición para lograr algún tipo de acuerdo durante

⁴² Ahora bien, la mediación siempre tiene carácter prioritario, de hecho es el primero de los sistemas que se utiliza. Se debe intentar que las partes, con la ayuda del mediador, consigan por sí mismas alcanzar una solución consensuada, ya que siempre será mayor el grado de identificación y de satisfacción de las partes con el resultado y, en consecuencia, más fácil el cumplimiento de los acuerdos.

⁴³ VALL RIUS, A., "Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cólax, Madrid, 2010, p. 93.

la mediación, pues en otro caso habrían optado directamente por acudir al arbitraje a fin de ahorrar tiempo y recursos económicos.

Ahora bien, a pesar de sus bondades, esta figura también presenta algunos inconvenientes. Las partes son conscientes desde el inicio del procedimiento de mediación de que su mediador será, de no concluir éste exitosamente, el árbitro que resolverá la controversia en la segunda parte, por lo que su predisposición a colaborar y a dar información se verá condicionada, y ello porque la misma podría ser utilizada de forma contraria a sus intereses por el mediador cuando éste actúe como árbitro.

Habida cuenta de esta última idea, resulta evidente que esta variante puede desincentivar y dificultar el procedimiento mediador, toda vez que ante la eventualidad de encontrarse frente a su futuro árbitro, las partes tratarán de prevalecer sus intereses en detrimento de las posibilidades de lograr un acuerdo consensuado. Así, la insuficiente información por parte del mediador y la actitud poco colaboradora y defensiva de las partes limitará considerablemente las posibilidades de éxito de la primera fase de mediación⁴⁴.

Por otro lado, la tarea del mediador también es complicada, puesto que, en caso de no finalizar la mediación con acuerdo, tendrá que decidir como árbitro la cuestión controvertida. En este supuesto, es cierto que el árbitro puede estar contaminado por toda la información o confidencias que las partes hayan podido efectuar durante sus negociaciones en el procedimiento de mediación. Por ello, la supuesta imparcialidad que se le presume como tercero neutral, que ha de resolver el conflicto, puede quedar en entredicho. En otras palabras, no cabe duda alguna de que el hecho de que la persona que actúa como mediador en una controversia pueda constituirse posteriormente en árbitro de la misma cuestión resulta problemático, pues aunque su independencia respecto de las partes pueda estar perfecta y objetivamente determinada, su imparcialidad sí que, en cierta medida, ha podido verse afectada por haber estado expuesta a confidencialidades propias del procedimiento de mediación, pero totalmente ajenas o impropias de un arbitraje.

Otra de las dificultades, motivada por su insuficiente experiencia y por los escasos avances en la mediación, se encuentra cuando la persona mediadora lleva a cabo una actuación inapropiada, dirigiendo a las partes de forma prematura hacia el arbitraje. A fin de evitar esta situación, el tercero debe actuar tratando de gestionar los temas en disputa, *"preferentemente bajo los parámetros de la mediación, motivando a las partes a gestionar, cooperar y resolver por sí mismas, con paciencia y sin forzar situaciones no deseadas. En ningún caso debe precipitar el cambio de método, sin estar completamente seguro de que las partes ni desean, ni pueden seguir adelante con la mediación"*⁴⁵.

Respecto a las partes y a su postura en el procedimiento de mediación, existe riesgo de que adopten *ab initio* una estrategia encaminada a convencer al mediador –futuro árbitro– de que sus posiciones y argumentos son los más justos. De forma tal que se olviden de adoptar una actitud colaborativa para lograr un acuerdo que satisfaga debidamente los intereses de ambas. Por consiguiente, el hecho de que las partes no afronten la mediación con la actitud constructiva y dialogante que la caracteriza para obtener un resultado satisfactorio y exitoso, provocaría que ésta quedase desvirtuada.

En cuanto a la segunda de las variantes, cabe señalar que las dificultades acabadas de referir, se solventan cuando las personas que han de intervenir como mediador y como árbitro son diferentes. En ese caso, se considera que más que un

⁴⁴ SAIZ GARITAONENDIA, A., "Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 80 a 83.

⁴⁵ VALL RIUS, A., "Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos...*, *op. cit.*, p. 93.

híbrido, nos encontramos ante una fórmula de acumulación de las dos instituciones, toda vez que contempla una mediación y, en su caso, un arbitraje posterior, desarrollados por distintas personas.

Lo cierto es que con esta modalidad se superan los problemas de las reticencias que se puedan generar en las partes ante el mediador y de la posible parcialidad o pérdida de neutralidad del futuro árbitro que deba actuar para decidir el conflicto. De igual modo, asegura en todo caso una resolución vinculante, sin abandonar las bondades de la mediación, que se proyectan en toda su extensión y sin ningún tipo de dificultad en la primera fase del procedimiento.

Por su parte, lo que en la otra modalidad se presentaban como ventajas, en este caso, se pueden apuntar como inconvenientes. Por tanto, resulta problemático que el árbitro tenga que partir de cero en su trabajo, con un total desconocimiento del conflicto, pues esto le obligará a desarrollar el arbitraje desde su inicio y en toda su extensión. Por tal motivo, al tener el árbitro que recabar toda la información necesaria, el procedimiento se alargará considerablemente en el tiempo, con la subsiguiente pérdida de agilidad, toda vez que las partes deberán en muchas ocasiones repetir ante el árbitro declaraciones o informaciones ya prestadas ante el mediador⁴⁶. Esto, a su vez, implica un incremento de costes temporales y, obviamente, el coste económico es mayor, al tener que afrontarse el gasto de dos profesionales distintos: el mediador y el árbitro.

En cuanto a la forma de articular el medarb, cabe distinguir según se lleve a cabo con un mismo profesional, que asuma los papeles de mediador y árbitro, o sean profesionales diferentes.

En el primer supuesto, se prepara un contrato entre las partes y el tercero con una cláusula en la que se comprometen a que si del procedimiento de mediación no se obtiene un acuerdo, las partes continuarán con la gestión del conflicto hasta su resolución, pero en este caso cambiando el mecanismo de resolución del conflicto, es decir, cerrando la mediación e iniciando el arbitraje⁴⁷. De esta forma, se garantiza la resolución de la controversia, bien directamente por las partes en la mediación o bien mediante el laudo que dicte el mediador convertido en árbitro que la resolverá definitivamente⁴⁸.

A *sensu contrario*, si son profesionales distintos los que van a actuar, la fórmula básicamente es la misma. Las partes firmarán con el mediador y el árbitro un contrato en el que se incluya el compromiso de iniciar un procedimiento de mediación y, en caso de que éste no concluyese con avenencia, iniciar un arbitraje.

Por último, respecto a las cuestiones que pueden ser susceptibles de ser sometidas a medarb, al igual que sucede en el arbitraje y en la mediación, únicamente cabrá sobre materias que tengan carácter dispositivo para las partes⁴⁹.

⁴⁶ Respecto a esta cuestión, lo cierto es que algunas de las cuestiones, si son varias las que se plantean en el conflicto, pueden ser resueltas durante el procedimiento de mediación, por lo que únicamente se debatirían en el arbitraje aquellos puntos que hayan quedado pendientes de resolver, habiendo el árbitro de pronunciarse sólo sobre éstos.

⁴⁷ En cuanto al inicio del procedimiento, conviene señalar que éste se producirá con la presentación de la demanda en el plazo convenido, o en el determinado por los árbitros.

⁴⁸ En esta cláusula se pueden incluir estipulaciones para garantizar el compromiso del tercero acerca de su confidencialidad y neutralidad, tanto durante el procedimiento de mediación como a lo largo, si fuese el caso, del posterior arbitraje, así como sobre la imposibilidad de hacer uso de cualquier tipo de información que éste haya podido recibir durante la mediación.

⁴⁹ De conformidad con el artículo 2.1 LA: "*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*" y con el artículo 9.1 LA: "*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*".

2.2. Evaluación Neutral o Evaluación de Expertos

La evaluación neutral se basa en la intervención de un tercero, experto e independiente, cuya tarea va a ser la de emitir un informe respecto de las posiciones y argumentos de las partes en conflicto, así como una serie de recomendaciones, a partir de las cuales las personas implicadas puedan construir su propio acuerdo y resolver sus discrepancias.

Lo cierto es que, en numerosas ocasiones, y en atención a la especial naturaleza o complejidad del asunto a tratar, se considera más recomendable acudir a un especialista en la materia sobre la que versa el conflicto que delegar en un juez, o incluso en las propias partes, la opinión sobre cómo ha de resolverse dicha cuestión. Por tal motivo, las partes acuden a este tercero neutral por sus conocimientos en la materia en la que se centra la disputa.

Mediante la evaluación neutral se trata de reanudar o facilitar la comunicación entre las partes sobre la base del análisis y recomendaciones del evaluador, obtener un análisis y recomendaciones en función de cada situación concreta y ayudar a las partes a obtener acuerdos duraderos⁵⁰.

Al hilo de esta idea, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA señalan que *"la implantación de mecanismos de sujeción a la opinión de expertos independientes en litigios de trasfondo técnico es la forma más lógica y racional de resolver las controversias. No se trata propiamente de un arbitraje, sino de la emisión de una opinión científica encargada por las dos partes que, además, no es vinculante, por lo que tiene la ventaja de que si una de las partes considera que el experto ha emitido el dictamen, con base en algún error, no está obligada a someterse a él ni a aceptar la solución ofrecida, sino que puede acudir a la vía judicial para exponer sus razones, ante la que ya se partirá de un trabajo previamente hecho. En estos casos la diferencia sujeta a decisión, sometida a la decisión de otros peritos, estará muy concreta y precisada"*⁵¹.

Los evaluadores son profesionales con experiencia en diversidad de disciplinas, cuya labor consistirá precisamente en evaluar técnicamente los asuntos controvertidos entre las partes, aun cuando no tienen autoridad para imponer una solución a las mismas⁵². Éstos serán libremente designados por las partes de mutuo acuerdo, por lo que desde su imparcialidad y experiencia profesional, deberán ayudarlas a valorar sus respectivas posturas, planteándoles *a posteriori* cuál o cuáles podrían ser las bases sobre las que se cimiente un acuerdo duradero que satisfaga los intereses de ambas. En consecuencia, la evaluación neutral no finaliza con la imposición de una solución al conflicto que haga el evaluador, sino con el acuerdo de las propias partes como resultado de la intervención y recomendaciones de aquél.

En cuanto a las notas características de este método, cabe señalar la imparcialidad de los evaluadores respecto de las partes, teniendo que limitarse a la valoración del problema y a dar su opinión sobre la forma en la que podría resolverse el mismo. De igual modo, toda la información que las partes aporten al evaluador tendrá carácter absolutamente confidencial, por lo que éste en ningún caso podrá difundir a terceros ninguna cuestión relativa a los asuntos, o documentos, tratados por las partes con él.

Respecto al desarrollo de esa evaluación neutral, se inicia normalmente mediante un escrito conjunto de ambas partes a la entidad que se encargue de este servicio. Una vez recibida, esta entidad les remitirá una lista a fin de escoger al evaluador que deseen. Una vez designado, éste deberá requerir a las partes la documentación y argumentos escritos que consideren adecuados para fundamentar

⁵⁰ Vid. <https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/evaluacion-neutral/>.

⁵¹ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal", Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*, p. 31.

⁵² En la preparación de su informe, el evaluador habrá de regirse de conformidad con los códigos deontológicos propios de su actividad profesional.

sus respectivas posiciones. Tras la celebración de la reunión con las partes, el evaluador podrá solicitarles que hagan sus conclusiones por escrito, para después emitir su informe⁵³.

Por último, en cuanto al coste, lo cierto es que su implantación no es costosa, toda vez que se basa en el fomento de la introducción de cláusulas en los contratos de sometimiento a estas opiniones de expertos, antes de acudir a la vía judicial⁵⁴.

2.3. Facilitación

La facilitación es un método autocompositivo de resolución de conflictos bastante utilizado en los sistemas anglosajones, fundamentalmente en EE.UU., pero aún muy desconocido en los países de tradición jurídica civilista como el nuestro.

Este método consiste en asistir a las partes y facilitarles que puedan lograr sus objetivos, siendo ellas mismas las que acuerden cumplir la decisión a la que han llegado. De forma que no existe ninguna evaluación del conflicto por parte del tercero interviniente, pues éste se limita simplemente a facilitar dicho acuerdo.

No obstante, más que controversias entre dos partes, nos hallamos ante un sistema que se suele emplear en conflictos de grupo, por lo que el facilitador, independientemente de su personalidad y cualidades, deberá poseer habilidades específicas en dinámica y comportamientos de grupo referidas, tanto al manejo del proceso, como a la experiencia que pueda acreditar en la materia objeto de la facilitación.

A este respecto, para poder hablar de grupo es necesario partir de las relaciones entre las personas que lo forman y las relaciones entre cada persona y el grupo como totalidad. Para que un conjunto de personas tenga la consideración de grupo se requieren unas cuestiones. En primer lugar, las personas interactúan regularmente entre ellas y comparten información y recursos. A través de diferentes actos de comunicación expresan también opiniones, deseos y emociones, aunque no siempre se tenga conciencia de esto último. En segundo lugar, todas estas interacciones y actos comunicativos tienen como finalidad lograr unos objetivos, más o menos compartidos por los miembros del grupo, y éstos son la base para la realización de una intención común que no siempre es explícita. Para realizar sus objetivos, los grupos desarrollan diferentes estrategias, planifican sus actividades y toman decisiones. Y en tercer lugar, con el tiempo se crean unas normas tácitas de conducta, surgen hábitos y rutinas, se comparten ciertos valores e ideas. En otras palabras, se crea una identidad grupal, un campo de significado compartido definido por límites y que determina quién pertenece al grupo y quién no⁵⁵.

En este sentido se manifestó ESCORIHUELA al definir la facilitación de grupos como *"una disciplina que nos aporta un conjunto de herramientas, técnicas y habilidades para ayudar a cualquier grupo a realizar bien su trabajo, tomar buenas decisiones, alcanzar sus objetivos de manera eficiente y crear confianza y una comunicación fluida entre sus miembros"*⁵⁶.

En cuanto a la tarea del facilitador no será únicamente la simple conducción de la reunión grupal, sino que deberá contribuir a la determinación, no solo de las

⁵³ Las partes tienen la posibilidad de asistirse de los profesionales que consideren oportuno durante todo el proceso (*vid.* <https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/evaluacion-neutral/>).

⁵⁴ Asimismo, se fundamenta en la promoción de este sistema desde las propias Facultades de Derecho, en los colegios profesionales y, especialmente en la práctica de la abogacía (ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal"..., *op. cit.*, p. 32).

⁵⁵ ESCORIHUELA, J. L., "Facilitación de grupos. Una introducción", pp. 3 y 4. Disponible en http://www.bdtonline.org/wiki/images/1/1b/Facilitacion_de_Grupos_-_Una_Introduccion.pdf.

⁵⁶ ESCORIHUELA, J. L., "Taller de habilidades del facilitador", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 22: 157-226, 2006, p. 4.

partes que debieran ser oídas en este proceso, porque sus intereses se ven o pueden verse tocados, sino también de las modalidades de acercamiento a las mismas y de los objetivos del grupo, así como favorecer a la detección y jerarquización de los conflictos principales y secundarios, al diseño consecuente del proceso a seguir y a la construcción de adecuadas agendas de trabajo para el progreso eficiente del trabajo compartido⁵⁷.

En efecto, el facilitador va a emplear numerosas técnicas durante este proceso, aun cuando algunas son generales, por ser usadas en todo el procedimiento, otras son específicas, en función de los objetivos propios de cada etapa⁵⁸. Entre las generales, cabe destacar, en primer lugar, las técnicas de comunicación, como pueden ser la escucha equilibrada y prudente o el parafraseo; en segundo lugar, las técnicas de integración de las personas, destinadas a conseguir la plena participación, para lo cual se ayuda a aquellas que no participan a hacerlo, a las que son poco claras o confusas, a clarificar su pensamiento y a las que se apoderan de un protagonismo excluyente a ceder espacio a la palabra de los otros; por último, las técnicas de integración de temas, dirigidas a lograr que la totalidad de los temas sean materia de tratamiento⁵⁹.

A este respecto, cabe señalar que no es lo mismo un individuo facilitativo que un facilitador. El primero hace referencia a una cualidad, natural o cultivada, de ciertas personas que tienen conciencia del grupo, de sus posibilidades o límites y pueden, en consecuencia, alentar modalidades espontáneas que incrementen las aptitudes grupales. En cambio, el segundo alude a un rol definido, que alguien, perteneciente o no al grupo, adopta para cumplir una función específica, que es la de ayudar al grupo a lograr su mejor decisión, lo que es percibido y reconocido por el grupo en tal rol⁶⁰.

A juicio de SINGER, *"los facilitadores actúan como moderadores en grandes reuniones y aseguran que todos pueden intervenir y ser escuchados. No se espera de ellos que se ofrezcan voluntariamente a expresar sus propias ideas, ni que participen activamente en animar a las partes a alcanzar un acuerdo"*⁶¹. Ahora bien, en ocasiones existen facilitadores que consideran que el proceso debe ser completamente democrático y basado en el absoluto consenso y, en cambio, para otros el facilitador ha de proyectar un nivel de autoridad que varía en intensidad en atención a las circunstancias en las que se encuentre el grupo en cada momento.

Así las cosas, puede solicitarse una facilitación para cualquier toma de decisiones en una organización, ya sea una institución o una empresa, donde sea preciso escuchar propuestas o aunar diferentes puntos de vista. Asimismo, puede tratarse de la resolución o no de un conflicto actual o puede ser preventivo de una controversia futura. De igual modo, la facilitación puede tener como objetivo compartir información, poder escucharse o trabajar para la elaboración de un documento, o una declaración, la toma de posición con relación a un problema específico o la construcción de una normativa que refleje los intereses del grupo.

⁵⁷ CARAM, M. E., "Algunas ideas sobre facilitación", *Mediadores en Red – L@ Revista*, año I, núm. 2, marzo de 2003, pp. 2 y 3.

⁵⁸ En este aspecto se asemeja a la tarea del mediador, que también dispondrá de una serie de técnicas similares para el buen desarrollo de un procedimiento de mediación. De ahí que se pueda confundir estos dos profesionales, máxime si tenemos en cuenta el artículo 13 LM cuando prevé que el mediador facilitará la comunicación entre las partes.

⁵⁹ CARAM, M. E., "Algunas ideas sobre facilitación"..., *op. cit.*, p. 4.

⁶⁰ CARAM, M. E., "Algunas ideas sobre facilitación"..., *op. cit.*, p. 2.

⁶¹ SINGER, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 43.

2.4. *Mini-Trial* o Mini-Juicio

El *mini-trial* es muy utilizado, sobre todo, en EE.UU. y diferente a cualquier otro mecanismo extrajudicial de solución de conflictos, que trata de involucrar a las partes implicadas en una disputa en una solución negociada⁶².

Realmente, el mini-juicio no es un juicio, sino una forma mixta de avenencia en la que intervienen elementos propios de una negociación combinados con otros propios de un litigio. Entre sus características cabe destacar: una controversia relevante y fácticamente compleja; un compromiso de los altos directivos de profundizar en el conocimiento del asunto; una intención real, apoyándose en la información y en las percepciones directamente obtenidas, de negociar de inmediato y de forma ininterrumpida con el propósito de llegar allí mismo a un acuerdo; poner las bases para que el pacto sea posible; y mantener una buena y estable relación empresarial⁶³.

Su inicio se produce cuando ambas partes de mutuo acuerdo lo decidan. Para ello, presentarán al neutral sus respectivas "demandas" que deberán contener, tanto los hechos, como los fundamentos de derecho que los sustenten, así como los documentos que justifiquen dichas pretensiones. Posteriormente, el tercero fijará una fecha para que tenga lugar la audiencia con las partes y sus respectivos abogados⁶⁴, quienes las asistirán en todo momento y presentarán sus respectivas posiciones. Tras ello, las partes empezarán a negociar una solución a su controversia en privado y si lo consideran oportuno, pueden consultar a sus abogados en cualquier momento.

En caso de que las partes no consiguiesen llegar a alguna solución, el tercero emitirá un informe en el que, de conformidad con su experiencia profesional, adelantará a las mismas cuál sería, a su entender, el resultado de un futuro proceso judicial sobre la cuestión controvertida⁶⁵. Además, les haría una serie de recomendaciones sobre cómo podrían intentar resolver las cuestiones en las que no han sido capaces de lograr un acuerdo.

Tras el referido informe, las partes deberán de reunirse en una segunda audiencia para continuar sus negociaciones con base en las recomendaciones emitidas por el tercero. De seguir sin alcanzar acuerdo, las partes podrán abandonar el proceso o bien presentar al tercero neutral sus últimas propuestas por escrito, a fin de que éste plantee sus últimas recomendaciones.

Por lo que se refiere a este tercero neutral, no tiene en ningún caso autoridad para imponer solución alguna a las partes. Por ello, limita su actividad a escucharlas y a emitir los informes y opiniones que, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, puedan ayudar a las mismas a conseguir una solución acordada para su disputa, respetando en todo caso su imparcialidad.

Al finalizar el procedimiento, este tercero deberá devolver a las partes toda la documentación que le haya sido entregada y no podrá, en ningún caso, intervenir en cualquier proceso, judicial o arbitral, iniciado con posterioridad por las mismas partes sobre la cuestión litigiosa por él tratada.

⁶² PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVIII, 2003, pp. 108 y 109.

⁶³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones...*, op. cit., pp. 67 y 69.

⁶⁴ La va a presidir un consejero que puede ser un profesor eminente, un abogado reconocido o un juez retirado, cuya única función es actuar de moderador y llevar el orden de las presentaciones ("Otros medios alternativos de resolución de conflictos en la doctrina y en la legislación comparada", p. 2. Disponible en <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/143otrosmediosalternativos.pdf>).

⁶⁵ El tercero en dicho informe consignará los antecedentes de hecho, la legislación y jurisprudencia, las consideraciones materiales y procesales, así como las consecuencias jurídicas que el mismo considere convenientes.

2.5. Adjudicación

La adjudicación es un sistema similar a la evaluación neutral o evaluación de expertos, pero la peculiaridad consiste en que las partes pueden conferirle carácter vinculante. Se trata de un recurso más sencillo, barato, informal y mucho más rápido que un arbitraje o que un proceso judicial. Sin agotar las posibilidades de su utilización en cualquier ámbito mercantil, lo cierto es que el contexto más frecuente donde se suele emplear es en la construcción.

Así, nos encontramos con un experto en el ámbito de la construcción, o de la materia en concreto de que se trate, que estudia los argumentos y documentación aportados por las partes y, tras una o varias reuniones con ellas para obtener las aclaraciones o precisiones que crea oportuno, emite una decisión que, no siendo definitiva, sí es de obligado cumplimiento temporalmente para las partes.

Su finalidad principal consiste en resolver posibles problemas que puedan surgir en sectores específicos, en el que concurren múltiples partes⁶⁶ y en el que por la naturaleza de esos problemas, se necesita una rápida solución temporal para los mismos, con el fin de no perjudicar el curso de los trabajos iniciados.

Para lograr su objetivo, el adjudicador puede solicitar pruebas, hablar con las partes implicadas cuantas veces tenga por conveniente y reunirse con las mismas por separado o conjuntamente. Por tanto, posee un control absoluto sobre el procedimiento.

La adjudicación se pacta en el propio contrato y es vinculante, pero generalmente se pacta como método previo a un arbitraje. Y es frecuente que las partes que recurren a este mecanismo se reserven el derecho de acudir posteriormente, una vez finalizada la obra o proyecto, a un arbitraje o a un proceso judicial a fin de resolver definitivamente la cuestión litigiosa. Y ello teniendo en cuenta que la decisión del adjudicador es de obligado cumplimiento temporalmente para las partes, con el fin de no paralizar los trabajos que se estén realizando⁶⁷.

2.6. Partnering

El *partnering* es un método que constituye una alianza de personas clave que concurren en un proyecto de envergadura de múltiples partes, cuya finalidad es la construcción de un marco mutuo de confianza que facilite y promueva el diálogo para evitar posibles disputas. Lo cierto es que aun cuando también se utiliza para resolver disputas, su principal objetivo es evitarlas.

En palabras de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "*más que un modelo de resolución de litigios, el Partnering es un mecanismo de prevención de diferencias. Ha sido, precisamente, esta voluntad común de las partes implicadas en la realización de un proyecto común de construcción de establecer un modus vivendi aceptable para todas ellas durante la ejecución del contrato, la que ha originado en Estados Unidos el surgimiento de esta nueva técnica*"⁶⁸.

Por consiguiente, este sistema determina una relación de trabajo entre todos los depositarios basado en la cooperación y trabajo de equipo y logros de metas y objetivos comunes. Así, los elementos esenciales son los siguientes: un compromiso de la gerencia general de cada organización involucrada en el proyecto con el *partnering*; la equidad en la consideración de los intereses de todos los miembros del equipo en la creación de metas compartidas y un compromiso de todos los depositarios; la confianza de todas las partes a través de relaciones personales y de una comunicación abierta; una carta de compromiso desarrollada conjuntamente por todas las partes, identificando metas concretas y objetivos

⁶⁶ En el caso de la construcción, nos referimos a la empresa constructora, arquitectos, aparejadores, contratistas, subcontratistas, entidades financieras, etc.

⁶⁷ Vid. <https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/adjudicacion/>.

⁶⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción", en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010, p. 211.

comunes; evaluaciones continuas basadas en las metas, a fin de asegurar la realización de los planes de acuerdo con lo previsto y asegurar la responsabilidad compartida de todos; y las oportunas resoluciones de las disputas durante el proyecto⁶⁹.

El motivo que suele llevar a las empresas a formar estas alianzas reside en la complejidad, tanto del proyecto en el que han de trabajar, como de sus propias estructuras organizativas y sus metas, personales y corporativas. Ello deriva en que su organización es muy complicada, puesto que no sólo ha de promover la fluidez en el intercambio de opiniones, sino que además ha de estructurarse, para la resolución eficaz de conflictos, a distintos niveles colaborativos entre los equipos de trabajo que participan en el proyecto global. Para ello, se nombrará a una o varias personas ajenas al proyecto que actuarán como facilitadores, evaluadores, mediadores o árbitros, dependiendo de la naturaleza y peculiaridades del conflicto. Todas estas personas estarán a disposición del proyecto mientras dure el mismo.

Finalmente, para lograr el éxito con este modelo resulta esencial la comunicación fluida entre las partes intervinientes en el proyecto, la confianza y la forma en que se canalice y desarrolle el sistema.

2.7. Summary Jury Trial

El *summary jury trial* es un método de solución de conflictos fuertemente consolidado en EE.UU. De hecho, forma parte del sistema de Justicia americano al encontrarse integrado en programas judiciales que ofrecen el mismo como alternativa al proceso clásico.

Se trata de un juicio sumario realizado a través de un jurado que, tras analizar y discutir el asunto, emitirá un veredicto que no tiene carácter vinculante para las partes, pero que adelanta a éstas el eventual resultado que podrían obtener de someter el asunto a los tribunales.

Este método resulta apropiado para debatir cuestiones de naturaleza esencialmente jurídica y su inicio se produce cuando las partes, tras finalizar la búsqueda de pruebas y haber resuelto los posibles problemas accesorios de su disputa, ya tienen delimitadas las principales cuestiones controvertidas⁷⁰.

A continuación, las partes expondrán al juez, que va a presidir el jurado, sus respectivas alegaciones y éste posteriormente las convocará para la reunión con jurado, que estará integrado por seis miembros elegidos de la lista ordinaria que obre en el propio tribunal.

En la referida reunión, los abogados de las partes harán sus alegaciones y presentarán sus pruebas, en cuanto se pretende que el veredicto del jurado sea lo más fundamentado posible⁷¹. Efectuadas las correspondientes alegaciones, el juez ilustra a los miembros del jurado acerca de las previsiones legales respecto de la cuestión controvertida. A renglón seguido, se deberá emitir un veredicto consensuado y debidamente motivado y, en caso de que no haya consenso, los miembros del jurado podrán emitir veredictos individuales.

Una vez conocido el veredicto, las partes podrán formular a los miembros del jurado todas las aclaraciones y preguntas que consideren pertinentes sobre la fundamentación o motivos de éste. Ello es relevante porque les ayuda a conocer los argumentos, hechos o pruebas que han trascendido para la adopción del mencionado veredicto.

Posteriormente, y en atención a las conclusiones obtenidas por el jurado, las partes negociarán a fin de lograr una solución. De hecho, llegarán al acuerdo que tengan por conveniente, que no tiene porqué coincidir en absoluto con el veredicto del jurado.

⁶⁹ Vid. <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/5020.pdf>.

⁷⁰ PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica"..., *op. cit.*, p. 108.

⁷¹ Aun cuando no es muy habitual, algunos tribunales admiten la práctica de la prueba testifical.

En caso de que no obtuviesen ningún tipo de acuerdo, tienen abierta nuevamente la vía judicial para intentar la resolución del conflicto. Ahora bien, toda la información, comunicaciones, alegaciones y afirmaciones realizadas a lo largo del *summary jury trial* no podrán ser utilizadas como prueba en el proceso posterior ante el tribunal⁷².

Con todo, este método presenta el inconveniente de su complejidad, pues requiere de una serie de preparativos y de medios personales no necesarios en otros mecanismos y, además, consecuencia de ello, su coste económico resulta excesivo para las partes.

2.8. *Private Judging*

En EE.UU. existen otras formas de colaboración para resolver conflictos y entre ellas, destaca el *private judging*, es decir, la intervención de jueces retirados, que son llamados por su prestigio o experiencia para ayudar a solucionar un determinado litigio.

A tal efecto, se permite que las partes inmersas en una controversia puedan designar a un tercero, llamado *private judging* o *rent-a-judge*, que normalmente suele ser un juez retirado, para que emita su pronunciamiento sobre el asunto. En otras palabras, el juicio privado es un proceso en el que las partes contendientes, quienes necesitan resolver una disputa legal, deciden acudir a una persona neutral como juez privado. Este tercero, quien a menudo es un ex juez con experiencia en el área de la disputa, escucha el caso y toma una decisión de manera similar a un juez. Por tanto, nos encontramos ante casos, en los que las partes prefieren manejar su asunto en privado, en lugar de utilizar el sistema de tribunales públicos⁷³.

Las cuestiones relativas a este método varían en función de la legislación de los Estados⁷⁴. En algunos casos, las partes que optan por utilizar los servicios de un juez privado pueden personalizar los procedimientos y adaptarlos a su propio horario, por lo que tienen la capacidad de minimizar las interrupciones en su vida laboral y personal. En cambio, en otros, este método se encuentra incorporado a programas judiciales, de forma que las partes puedan ser obligadas a acudir a él⁷⁵.

Al igual que sucedía en el anterior método, en este caso, presenta unas desventajas: en primer lugar, puede resultar más caro incluso que el propio proceso judicial; en segundo lugar, la participación de las partes es escasa, toda vez que se delega en la figura del tercero la solución del conflicto; por último, su utilidad se encuentra en la resolución de conflictos que sean meramente jurídicos.

2.9. *Special Master*

En EE.UU., se creó la figura del *special master* como un adjunto al tribunal cuyo papel es el de prestar asistencia especializada sobre determinadas cuestiones en casos sustancialmente complejos⁷⁶. Nos encontramos ante una marca única de resolución de conflictos relativamente desconocida para muchos mediadores,

⁷² Lo habitual es que el proceso dure un día, aun cuando puede alargarse más si el asunto es muy complejo.

⁷³ Según la ley de California, los jueces privados están obligados a respetar el mismo Código de ética judicial que los jueces públicos. En California, no es infrecuente que las partes recurran a un juez privado para asuntos legales como derecho de familia, contrato, construcción, estatutos reales y disputas de seguros.

⁷⁴ Cuestiones que incluyen los poderes del tercero, los efectos de su decisión y las materias que pueden ser sometidas a este método de resolución de conflictos.

⁷⁵ PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica"... , *op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ A modo de ejemplo, el Colegio de Abogados del Estado de California es responsable de mantener una lista de abogados calificados para servir como un *Special Master*, a fin de acompañar a los oficiales de paz en la realización de búsquedas de pruebas documentales bajo el control de abogados, médicos, psicoterapeutas y miembros del clero (Código Penal Sección 1524).

facilitadores y funcionarios públicos. No obstante, a pesar de su relativo anonimato, a estos maestros se les ha acreditado la resolución de conflictos más creativa e innovadora en la historia del sistema legal de los EE. UU.⁷⁷.

Esta figura es designada por un juez –antes del juicio, durante el juicio o después del juicio– para supervisar uno o más aspectos del litigio. Para su designación, lo habitual es que las partes presten su consentimiento, pero si no lo hacen y el tribunal entiende que es necesaria la participación del mismo, podrá hacerlo sin dicho consentimiento.

En consecuencia, es factible que el tribunal que esté conociendo de un determinado asunto pueda designar un *special master*, un tercero neutral, que va a colaborar con el juzgado puntualmente resolviendo un incidente, recibiendo pruebas, realizando actuaciones concretas o actuando como mediador entre las partes. Por ello, es fundamental la imparcialidad del tercero interviniente.

Por último, su retribución será fijada por el propio tribunal que lo designa y en cuanto a sus funciones, vendrán determinadas en la resolución por la que se acuerda su nombramiento.

2.10. *Ombudsman*

El origen de esta figura se encuentra en Suecia, donde se empleaba en un principio para designar al funcionario público encargado de examinar las quejas de los ciudadanos contra las organizaciones del sector público⁷⁸.

El *ombudsman* representa a un defensor de intereses, que pueden ser del pueblo, de menores, de consumidores o de cualquier otro colectivo, es decir, sirven al público en general y llevan a cabo investigaciones oficiales. A estos se les conoce como *ombudsmen* clásicos, mientras que los *ombudsmen* de las organizaciones son los que prestan servicios informales de solución de conflictos relacionados con cuestiones laborales que afectan a los empleados de una organización o institución⁷⁹.

Por consiguiente, se trata de una figura de gran calado en los países anglosajones y nórdicos que se refiere a un órgano de supervisión de la actuación de las administraciones públicas, entidades u organizaciones a través del conocimiento, prevención e, incluso, resolución de las reclamaciones o quejas que se presenten en el ámbito de su competencia. Este órgano tiene reconocida la función de emitir un dictamen, que en ciertos contextos se considera vinculante y en otros, meramente, consultivo.

La función principal de este defensor no es tanto resolver controversias, sino más bien tratar de rectificar en su conjunto determinadas conductas administrativas que causan conflictos concretos. Así, normalmente, el defensor constituye el reflejo de los valores de la institución a la que representa, por lo que carece de sentido crear esta figura si la institución a la que va a representar no tiene voluntad de intentar resolver los problemas planteados por él. Ahora bien, va a ser objeto de supervisión institucional, con base en elementos estrictamente objetivos a fin de no parecer arbitraria de cara al colectivo al que sirve.

⁷⁷ KELLER, D. B., "Court-Appointed Special Masters: Dispute-Resolvers?". Disponible en <https://www.mediate.com/articles/kellerC.cfm>.

⁷⁸ El término se utiliza como equivalente a Defensor del Pueblo, un cargo público que existe en numerosos regímenes políticos.

⁷⁹ En las Naciones Unidas, el *Ombudsman* ayuda a los funcionarios a abordar las inquietudes que puedan tener en relación con el trabajo y a resolver los conflictos por medios privados. En cuanto a los servicios que puede prestar en el marco de las Naciones Unidas, éstos varían en función de la naturaleza del conflicto. Así, puede ayudar a explorar las opciones a seguir; aportar amplia información sobre las políticas, procedimientos y prácticas de las Naciones Unidas; remitirle a las oficinas o personas correspondientes dentro del sistema de las Naciones Unidas; prestar adiestramiento; ofrecer servicios de mediación o de diplomacia itinerante; y ponerse en comunicación con otras oficinas en relación con su solicitud o transmitir sus inquietudes o recibir información (*vid.* <http://www.un.org/es/ombudsman/faqs.shtml>).

Para que el defensor realice debidamente su trabajo es preciso que disfrute de plena autonomía en el ejercicio de su función y disponga de los medios necesarios. Para ello, deberá de tener acceso a la información corporativa o institucional correspondiente para realizar sus investigaciones y elevar sus informes y recomendaciones. Estos informes serán el canal de comunicación entre la institución y los intereses del colectivo al que defiende y, además, suelen tener una periodicidad, normalmente de un año.

3. CONCLUSIONES

El sistema judicial se encuentra atravesando desde hace tiempo una profunda crisis. Su duración, envergadura e implicaciones la sitúan en el terreno de lo sistémico. Ello nos lleva a entender que reformar la Justicia se ha convertido en un objetivo inminente y prioritario de los poderes públicos en España. Así pues, la dimensión estructural de esta crisis exige que se adopten medidas que generen opciones que sirvan para solucionar los problemas actuales de nuestra Justicia. Y ello porque, dentro de una sociedad, Justicia y Derecho deben funcionar de manera armónica y equilibrada, evolucionando con los cambios que se requieren para lograr esa paz y orden dentro de las relaciones jurídicas interpersonales. En este sentido, en España, destaca la necesidad de ser informado e instruido en cuanto a las formas y alternativas que existen para resolver las controversias.

La utilización de los mecanismos de resolución de conflictos –la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje– ha de configurarse como un derecho fundamental del ciudadano incardinado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplia acepción. Ello no obstante, más allá de estos métodos clásicos, existen otros no tan conocidos en nuestro país, y que son típicos de los sistemas anglosajones, que poseen relevancia en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente, en EE.UU. En efecto, cualquiera de ellos podría tener perfecta cabida en el nuestro como instrumento de resolución de conflictos. De manera tal que las partes pudiesen optar por uno u otro sistema con base en la utilidad que reportaría al caso concreto en el que estuviesen inmersos.

En definitiva, la utilización de alguno de esos métodos no sólo debe responder al objetivo de evitar o descongestionar la excesiva carga de trabajo de los tribunales, sino que también debe obedecer al necesario cambio de cultura sobre el tratamiento y solución de las controversias al margen de la vía judicial.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AZPARREN LUCAS, A. Prólogo de la obra de Pérez Martell, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARONA VILAR, S., "Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 18 – núm. 1, 2011.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CAPPELLETI, M., "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993.
- CARAM, M. E., "Algunas ideas sobre facilitación", *Mediadores en Red – L@ Revista*, año I, núm. 2, marzo de 2003.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- ESCORIHUELA, J. L., "Facilitación de grupos. Una introducción", pp. 3 y 4. Disponible en http://www.bdtonline.org/wiki/images/1/1b/Facilitacion_de_Grupos_-_Una_Introduccion.pdf.
- ESCORIHUELA, J. L., "Taller de habilidades del facilitador", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 22: 157-226, 2006.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2014.
- HERCE QUEMADA, V., "La conciliación como medio de evitar el proceso civil", *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo, 1968.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción", en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.
- HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- JAY FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996.
- KELLER, D. B., "Court-Appointed Special Masters: Dispute-Resolvers?". Disponible en <https://www.mediate.com/articles/kellerC.cfm>.
- LADRÓN DE GUEVARA, J. B., "Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVI, enero, núm. 1, 2004.
- LEDERACH, J. P., *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992.
- MARTÍNEZ MARTÍN, R., "La Negociación", en OROZCO PARDO, G., MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. y LOZANO MARTÍN, A. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.
- MEDINA DÍAZ, F. J., MUNDUATE JACA, L. y MARTÍNEZ PECINO, R., "La enseñanza de la negociación", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal", Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*.
- PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre de 2002.
- PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVIII, 2003.
- SAIZ GARITAONENDIA, A., "Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SAIZ GARITAONAENDÍA, A., "El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras", en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

- SAIZ GARITAONANDIA, A., "El medarb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos", *Revista jurídica Arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril de 2014.
- SINGER, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil. La jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- VALIÑO CES, A., "La mediación intrajudicial: la derivación al procedimiento de mediación y la importancia de la sesión informativa", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2018, pp. 107-120.
- VALIÑO CES, A., "Estudio acerca del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el derecho español", *Revista Julgar Online*, marzo de 2019, pp. 1-48.
- VALIÑO CES, A. y ALONSO SALGADO, C., "Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial preprocesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria", en ARECES PIÑOL, M^a. T. (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 351-369.
- VALL RIUS, A., "Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010, pp. 91-100.
- VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003.