

**La negociación colaborativa como disciplina transversal
en la resolución de controversias privadas. Una reflexión
en torno a la implantación de los «MASC»**

Blas Piñar Guzmán, abogado

*«Jesús decía también a la gente:
¿Cómo no sabéis juzgar vosotros mismos lo que es justo?
Mientras vas con tu adversario al magistrado
haz lo posible en el camino por llegar a un acuerdo con él,
no sea que te lleve a la fuerza ante el juez
y el juez te entregue al guardia y el guardia te meta en la cárcel.
Te digo que no saldrás de allí hasta que no pagues la última moneda»*

Lc 12, 57-59

SUMARIO:

- 1. Hacia la implantación de los «medios adecuados de solución de controversias» (MASC)**
- 2. La negociación en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal. Concepto y alcance de la Negociación Colaborativa (NC)**
- 3. NC asistida y estructurada: la mediación**
- 4. Los árbitros como facilitadores de un eventual acuerdo**
- 5. El rol de la NC en la jurisdicción**
- 6. La NC como imperativo revitalizador de la abogacía**
- 7. Epílogo: el camino por delante**

1. Hacia la implantación de los «medios adecuados de solución de controversias» (MASC)

España padece un problema estructural de litigiosidad, con una de las tasas de litigación más altas de la OCDE¹. Allá por 1990 GIMENO SENDRA ya constataba que:

«Pese a la “fiebre legiferante” de los poderes normativos del Estado y sin perjuicio de la promulgación de excelentes leyes materiales, lo cierto es que determinadas máximas populares, tales como la de “pleitos tengas y los ganes”, “más vale un mal arreglo que un buen pleito”, responde desgraciadamente a nuestra práctica forense, porque no resulta exagerado afirmar que nuestra justicia civil es una justicia lenta, muy cara y, en ocasiones, ineficaz en la práctica»².

El año 2020 ha supuesto, por fin, un punto de inflexión a esta situación. La pandemia obligó a adoptar medidas excepcionales de carácter organizativo y tecnológico en el ámbito judicial³, entre las cuales destaca la celebración preferente de actos procesales de manera telemática. Se está trabajando también en la reestructuración de la Administración de Justicia mediante una reforma de calado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴. El arbitraje está de enhorabuena tras el espaldarazo recibido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio⁵, que protege los laudos frente a interpretaciones desmesuradas de la noción de orden público⁶. En el ámbito internacional, el 12 de septiembre de 2020 entró en vigor el Convenio de Singapur sobre la Mediación⁷, que pretende otorgar eficacia ejecutiva transnacional a los acuerdos resultantes de procedimientos de mediación y conciliación.

¹ Cf. MORA-SANGUINETTI, Juan S; *El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada*; Boletín Económico del Banco de España, noviembre 2013.

² GIMENO SENDRA, Vicente; *«Pasado, presente y futuro de la Justicia Civil», Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*; Ministerio de Justicia, 1990, pág. 93.

³ El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, así como la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

⁴ El Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia fue informado en Consejo de Ministros el 20 de abril de 2021.

⁵ BOE nº196 de 18 de julio de 2020, Sec. TC, págs. 53596 a 53610.

⁶ A esa resolución le han seguido otras tres en la misma línea de defensa del ámbito propio del arbitraje. Se trata de la STC 17/2021 de 15 de febrero (BOE 22 de marzo de 2021), así como de las SsTC 55/2021 y 65/2021, ambas de 15 de marzo (BOE de 23 de abril de 2021).

⁷ Se trata de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*, hecha en Singapur el 7 de agosto de 2019. Hasta la fecha, son 54 los Estados que se han adherido y seis los que la han ratificado (Bielorrusia, Ecuador, Fiyi, Catar, Arabia

No obstante, el acontecimiento que más interés está despertando entre los operadores jurídicos es, sin duda, el «Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», que fue informado en Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020. Fruto de la consulta pública lanzada seis meses antes por el Ministerio de Justicia, el Anteproyecto contempla la introducción generalizada y obligatoria, previa a la vía judicial, de los denominados «medios adecuados de solución de controversias» (MASC) en los ámbitos civil y mercantil. Más allá de las profundas mejoras de fondo y de forma que el texto necesita⁸, y que podrá recibir a lo largo de su tramitación legislativa, no cabe duda de que se pretende con él llevar a la práctica todo un cambio de paradigma en el ámbito de la resolución de controversias.

Sin llegar a establecer un sistema de tribunal multipuertas⁹, las soluciones que adopta el Anteproyecto sí superan el habitual esquema reduccionista basado en aligerar la carga de trabajo de la Administración de Justicia. De la idea-fuerza de «enfrentamiento» que subyace al actual sistema, el eminentemente jurisdiccional, se quiere evolucionar hacia la idea-fuerza de «colaboración» entre las partes a la hora de resolver sus propios conflictos. Un modelo que, en definitiva, se asimile más a un baile que a una guerra. Y es que, en palabras de GÓMEZ POMAR:

«La litigación masiva no solo es preocupante por sus costes directos [...] sino por su impacto negativo en la calidad de la justicia: anegados los tribunales por los pleitos, la respuesta judicial no solo se retrasa, acaso gravemente, sino que se resiente necesariamente la atención y el análisis precisos para la debida consideración del asunto controvertido»¹⁰.

La sutil diferencia entre el difundido concepto de «métodos alternativos», proveniente del inglés *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, y el de «métodos adecuados» utilizado por el Anteproyecto, es toda una declaración de intenciones. Lo alternativo es, por definición, lo que difiere de lo oficial o de lo comúnmente aceptado. Desde el punto de vista lingüístico, denominar “alternativo” a la mediación, al arbitraje o a cualquier

Saudí y Singapur). Los Estados miembros de la Unión Europea están negociando la adopción de una posición común de cara a la adhesión.

⁸ Cf. PIÑAR GUZMÁN, Blas; *Métodos adecuados de solución de controversias (MASC)*; Almacén de Derecho, 29 de diciembre de 2020. *Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)*; Diario La Ley, 5 de febrero de 2021.

⁹ Cf. SANDER, Frank & HERNÁNDEZ CRESPO, Mariana; *Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse*; University of St. Thomas Law Journal, Volume 5, Issue 3 (Spring 2008), Article 4.

¹⁰ Cf. GÓMEZ POMAR, Fernando & GANUZA, Juan José & ARTIGOT, Mireia; *Y todos estos pleitos, ¿para qué?*; InDret, editorial del nº4 - 2018.

forma de resolver un conflicto distinta de la jurisdicción estatal sitúa tales métodos en un cierto segundo plano. Al referirse a métodos adecuados, se pretende practicar un triaje de los problemas jurídicos¹¹, de suerte que cada disputa recaiga en el procedimiento idóneo para obtener la solución más eficiente, sin que la jurisdicción sea necesariamente el único o el preponderante. En tal sentido se expresa GONZÁLEZ DE COSSÍO:

«Las relaciones jurídicas que contienen MASC generan más valor, individual y social. Son por ende más (Kaldor-Hicks) eficientes. La verdad de lo anterior se observa si se considera el contrafactual: la ausencia de un MASC en una relación jurídica que lo hubiera justificado implica un costo, sea de oportunidad o un exceso de recursos (dinerarios y tiempo) en el manejo de un problema, y todo para arribar a un resultado que arroja un producto distinto al idóneo. [...] Lo anterior se traduce en la situación en que, surgido un problema, su remediación es menos atinada, ya sea por calidad del fallo, velocidad del mismo, o porque no se atiende alguna sutileza que la relación jurídica en cuestión exigía»¹².

2. La negociación en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal. Concepto y alcance de la Negociación Colaborativa (NC)

El Anteproyecto de Eficiencia Procesal aborda muy escuetamente la negociación. Se refiere a la *«negociación directamente entre las partes o sus abogados»* dotándola del rango específico de MASC y requisito hábil de procedibilidad de la ulterior acción judicial. Y la Exposición de Motivos alude a la *«práctica tradicional de la actividad negociadora directa»* por parte de los abogados y subraya la necesidad de *«recuperar la capacidad negociadora de las partes»*. Pues bien, el Anteproyecto no debería contentarse con *mantener y recuperar*, sino que debe aspirar a *mejorar* la capacidad y la actividad negociadoras. No hay mejor manera que incentivando la Negociación Colaborativa (NC).

¹¹ Cf. MENKEL-MEADOW, Carrie; *The History and Development of “A” DR (alternative/appropriate dispute resolution)*; Völkerrechtsblog, 1 July 2016, doi:10.17176/20180220-230945.

¹² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco; *Análisis económico de los mecanismos alternativos (rectius: apropiados) de solución de controversias*; Revista del Club Español del Arbitraje, nº 38/2020.

Cumple rendir tributo a los pioneros. La NC nace en el seno del *Harvard Negotiation Project* creado en 1979 y capitaneado por ROGER FISHER, WILLIAM URY y BRUCE PATTON, quienes dos años después publicaron la primera edición de la obra que se convertiría, hasta hoy, en la referencia indiscutida: *Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In*¹³. En 1983 las universidades estadounidenses de Harvard, Tufts y el MIT formaron el consorcio *Program on Negotiation* para seguir investigando sobre la teoría y la praxis de la negociación con un enfoque interdisciplinar. Aunque los autores y los manuales se han sucedido desde entonces¹⁴, el *Getting to YES* no ha perdido un ápice de su frescura inicial, erigiéndose en estandarte de la NC en cuyas técnicas el *Program on Negotiation* continúa hoy en día formando a miles de alumnos de todo el mundo. No en vano, la NC es también conocida como el «método Harvard» de negociación.

La NC no es la negociación de siempre pasada por el tamiz de la mercadotecnia. No consiste en el regateo propio de la negociación posicional, ni mucho menos en una práctica de rúbulas. La NC se basa en seis aquilatados principios¹⁵:

- i. Separar a las personas del problema, puesto que la relación personal tiende a entremezclarse con el conflicto realmente existente. Debe tratarse directamente con el problema. Esta perspectiva no supone eliminar de la ecuación las preocupaciones y las emociones de las personas, sino saber integrarlas como parte de la controversia, como cuestiones que deben ser abordadas en la negociación e integradas en la perspectiva de las soluciones.
- ii. Centrarse no en las posiciones exhibidas por las partes, sino en los intereses subyacentes a éstas, tanto los propios como los de las otras partes. Es crucial no solamente saber identificar tales intereses, incluso hablando directamente sobre ellos, sino también hacerlos aflorar. No siempre cada parte es consciente de cuáles son sus verdaderos intereses, sus preocupaciones que van más allá o más al fondo de lo que su posición formal ante el conflicto revela a las demás.

¹³ En español, *Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*; Gestión 2000, 2011.

¹⁴ Siendo Michael WHEELER el último exponente con su *The art of negotiation. How to improvise Agreement in a Chaotic World*; Simon & Schuster, 2013.

¹⁵ Sin separarme del método expuesto en el *Getting to YES*, tomo la forma de agruparlo de la profesora Thelma BUTTS, especialista en negociación y precursora en España, y mediadora internacionalmente acreditada.

- iii. Generar opciones y alternativas, evitando conclusiones prematuras o unilaterales sobre la solución. La técnica de la «tormenta de ideas» es propicia para conseguirlo, debiendo separarse el acto de inventar y seleccionar ideas constructivas para abordar cada aspecto fraccionado de la controversia, del acto posterior de decidir cómo se resuelve. Las opciones invitan a otras opciones, que se van depurando conforme avanzan. Es útil pensar que solucionar el problema de las otras partes forma parte del problema propio.
- iv. Utilizar criterios objetivos, estándares comúnmente aceptados, sobre los cuales poder negociar aspectos controvertidos independientemente de la voluntad de cualquiera de las partes. Con esto se impide, o se enerva, la arbitrariedad o el abuso de poder. Y se doblegan las estrategias negociadoras basadas en la presión o la amenaza. Esos principios pueden ser de naturaleza económica (el mercado), jurídica (las leyes), científica (las métricas) o sociológica (las costumbres).
- v. Buscar ganancias mutuas, incluso “ampliando el pastel”. Esta técnica se basa en identificar, fomentar y encajar los intereses compartidos -que no siempre son obvios-, explicitándolos y formulándolos como un objetivo común a todas las partes, orientado hacia el futuro. Un territorio propicio para explorar las ganancias mutuas suele encontrarse en la asimetría de valores y previsiones de cada parte; así lo postula, por ejemplo, la teoría económica cuando establece la diferencia entre precio y valor de algo.
- vi. Conocer las mejores alternativas a un acuerdo negociado, tanto la propia como las ajenas. Esto supone, como contrapunto de las expectativas, ir más allá del mínimo aceptable que cada cual se establezca, teniendo presente cuál es la mejor alternativa realista a un obtener un acuerdo fruto de la negociación. Cuanto mejor se conozca esas mejores alternativas, la de uno mismo y la de las otras partes, menor será el incentivo para concluir un mal acuerdo y mayor la capacidad de mejorar los términos de la negociación

Como se aprecia, esta forma de negociar exige de las partes -de sus interlocutores o de sus abogados- proactividad, creatividad, escucha activa, empatía y mentalidad

globalmente ganadora (*win-win* en su acepción inglesa). Cada una debe comprender el problema de las otras y llegar a hacerlo suyo en cierta medida. El uso la NC se traduce en más y mejores controversias solucionadas, un mayor grado de cumplimiento voluntario y la preservación de la relación entre las partes.

Se dirá -con razón- que esta forma de comportarse es en gran medida contraintuitiva, es decir, que consiste precisamente en lo contrario de lo que muchos harían en la tesitura de cualquier negociación. Por eso la NC aglutina un conjunto de técnicas que deben enseñarse y practicarse, y que todo el mundo puede aprender. Y que no necesariamente deben utilizar todas las partes de la negociación para que funcionen, pues el despliegue de esos seis principios posee capacidad propedéutica sobre el proceso negociador en sí. Son contagiosos, porque pueden “educar” durante la negociación a quien no los conoce o no quiera aplicarlos.

3. NC asistida y estructurada: la mediación

Gracias a la Ley 5/2012, de 6 de julio, la mediación ya no es una absoluta desconocida fuera de la práctica jurídica familiar y laboral, desde donde ha dado el salto hacia todo tipo de disputas civiles y mercantiles, contractuales o extracontractuales. Sin embargo, transcurridos más de diez años desde que la Directiva 2008/52/CE propició su armonización comunitaria, la mediación sigue incurra en su propia paradoja: a pesar de su alto índice de efectividad, su uso sigue siendo muy escaso¹⁶.

La mediación no es otra cosa que una negociación asistida y estructurada. Asistida, porque un tercero neutral, el mediador, ayuda activamente a las partes a que alcancen un acuerdo que ponga fin a la controversia suscitada entre ellas. Estructurada, porque se trata de un proceso que consta de etapas bien definidas. Como método autocompositivo, el mediador no impone la solución; tampoco debe ofrecerla salvo como último y excepcional recurso, y con el consentimiento de todas las partes implicadas.

Pues bien, el grueso de técnicas que se aplican en la mediación proviene del ámbito de la NC. El mediador, «*pieza esencial del modelo*»¹⁷, al conocer los diferentes estilos de

¹⁶ Cf. DE PALO, Giuseppe; *A Ten-Year-Long “EU Mediation Paradox”. When an EU Directive Needs To Be More ...Directive*; briefing del Parlamento Europeo, 21 de noviembre de 2018.

¹⁷ Cf. apartado III del Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

negociar¹⁸, sabe que las partes acuden con formas distintas de abordar el asunto sometido a mediación, y es capaz de reenfocar sutilmente tanto a la parte que sea excesivamente competitiva como a la que sea demasiado complaciente. Y, en ambos casos, hacerlo no simplemente convergiendo en el punto medio (la *transacción*) sino enfocándolas hacia el punto óptimo de negociación que supone la *colaboración* entre ellas.

El debate acerca de la obligatoriedad del uso de la mediación sigue abierto y está más vivo que nunca, al hilo del Anteproyecto de Eficiencia Procesal. Si bien se trata de un energético aliciente, no es menos cierto que el catálogo de MASC que recoge el Anteproyecto es tan heterogéneo que se corre el riesgo de que la mediación tampoco logre alcanzar su velocidad de crucero. Más reciente es la discusión acerca del uso de la mediación en los conflictos suscitados entre los sujetos privados y las AAPP¹⁹, prefigurado en el artículo 112.2 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

4. Los árbitros como facilitadores de un eventual acuerdo

El arbitraje goza de un predicamento cada vez mayor gracias a unas virtudes -celeridad, especialización, confidencialidad y flexibilidad- que lo convierten en una opción muy atractiva frente a la jurisdicción. Desde el punto de vista de la negociación, la necesidad de que las partes acuerden voluntariamente el sometimiento de sus desavenencias a arbitraje²⁰, así como la posibilidad de que pacten multitud de detalles atinentes a las características y el desarrollo del procedimiento²¹, ponen de manifiesto un grado de cooperación que, de por sí, merece reconocimiento.

En efecto, los convenios arbitrales no dejan de ser un *agree to disagree*, un arreglo para resolver un conflicto que, tras la aparente paradoja, conforma un nivel de relación entre las partes implicadas que aboca a alcanzar soluciones amistosas o, al menos, a un mayor

¹⁸ Cf. SHELL, G. Richard; *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*, publicado en español como *Negociar con ventaja: Estrategias de negociación para gente razonable*; Antoni Bosch editor, 2005.

¹⁹ Cf. PERALES GALLEGO, José Antonio; *Mediación obligatoria y servicio público: el ciudadano en el centro del sistema*; Abogacía Española, 26 de noviembre de 2020.

²⁰ Cf. artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

²¹ Directamente entre ellas (ex artículos 25 y ss. de la Ley 60/2003) o mediante la remisión a reglamentos de instituciones arbitrales (ex artículos 4.b y 14).

entendimiento entre las mismas²². De hecho, el laudo por acuerdo de las partes constituye una previsión generalizada en los instrumentos legales rectores del arbitraje²³.

Ahora bien, en los últimos años han crecido las voces que demandan una mayor implicación por parte de los árbitros en la solución negociada de las controversias que se les someten²⁴. *«En las circunstancias apropiadas, el tribunal arbitral puede plantear la posibilidad de que las partes celebren una transacción. En algunas jurisdicciones, la legislación de arbitraje permite que un tribunal arbitral facilite una transacción con el acuerdo de las partes. En otras, solo se permite a los tribunales arbitrales plantear la posibilidad de que se celebre una transacción sin la intervención del tribunal. Cuando la legislación de arbitraje aplicable permita al tribunal arbitral facilitar una transacción, el tribunal arbitral también puede, si así lo solicitan las partes, guiarlas o asistirles en sus negociaciones. Algunos reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral facilite la transacción»*²⁵.

Prueba de lo anterior es la nueva redacción dada al Reglamento de Arbitraje de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional de París, aplicable desde el 1 de enero de 2021. Donde antes figuraba que los árbitros podían *“informar a las partes que son libres de solucionar la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas”*, ahora se dice que pueden *“alentar a las partes a sopesar la transacción de todo o parte de la disputa mediante la negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas”*²⁶. Como apunta la doctrina:

*«[E]l meollo reside en cómo puede el tribunal desplegar ese incentivo de forma que tenga impacto en el comportamiento de las partes sin que los árbitros sientan que se han excedido de su mandato»*²⁷.

La NC puede contribuir decididamente a esa labor. En opinión de BERGER & JENSEN:

²² Lo mismo puede predicarse de la dirimencia por experto y otros métodos heterocompositivos todavía poco utilizados en España.

²³ Cf. artículo 36 de la Ley 60/2003 que, a su vez, proviene del artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional.

²⁴ Cf. *CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report*; noviembre de 2009.

²⁵ Apartado 12, párrafo 72, de las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016).

²⁶ Cf. apartado h.i del Apéndice IV.

²⁷ LEOVEANU, Alina & GIOSAN, Radu; *The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal's Powers*; Kluwer Arbitration Blog, 4 de enero de 2021 (traducción propia).

«Si bien es cierto que, ante todo, el mandato del árbitro consiste en decidir la controversia de las partes, ese mandato no se limita a la adopción de decisiones. Por el contrario, la facilitación de acuerdos se ha convertido en una parte genuina del mandato del árbitro actual. [...] La cuestión no es si los árbitros deberían o no, desde un punto de vista conceptual, facilitar la transacción. Reside más bien en cómo pueden contribuir mejor a las partes a resolver la controversia: bien dictando un laudo definitivo o bien ayudando a las partes a lograr un acuerdo negociado si así lo quieren y en la medida en que lo quieran. Por ende, las técnicas para facilitar la solución de la controversia deben pertenecer al arsenal de todo árbitro internacional con el fin de diversificar los servicios que la comunidad arbitral puede proporcionar a sus usuarios»²⁸.

5. El rol de la NC en la jurisdicción

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge todo un «derecho de disposición de los litigantes» articulado principal, pero no exclusivamente, en su artículo 19. En efecto, las partes del pleito civil son en general libres de alcanzar un acuerdo para ponerle fin amistosamente, o incluso para derivarlo a una mediación o a un arbitraje, en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución.

A la hora de «degustar» ese derecho, el menú es de lo más variado:

- i. Se regula la homologación judicial de la transacción alcanzada (art. 19.2), con la ventaja añadida de obtener un título ejecutivo (art. 517.2.3º).
- ii. Se permite asimismo la «satisfacción extraprocesal de las pretensiones», modalidad peculiar que permite a las partes poner fin al procedimiento judicial anunciando al tribunal que no existe interés en seguir litigando, sin dar razón de por qué o cómo ha acontecido así (art. 22.1).
- iii. En el procedimiento ejecutivo, la Ley acoge el pacto *inter partes* plasmado en documento público como causa válida de oposición por parte del ejecutado (art. 556.1 párr. 2º).

²⁸ BERGER, Klaus Peter & JENSEN, J. Ole; *The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement*, Fordham International Law Journal (Volume 40, Issue 3, 2017, Article 7), págs. 916 y 917 (traducción propia).

- iv. E incluso cabría el abandono del procedimiento declarativo, con la consiguiente caducidad de la instancia (arts. 237.1 y 240), como modo -impropio- de traducir procesalmente el hecho de que las partes han transigido sobre el litigio.
- v. Las partes pueden pedir en cualquier momento la suspensión del procedimiento por un plazo máximo de sesenta días con el fin de alcanzar el acuerdo (arts. 19.4 y 179.2).
- vi. El tribunal tiene encomendada cierta función conciliadora en los procedimientos declarativos, tenue en los verbales (art. 443.1 párr. 2º) y más amplia en los ordinarios. En éstos últimos, la audiencia previa al juicio prevé tres momentos en los que el juez debe tratar de avenir a las partes: al convocarse el acto (art. 414.1 párr. 4º), inmediatamente tras abrirse (art. 415) y después de fijarse el objeto de la controversia (art. 428.2).

El Anteproyecto de Eficiencia Procesal refuerza la potestad judicial para derivar a las partes a una mediación o a cualquiera de los restantes MASC. El Letrado de la Administración de Justicia puede convocarlas a una conciliación tras presentarse la contestación a la demanda y antes de celebrarse la audiencia previa. Se prevé expresamente que las partes puedan someterse a un MASC en cualquier momento del proceso de ejecución. Cabe plantearse hasta qué punto tiene sentido poder obligar a las partes a pasar por un MASC cuando ya lo han hecho antes de haberse interpuesto la demanda rectora del procedimiento; al menos, debería establecerse que se trate de un método diferente del que haya sido previamente intentado.

El Anteproyecto no aborda con precisión el alcance de la cosa juzgada de las transacciones, sean prejudiciales (MASC), judiciales (homologación) o extrajudiciales (contrato), entre empresarios o con consumidores. Se entrecruzan aquí la previsión contenida en el artículo 10 del Anteproyecto, el artículo 23 de la Ley 5/2012 de Mediación, el añejo artículo 1816 del Código Civil y los efectos que sobre los anteriores tiene la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La STS (Pleno) 589/2020 de 11 de noviembre²⁹ se pronuncia sobre la posibilidad de pactar válidamente, en el marco de un acuerdo transaccional, la novación de una cláusula suelo. Este asunto puede tener trascendencia a la hora de elegir el método para solventar el conflicto al margen del pleito.

²⁹ Roj: STS 3688/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3688.

Pues bien, la NC tiene cabida también en este esquema, a modo de aire fresco que se cuele por las rendijas -las oportunidades procesales de transacción- de la gran ventana jurisdiccional. La función del juez es juzgar, con todo lo que implica: estudio del caso, dirección del procedimiento, valoración de la prueba, determinación y aplicación de las fuentes y motivación de sus decisiones. A todo ello se le ha sumado el reseñado papel de conciliador intraprocesal que -la experiencia nos indica- no deja de ser una aspiración salvo por elocuentes excepciones. La complejidad ínsita a la función judicial y la extraordinaria carga de trabajo de nuestros jueces no permiten otra cosa. Quienes no pueden permanecer ajenos a la labor transaccional a lo largo del procedimiento judicial son los abogados de las partes, como obligación profesional tanto de fines (evitar el pleito) como de medios (formarse en NC y aplicarla). El apartado siguiente se dedica a tan decisiva cuestión.

6. La NC como imperativo revitalizador de la abogacía

En lo que atañe específicamente a la abogacía, el cambio del paradigma de la resolución de conflictos requiere dejar de ser profesionales del pleito para pasar a ser, definitivamente, solucionadores de problemas jurídicos. Solucionadores que no solamente actúan en nombre de sus clientes, sino que también aportan el mejor medio para que cada controversia sea eficientemente resuelta. En los abogados recae la responsabilidad de que sólo los problemas que no pueden ser solucionados de otra manera terminen por sentencia firme. Lo predica CALAMANDREI en la prosa vibrante del *Elogio de los jueces escrito por un abogado*:

«La obra más preciosa de los abogados civilistas es la que desarrollan antes del proceso evitando con sabios consejos de transacción los litigios que empiezan y haciendo todo lo posible a fin de que no adquieran aquel paroxismo morboso que hace indispensable el refugio en la clínica judicial. Ocurre lo mismo con los abogados que con los médicos, de los cuales si alguien duda que su intervención sirva seriamente para hacer variar el curso de su enfermedad ya declarada, nadie se atreve a negar

la gran utilidad social de su obra profiláctica. El abogado probo debe ser, más que clínico, el higienista de la vida judicial [...]»³⁰.

Resulta preciso, sin embargo, plantearse si los abogados contamos con los incentivos adecuados para que esto sea una realidad. En primer lugar, el Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del CGAE el 6 de marzo de 2019, pone de manifiesto en su preámbulo que “[l]a función de concordia, característica de la actuación profesional, impone la obligación de procurar el arreglo entre las partes y exige que la información o el asesoramiento que se preste no sea tendencioso ni invite al conflicto o litigio”. Y el Anteproyecto de Eficiencia Procesal se hace eco de tal declaración. Esa misma alusión a la concordia figura en el nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, que impone a los abogados la obligación de «informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía», procurando «disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento» y aconsejándole «sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses»³¹.

En segundo lugar, el acceso a la profesión de abogado ha sido regulado en España por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, que dispone de su reglamento de desarrollo dictado por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio. Este último exige que todo abogado comprenda «los mecanismos y procedimientos de resolución de los conflictos jurídicos» (art. 3.1.b), conozca «las diferentes técnicas de composición de intereses», sepa «encontrar soluciones a problemas mediante métodos alternativos a la vía jurisdiccional», y desarrolle «destrezas y habilidades para la elección de la estrategia correcta para la defensa de los derechos de los clientes teniendo en cuenta las exigencias de los distintos ámbitos de la práctica profesional» (art. 10). Lo que no queda tan claro es si todo esto está suficientemente reflejado en el Máster y en la Prueba de Acceso a la Abogacía.

En tercer lugar, debe insistirse en el hecho de que los honorarios de los abogados están plenamente liberalizados. Transcurrida más de una década desde la reforma de los servicios profesionales³², los letrados hemos de ingeniárnoslas para competir en el

³⁰ CALAMANDREI, Piero; *Elogio de los jueces escrito por un abogado*; Reus, 2013, pág. 106.

³¹ Cf. artículos 1.2 y 48.3

³² Mediante las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 22 de diciembre, que transpusieron la Directiva 2006/123/CE. La segunda suprimió la función de los colegios profesionales de fijar criterios orientativos.

mercado. Y, a diferencia de los mediadores³³, no hay cortapisa legal o ética para cobrar nuestras intervenciones transaccionales total o parcialmente a éxito, o en proporción al resultado³⁴. Por ende, aprendamos a tarifar adecuadamente nuestro trabajo so pena de seguir anclados en que el pleito es más lucrativo que un MASC con el que solucionar la misma controversia del cliente.

En definitiva, postulo la NC como un auténtico imperativo revitalizador de la actividad de los abogados tejido con los mimbres de la formación, la ética y la retribución. Aprendiendo a negociar colaborativamente, lo haremos en nuestro día a día, convencidos de su bondad y eficacia antes de interponer una demanda o mientras el proceso jurisdiccional siga su curso. Y adquiriremos también la habilidad para tarifar adecuadamente ese servicio a los clientes. Una NC que acabe por integrarse en la *lex artis* de la abogacía.

A esa conclusión arribó el IV Simposio Mediación y Tribunales organizado por la sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME España) en septiembre de 2020:

«Se impone un modelo de abogado implicado en la gestión colaborativa de los conflictos. Consideramos particularmente importante el cumplimiento de la obligación de informar a los clientes sobre las distintas posibilidades existentes para alcanzar una solución en cada caso, mediante el debido consentimiento informado»³⁵.

7. Epílogo: el camino por delante

Se han abordado asuntos como el colapso de los tribunales, los métodos alternativos, la insatisfacción de los justiciables o la incidencia de la tecnología. Pero los retos no terminan ahí: lenguaje jurídico claro³⁶, análisis económico del derecho³⁷, calidad de las

³³ Cf. artículo 6 párr. 3º del Código de Buenas Prácticas en Mediación del Club Español del Arbitraje: «Los honorarios de los mediadores no estarán vinculados al resultado de la mediación».

³⁴ Cf. SsTS Pleno de la Sala 3ª de 4 de noviembre de 2008, que confirmó la eliminación de la prohibición del pacto de *quota litis* estricto (Roj: STS 6610/2008 - ECLI: ES:TS:2008:6610); y Sala 1ª 38/2020 de 22 de enero (Roj: STS 115/2020 - ECLI: ES:TS:2020:115), FJ 3º, que reconoce con carácter general la “cláusula de éxito” en honorarios de abogados.

³⁵ Conclusión Undécima del referido Simposio.

³⁶ Cf. MUÑOZ MACHADO, Santiago (director); *Libro de estilo de la Justicia*; Espasa, RAE y CGPJ, 2017.

normas³⁸, límites extrínsecos a los escritos y las resoluciones judiciales³⁹... Soplan vientos de cambio en el panorama de la resolución de controversias. En un contexto tal el magistrado PASCUAL ORTUÑO apunta que:

«Se ha implantado el error conceptual de considerar que la justicia son los jueces, cuando no es cierto: emana del pueblo, y entre los ciudadanos son los abogados los verdaderos expertos en el manejo de las normas jurídicas, y también las personas que, desde un alto prestigio ético y social, orientan, aconsejan y defienden ante los tribunales cuando es necesario. Sin embargo, el afán por plantear las discrepancias ante los tribunales con la obsesión de vencer al contrario, ha hecho que se hipertrofe el aparato burocrático de la justicia. Por esta razón, ante la quiebra del sistema que estamos viviendo, es necesario que la abogacía realice un esfuerzo de modernización y genere otros mecanismos de resolución de controversias más ágiles y eficientes, evitando en lo posible acudir a los juzgados y reservando las actuaciones ante los mismos a aquellos asuntos, que todavía serán muchos, en los que resulte verdaderamente necesaria la sentencia judicial»⁴⁰.

En mitad de esta encrucijada, contar con la NC como disciplina transversal, aplicable en todo momento y en cada método de la resolución de controversias privadas, es una utopía alcanzable, tal y como ilustra el pasaje evangélico del encabezamiento. Un valiosísimo instrumento capaz de transformar el proceso en auténtico *camino*.

Y es que la determinación negocial del derecho encierra una honda raigambre iusfilosófica⁴¹. Nadie mejor que las partes para determinar, cooperando activamente, ese «*sentido de lo justo*» al que se refiere la Exposición de Motivos del Anteproyecto de

³⁷ Cf. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel; *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*; Revista de Administración Pública nº195, septiembre-diciembre (2014), págs. 99-133.

³⁸ Cf. SALVADOR CODERCH, Pablo; *El oficio de la buena prosa legal*; Editorial - InDret 2/2018.

³⁹ Cf. Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo; BOE nº162 de 6 de julio de 2016.

⁴⁰ ORTUÑO, Pascual; *Pandemia y justicia: la mediación, el gran reto de la abogacía*; Otrosí, revista del ICAM, nº6/2020, 7ª época, pág. 79.

⁴¹ Cf. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans; *Metodología de la determinación del derecho II (Parte sistemática)*, título IV; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, 1996.

Eficiencia Procesal. «*Más vale un buen acuerdo que cualquier pleito*»; ¿quién diría que no? He ahí el poder de la negociación colaborativa.