

EL FOMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS
CIUDADANOS A TRAVÉS DE LOS MÉTODOS ADECUADOS
DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFERENCIA AL
PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL
DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

*ENCOURAGING CITIZEN ACCOUNTABILITY THROUGH
APPROPRIATE DISPUTE RESOLUTION METHODS. REFERENCE TO
THE DRAFT LAW ON PROCEDURAL EFFICIENCY MEASURES OF
THE PUBLIC JUSTICE SERVICE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 622-655

M^a Inmaculada
RODRÍGUEZ
ROBLERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El término adecuado utilizado dentro de la definición de los ADR, es un concepto que está generando controversia entre los entendidos en la materia a raíz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia. En este estudio se plantean los argumentos del por qué este concepto sí está bien utilizado y como este Proyecto fomenta que los ciudadanos sean conscientes y responsables de la solución de sus propios conflictos, sin delegarla en un tercero.

PALABRAS CLAVE: ADR; adecuado; alternativo; controversia; solución; conflicto; negociación; mediación; acuerdo.

ABSTRACT: *The appropriate term used within the definition of the ADR, is a concept that is generating controversy among experts in the matter because of the Law Project of procedural efficiency measures of the Public Service of Justice. This study presents the arguments why this concept is well used and how this Project encourages citizens to be aware of and responsible for resolving their own conflicts, without delegating it to a third party.*

KEY WORDS: ADR; adequate; alternative; controversy; solution; conflict; negotiation; mediation; agreement.

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO ADECUADO EN CONTRAPOSICIÓN CON ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- II. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA.- III. LA BUENA FE Y LA COMUNICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- IV. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA DEL TERCERO NEUTRAL.- V. LA POSIBILIDAD DE CONCLUIR SIN ACUERDO.- VI. LA IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA LETRADA.- VII. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- VIII. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA RESOLUCIÓN ADECUADA DE CONFLICTOS.- IX. LA CONFIDENCIALIDAD COMO ELEMENTO MOTIVADOR PARA ACUDIR A ESTOS OTROS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. X. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

El término adecuado utilizado dentro de la definición de los MASC, o medios adecuados de solución de controversias, es un concepto que está generando controversia entre los entendidos en la materia a raíz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Congreso de los Diputados de España, el 19 de abril de 2022 y publicado el 22 de abril de 2022 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante el Proyecto)¹.

Este tema merece un estudio pausado, como dice el Profesor Sixto Sánchez Lorenzo que se realiza cuando una persona escribe², por lo que se intentará plantear en este trabajo los argumentos del por qué este concepto sí está bien utilizado dentro del Proyecto para definir los métodos adecuados de solución de controversias, y el por qué no se debería circunscribir solamente al uso de métodos alternativos de solución de controversias, tal y como se hacía originalmente en el siglo pasado, cuando se definía a los ADR como *Alternative Dispute Resolution*³.

Esta antigua concepción de los ADR, únicamente circunscrita a los métodos alternativos de resolución de conflictos, se modificó poco a poco a través de los

1 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1.

2 Referencia hecha por el Prof. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO en el Curso de Verano sobre Arbitraje de la Universidad de Alcalá, 28 de junio 2022, al referirse a que las personas cuando escriben tienen la posibilidad de pensar de forma pausada sobre una idea.

3 Por ejemplo, CARBONNEAU, T.: *Alternative Dispute Resolution. Meltin the Lances and Dismountin the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989, p. 241.

• M^a Inmaculada Rodríguez Roblero

Inmaculada Rodríguez Roblero es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (graduación de honor) y Doctora en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid (Suma cum laude por unanimidad). Cuenta con una larga trayectoria docente en España y Costa Rica. Desde 2021 es Profesora Ayudante Doctora en la Universidad de Alcalá. Está colegiada en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid y en el Colegio de Abogados de Costa Rica, donde también es Notario Público y árbitro acreditada en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Member del Chartered Institute of Arbitrators de Londres (MCIArb). Autora de numerosas publicaciones relacionadas con el Arbitraje y la Resolución Adecuada de Conflictos. mi.rodriguezr@uah.es.

años con base en la experiencia, y se fue transformando hacia métodos adecuados⁴, o apropiados de solución de controversias. Incluso se les ha llamado en diversos contextos como métodos amigables, adicionales, o asistidos de resolución de conflictos para adaptarse a sus siglas originales (ADR)⁵. Esto debido a que no siempre lo que se busca es que sean alternativos a la vía judicial, sino que en muchas ocasiones pueden ser complementarios a la justicia ordinaria para un caso concreto, con el fin de poder resolver una disputa específica⁶.

Los MASC fomentan que los ciudadanos sean conscientes y responsables de la solución de sus propios problemas, sin delegarla en un tercero; ya que, al ser partícipes del resultado, el cumplimiento de éste será mayor, precisamente por el sentimiento de pertenencia y autoría, en perfecta consonancia con los objetivos perseguidos en el Proyecto, que pretende que la ciudadanía vea a la Justicia como “algo propio, como algo cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido”⁷. En total antagonismo a cuando la solución viene impuesta por otra persona, y no se ha podido contribuir con su formulación, lo que ocurre con los métodos heterocompositivos de resolución de las disputas⁸.

Los métodos autocompositivos, por su parte, tendrán un resultado meramente contractual, como sería, por ejemplo, el caso de la renuncia por acuerdo de partes, regulado en el artículo 5.1.9 de los Principios UNIDROIT, en el que el acreedor puede desistir a su derecho mediante un acuerdo con el deudor⁹. Otro ejemplo más común sería la mediación, en el que las partes intentan solucionar de forma amigable una disputa con la ayuda de un tercero, pero en el que el mediador carece de todo poder para imponer una solución, sino que son las mismas partes las que deben llegar -ellas solas- a un acuerdo, el cual tendrá una naturaleza meramente contractual¹⁰.

4 *Adequate* es definido en el Diccionario Collins en su segunda acepción como: *satisfactory*, lo cual traduce a: apropiado, aceptable, disponible en: <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles-espanol/adequate>

5 HOLLANDS, D.: “Alternative Dispute Resolution in Construction”, *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. BETANCOURT Y J.A. CROOK, eds.), Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2014, p.83.

6 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial”, *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 74.

7 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit, p.1.

8 SANDERS, F.: “Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview”, *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays*, J.C. BETANCOURT Y J.A. CROOK, (eds.), Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2014, p. 2

9 PRINCIPIOS UNIDROIT, disponible en: Microsoft Word - Black-letter rules Spanish.docx (unidroit.org).

10 Artículo 2.3 “3. “Mediation” means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (“the mediator”) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute”. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention)*, 2019, disponible en: UNTC. En el mismo sentido, Artículo 1.2 *UNCITRAL Mediation Rules*, UNCITRAL, 2021, disponible en: UNCITRAL Mediation Rules (2021)

Al contrario, en los métodos heterocompositivos, un tercero debe resolver de forma vinculante un conflicto. En ellos, la participación de las partes se limitará a presentar sus pretensiones y a probar las mismas, y será ese otro tercero quien dirima la cuestión de forma definitiva y con carácter ejecutivo. Como ejemplo de este tipo de solución se podría mencionar el artículo 35 de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo CNUDMI)¹¹, en el que se establece en su punto I que “un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado (...)”.

Asimismo, dentro de este apartado de métodos heterocompositivos de resolución de controversias encontraremos los *Dispute Boards*, o como también se ha traducido al español, como Juntas de Resolución de Disputas, en los que un tercero o terceros deberán decidir sobre la cuestión planteada, en algunos casos de forma vinculante y en otros de forma orientativa para las partes¹².

El comercio mundial internacional se ha incrementado exponencialmente desde finales de la Segunda Guerra Mundial¹³; lo que ha generado inversiones y movimientos de capital, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, a escala internacional, pero también a nivel local. No existe un mercado aislado y esto repercute también evidentemente en la regulación y en la forma en la que se resuelven las disputas que se pueden presentar.

Se podría mencionar como ejemplos de conflictos en grandes proyectos que pueden tener efectos nacionales o internacionales, aquellos debidos a retrasos, los cambios de circunstancias, problemas en la calidad de los materiales, falta de entendimiento en los términos contractuales, falta de adecuación de las especificaciones técnicas o plazos, flujos de caja, problemas con proveedores externos o servicios subcontratados, insolvencias sobrevenidas y un sinnúmero de circunstancias a las que hemos visto incrementadas otras como pandemias¹⁴

-
- 11 Ley Modelo CNUDMI, disponible en: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- 12 RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: “La aplicabilidad de la Lex Mercatoria en la solución de controversias”, *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, núm. 96, Lima, 2021, p. 358.
- 13 FFRENCH-DAVIS, R.: “Alcances económicos de la globalización”, *Nueva Sociedad*, núm. 147, enero-febrero, 1997, pp.28 y ss., disponible en: 2560_1-libre.pdf (dlwqtxtslxzle7.cloudfront.net).
- 14 El Covid-19 produjo un sin número de trastornos en los procesos productivos, que han supuesto paralización e interrupción en el suministro de componentes esenciales, lo que evidencia los riesgos que existen o pueden existir y ahora deben tenerse presentes en la contratación mercantil. Ver FANJUL, E.: “¿Qué es la globalización?”, *Iber Global*, septiembre, 2021, disponible en: que_es_la_globalizacion_B.pdf (iberglobal.com), p.18.

que no teníamos ni siquiera en nuestra lista de causas previsibles¹⁵. Pero también, a nivel más doméstico o local, se podrían añadir conflictos vecinales, contratos de distribución de mercancías, compraventas mercantiles, etc.

Estos elementos demuestran la gran importancia de una correcta asesoría en la redacción de los contratos por los abogados, en la formación de los empresarios, los técnicos, los ingenieros y en general de todas las partes intervinientes, y más concretamente en la prevención¹⁶ y la resolución pronta de sus disputas¹⁷. Ya que el tráfico mercantil requiere de agilidad, certeza y previsibilidad jurídica, lo que todas las partes implicadas, sean estas del sector privado, como incluso las mismas instituciones públicas, persiguen a toda costa, intentando preservar actos jurídicos mientras no haya afectación importante de derechos en aras de favorecer la agilidad del comercio¹⁸.

En esta línea de razonamiento se encuentra precisamente la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN), lo cual expresa como un ánimo de eficacia y efectividad¹⁹, afirmando que “es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas”²⁰.

Así, comenzaremos este estudio analizando la definición del término adecuado en contraposición con alternativo en la resolución de controversias. Pasaremos

-
- 15 EHLE, B., LE BERGE, A.: “Better Safe than sorry: Risk Management and Dispute Avoidance through Efficient Contractor Due Diligence”, *International Bar Association*, Friday 31 March 2023, disponible en: [Better safe than sorry: Risk management and dispute avoidance through efficient contractor due diligence | International Bar Association \(ibanet.org\)](#).
 - 16 En la literatura empresarial se fomenta la prevención como un gran valor y se fomenta el saber y el estar preparados para resolver los problemas apenas comienzan a presentarse. Se ha llamado esta materia como “gestión de crisis y “la gestión de los conflictos potenciales podría definirse como una técnica de previsión que identifica los acontecimientos que podrían llegar a convertirse en crisis para influir en su evolución y evitar sus efectos negativos para la organización”. DE LA CIERVA, Y.: *Navegar en aguas turbulentas. Principios y buenas prácticas en gestión y comunicación de crisis*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2020, p.166.
 - 17 En la misma exposición de motivos del Proyecto se hace referencia expresa al Estatuto General de la Abogacía Española y al Código Deontológico de la Abogacía Española que establecen como obligaciones la actividad de asesoramiento, consejo y defensa, mediante la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes. PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.
 - 18 Ya desde el siglo pasado en la doctrina mercantilista se abogaba por que la libertad de comercio requiere de una jurisdicción separada y una especial necesidad de “un derecho más vivo, ágil y adecuado a la buena marcha de los negocios y la de un procedimiento llano y sumario, sin dilaciones abogaciles, basado simplemente “en la verdad sabida y en la buena fe guardada”. RUBIO, J., *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, p. 94.
 - 19 En este sentido también PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 1.
 - 20 DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, Resolución de 6 de febrero de 2015, Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Málaga, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reducción y aumento de capital social. BOE, 2 de marzo de 2015, disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/559386242>.

a considerar las ventajas de la actividad negocial directa entre las partes; cuándo será necesaria la intervención de un tercero y sus facultades, para valorar las opciones con las que cuentan las partes a la hora de enfrentarse a un conflicto. También se apreciará el ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias, la intrusión de la informática en este ámbito y la confidencialidad que brindan estos procedimientos como elemento incentivador en contraposición con la vía judicial.

I. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO ADECUADO EN CONTRAPOSICIÓN CON ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

El Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en su Título I regula los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional. En su artículo 1 establece el concepto y caracterización de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional y dice: “a los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”²¹.

Para comprender de forma correcta este artículo se comenzará por acudir a la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (en adelante RAE) del término adecuado, y ésta lo define como “apropiado para alguien o algo”²².

El término en sí ya está acotando su ámbito de aplicación, ya que se refiere en concreto a alguien o a algo preciso, no para una generalidad o para todas las actuaciones o todos los problemas o conflictos que se pudieran plantear.

Un determinado método será, por tanto, la vía adecuada para resolver un conflicto concreto y no para otro con unas partes diferentes, o surgido tal vez entre las mismas partes, pero en otro momento diferente o en circunstancias diversas.

Este análisis es válido para examinar cuál de esa amplia variedad de mecanismos será el más apropiado.Cuál será ese “traje a medida”²³ que mejor se ajustará a

21 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit.

22 RAE, disponible en: <https://dle.rae.es/adecuado>

23 Este es un concepto ampliamente utilizado en la literatura sobre resolución de conflictos. Como muestra las características que se establecen de los métodos ADR que propone la WIPO, entre las cuales están la perfecta adaptación o “traje a medida” y flexibilidad de los procedimientos, específicamente de la mediación, para que satisfagan perfectamente sus necesidades: WIPO, “WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes”, disponible en: WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes.

las necesidades de las partes en cuestión. Como también así se establece en el artículo 1 del Proyecto, al permitir que incluso cualquier actividad negociadora no tipificada legalmente, pero que cumpla con el requisito de ser materia de libre disposición (artículo 3 del Proyecto)²⁴ se considere método adecuado de resolución de controversias.

Por su parte, que algo sea alternativo a otra cosa significa, conforme al mismo Diccionario RAE, que sea "capaz de alternar con función igual o semejante"²⁵. En este caso los métodos que se analizarán más adelante serán, en algunos casos, alternativos a la vía natural de resolución de disputas, es decir, a la vía judicial. En otros casos, no serán alternativos a la vía judicial, ya que muchos de estos métodos adecuados de resolver conflictos no cuentan con la eficacia de las resoluciones judiciales, sino que su eficacia es meramente contractual, a menos que las partes quieran elevarlo a escritura pública, o en otros, por ejemplo, el proceso de negociación se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial y puedan las partes solicitar al tribunal su homologación, conforme al artículo 12 del Proyecto²⁶.

En este punto es evidente el avance legislativo del Proyecto de la reforma efectuada sobre el Anteproyecto; ya que en aquél figuraba la atribución al acuerdo alcanzado por las partes del valor de cosa juzgada, pero, a su vez, una eficacia contractual del acuerdo alcanzado. En el Anteproyecto se exigía que para que tuviera el valor de título ejecutivo se debería de elevar a escritura pública u homologar judicialmente (artículo 10 del Anteproyecto)²⁷. El valor de cosa juzgada que se le pretendía otorgar buscaba impedir a las partes el poder presentar demanda judicial con igual objeto y, por tanto, se entiende que iba en la línea de la descongestión judicial que impregna la Ley. Pero, también las partes siempre podrían disponer de la materia y podrían seguir negociando sobre el mismo objeto controvertido o acudiendo a una mediación si fuera el caso. Lo que no podrían es acudir a la vía judicial en el supuesto de haber alcanzado un acuerdo previo sobre el mismo objeto en disputa, nada más. Así las cosas, el nuevo artículo 12.1 del Proyecto es más acertado en su regulación y redacción estableciendo que

24 El Artículo 3.1 del PROYECTO, define en concreto la materia de libre disposición como "1. Las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público (...)".

25 RAE, disponible en: <https://dle.rae.es/alternativo?m=form>.

26 En el mismo sentido se encuentra el acuerdo de mediación, el cual tendrá eficacia contractual a menos que la partes insten su elevación a escritura pública con el objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo (artículo 23.3 LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

27 ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>.

“el acuerdo alcanzado será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto”²⁸.

La vía judicial siempre estará disponible para los ciudadanos. Nunca se les privará de acudir a ella²⁹. Las personas siempre pueden recurrir a la vía judicial para hacer valer y solicitar la tutela de sus derechos, a menos que voluntariamente, en uso de su autonomía de la voluntad, decidan renunciar a ella. Así lo ha manifestado en estos últimos años el Tribunal Constitucional refiriéndose al arbitraje, el cual, sin lugar a duda, es uno de los principales métodos alternativos a la jurisdicción, y muchas veces adecuado, para la resolución de determinados conflictos.

En este sentido, por ejemplo, las resoluciones STC 15 de febrero 2021³⁰, la STC 15 de marzo 2021³¹, la STC 15 de marzo 2021³²; y la STC 4 de abril 2022 al decir que “dicha doctrina parte de la consideración de que el legislador “configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes”³³.

Así, las partes por su autonomía de la voluntad han decidido optar por otra opción, otro camino, otra alternativa igualmente válida y reconocida para solucionar sus conflictos. Pero como también hay que recordar, esa autonomía de la voluntad debe ejercitarse con responsabilidad³⁴ y las partes deben reconocer dicha exigencia y responsabilizarse de sus consecuencias.

En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice que “la justicia emana del pueblo, como también radica en el mismo el sentido de lo justo, por lo que se ha de propiciar la participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia. (...) Y es conveniente también abrir la justicia civil (...) a los ciudadanos para que se

28 En el mismo sentido HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n° 11, abril-junio 2022, Editorial Wolters Kluwer, p. 22.

29 Artículo 24 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: “I. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (...)”.

30 STC 17/2021, disponible en: Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 17/2021 (tribunalconstitucional.es).

31 STC 55/2021, disponible en: Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 55/2021 (tribunalconstitucional.es).

32 STC 65/2021, disponible en: Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 65/2021 (tribunalconstitucional.es).

33 STC 46/2020, FJ 4, disponible en: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/03/Sentencia-TC-15-marzo-2021-recurso-amparo-2563-2019.pdf>.

34 Tal y como lo definió el profesor D. GONZALO STAMPA en el Curso de Arbitraje de la Universidad de Alcalá el día 28 de junio de 2022.

sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia”³⁵.

Estos otros métodos también son otras vías, otros caminos, otras formas válidas y eficaces con las que las partes contarán para resolver ese conflicto concreto que ya tienen entre manos o que prevén que puede surgir en un futuro dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes; con los límites del orden público, las normas imperativas y de forma que aúna ambas, estaría la buena fe o la ética, esencial para satisfacer de forma adecuada los intereses de las partes en conflicto. Lo que sea por tanto materia de libre disposición y se pueda, en la mayoría de los casos convertir en dinero, será materia disponible, quedando fuera de ese ámbito el resto de las materias (artículo 3.1 Proyecto)³⁶.

En el mundo de los negocios, y conforme lo articula el Proyecto, para materia civil y mercantil, incluidos los conflictos transfronterizos (artículo 2 del Proyecto), los medios adecuados de solución de controversias especialmente brindan una solución adecuada, eficaz y en tiempo razonable a problemas que de acudir a la vía judicial podrían llegar demasiado tarde; impidiendo el normal desempeño de sus actividades, o incluso cuando la empresa ya no existe o no tiene sentido continuar con un litigio de esas características.

Así, se ve como estos procedimientos o mecanismos son una vía más, una opción con la que cuentan las partes para poder resolver sus disputas de forma que se satisfagan mejor sus intereses, ayudando a mantener e incluso a veces restaurar una relación preexistente y necesaria en muchos casos para sus operaciones, ineludible para las transacciones comerciales a largo plazo. “Es posible que el conflicto sea inevitable, pero no lo son la pelea, la violencia, la guerra. Podemos escoger entre manejar nuestros conflictos de manera constructiva o destructiva. Lejos de ser impotentes, estamos en condiciones de prevenir el conflicto destructivo”³⁷.

Algo muy distinto a lo que ocurre en la vía judicial, en la que se encallan las posiciones y las reclamaciones la mayoría de las veces, en la que tampoco se colma

35 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 2.

36 Ya en el Derecho romano se regulaba también lo que se consideraba materia arbitrable y aplicable para nuestro fin como materia disponible, excluyendo los delitos públicos, aquellos que suponían infamia, los que afectarían la libertad de las personas o los perseguibles mediante acciones populares. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Dykinson, 2017, p. 131. En el mismo sentido el Artículo 1271 CÓDIGO CIVIL: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

37 URJ, W.: *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós, España, 2005, p. 204.

el sentido de la discrepancia y se fomenta el distanciamiento y el rompimiento de la relación³⁸.

Pero es importante hacer énfasis en que no se puede generalizar, o como se ha dicho en otras ocasiones, intentar convertir estos otros mecanismos en la panacea³⁹. Para ello será necesario analizar el caso concreto que se presente, y seguidamente valorar si es o no ese método el adecuado para resolver ese conflicto determinado.

Cuando se deja a los individuos que tomen las riendas de su conflicto y decidan la vía por la cual quieren transitar, ese será el medio adecuado para ellos. En ese caso, determinado método apropiado para la resolución de su conflicto, puede que sea un procedimiento alternativo a la vía judicial; pero también podría tratarse en una disputa precisa que sea la vía judicial el método adecuado de resolución de su conflicto, cuando el problema así lo amerite, al requerir en ese caso concreto la certeza del aparato judicial y el poder coercitivo del juez para que el inconveniente quede zanjado. Por ejemplo, cuando se está frente a un asunto que afecta a derechos indisponibles, o a derechos de menores de edad, o siendo derechos disponibles se quiere simplemente acudir al juez para evitar reenvíos o el auxilio judicial⁴⁰. Por tanto, es preciso hacer un análisis de cada caso en concreto, para saber cuál será ese método adecuado de resolución de conflictos, sin ser posible una generalización *a priori*.

Hay sectores concretos en los que las partes prefieren tener el control de la solución de sus conflictos y que no haya terceros interviniendo y conociendo de los secretos o *know how* de sus proyectos; por ejemplo, en la negociación de patentes, secretos industriales, marcas, etc. Pero en determinados casos pueden tener dificultades para poder comunicarse directamente con sus contrapartes; como sería, por ejemplo, ante problemas en la ejecución de un proyecto, por desperfectos a la hora de instalar un material, o fallos inesperados, por malentendidos, ante algún incumplimiento, impericia, etc. Para lo cual la presencia de un tercero que intervenga se hace necesario e incluso indispensable.

38 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial", cit., p. 71.

39 CREMADES, B.: "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Revista Thémis de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 11, Lima, 1988, p. 10, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110126.pdf>.

40 Ya que, por ejemplo, aunque según el Artículo 11 de la Ley 60/2003 los tribunales arbitrales pueden conceder medidas cautelares, pero según el Artículo 8 será el tribunal competente para la adopción judicial de las medidas cautelares el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, por lo que se puede comprender que las partes quieran optar directamente por la vía judicial. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>.

El papel y las funciones que pueda desarrollar ese tercero variarán dependiendo de lo que las partes necesiten y le permitan, y “ahí está el detalle”⁴¹ de la capacidad que tenga el asesor jurídico o técnico en el diseño del procedimiento que requerirán las partes, en ese caso sus clientes, para lograr una solución adecuada para sus conflictos y que sea el método que mejor satisfaga sus intereses, pudiendo ser una negociación, una conciliación, un experto independiente, etc. (artículo 13.I Proyecto)⁴². Ese método concreto de resolución de disputas por el que se ha optado en un inicio podrá también variar durante el tiempo, y puede que, en algunas ocasiones, después de un trabajo arduo, pueda incluso que no se parezca a la solución que inicialmente se planteaba como la opción “A”, pero es la mejor opción en este contexto específico⁴³.

Esta Ley intenta crear lo que ya hace años opera en otros países como las *Multi-Door Courthouse*⁴⁴, en las que los usuarios acuden con sus problemas y en función de éstos se les intenta referir a la solución más apropiada a sus necesidades. A raíz de este análisis se le remite a una negociación, a una mediación, a una conciliación, a un arbitraje, o incluso a la vía judicial. El codificador afirma que se debería cumplir con la máxima de que “antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”⁴⁵, con el fin de potenciar la negociación entre las partes de forma directa o ante un tercero neutral, buscando reducir el conflicto social, la sobrecarga de los tribunales, los cuales se consideran igualmente adecuados para el ámbito civil y mercantil, dejando reservados para la vía judicial aquellos litigios que realmente lo ameriten o que las partes así lo demanden⁴⁶.

De esta forma también se busca dar una respuesta institucional al Objetivo número 16 de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, específicamente al número 16.3, al garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos⁴⁷. También,

41 Película mexicana “Ahí está el detalle”, interpretada por MARIO MORENO CANTINFLAS, 1940, ver: Ahí está el detalle (1940) - FilmAffinity.

42 Artículo 13.I PROYECTO: “I. A los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.1., las partes podrán acudir a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en este capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas. En particular, las partes podrán cumplir dicho requisito mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados”.

43 URY, w.: *Alcanzar la paz*, cit., pp. 31 y ss.

44 RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I.: “Algunos “otros” métodos”, cit., p. 802; LÓPEZ HUGUET, M.L.: *Proceso y ADR: herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 186.

45 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.

46 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.

47 En este sentido se ha reafirmado este compromiso con la DECLARACIÓN DE VALLADOLID, colofón de la I Cumbre Mundial de Mediación Empresarial, que ha tenido lugar el 25 y 26 de mayo en Valladolid, y en la que se ha discutido las ventajas de optar por estos MASC en aras de la aglización de la justicia y la actividad empresarial. SÁNCHEZ, L., “La cumbre de mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados. Algunos juristas creen que el Ministerio de Justicia debería sentar a un mediador en los conflictos que tiene abiertos con funcionarios de justicia y personal laboral”, *Economist & Jurist*, Martes 6 de junio de 2023, disponible en: La cumbre de

se garantiza que se adopten decisiones inclusivas, participativas y representativas, conforme al Objetivo 16.7, respondiendo directamente a las necesidades de todos los ciudadanos, ya que son los mismos interesados y afectados, quienes participan de la misma solución de sus conflictos⁴⁸.

II. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA.

El Proyecto habilita a las partes para acudir a cualquiera de las modalidades de negociación o a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley 5/2012).

Según el artículo 14 del Proyecto, toda persona física o jurídica, con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, puede gestionar la actividad negociadora. Para ello establece una serie de requisitos para actuar como conciliador, haciendo en este artículo una confusión entre los términos de mediador, negociador y conciliador.

Aquí se podría afirmar que tal vez el legislador pretende seguir la definición de mediador/mediación de la Ley Modelo sobre Mediación Internacional⁴⁹, en la que se establece que no importa el término técnico escogido para definir al tercero encargado de ayudar a las partes para lograr una solución de la disputa de forma neutral e independiente, sino que lo que realmente importa es la función desempeñada⁵⁰. “El mediador no pretende determinar quién tiene razón y quién está equivocado, sino que trata de alcanzar el núcleo de la disputa y resolverla. Ese núcleo está en los intereses de cada lado: en otras palabras, en sus necesidades, preocupaciones, deseos, temores y aspiraciones”⁵¹.

Además, se le otorga a este tercero un rol activo y proactivo en la solución de las disputas, ya que el artículo 15.g del Proyecto, en el que se determinan sus funciones, sí le concede la facultad de formular posibles soluciones al conflicto que le han planteado. Al contrario de lo que ocurre en la mediación a nivel nacional (artículo 8 Ley 5/2012), en la que el mediador solamente puede facilitar

mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados | E&J (economistjurist.es).

48 NACIONES UNIDAS, “Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

49 UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, disponible en: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*.

50 Incluso se habla en los Comentarios a dicha normativa, que en la regulación anterior se utilizaba el término de conciliador y que se podrá utilizar diferentes expresiones para referirse a diferentes técnicas y estilos, y esa es la misión de la Ley Modelo, anar todas ellas dentro de su artículo 1. Comentarios al artículo 1, núm. 32, en “Draft Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation” (2018), *Note by the Secretariat, United Nations, Vienna, 53rd Session, 2021*, disponible en: V2102141.pdf (un.org), p. 9.

51 URY, W.: *Alcanzar la paz*, cit., p. 156.

la comunicación y acercar las posturas de las partes, pero no puede formular directamente soluciones al conflicto; aunque, en la normativa internacional y la Ley Modelo de Mediación (artículo 7.4), tal y como se ha visto, sí se permite a los mediadores hacer propuestas de un acuerdo⁵².

Otra forma adecuada de solución de conflictos que formula el Proyecto es la Oferta vinculante confidencial (artículo 16 del Proyecto). En ésta, cualquier persona envuelta en una diferencia podrá formular una oferta vinculante a la otra parte y quedará obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la otra parte a la que la dirige la acepta. De tal forma que dicha aceptación tendrá carácter de irrevocable.

Esta oferta debe dejar constancia de su remisión y de la identidad del oferente, así como de la recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en que se produce dicha recepción y de su contenido. Tiene un plazo de validez de un mes, buscando nuevamente la seguridad jurídica y permitiendo a las partes avanzar hacia otros métodos de solución adecuada de resolución de conflictos, o incluso acudir a la vía judicial si así lo estiman oportuno (artículo 16.3 del Proyecto).

Este artículo está en perfecta consonancia con la regulación general contractual del Código Civil (en adelante CC), y en especial con el artículo 1262 CC, que dice expresamente que: "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Esta forma de resolver conflictos también opta por una resolución documental muy acorde con las tendencias actuales de relaciones sociales, tecnológicas y empresariales. La mayoría de los negocios actualmente se desarrollan sin contactos presenciales, por lo que la resolución de disputas también irá en la misma línea en la que los negocios se han gestado, tal y como se tendrá oportunidad de analizar con más detalle en un apartado posterior.

La última forma expresa y nominal que se regula en el Proyecto es la Opinión del experto independiente (artículo 17 del Proyecto). En él, las partes remitirán a un técnico en la materia un conflicto, para que éste emita una opinión no

52 Artículo 8 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; *UNCITRAL NOTES ON MEDIATION* (2021), UNCITRAL, 5.a, p. 19.

vinculante, la cual puede versar sobre cuestiones jurídicas o técnicas. Ésta puede solicitarse antes o durante la tramitación de un proceso judicial y tendrá carácter confidencial.

Como una de las principales ventajas de esta novedosa forma de intento de resolver conflictos que se introduce en nuestra legislación, se puede afirmar que, al no ser vinculante esta opinión del experto, si los abogados de las partes o las mismas partes por algún motivo no quieren llegar a un acuerdo en un primer momento, los clientes podrán tomar la iniciativa y, en función del resultado que les plantee el experto, que será el que podría alcanzarse en un hipotético proceso judicial o arbitral, serán ellos quienes intenten, directa y activamente, llegar a un nuevo arreglo, para evitar así lo que podría pasar y que el experto ya les avisó⁵³.

Se podría calificar este método como un procedimiento disuasorio de resolución de disputas, ante eventuales mayores inconvenientes de orden legal, económico, financiero, de recursos materiales, humanos, etc. Ya que conforme se escala en los distintos métodos de resolución de disputas, e intervienen otros terceros en su resolución, también se incrementan los costes asociados, y este es un factor fundamental que ayuda a las partes para intentar tomar medidas en la pronta resolución de los problemas.

Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 11 del Proyecto, elevándose a escritura pública y tendrá, por tanto, el valor de título ejecutivo (artículo 12.2 del Proyecto).

En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, el experto designado extenderá a cada una de ellas una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía, a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad⁵⁴ (artículo 4 del Proyecto), para que sea admisible en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, la demanda.

53 RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: "Algunos "otros" métodos", cit., pp. 813 y ss.

54 El requisito de procedibilidad se regula en el artículo 4 del PROYECTO y es un avance significativo de esta regulación. Para que cualquier procedimiento del orden civil pueda ser admitido, debe haberse acudido previamente a algún medio de solución de controversias de los previstos en el artículo 1 del PROYECTO. En el artículo 9 del PROYECTO se regulan los requisitos de acreditación del intento de negociación y terminación del proceso sin acuerdo.

III. LA BUENA FE Y LA COMUNICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

En el artículo 1 del Proyecto se entiende que las partes del conflicto acudirán a estos medios adecuados de solución de controversias con buena fe. Ya se ha incluido también la buena fe y la ética como uno de los limitantes a la actuación y a la materia que podrá ser sometida a estos mecanismos, pero merece la pena un apartado específico para su análisis.

El principio general de la buena fe, principio que hemos heredado del Derecho romano, es uno de los principios que sirven de fundamento, ordenación e interpretación del ordenamiento jurídico actual⁵⁵.

Este principio está presente en todas las regulaciones formales y no formales, como sería, por ejemplo, el artículo 7 CC, en el que se establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Y a nivel de *soft law*, en el ámbito internacional, se podría mencionar el artículo 1.7 de los Principios UNIDOROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁵⁶ (en adelante Principios UNIDROIT), en los que se establece que las partes deben actuar con buena fe en el comercio internacional, sin poder excluir ni limitar este deber⁵⁷.

La buena fe debe estar presente en todas las actuaciones de las personas, físicas o jurídicas, y más cuando ellas son las responsables de la solución de sus propios conflictos, como se pretende con este Proyecto de Ley. Las actuaciones éticas o conforme a la buena fe muchas veces coinciden con las prescripciones legales, aunque otras veces no, pero encuentran su fundamento en que la "fuerza vinculante no deriva ni de la norma ni de la utilidad, sino de fundamentos éticos basados en el sentido moral común: evitar hacer el mal a los demás, respetar los derechos ajenos, no mentir ni engañar, cumplir las leyes, obedecer a la autoridad, ayudar a los necesitados, ser íntegros y ecuanímes, etc. Por eso, deben ser puestas en práctica, aunque la ley no las imponga o incluso cuando pudiera parecer más útil -al menos a corto plazo- actuar de otro modo"⁵⁸.

La buena fe implica que las comunicaciones deben ser efectivas y activas entre las partes en conflicto. Por tanto, éstas deberán cooperar para solucionar la disputa, aunque como se verá más adelante, esto no significa que sea obligatorio

55 LÓPEZ HUGUET, M.L., *Proceso y ADR*, cit., pp. 168 y ss. Aunque es propio del Derecho natural y ya Aristóteles citando a Sófocles afirmaba que "no es algo de ahora ni de ayer, sino que siempre está vivo y nadie sabe desde cuando apareció". ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza Editorial, 1ª ed., 6ª reimpresión, Madrid, 2005, p.123.

56 PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2016, disponibles en: Microsoft Word - Black-letter rules Spanish.docx (unidroit.org).

57 En el mismo sentido, artículo 1:201 PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, en el que se dice de forma expresa: "(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo".

58 DE LA CIERVA, Y.: *Navegar en aguas turbulentas*, cit., pp. 45 y ss.

alcanzar un acuerdo a toda costa, pero sí se debe, al menos, intentarlo con buen ánimo⁵⁹.

Deberá cuidarse y procurar no alterar la comunicación, ya sea verbal como no verbal, así como saber escuchar, prestando una atención total a la otra persona⁶⁰. Para establecer una comunicación real, no solamente se debe oír lo que la otra parte dice, sino que la empatía y el ser capaz de analizar el mensaje desde la perspectiva del emisor, son elementos esenciales para lograr un buen acuerdo⁶¹.

La comunicación es un proceso en dos sentidos⁶², lo que implica que no se debe dar lecciones cuando se intenta alcanzar un acuerdo o negociar; o solamente realizar una exposición de los requerimientos cuando se dialoga con la contraparte. Al contrario, dependiendo de la persona que se tenga delante, se deberá ser capaz de adaptar el estilo de la comunicación, las palabras escogidas, el momento en el que se pueden intercambiar las peticiones, los mensajes que se transmiten, el administrar los silencios, etc. No hay una única "receta" que sirva para todas las situaciones que se tienen que afrontar.

La buena fe también implica saber esperar el momento propicio, no imponerse o aprovecharse de una determinada posición, que puede ser más favorable en un momento concreto para obtener más beneficios de los que le corresponderían, por ejemplo⁶³; hablar con respeto a sus interlocutores, no intentar confundir con argumentaciones falsas, contradictorias o impertinentes. Todo esto se puede perfectamente englobar también dentro del ámbito de la ética⁶⁴ en el intento de alcanzar un buen acuerdo mutuamente beneficioso.

Esto es posible si se pone el suficiente interés en comprender a la persona que está delante, y se quiere realmente entender, o al menos legitimar el punto de vista de los demás y poder adaptarse a las circunstancias específicas, para de esta forma intentar lograr el mejor resultado posible para ambos. "Hace falta coraje

59 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, 2ª ed., Penguin, New York, 1991, p.20 y ss.; DIXON, T., O'HARA, M.: *Communication Skills, Making Practice-Based Learning Work*, University of Ulster, 2002, disponible en: https://www.academia.edu/25247764/Practice-Based_Learning_Communication_SKILLS, p.4.

60 URY, W.: *Alcanzar la paz*, cit., p. 171.

61 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes*, cit., pp. 21 y ss.; DIXON, T., O'HARA, M.: *Communication Skills*, cit., pp. 10 y ss.

62 KOTTER, J.: *Leading Change*, Harvard Business Review Press, Boston, USA, 2012, pp. 101 y ss.

63 Tal y como ya advertía Aristóteles en la *Retórica*, cit., p.120 al decir que la maldad solo necesita un pretexto (...) "pues no tratarán de llevarnos a los tribunales: o buscan una avenencia o no concluyen nada. O contra aquellos a quienes no beneficia perder tiempo esperando juicio o compensación, como ocurre con los extranjeros o con los que trabajan con sus manos, porque llegan a un acuerdo por poco y se contentan con facilidad".

64 Ético, según acepción número 4 del Diccionario RAE, "Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida. Ética profesional, cívica, deportiva". Disponible en: ético, ética | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE.

para enfrentar el obstáculo de las diferencias humanas, y hablar de manera abierta sobre lo que realmente importa⁶⁵.

El Acuerdo -con mayúscula- debe ser el mejor para ambos, no solamente para una de las partes. Por tanto, si no es así, será mejor quedarse con su Plan “B”, o seguir avanzando hacia otro método diferente de resolución de conflictos o, en determinadas circunstancias, acudir a la vía judicial.

Cuando se es consciente de que si se coopera con la otra parte se podría satisfacer en mayor grado el propio interés, mucho más que cuando se compete, la participación se vuelve más efectiva y es más probable llegar a un acuerdo satisfactorio para todos los intervinientes.

IV. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA DEL TERCERO NEUTRAL.

El tercero neutral desempeñará sus funciones de acuerdo con las distintas modalidades de negociación previa reguladas en el Proyecto y deberá también cumplir con los requisitos que en él se establecen. Por ejemplo, para la conciliación privada deberá el conciliador estar inscrito como ejerciente en el colegio profesional oportuno, ser imparcial y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional; además de aceptar de forma expresa y documentada la responsabilidad de la gestión leal, objetiva⁶⁶, neutral e imparcial del encargo recibido (artículo 14 del Proyecto)⁶⁷.

Así, el Proyecto establece como esencial que el tercero que intervenga como facilitador deberá ser y permanecer imparcial durante el desarrollo de la actividad negociadora a la que las partes en conflicto acuden para encontrar una solución extrajudicial (artículo 14.2.b del Proyecto).

La imparcialidad radica en el ámbito subjetivo del tercero y deberá manifestarse en su forma de actuar y en cómo se comporte hacia el exterior. Según el Diccionario RAE, imparcialidad es la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”⁶⁸. Por

65 URY, W.: *Alcanzar la paz*, cit., p. 146.

66 Aunque, por ejemplo, en el Art. 13 de las *UNCITRAL Mediation Rules* se excluye la responsabilidad de los mediadores, quedando a salvo solamente aquella cometida con dolo. *UNCITRAL MEDIATION RULES (2021)*, cit.

67 Este es el principio general que se recoge, por ejemplo, en las *DIRECTRICES IBA* sobre conflictos de interés para los árbitros, pero como elemento de análisis y de consulta podría utilizarse en esta materia, ya que es una herramienta desde el punto de vista práctico que ayuda para orientar a los operadores en cuanto a situaciones concretas que determinarán, en función de los colores de un semáforo, si el árbitro podrá seguir o no con su nombramiento. Disponibles en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>. De igual modo, el *REGLAMENTO CNUDMI*, en sus artículos 11 y siguientes regula la necesidad imperativa de que los árbitros revelen a los demás miembros del tribunal y a las partes, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas razonables sobre su independencia o imparcialidad, lo cual se podría utilizar de modo análogo para estos mecanismos, ya que en esta materia está más desarrollado.

68 *DICCIONARIO RAE*: imparcialidad, disponible en: <https://dle.rae.es/imparcialidad?m=form>.

tanto, el tercero debe ser y permanecer libre de presiones externas y no podrá favorecer a una parte por encima de la otra, ya que su actuar deberá estar siempre libre de prejuicios⁶⁹, y deberá tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos⁷⁰.

Mientras que la independencia se refiere a la esfera objetiva del tercero, a las relaciones del sujeto con el procedimiento que pueda mantener con las partes, sus representantes y demás intervinientes. No puede existir interés en ningún sentido, entiéndase material, financiero, sentimental, familiar, intelectual o de cualquier naturaleza que pueda afectar al resultado del procedimiento⁷¹. Esto lo que significa, en palabras sencillas, es que no puede existir dependencia de nada ni de nadie, con el fin de alcanzar un resultado justo para las partes⁷².

El mecanismo que garantiza la salvaguarda de estos principios es el deber de revelación del tercero antes de aceptar su nombramiento, durante su mandato y una vez finalizado éste (artículo 15.a del Proyecto). En la sesión inicial, la persona conciliadora deberá revelar a las partes las posibles causas que puedan afectar la resolución del conflicto por su profesión, formación o experiencia. Su finalidad es evitar cualquier posible conflicto de interés con las partes, sus representantes o terceros⁷³.

En este sentido se encuentra también el artículo 3.6 de las *UNCITRAL Mediation Rules*, que regula el deber del mediador de revelar toda aquella circunstancia que pueda dar pie a dudas razonables con respecto a su independencia e imparcialidad, incluyendo detalles de su vida personal, profesional, financiera u otros intereses que puedan influir en el resultado de la disputa; desde su nombramiento y durante todo el procedimiento de mediación, tan pronto como dicha situación o circunstancia tenga lugar⁷⁴.

69 Los prejuicios llevan a los terceros y a las mismas partes a perder en muchas ocasiones oportunidades de solucionar un conflicto. Esto también puede conllevar obviar o no percibir otras perspectivas que podrían favorecer la resolución pronta del conflicto o aportar un buen resultado mutuamente beneficioso. En este sentido es interesante consultar el Capítulo IV del Libro "El Principito", en el que se relata la historia del descubrimiento realizado por un astrónomo turco en 1909 y como los prejuicios hacia su vestimenta le impidieron tener la credibilidad necesaria en un Congreso de Astronomía. Posteriormente en 1920, y ya ataviado al modo occidental, todo el mundo compartió su opinión. DE SAINT-EXUPÉRY, A.: *El Principito*, Salamandra, Navarra, 2020, pp.18 y ss.

70 Artículo 18 LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., STAMPA, G.: *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 219.

71 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., STAMPA, G.: *Principios generales del arbitraje*, cit., pp. 207 y ss.

72 DICCIONARIO RAE, independencia: "que no tiene dependencia, que no depende de otro". Disponible en: <https://dle.rae.es/independiente>.

73 AMEZAGA, B.: "Sentencia de la Corte de Apelación de París, Pôle 5, Ch. 16, 25 de febrero de 2020, núm. 8/2020 -Dommo Energía v. Enauta Energía y Barra Energía. Aclaraciones recientes sobre el alcance de la obligación de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de no revelación", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vo. XIII, núm. 1, 2021, p. 385.

74 *UNCITRAL MEDIATION RULES* (2021), cit.

Ante la duda será siempre recomendable revelar la posible causa de conflicto, y que sean las partes las que acepten, de forma expresa, la continuidad o no del tercero en su función.

El realizar una revelación no significa que exista un conflicto de interés, o que dicha circunstancia implique que el tercero no será capaz de actuar con la profesionalidad e imparcialidad exigida. Lo que se busca en última instancia es la salvaguarda del procedimiento, y que no exista ningún atisbo de duda al respecto⁷⁵.

V. LA POSIBILIDAD DE CONCLUIR SIN ACUERDO.

El acudir a uno de estos métodos de resolución de controversias no exige que las partes deban solucionar sus conflictos mediante él. O incluso, que deban solucionar todo el conflicto mediante un método adecuado de resolución de disputas, ya que las partes son libres para convenir o transigir a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses y alcanzar acuerdos totales o parciales. “En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia” (artículo 3.1 del Proyecto).

Estas son vías que se facilitan para que las partes cuenten con otras opciones, además de la vía judicial que, como se ha dicho anteriormente, siempre estará disponible. Cuando no se tiene otras opciones y solamente hay un camino, se debe transitar por él; pero si se cuenta con varias vías para escoger, se podrá ir por la que mejor convenga, dependiendo del tiempo con el que se cuente, los recursos que puedan verse comprometidos en la causa, los grupos de interés o *stakeholders* que se vean afectados, los intereses que se primen, etc.

Pero, si durante el proceso no se es capaz de lograr el objetivo que se había trazado, o las circunstancias no permiten avanzar, la vía judicial siempre estará abierta, a menos que se haya renunciado expresamente a ella, por ejemplo, a través de la suscripción de una cláusula arbitral inserta en un contrato. Pero, incluso en tal caso, si ambas partes se ponen de acuerdo, o si una de ellas inicia un procedimiento judicial y la otra no se opone en tiempo mediante la debida declinatoria⁷⁶, el juez podrá seguir conociendo, por lo que la vía judicial será, en ese caso concreto, la vía adecuada para resolver ese caso determinado.

75 Por ejemplo, el documento de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia de la *INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION (CCI)* que los árbitros deben de cumplimentar, disponible en: ICC Arbitrator Statement Acceptance, Availability, Impartiality and Independence form - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org).

76 Artículo 11 *LEY 60/2003 DE 23 DE DICIEMBRE DE ARBITRAJE* que dice: “*Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.* 1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda. 2. La declinatoria no impedirá la iniciación o

Es importante recordar que tampoco el Proyecto está instando a las partes a llegar a un acuerdo a toda costa.

El artículo 9.4 del Proyecto regula que se entenderá la terminación del proceso sin acuerdo cuando transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo, o no se obtenga respuesta por escrito; transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo⁷⁷. O si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad⁷⁸.

El Proyecto intenta establecer fechas ciertas para poder cerrar la fase negociadora y permitir a las partes avanzar a las siguientes etapas para solucionar sus conflictos, y que éstas no se ven atrapadas en la fase frustrada de negociación o cualquier otro método que hayan escogido.

Así lo recoge también el segundo párrafo del artículo 6.1 del Proyecto, al interrumpir la suspensión de la prescripción que se había dado con el inicio del procedimiento de negociación, pero, al no haberse alcanzado un acuerdo, este plazo se debe reanudar⁷⁹.

Esto es algo muy positivo que merece la pena destacar. Cuando hay fechas ciertas, ante una cláusula escalonada⁸⁰ o ante métodos de resolución de conflictos que no tienen una decisión vinculante y definitiva, y las partes no están conformes con dicha solución; será necesario avanzar hacia otra vía o mecanismo de resolución de controversias. Para continuar es necesario que la fase anterior se pueda dar por zanjada. Y, precisamente, esto es lo pretende el Proyecto, brindar certeza jurídica.

prosecución de las actuaciones arbitrales. 3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”.

77 En todo caso la Ley permitiría a las partes que puedan continuar negociando si así lo consideran de mutuo acuerdo más allá del plazo de los tres meses.

78 Esta opción es la que se utiliza a nivel internacional en las leyes modelo, como, por ejemplo, en el Artículo 9.c de las *UNCITRAL MEDIATION RULES*, cit., “(c) By a declaration of a party to the other party and the mediator, if appointed, to the effect that it no longer wishes to pursue mediation, on the date of the declaration”.

79 El Proyecto establece que en el caso de que no se llegue a un acuerdo, las partes deberán presentar la demanda en el plazo de 1 año a contar desde la fecha de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo, con el fin de entender cumplido el requisito de procedibilidad. Artículo 6.2 del Proyecto.

80 ROBLETO ARANA, C.: “La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos”, *Revista de Derecho*, núm. 30, Universidad Centroamericana, Nicaragua, 2021, p.4. En la que brinda un elenco de definiciones doctrinales de las cláusulas escalonadas o multinivel, extrayendo sus principales características: “a) Este tipo de cláusula contienen fases y etapas diferentes antes de llegar a un arbitraje. b) Regulan etapas menos adversariales que pueden variar en cada caso. c) Las partes acuerdan escalar a la siguiente etapa una vez agotada sin éxito la etapa anterior. d) Son cláusulas que generalmente se incluyen en un acuerdo arbitral combinado con estipulaciones propias de otros medios alternos de solución de conflictos como la negociación y la mediación. e) Alientan a las partes a una resolución amistosa de la disputa y evita gastos innecesarios. f) Se utilizan en contratos de ingeniería y construcción”.

No todo acuerdo es bueno, y simplemente porque pueda ser factible no lo convierte en un buen acuerdo. Un buen acuerdo será aquél que mejore la situación actual de las partes y que satisfaga, en la mayor medida posible, los intereses de ambos intervinientes, salvaguardando, o incluso mejorando, la relación actual. Si el acuerdo no mejora en ningún aspecto la posición actual, es mejor mantener el estado actual de las cosas o, utilizando términos de negociación, optar por la “Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado” (MAAN, siglas en español para BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*⁸¹) o “Plan B”.

Para que un acuerdo sea “un buen acuerdo” es importante recordar también que debe ser claro y sencillo⁸², lo cual no implica que este sea un acuerdo simple; sino que se adapte a las necesidades, e incluso al vocabulario, de las partes involucradas; ya que éstas deben ser capaces de comprender a qué se están obligando⁸³. Además, este debe estar fundamentado en criterios objetivos⁸⁴ y poder ser verificable por cualquiera que desde fuera quiera analizarlo.

Un buen acuerdo no requiere explicaciones de los criterios adoptados, ya que se funda en razonamientos que son válidos de forma imparcial para todos; como podrían ser la costumbre en un lugar, el valor del mercado, la opinión de un experto independiente, los usos de un determinado colectivo; y no en criterios que se sustentan en la mera voluntad de uno de los afectados, el sentir o el simple querer (capricho) de la parte más fuerte que logró imponer sus criterios, entre otros que, por su propia naturaleza, son volubles y obedecen a elementos subjetivos.

VI. LA IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA LETRADA.

El artículo 5 del Proyecto establece que las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de un abogado. Este requisito no es preceptivo, salvo que se trate de un requisito de procedibilidad o que se esté ante un supuesto de derivación judicial porque se acuda a la formulación de una oferta vinculante; o cuando se asista a una conciliación privada o a la mediación, si el tercero no es un profesional del Derecho. El mismo artículo exime de la obligación de la asistencia técnica cuando el asunto no supere los dos mil euros (2000 €) o si la Ley lo exceptúa.

En este punto sería conveniente hacer una reflexión más detallada, ya que, aunque el asunto pueda tener una cuantía mínima a ojos del legislador, las partes

81 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes*, cit., pp. 50 y ss.

82 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI.: “¿Cómo utilizar el proceso de toma de decisiones para alcanzar un buen acuerdo en una negociación?”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, junio 2020., p. 273.

83 KOTTER, J.: *Leading Change*, cit., pp. 91 y ss.

84 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes*, cit., pp. 42 y ss.

requieren una tutela y una asesoría adecuada siempre. Estos métodos se basan, tal y como se viene analizando, en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales se consideran *a priori* como mayores de edad y responsables a nivel jurídico y concededoras de todos sus derechos y deberes, lo cual no siempre es así. Esto no quiere decir que se esté abogando por obligar siempre a la asistencia letrada, porque tampoco es indispensable para las partes versadas en Derecho. Pero para quienes no lo sean, al menos sería bueno que tengan una cierta asesoría o acompañamiento por parte de alguien que sí lo sea.

El fijar el tope de 2000 € como una cuantía mínima para no requerir de la asistencia letrada se puede deber al impulso que pretende el Proyecto para dejar a las mismas partes la responsabilidad de la resolución de sus propios conflictos, siendo ellos artífices de sus soluciones e intentando flexibilizar el procedimiento al máximo. Pero, en ocasiones, la cuantía no es un indicador del grado de tutela que requieren las partes, por lo que el mismo Proyecto en el artículo 5.3 regula que sin ser preceptiva la asistencia letrada, cualquiera de las partes puede servirse de ella, y debe comunicarlo así a la otra parte, para que también pueda hacer uso de ella, si lo considera oportuno.

Las partes requieren de un correcto asesoramiento y guía que debe darse por parte de los letrados, quienes son los encargados de su defensa y especialmente de su asesoramiento durante toda la relación.

En un momento previo o incipiente de una relación jurídica o contractual, muchas veces la ilusión de un proyecto se confunde con lo que efectivamente se puede lograr y con las responsabilidades que este conllevará. A veces, el transcurso del tiempo lleva a frustraciones o a imposibles que al aparecer degeneran en conflictos que terminan en largos procesos judiciales. Aquí es donde los asesores jurídicos deben estar bien formados y deben trasladar esta formación a sus clientes sobre estas otras vías que existen para resolver posibles conflictos que se puedan plantear en el futuro. Así, sus clientes podrán decidir libremente, y con la cabeza fría, antes de que el conflicto ni siquiera se hubiera gestado, si ven como factible e interesante optar por este "otro camino" para resolverlos, intentando sobre todo preservar la relación, ya que en la vía judicial lo normal es que la relación se rompa desde sus inicios⁸⁵.

Y, el segundo momento en el que sería conveniente el acompañamiento y asesoría letrada será cuando el conflicto ya ha surgido, conduciendo a la parte en

85 MARTÍN DIZ, F.: "ADR, ODR e inteligencia artificial: evolución en el arbitraje y la mediación", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 95, cita las palabras de Abraham Lincoln en su "Notes for a law Lecture" de 1850 y dice: "Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser... in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man".

las sesiones del específico método escogido, ya sea una negociación, mediación, conciliación, o cualquier otro método que ellas acuerden.

En la misma Exposición de Motivos se busca potenciar el papel protagonista de las profesiones jurídicas⁸⁶ y sus habilidades negociadoras, las cuales no son innatas y se deben aprender y cultivar en las aulas y fuera de ellas. Se deben favorecer cursos que, si bien ya existen en algunas universidades, no se consideran indispensables para el ejercicio de la profesión, pero como se ve con este nuevo Proyecto, sí que serán esenciales para un correcto ejercicio de la actividad negocial.

Si se decide avanzar en esta dirección, con una conciencia del deber ser y orientados a los intereses generales y de la sociedad en su conjunto, la carga de los tribunales se verá evidentemente reducida, la satisfacción de los intereses de las partes se incrementará al lograr sus objetivos, los abogados podrán dedicar un menor tiempo a un asunto concreto y obtener resultados más satisfactorios; todo lo cual repercutirá también en aspectos psicológicos positivos en los agentes jurídicos, tan ansiosos últimamente en la profesión⁸⁷.

VII. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

La Justicia, como lo expresa también la Exposición de Motivos del Proyecto, no es solamente la "administración de la justicia contenciosa"⁸⁸. Continúa el Proyecto afirmando que "es todo un sistema que se enmarca en el movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil. (...) Se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales. Para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos. Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado"⁸⁹.

El Proyecto determina la materia disponible y su ámbito de aplicación en dos artículos concretos. En primer lugar, en el artículo 3 se habla sobre la materia disponible al permitir convenir, transigir, por cualquiera de los medios en él

86 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit. p. 3.

87 Como por ejemplo el artículo de ABAD RAMÓN, M.: "La salud mental, un tabú entre los abogados por miedo a los estigmas", *Cinco Días*, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/01/legal/1648794201_890784.html.

88 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.

89 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p.3.

establecidos, sobre los derechos o intereses, siempre que lo acordado no vaya en contra de la ley, la buena fe o el orden público, como ya se ha ido analizando.

También el Proyecto en su artículo 2, en el apartado I establece que su ámbito de aplicación serán los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. Y, tal y como se adelantaba, no podrá ser materia de libre disposición lo que esté fuera de ese marco que delimita la autonomía de las partes y está acotado por el orden público, las normas imperativas y la buena fe. No se puede, en ningún caso, intentar traspasarlo, ya que los acuerdos así logrados no serían efectivos.

Quedan por tanto excluidas las materias concursal, laboral y penal y los asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público, ya que este último requiere una regulación propia y diferenciada (artículo 2 del Proyecto).

VIII. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA RESOLUCIÓN ADECUADA DE CONFLICTOS.

La utilización los medios telemáticos se ha visto incrementada y normalizada notablemente a raíz de la Pandemia del COVID-19. A este respecto, se ha observado recientemente que muchas personas prefieren la opción telemática para agilizar el procedimiento y disminuir los costes, principalmente⁹⁰. Al no tener que desplazarse, es más fácil encontrar fechas disponibles en las agendas de las partes y de los terceros que facilitan la resolución de sus conflictos, así como evitar el pago de salas de reuniones, los viajes, dietas, hoteles, etc.

Así, el Proyecto en el artículo 7 establece que las partes podrán acordar que todas o algunas de las actuaciones de la negociación, en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleve a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de voz o la imagen, siempre que quede garantizado el respeto a las normas previstas en ese título, y en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada en la mediación. Además, cuando la cuantía no exceda los seiscientos euros (600 €) se desarrollará por medios telemáticos, facilitando así la resolución de los conflictos por las ventajas antes mencionadas; salvo que esta opción no le sea posible para alguna de las partes⁹¹.

90 Como, por ejemplo, se puede evidenciar en los datos de la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE, en la cual, en 2020, un 68% de los arbitrajes celebrados en esta Corte fueron 100% *online*. En el año siguiente, a pesar de la relajación de las restricciones sanitarias, aún el 47% de las partes optaron por la virtualidad. CINCO DÍAS, "El arbitraje 'online' se queda cuando las restricciones de la pandemia se van", disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/06/legal/1649258342_696079.html.

91 Así se ha contemplado también, por ejemplo, en el artículo 31 bis del REGLAMENTO DE LA CIMA que ha introducido una regulación específica para las audiencias audiovisuales, en el que dice que cualquier audiencia que deba llevarse a cabo durante la tramitación del procedimiento arbitral, incluida la audiencia

Esto no es algo nuevo, sino que se viene trabajando y fomentando desde el siglo pasado en Estados Unidos y Europa. En Estados Unidos desde los años noventa con el desarrollo de los *Online Dispute Resolution*, o como también se les conoce ODR⁹².

Por su parte, la CNUDMI en sus Notas Técnicas, aprobadas en diciembre de 2016, ha definido las ODR como un “mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones. Ese sistema puede implementarse de maneras diferentes por los distintos administradores, y puede evolucionar con el tiempo”⁹³.

En Europa, en el año 2015 se emitió la Recomendación 2015/C 215/01, con el objeto de “fomentar la utilización de las videoconferencias transfronterizas en el ámbito de la justicia en los Estados miembros y a escala de la UE y compartir mejores prácticas”⁹⁴. En ella se dice que “la videoconferencia constituye un posible medio de simplificar y alentar dicha comunicación. Las ventajas de la videoconferencia han sido reconocidas por el Derecho de la Unión. (..) Además, debería ampliarse, cuando resulte apropiado, el recurso a las videoconferencias, las teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a larga distancia para las vistas orales, con el fin de suprimir la necesidad de desplazarse hasta el tribunal para tomar parte en procesos judiciales, en particular en casos transfronterizos, y para contribuir así, mediante la reducción de costes y esfuerzos, al acceso efectivo a la justicia”⁹⁵.

Se puede observar cómo el optar por estos medios tecnológicos no es algo que se ha improvisado por las circunstancias acuciantes que nos ha tocado experimentar, sino que se ha venido trabajando en ello a lo largo de las últimas décadas, y éstos hechos que han ocurrido solamente han acelerado el proceso y la mentalidad de los operadores en su aplicación, lo que sin duda puede ser aprovechado para dar el salto definitivo hacia la tecnologización de los métodos adecuados de resolución de conflictos⁹⁶.

de prueba, podrá realizarse de manera audiovisual no presencial, cumpliendo los tres requisitos que establece: “a. Que lo solicite o no se oponga a ello una de las partes. b. Que así lo acuerde el Tribunal Arbitral, de conformidad con la Corte. c. Que no se menoscaben las debidas garantías del procedimiento”, CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE, “Reglamento de Arbitraje”, disponible en: <https://arbitrajecima.com/documentos/reglamentos-de-arbitraje-2/>.

92 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI.: “Algunos “otros” métodos”, cit., pp. 833 y ss.

93 CNUDMI: NOTAS TÉCNICAS SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA, disponibles en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf.

94 RECOMENDACIÓN 2015/C 215/01, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015H0731\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015H0731(01)&from=ES).

95 RECOMENDACIÓN 2015/C 215/01, cit., Reconoce núm. 6 y 12, pp. 1 y ss.

96 BETANCOURT, J.C.: “El impacto del COVID-19 sobre el arbitraje comercial internacional”, *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, T. Aliste Santos, A. Alvarez García JR. (ed.), Atelier, Barcelona, 2021, p.521.

IX. LA CONFIDENCIALIDAD COMO ELEMENTO MOTIVADOR PARA ACUDIR A ESTOS OTROS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Todo el proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de la negociación previa y al objeto de ésta (artículo 8 del Proyecto).

Esta obligación se extiende al tercero, a las partes y a todos los demás intervinientes en el procedimiento, los cuales tienen el deber de observar la reserva de todo el material conocido y producido durante aquél.

Este deber tiene su fundamento ético en el secreto profesional al que se deben principalmente el tercero neutral y los representantes de las partes, y los demás intervinientes por su expreso sometimiento al procedimiento, a menos que las partes, expresamente y por escrito, los releven de este deber (artículo 8.2.a del Proyecto)⁹⁷; cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas (artículo 8.2.b del Proyecto), cuando medie resolución judicial motivada de los jueces del orden penal (artículo 8.2.c del Proyecto), o cuando sea necesario por razones de orden público, en particular cuando así lo requiera, por ejemplo, la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona (artículo 8.2.d del Proyecto).

Cualquier infracción de este deber generará responsabilidad para su infractor y deberá responder por los daños y perjuicios causados (artículo 8.3 del Proyecto). Por lo que, en consecuencia, si se pretendiese aportar como prueba en algún proceso información confidencial, salvo las excepciones antes mencionadas, no será admitida por los tribunales correspondientes, conforme al artículo 283.3 Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Con respecto a las partes, su fundamento no se encuentra en el secreto profesional, sino que cuenta más bien con un fundamento legal, según se ha visto (artículo 8 del Proyecto), y contractual. Según el artículo 1255 CC, “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

En algunos casos, la confidencialidad es esencial para lograr los objetivos que se están buscando por ambas partes, sin la cual es imposible su consecución. Piénsese, por ejemplo, que el conflicto versa sobre una disputa entre una empresa subcontratada que ha tenido acceso a material sensible y *know how* que incluye

97 APARISI MIRALLES, Á.: *Ética y deontología para juristas* (2a. ed.), EUNSA, España, 2008, p. 263.

secretos comerciales sobre la fabricación de productos con grandes ventas en un determinado sector. Si esta información se hace pública, generaría varios efectos no deseados: se darían a conocer los secretos comerciales, la competencia conocería que hay conflictos y se podría aprovechar de esta circunstancia y realizar campañas de marketing agresivas y captar nuevos clientes; los competidores podrían aprovechar para hacer ofertas a la empresa subcontratada para que trabaje con ellos; podrían también tener acceso a los secretos de fabricación -en caso de ser material no patentado- y producirlo ellos a un coste menor, etc. Este es un ejemplo muy claro en donde la confidencialidad es esencial para la obtención de un buen acuerdo.

En otros asuntos, la confidencialidad no tiene por qué ser un elemento esencial para garantizar un buen resultado de la actividad negociadora, y más bien la publicidad puede ser el elemento clave para lograr un buen acuerdo. Si las partes consideran, de mutuo acuerdo, que su disputa y el procedimiento que van a seguir para su resolución puede ser público, no debería haber una limitante legal que se los impida. Se trata, según se ha venido comentando, de materia de libre disposición y, por tanto, las partes podría establecer los pactos que consideren "siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público" (artículo 1255 CC). Y así lo establece el Proyecto en su artículo 8.2.a, al permitir, como se dijo, que todas las partes, eso sí de forma expresa y por escrito, se dispensen recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad.

Toda esta regulación no hace más que seguir la normativa básica del CC, obligando a las partes a cumplir con lo pactado y por ende siendo responsables con todas sus consecuencias, sin limitarse al contenido básico de las mismas, sino que el cumplimiento debe ser según su naturaleza y conforme a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 CC).

Este mismo principio es seguido en otros métodos de resolución adecuada de conflictos, como podría ser en la mediación, en la que a menos que las partes establezcan lo contrario, toda la información relativa al procedimiento debe ser reservada, excepto cuando ésta sea requerida por la ley o para la implementación del acuerdo o su ejecución⁹⁸.

X. CONCLUSIONES.

Este Proyecto que se pretende aprobar fomenta de forma positiva la responsabilidad de los ciudadanos en la resolución de sus litigios. Con él las

⁹⁸ En este sentido, por ejemplo, Artículo 10 *UNCITRAL MODEL LAW ON MEDIATION*, "Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement", cit.; Artículo 6 *UNCITRAL MEDIATION RULES*, cit.

personas tomarían las riendas de sus dificultades y no delegarían en los terceros la solución de conflictos que ellos mismos son capaces de resolver.

De esta forma los ciudadanos saben que siempre pueden acudir a la vía judicial, pero cuando ellos hayan intentado primero solucionar el dilema. En caso de no poder alcanzar una solución podrán avanzar hacia otro método de resolución de conflictos, pudiendo ser otro ADR o la vía judicial.

Como se ha analizado, sí que se trata de medios adecuados de resolución de conflictos, porque son métodos que serán adecuados para un asunto y unas partes concretas. En algunos casos serán alternativos a la vía judicial y en otros serán complementarios a ella, ya que en ocasiones los problemas no son simples y no se resuelven por una sola vía y se requieren varios caminos o vías para su total resolución.

Quedan comprendidos dentro del concepto de actividad negociadora previa cualesquiera medios de solución adecuada de litigios que estén ya regulados en la legislación especial. Por lo que según esto podemos entender que están incluidos, además de la negociación, la transacción, la conciliación, la mediación, el arbitraje, y cualquier otro; incluso combinaciones de los anteriores, uno “a medida”, o inexistente hasta el momento en el que las partes, quienes en uso responsable de su autonomía de la voluntad quieran diseñar para afrontar el reto que se les presenta, y solventar de forma conjunta, con base a sus intereses, y no conforme a posiciones preconcebidas, las cuales suelen degenerar en resultados insatisfactorios para ambas partes, el problema que tienen entre manos o que prevén afrontar en un futuro.

Por esto, a pesar de que todo en esta vida es perfectible, es un Proyecto aceptable y necesario que contribuye, como bien se dice en su Exposición de Motivos, a la responsabilidad ciudadana a través de la sostenibilidad del servicio público de la Justicia, garantizando, en lo posible, la paz social y la convivencia, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos⁹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

AMEZAGA, B.: "Sentencia de la Corte de Apelación de París, Pòle 5, Ch. 16, 25 de febrero de 2020, nº8/2020 -Dommo Energía v. Enauta Energía y Barra Energía. Aclaraciones recientes sobre el alcance de la obligación de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de no revelación", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. XIII, nº1, 2021, pp. 379-412.

APARISI MIRALLES, Á.: *Ética y deontología para juristas* (2a. ed.). EUNSA, España, 2008.

ARISTÓTELES: *Retórica*, Alianza Editorial, 1^a ed., 6^a reimpression, Madrid, 2005.

BETANCOURT, J.C.: "El impacto del COVID-19 sobre el arbitraje comercial internacional", *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, T. ALISTE SANTOS, A. ALVARES GARCÍA JR. (ed.), Atelier, Barcelona, 2021.

BUNNI, N.: "Dispute Boards –dos and don'ts", *Construction Law International*, Vol. I, 3/2006.

CAIRNS, D., MADALENA, I.: "El Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº XXI /2006, disponible en: Microsoft Word - DISPUTE BOARDS Spanish IM FINAL.doc (cremades.com).

CARBONNEAU, T.: *Alternative Dispute Resolution. Meltin the Lances and Dismoutin the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989.

CREMADES, B.: "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Revista Thémis de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 11, Lima, 1988, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110126.pdf>.

DE LA CIERVA, Y.: *Navegar en aguas turbulentas. Principios y buenas prácticas en gestión y comunicación de crisis*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2020.

DE SAINT-EXUPÉRY, A.: *El Principito*, Salamandra, Navarra, 2020.

DIXON, T., O'HARA, M.: *Communication Skills, Making Practice-Based Learning Work*, University of Ulster, 2002, disponible en: https://www.academia.edu/25247764/Practice-Based_Learning_Communication_SKILLS.

DORGAN, C.: "The ICC's New Dispute Board Rules", *The International Construction Law Review*, Vol. 22, II Parte, pp. 142-150, disponible en: [untitled \(disputeboard.org\)](http://disputeboard.org).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Dykinson, 2017.

EHLE, B., LE BERRE, A.: "Better Safe than sorry: Risk Management and Dispute Avoidance through Efficient Contractor Due Diligence", *International Bar Association*, Friday 31 March 2023, disponible en: [Better safe than sorry: Risk management and dispute avoidance through efficient contractor due diligence | International Bar Association \(ibanet.org\)](#).

FANJUL, E.: ¿Qué es la globalización?, *Iber Global*, septiembre, 2021, disponible en: [que_es_la_globalizacion_B.pdf \(iberglobal.com\)](#).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., STAMPA, G.: *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

FRENCH-DAVIS, R.: "Alcances económicos de la globalización", *Nueva Sociedad*, n° 147, enero-febrero, 1997, pp. 27.33, disponible en: [2560_1-libre.pdf \(dlwqtxtslxzle7.cloudfront.net\)](#).

FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, 2ª ed., Penguin, New York, 1991.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia", *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n° 11, abril-junio 2022, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-35.

HOLLANDS, D.: "Alternative Dispute Resolution in Construction", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. BETANCOURT, J.A. CROOK, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.

ICC: *ARBITRATOR STATEMENT ACCEPTANCE, AVAILABILITY, IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE FORM*, disponible en: [ICC Arbitrator Statement Acceptance, Availability, Impartiality and Independence form - ICC - International Chamber of Commerce \(iccwbo.org\)](#).

KOCH, CH.: "Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules", *Construction Law International*, Vol. 1, 1/2006.

KOTTER, J.: *Leading Change*, Harvard Business Review Press, Boston, USA, 2012.

LÓPEZ HUGUET, M.L.: *Proceso y ADR: herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*, Atelier, Barcelona, 2021.

MARTÍN DÍZ, F.: "ADR, ODR e inteligencia artificial: evolución en el arbitraje y la mediación", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*", Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

NACIONES UNIDAS, "Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas", *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

ROBLETO ARANA, C.: "La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos", *Revista de Derecho*, n^o 30, Universidad Centroamericana, Nicaragua, 2021, pp. 3-25.

RODRÍGUEZ ROBLERO, Mi.: "Algunos "otros" métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, n^o 3, 2017, pp. 799–847, disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/12514/1/Algunos_Rodriguez_Arbitraje_2017.pdf.

RODRÍGUEZ ROBLERO, Mi.: "¿Cómo utilizar el proceso de toma de decisiones para alcanzar un buen acuerdo en una negociación?", *Aranzadi Doctrinal*, n^o6, junio 2020, pp. 259-278.

RODRÍGUEZ ROBLERO, Mi.: "La aplicabilidad de la *Lex Mercatoria* en la solución de controversias", *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, n^o 96, Lima, 2021, p. 349-388. Disponible en: <https://castillofreyre.com/libros/volumen-96-la-sede-y-el-ordenamiento-aplicable-en-el-arbitraje-internacional-enfoques-cruzados/>.

RUBIO, J.: *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950.

SÁNCHEZ, L.: "La cumbre de mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados. Algunos juristas creen que el Ministerio de Justicia debería sentar a un mediador en los conflictos que tiene abiertos con funcionarios de justicia y personal laboral", *Economist & Jurist*, Martes 6 de junio de 2023, disponible en: [La cumbre de mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados | E&J \(economistjurist.es\)](https://economistjurist.es/).

SANDERS, F.: "Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays*, J.C. BETANCOURT Y J.A. CROOK, (eds.), Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2014.

TELEFÓNICA, *Fair Share for Network Sustainability. A Necessary Condition to Meet European Digital Decade Goals*, disponible en: Fair share for network sustainability - Telefónica (telefonica.com).

THOMPSON, R., VORSTER, M., GROTON, J.: "Innovations to manage disputes: DRB and NEC", *Journal of Management in Engineering*, Septiembre-Octubre, 2000, pp. 51-59.

TREACY, T.: "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *Journal of Management in Engineering*, Enero-Febrero 1995, pp. 58-63.

URY, W.: *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós, España, 2005.

WIPO, "WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes", disponible en: WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes.

