

CONTROVERSIA, INTERPRETACIÓN Y MEDIACIÓN JURÍDICA

Equipo editorial de la Revista de Estudios Jurídicos

Universidad de Jaén, España

Recibido: 02 Agosto 2021 / Aceptado: 06 Septiembre 2021

COMENTARIO DEL EQUIPO EDITORIAL

El Derecho, entendido como conjunto de normas que disciplinan el comportamiento de hombres y mujeres en sociedad y que establece la ordenación de la vida social con fuerza vinculante, ha desempeñado y representado, desde tiempos inmemoriales, una de las muchas fórmulas para resolver las diferencias en que incurren las personas por el vivir cotidiano en sociedad.

Retrotrayéndonos al viejo aforismo latino *ubi societas ibi ius* se evidencia, con meridiana claridad, que allí donde haya un grupo social, por muy primitivo que sea o el mejor conectado a las nuevas tecnologías, está vinculado al Derecho, y es éste el que articula en su seno los instrumentos que permiten solucionar las posibles contravenciones o controversias entre los individuos que conforman dicho grupo social.

Cuando los componentes del grupo social construyen su vida conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, éste se diluye en una cotidianeidad carente de fricciones. El Derecho se convierte simplemente en el elemento vehicular de nuestra convivencia.

Pero frente a esta afirmación, la sola convivencia social de un grupo humano conlleva fricciones, no queridas en muchas ocasiones, espontáneas, surgidas al amparo de la creencia de la defensa de un derecho, frente a aquellos otros roces manidos y conscientemente buscados. Tanto para unas como para otros el Derecho, a través de sus instrumentos, opera como el mejor antídoto para la solución de las controversias surgidas en el devenir social.

La controversia, el conflicto de intereses, la disputa por la tenencia del mejor derecho, se convierte en sí mismo, en el corazón del Derecho. El Derecho sin controversia es como la filosofía sin pensamiento crítico, como

la historia sin historiadores, como el mercado sin comerciantes. Aún es más, a través de la controversia social y su solución jurídica se ha creado a su alrededor trascendentales corrientes pedagógicas para la enseñanza del Derecho, pero también importantes corrientes de pensamiento jurídico, no en vano, la elaboración de este pensamiento jurídico está directamente ligado a la complejidad social en la que la controversia se suscita y que exige, cada vez, mayores dosis de perfeccionamiento en la argumentación que resuelve la controversia. Así, el *ius controversiorum* de la vieja civilización romana, la *disputatio* medieval como herencia del redescubrimiento de los viejos textos justinianeos, la lógica escolástica del Humanismo jurídico de la modernidad, o las nuevas corrientes de pensamiento jurídico contemporáneo, no son más que estadios intelectuales que establecen las claves de la solución de las controversias sociales a través del mundo del Derecho.

Si la controversia es el corazón del Derecho, la función que desempeñan los operadores jurídicos, los juristas, en sus múltiples formas (jueces, fiscales, abogados, funcionarios, notarios, mediadores), representan los músculos que hacen mover al cuerpo para articular coherentemente el movimiento. Resolver la controversia es en sí mismo, uno de los elementos nodales de la función del operador jurídico, forma parte de su ADN, en suma, es una de las funciones vitales del oficio de jurista. Máxime cuando conviene recordar que hubo sistemas jurídicos medievales que encuentran en el trabajo de los intérpretes del Derecho (jueces y doctrina jurídica) una fuente jurídica, al mismo nivel que la ley o la costumbre, siendo así que la controversia se convierte en el motor de creación del Derecho. O por no referir a los sistemas jurídicos basados en el *common law*, sistemas más jurisprudenciales que legalistas, es decir, que se basa en el precedente judicial (*case*), por el que el juez inglés es el encargado de ofrecer la solución jurídica a cada caso, utilizando los precedentes que existen sobre casos similares, y dictando reglas estrictas de aplicación, siendo así, el juez, junto con los abogados los principales artífices de la creación jurídica a través de la solución de controversias.

Así nos lo recordaba uno de los juristas y filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, el alemán Karl Larenz, quien nos ilustraba con que en toda aplicación del Derecho con el ánimo de resolver una controversia, debe concurrir al menos tres operaciones básicas, que no por ello dejan de ser complejas: subsunción, interpretación y definición de la consecuencia jurídica. Nos referimos a la teoría en torno al "silogismo de determinación de la consecuencia jurídica", que reivindica las funciones básicas del operador jurídico. La primera, la subsunción se reivindica como la capacidad para la observación de los hechos y su adecuación a lo dispuesto

en la norma. La tercera, la consecuencia jurídica es la determinada por la propia norma en función de las “mores” de cada sociedad; pero la intermedia, la segunda, la interpretación jurídica se nos presenta como la operación básica y fundamental, que debe distar mucho de poder ser considerada como una mera operación formal consistente en encajar los supuestos de hechos acaecidos, dentro de una norma general y abstracta, para obtener así, cuasi de forma matemática, la consecuencia jurídica prevista en la norma. La misión del intérprete, del operador jurídico, está predeterminado por el marco legal que configuran las posibles normas aplicables al caso, por un conjunto de principios generales del Derecho que tienen su origen en una larga tradición jurídica, así como por la exigencia del intérprete de razonar o motivar jurídicamente sus enjuiciamientos.

Frente a la tradicional vía de solución de conflictos y de controversias a través de la aplicación jurisdiccional del Derecho, se han pergeñado recientemente, aunque en puridad han existido siempre, vías de mediación para la solución de estas controversias jurídicas, con el intento de que, a través de los conocimientos de un operador jurídico, sin necesidad de llevar el conflicto ante los Tribunales, y a través de una buena argumentación jurídica que convenza a los contendientes, puedan encontrar soluciones extrajudiciales, pero válidas en Derecho.

Bajo estos argumentos, *controversia, interpretación y mediación jurídica* como vía de solución de conflictos, que conforman la esencia en sí misma de lo jurídico, el alma del Derecho como dirían los filósofos, el Equipo Editorial de la Revista de Estudios Jurídicos, con la inestimable ayuda del Consejo Editorial se ha puesto en contacto con todo el profesorado de las distintas Áreas jurídicas para, tras conversar con ellos, poder articular una serie de cuestiones que, siendo capitales en la temática abordada, sean respondidas por nuestros interlocutores.

Finalmente, y a la convocatoria cursada concurrieron los siguientes miembros del profesorado de nuestra Facultad: por el Área de Derecho Mercantil, Ángel Martínez, Trinidad Vázquez y José Ramón Sánchez; por el área de Derecho Eclesiástico del Estado, Ángel López-Sidro; por el Área de Historia del Derecho, Miguel Ángel Chamocho, por el Área de Derecho Financiero, David García; por el Área de Derecho Civil, Carmen Villanueva, Rosa Anguita, Laura Marín, Vanesa Sánchez y Teresa Pérez; por el Área de Derecho del Trabajo: José María Moreno; por el Área de Filosofía del Derecho, José Antonio López y María Dolores Pérez; por el área de Derecho Administrativo, Eloisa Carbonell y Lourdes de la Torre, por el Área de Derecho Constitucional, María José Carazo y José Ángel Marín, y finalmente nuestro

Director de esta Revista, en representación de su Área, Derecho Internacional Público, Juan Manuel de Faramiñán Gilbert. En suma, un total de diecinueve profesores y profesoras de las distintas Áreas jurídicas se han brindado a participar en este foro de debate y opinión en torno a la temática propuesta sobre “Controversia, interpretación y mediación jurídica”.

Así, reunido el Equipo Editorial, presidido por el Director de la Revista, Juan Manuel de Faramiñán Gilbert, acompañado del Director adjunto, Miguel Ángel Chamocho Cantudo y la Secretaria de la Revista, Trinidad Vázquez Ruano, en consenso con el Consejo Editorial de la Revista, compuesto por María José Cruz Blanca, Susana de la Casa Quesada, María Teresa Pérez Giménez, Carlos López Espadafor, María José Carazo Liébana, María Rosa Vallecillo Gámez, Carmen Villanueva Lupión, Susana Ruiz Seisdedos, Laura Marín Cáceres y Lourdes Yolanda Montañés Castill, formulan al profesorado las siguientes veintitrés cuestiones, incorporando inmediatamente la respuesta del profesor o profesora que ha participado en cada caso.

PRIMERA CUESTIÓN

Equipo y Consejo Editorial (en adelante EyCE): *Por comenzar este foro de debate con una cierta coherencia temporal, preguntemos inicialmente al profesorado de Historia del Derecho y de las Instituciones ¿cómo, en materia de métodos de interpretación jurídica, se fueron codificando los que actualmente integran el artículo 3.1. del Código Civil?*

Respuesta: Miguel Ángel Chamocho. Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones.

Como todos sabemos, nuestro Código Civil data de 1889, si bien, la redacción actual del artículo 3.1. donde se recogen los cánones interpretativos no llegó a nuestro ordenamiento codificado hasta la reforma llevada a cabo por la Comisión General de codificación, del Título Preliminar del Código, mediante Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 163, de 9 de julio de 1974, pp. 14269 y ss.

Como es de sobra conocido, allí se regulan diferentes tipos o cánones de interpretación de las leyes: literal, sistemática, histórica, sociológica y finalmente teleológica. Esta reforma del título preliminar nos ofreció, en este sentido, una innovación jurídica, que no es otra que el establecimiento de una hermenéutica de la interpretación de las leyes, junto a otras valiosas aportaciones como la determinación del valor jurídico de los

tratados internacionales, la atribución a la jurisprudencia de una función de complementariedad de la interpretación jurídica de las fuentes del derecho, del reconocimiento de la equidad, de la analogía para integrar las lagunas jurídicas, el reconocimiento de la buena fe como principio general del derecho, entre otras.

Por su parte, antes de la reforma del Código Civil indicada no existían codificadas, legisladas o reglamentadas ninguna regla o método de interpretación jurídica. Ello no significaba que los operadores jurídicos no resolviesen las controversias conforme a una interpretación jurídica, entendida ésta como operación intelectual indispensable para determinar el sentido de los textos jurídicos, particularmente de aquellas leyes ambiguas u oscuras, con el fin de aplicarlos a los hechos y finalmente resolver la citada controversia.

Y si nos preguntamos, ¿cuáles eran estos métodos de interpretación antes de su codificación en el derecho español? La respuesta es simple, la doctrina y la jurisprudencia siempre se ha inclinado por la utilización de los métodos formulados por el insigne jurista alemán Fiedrick Karl von Savigny, padre, entre otras muchas escuelas, de la histórica del Derecho. Su *Metodología Jurídica* ya se hacía eco de los cánones interpretativos siguiendo la voluntad del legislador a través de los elementos literales de la ley (literal o sistemática), junto a aquellos otros considerados como propios de la ley desde que nace y que debe adaptarse a otros criterios extra-literales a la ley, tales como los cánones históricos y sociológicos, siempre prestando atención al espíritu y a la finalidad por la que aquellas leyes se crearon (canon teleológico).

Un ejemplo significativo, entre otros muchos, de cómo la jurisprudencia del alto tribunal español utilizaba cánones interpretativos más allá de lo que proyecta la literalidad de la ley, lo podemos observar en la sentencia de 7 de abril de 1965. La controversia hacía referencia a la responsabilidad o ausencia de ésta en casos de acontecimientos de imposible previsión o considerados inevitables; en el caso concreto, derivaba de la construcción de una central eléctrica que obligaba a cambiar el curso de un río. Para llevar a cabo la interpretación del artículo 1105 del código civil que regulaba esta cuestión, el Tribunal Supremo, tras proyectar una interpretación literal y sistemática, se pronuncia sobre una interpretación histórica, para mayor abundamiento, poniendo sobre el tapete varias normas del Digesto de la compilación justiniana, así como leyes del Código de las Siete Partidas, que regulaban algunos tipos de catástrofes, tales como inundación de pueblos por desbordamientos de ríos, producidos en algunos casos por construcción de presas. Así, el criterio interpretativo histórico, es utilizado como recurso que refuerza, que proyecta más fuerza legal a la interpretación que se deduce

de la simple lectura de las normas, lo que podía proyectarse como que el legislador histórico, a mayor abundamiento, ya había previsto la solución a esta controversia, por lo que ambas soluciones, la histórica y la regulada en el código civil coincidían.

Siguiendo la argumentación indicada anteriormente, lo que se vertebra a partir de la codificación del artículo 3.1. de nuestro ordenamiento jurídico privado, es una concepción subjetiva o estática de la interpretación jurídica, aquella que sigue exclusivamente la voluntad del legislador a través de la fidelidad literal y sistemática al texto jurídico; o bien aquella otra concepción que proyectan una naturaleza interpretativa más objetiva o histórico-evolutiva, en la medida en que conciben a la ley ya nacida, ya publicada, ya vigente, como un fenómeno jurídico al que la realidad social debe moldear y adaptar. Veamos cada uno de estos posicionamientos.

Bajo el primer posicionamiento, muy seguido por la jurisprudencia y los operadores jurídicos en Francia, quienes bajo la Escuela de la Exégesis canonizaron, poco menos, como dogmas de fe, la voluntad del legislador hecha ley. Así, la ley no es más que la voluntad de un legislador determinado que se inspira en una serie de situaciones y circunstancias que permiten el nacimiento de una norma jurídica. Este método conocido como teoría subjetiva de interpretación jurídica fue sostenido por autores alemanes como Winscheid, Bierlin o Philip Heck. La raíz de esta teoría no era otra que deducir de la interpretación la auténtica voluntad del legislador, la finalidad perseguida por éste en el momento de adoptar el texto de una ley. Aforismos latinos coadyuvaban a esta teoría, tal como *lex in claris non fit interpretatio*, lo que evidenciaba el respeto a la literalidad de la ley. Juristas como Thullier, Proudhon o Duranton, en una primera etapa de aquella Escuela de la Exégesis, o Demolombe, Abry o Rau, ya en una segunda etapa, son sus representantes más inequívocos. Recuerdo las palabras de Carlos Luis de Secondat, Baron de Montesquieu, para quien “los jueces no eran más que las voces que pronuncian las palabras de la ley, como si fueran seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. Y siguiendo estas teorías, estos autores de la Escuela de la Exégesis admitían que un código debe ser lo más completo posible, de tal manera que cualquier controversia debe encontrar allí una solución.

Ante tan poco racional pretensión, la Escuela de la Exégesis fue transformando estos iniciales planteamientos, y ya a comienzos del siglo XX, con representantes como Saleilles, Geny o Gaudemet, criticaron esta concepción interpretativa que fijaba su visión microscópica en el dictado de la ley, para abrirla a nuevos métodos de interpretación. Para Saleilles, los clásicos

de la exégesis planteaban sus tesis interpretativas sobre una ficción: la de que bajo los claustros de un código estaban todas las soluciones, o la de que la jurisprudencia, interpretando la ley, sólo reproducía la voluntad del legislador. Nuevos métodos de interpretación jurídica atisbaban su llegada.

Estos nuevos métodos de interpretación jurídica no son otros que la denominada teoría objetiva, dinámica o histórico-evolutiva, defendida, entre otros, por Kohler, Binding o Wach. Este método consistía en no considerar únicamente la voluntad del legislador con exclusividad en la interpretación jurídica, sino la necesidad de abrir su interpretación a las necesidades sociales y a la evolución de ésta, la sociedad. Ello evidenciaría que los operadores jurídicos, así como los miembros de la magistratura podrían cambiar el sentido de dicha interpretación en función de las variables sociales, adaptar así libremente el texto jurídico a las necesidades sociales de cada momento, de cada caso concreto, reflexionando siempre sobre cómo debe interpretarse la ley en función de las necesidades sociales cambiantes. Para Saleilles, el punto de partida siempre es la ley, lo que el legislador codificó en su momento, pero lejos de mantener aquella voluntad impuesta por el legislador, sobre todo para leyes con una larga tradición de vigencia jurídica, ahora, bajo esta nueva concepción, jueces, magistrados y demás operadores jurídicos deben adaptar aquella norma a las nuevas necesidades en el tiempo. Hacer una especie de viaje de ida y vuelta en el tiempo. De ida, histórico, para comprender la *voluntas legislatoris* del tiempo de la creación normativa, y de vuelta, para saber si la evolución histórica de estas leyes, aún vigentes, están de acuerdo con esta evolución social o si por el contrario merecen una evolución interpretativa respecto de la que tenía originaria, para con ello, adaptarla a la nueva realidad social, la nueva *voluntas legis*.

Así, este método de interpretación histórico-evolutivo confiere a la ley una vida propia e independiente de la voluntad del legislador con la que nació, que la obliga a adaptarse progresivamente a las necesidades del momento, respondiendo así, como ley, a las nuevas realidades sociales.

SEGUNDA CUESTIÓN

EyCE: *De lo indicado por el profesor Chamocho, dilucidamos que la interpretación histórica, en sí misma, es una especie de excepción española dentro del contexto europeo. Preguntamos al citado profesor si este recurso a la interpretación histórica, del artículo 3.1. del Código Civil, es una simple posibilidad jurídica, más formal que real, o si por el contrario ha sido utilizada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo, como máxima instancia judicial del Estado español?*

Respuesta: Miguel Ángel Chamcho. Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones.

En una sociedad tan compleja, tan cambiante y mutable como la nuestra, mantener en nuestro ordenamiento jurídico un método interpretativo como el histórico, puede parecer algo anacrónico, o como un reduccionismo positivista a una visión histórica y que algunos consideramos necesaria del derecho. Pero la realidad jurídica de nuestro país marcó, a partir de 1974, que el canon histórico es un método interpretativo que hunde sus raíces en la Escuela Histórica del Derecho, a través del método histórico-evolutivo. Según esta propuesta de Savigny, se concibe la interpretación como una labor de adaptación, de interpretación, de la norma positiva a las necesidades que imperan en una sociedad. Para ello, el intérprete deberá indagar en la voluntad del legislador en el momento de dar a la luz pública una determinada normativa; pero Savigny va más allá, e indica que el intérprete también habrá de analizar la evolución jurídica y social de dicha norma y del fenómeno o instituto que regula. Escribía Savigny que la ley es dada en un momento determinado, a un pueblo determinado; es preciso conocer, pues, estas condiciones históricas para captar el pensamiento de la ley. Y concluía Savigny que la “interpretación es reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley”.

En la Jurisprudencia del Supremo es fácil observar varias tendencias en cuanto a la utilización e interpretación de la legislación histórica en sus argumentaciones jurídicas. Por un lado, encontramos sentencias que hacen mera alusión al derecho histórico, como simple criterio de elegancia jurídica o erudición, sin más valor interpretativo que la mención a la existencia de dicha ley en un tiempo histórico. Así, referencias genéricas al derecho romano, al Digesto, o al derecho medieval, Partidas y leyes dadas en Toro en 1505, o referencias a legisladores como Justiniano, o juristas como Ulpiano, no son más que un uso formal, de elegancia jurídica, de erudición del ponente de la sentencia del Tribunal Supremo. No se trataría pues de una verdadera interpretación histórica del derecho, más bien, una suerte de erudición del magistrado ponente, diríamos, un buen estudiante de derecho a quien marcó su aprendizaje en derecho romano o en historia del derecho en sus tiempos de facultad. Un buen ejemplo es la sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo dada el 5 de febrero de 2004, en relación a las uniones de parejas de hecho, concubinato o comunidad de vida al margen del matrimonio tradicional. Los métodos de interpretación usados por el magistrado ponente del Supremo, se apoyan en los cánones literales, sistemáticos y también sociológicos. No obstante, en uno de sus párrafos, la sentencia realiza una interpretación

histórico formal o erudita, al indicarse que la legislación histórica jamás ha regulado esta institución, si bien, y aquí está la referencia histórica, se indica que había en la Edad Media, leyes que regulaban la unión familiar de hecho, tales como el Fuero Juzgo, algunos fueros municipales e incluso Partidas. Se podrá observar que, en puridad, la sentencia remarca el origen de la institución analizada, sin extraer de dicha interpretación jurídica ninguna consecuencia jurídica aplicable (Tribunal Supremo, sala civil, sección 1ª. Sentencia nº 39/2004 de 5 de febrero. Repertorio de Jurisprudencia RJ\2004\213).

En otras ocasiones el recurso al derecho histórico se realiza como fundamento interpretativo de la legislación actual, según el punto de vista objetivo, dinámico o histórico-evolutivo. En esta línea, el Tribunal Supremo utiliza el derecho histórico, bien haciendo referencia a los precedentes normativos más próximos a las normas interpretadas -recurso muy típico en la Sala Penal-, ya sea también en referencia a los precedentes más remotos -más típico en la Sala Civil-. Varios ejemplos podemos traer a colación. Por un lado, un ejemplo sencillo de utilización de los precedentes legislativos más recientes, lo encontramos en la sentencia de la sala penal del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2000, en referencia al delito de allanamiento de morada. El magistrado ponente, con el fin de hacer más factible la interpretación del art. 202 del código penal de 1995, vigente para la ocasión, afirma que este artículo viene a reforzar la protección penal de la inviolabilidad del domicilio con una condena más grave que la que regulaba el artículo 490, del anterior código penal de 1973 ya derogado. La agravación de la pena responde a una evolución histórica de la sociedad, pues el art. 18 de la Constitución de 1978, refuerza la inviolabilidad del domicilio y la intimidad de las personas, elevándolo al rango de derecho fundamental. Así la interpretación histórica de los precedentes jurídicos permite justificar al magistrado ponente una evolución de la voluntad del legislador por mor de la evolución y consagración de derechos fundamentales (Tribunal Supremo, sala penal. Sentencia nº 1048/2000 de 14 de junio. RJ 2000\4738). Otro ejemplo que podemos traer a colación de este mismo sentido interpretativo es la sentencia de 7 de julio de 2000, sobre el delito de agresión sexual previsto en el artículo 179 del código penal de 1995. Para comprender el alcance interpretativo de la diferencia entre violación y agresión sexual, el magistrado ponente, realiza un análisis histórico evolutivo de las normas del código penal de 1973, de la reforma del delito de violación llevada a cabo en 1989, le sigue el código penal de 1995, y finalmente la última reforma llevada a cabo en este delito en 1999. Con todos estos precedentes inmediatos del delito de violación, el magistrado ponente realiza una auténtica y magistral diferenciación jurídica entre violación y agresión sexual (Tribunal Supremo,

sala penal. Sentencia nº 1222/2000 de 7 de julio. Repertorio Jurisprudencial 2000\5673). Otro ejemplo más de sentencia del Tribunal Supremo que adopte este criterio interpretativo, y que resulta más edificante, es la pronunciada el 12 de febrero de 2000, en materia de sucesión hereditaria, legítima y preterición. En el fundamento jurídico primero, el magistrado ponente indica que “en nuestro Derecho histórico la legislación de Partidas sancionaba con la nulidad del testamento la preterición de un hijo o descendientes (“deve el Juez juzgar que tal testamento non vala, e mandar entregar la herencia al fijo o nieto que se querelló” Ley 1ª, Título 8, Partida 6. Ya en pleno movimiento codificador, la redacción originaria del artículo 814 del Código Civil (que siguió fielmente al artículo 644 del Proyecto de 1851, sin más que la adición del inciso referente al viudo o viuda), declaraba que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta “sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador”, anulaba la institución de heredero; pero valdrían las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas. El texto no aludía a los descendientes llamados “cuasi póstumos, entendiendo por tales los nacidos después del testamento y antes de la muerte del testador. Aunque, obviamente, la situación se hallaba comprendida en la norma, y así lo había declarado el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de enero de 1941). La reforma de 24 de abril de 1958 eliminó toda posible duda al suprimir del texto legal las frases “sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador”. Sin embargo no quedaba totalmente resuelto el problema de la regulación de la preterición y sus efectos, sin duda a la vista de la más completa regulación de la figura acometida por las Compilaciones de Cataluña y Aragón, llegándose así a la reforma de 13 de mayo de 1981, que regula la preterición con pautas distintas a las tradicionales, y que reforma el artículo 814 del código civil (Tribunal Supremo, sala civil. Sentencia nº 580/2000 de 12 de enero. Repertorio Jurisprudencial 2000\2985).

Siempre edificante para una interpretación histórica resultan los juicios relacionados con la materia de títulos nobiliarios. En este sentido, hemos consultado hasta una veintena de decisiones judiciales de tribunales de instancia que fueron recurridos al Tribunal Supremo entre 2000 y 2014, sobre todo en materia de aceptación de cláusulas de títulos nobiliarios que discriminan a las mujeres y que benefician a los hijos varones mayores, lo que es contrario a la igualdad de sexos consagrada en la Constitución española, y en la que la referencia a la legislación histórica referencia una auténtica interpretación histórica. Se trata sin duda de una controversia jurídica de adecuación de normas al nuevo modelo social de igualdad constitucional y que en las cláusulas de sucesión de títulos discriminaban a las mujeres, lo que ha venido a considerarse, por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia,

como contrarias a la Constitución. Y se atendía al hecho de que estos títulos nobiliarios procedía de una institución preconstitucional y como tal son el reflejo de un modelo social desigual por naturaleza. En este sentido, en los últimos decenios del siglo XX, ya en democracia constitucional, la tendencia dominante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo seguía una interpretación histórico-evolutiva, asumiendo que la transmisión hereditaria de los títulos nobiliarios, si mantenían el título original que discriminaba a la mujer, éste era considerado como contrario a la Constitución, siempre que no igualara a los sexos en la transmisión del título, aunque contradijera lo estipulado en el título original. Se asumía por la jurisprudencia del Supremo que la evolución de los valores sociales, recogidos en la Constitución, debían modificar de forma sustancial las cláusulas originales de transmisión del título nobiliario para promocionar la no discriminación de sexo, permitiendo así la igualdad en materia de sucesión, entre los herederos del título. Así, en algunas sentencias observamos cómo el Tribunal Supremo, siguiendo los criterios interpretativos del 3.1. del Código Civil, realiza, en primer lugar, un estudio de la legislación histórica que regula los títulos nobiliarios, desde el texto del siglo XIII denominado Código de las Siete Partidas 2,15,2, pasando por la ley 40 dada en las Cortes de Toro en 1505, y terminando en las leyes de 1820 y el decreto de 1948, que a su vez nos reenvían para su interpretación a las anteriores leyes históricas. Todas estas leyes establecía como regla sucesoria el principio de la masculinidad como analogía de la sucesión a la Corona o de los mayorazgos. Tras realizar esta ida al pasado por parte del Supremo, éste debe volver al presente, interpretando e integrando las citadas normas conforme a los nuevos principios de la sociedad, según los cuáles, las leyes deben interpretarse y aplicarse. Y es aquí, donde el Tribunal Supremo realiza un cambio de aquella tradición jurídica, pues los principios de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, consagrados en la Constitución española, deben modificar el sentido interpretativo de aquellas normas. En adelante, el derecho de primogenitura por varonía, discriminatorio de las mujeres, es rechazado y sustituido por el derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres en materia de sucesión de títulos nobiliarios. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1989 es un ejemplo: “en la sucesión de títulos nobiliarios, el principio de la masculinidad o de preferencia del hombre sobre la mujer, en igualdad de línea directa descendente, debe ser considerado discriminatorio y, en consecuencia, derogado por inconstitucionalidad sobrevenida (Tribunal Supremo, Sala Civil. Sentencia de 28 de abril de 1989. Repertorio Jurisprudencial 1989\9886). En suma, la consagración del derecho fundamental a la igualdad sin ningún tipo de discriminación, establecido en el artículo 14 de la Constitución, proyecta la

inconstitucionalidad de la transmisión hereditaria obligatoria por varonía, lo que equivale a asumir una interpretación histórica de ida, y una interpretación sociológica de vuelta.

No obstante lo dicho, esta interpretación jurisprudencial tornará a la antítesis a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de abril, la cual afirmaba “que las leyes históricas en vigor que regulan la sucesión de los títulos nobiliarios, particularmente, la ley 2,15,2 de Partidas, de donde procede el privilegio de masculinidad, en igualdad de línea directa descendiente entre hombre y mujer, luego recogida en el artículo 13 de la ley de 11 de octubre de 1820, y el artículo 1 de la ley de 4 de mayo de 1948, no pueden considerarse contrarios al artículo 14 de la Constitución”, por lo que no pueden considerarse inconstitucionales. El Tribunal Constitucional aceptó la constitucionalidad del derecho sucesorio de los títulos nobiliarios, conservando el privilegio de masculinidad, en la medida en la que estos títulos son completamente honoríficos: “es necesario guardar intacta la memoria histórica de la originaria concesión del título, y que el régimen sucesorio *mortis causa* que permite el privilegio de masculinidad no viole los principios constitucionales. La voluntad histórica que emana de la transmisión del título nobiliario no puede modificarse sin desnaturalizar la raíz histórica de una institución (Tribunal Constitucional. Sentencia nº 126/1997 de 3 de julio. Repertorio del Tribunal Constitucional 1997\126).

Lógicamente, tras esta sentencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a modificar radicalmente el método de interpretación histórica. En adelante, este método se proyectará hacia una concepción objetiva, estática, por la que las siguientes sentencias mantendrán una jurisprudencia, ahora sí, fieles a las reglas sucesorias donde se sigue privilegiando al principio de masculinidad del título de nobleza original. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006 es fiel a esta nueva jurisprudencia. El recurso en casación invocaba que la sentencia recurrida había trasgredido la no discriminación del artículo 14 de la Constitución, siguiendo la anterior tradición jurisprudencial. Ahora, el magistrado ponente del Tribunal Supremo, el Sr. M. Corbal Fernández, cambia de criterio interpretativo invocando que el recurrente en casación ha realizado una errónea interpretación y aplicación de las leyes de Partidas y las de 1820 y 1948, que prevalecían el orden tradicional de transmisión de títulos nobiliarios por causa de muerte, y que se basaban en la primogenitura, masculinidad y representación. Estos criterios, ahora, a juicio del ponente de la Sentencia no violan el artículo 14 de la Constitución, siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, sino que simplemente invocan un tratamiento diferenciado en

la transmisión del título nobiliario, pero no ilícito o ilegal (Tribunal Supremo, Sala Civil. Sentencia nº 529/2006 de 26 de mayo. Repertorio Jurisprudencial 2006\3342.

No obstante, una última reflexión para concluir esta participación en este interesante foro de debate. Y es que la jurisprudencia del Supremo se ciñe básicamente al recurso literal y sistemático de interpretación. El sometimiento del juez al derecho bajo el paradigma de la máxima *iura novit curia*, así como el desmedido trabajo de los juzgados, no permiten otra cosa a los profesionales del derecho que acudir a estos criterios como los más fáciles y cómodos. Es la “tiranía”, entiéndase esta expresión, de los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, la interpretación histórica, como humilde recurso positivista hacia la retrospectiva histórica del Derecho, y a su concepción de historicidad, ha sido y es un recurso intelectual de jueces y magistrados, aunque utilizado de forma excepcional, ya sea para darle elegancia y erudición a sus sentencias, ya sea para consolidar una interpretación literal o sistemática, bajo el principio de “a mayor abundamiento”. Sin perjuicio de este carácter residual de la interpretación histórica, admitimos la existencia de un margen de interpretación jurídica más allá de la literalidad o sistemática de los textos normativos. Sin perjuicio de que los operadores jurídicos deben encontrar todo en los textos de la norma, a veces, necesitan completar la interpretación jurídica utilizando apoyaturas basadas en el derecho histórico.

TERCERA CUESTIÓN

EyCE: *En el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica, el profesorado de Filosofía del Derecho es nuestro máximo exponente. Por esta razón, preguntamos ¿cómo hay que entender esta teoría de la argumentación jurídica en la actual definición e interpretación del Derecho?*

Respuesta: José Antonio López García, Profesor Titular de Filosofía del Derecho.

El método jurídico imperante hasta mediados del siglo XX, con su formalismo normativo en la definición del Derecho, por un lado, y con sus distintas variantes escépticas con la propia idea de método (realismos y decisionismos, por otro lado, había sido posible gracias a la *separación entre Derecho y moral* o, lo que es significativamente lo mismo, debido a la separación entre Derecho (reglas y justicia (principios. El jurista alemán Gustav Radbruch se habría hecho eco de este problema del método jurídico, denunciando que una de sus consecuencias más nefastas era que cualquier Estado (cualquier *factum* de poder que actúa mediante normas jurídicas

podía ser considerado un Estado de Derecho. Después de los acontecimientos que tuvieron lugar durante la II Guerra Mundial fueron muchos los juristas prácticos y los teóricos del Derecho que se plantearon un cambio del método jurídico. Dicho cambio debía partir de la propia fórmula de Radbruch de 1946, conocida como argumento de la injusticia: el Derecho extremadamente injusto no es Derecho. Esta fórmula de Radbruch implicaba que: “*El carácter jurídico de las normas o de los sistemas jurídicos se pierde si se traspasa un determinado umbral de injusticia*”.¹

En el plano jurídico-positivo, el principal signo del cambio en la consideración del método jurídico del siglo XX va a ser la nueva concepción sobre el *valor jurídico de la Constitución*. Las nuevas constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial (la Constitución italiana de 1947; la Ley Fundamental de Bonn de 1949 -Alemania Federal-; la Constitución de la V República francesa, 1958; la Constitución española de 1978; etc.), se configuran jurídicamente como *normas materiales*, cuyo valor jurídico está por encima de los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial).

Esto significaba que los principios (valores) expresados en la Constitución no son disponibles sin control y por lo tanto no son quebrantables por parte de los poderes del Estado. Esta idea queda claramente expuesta en el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público; (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

Asimismo, se establecen en las constituciones la creación de un tribunal constitucional cuya labor ya no es la de *la mera aplicación del silogismo judicial respetuoso con la legalidad* (silogismo judicial deductivo), sino que su tarea principal va a ser la de *corrección de la constitucionalidad de las leyes*, es decir, su labor va a consistir en poder corregir al poder legislativo representante de la Soberanía popular. Esta implantación de un Tribunal Constitucional en casi todas las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial es algo novedoso, al menos en Europa. Es así como se comienza a hablar de la confluencia de *dos instituciones soberanas*. Por un lado, el poder legislativo en cuanto único poder con capacidad legislativa por representar la soberanía popular (*soberanía representativa popular*). Por otro lado, el poder de los tribunales constitucionales que pueden corregir al poder legislativo, en cuanto que pueden declarar inconstitucionales a las leyes del Parlamento (*soberanía de la “toga”*).

A partir de los puntos anteriores, es decir, el sometimiento de todos los poderes públicos a los principios constitucionales y la “revisión de la constitucionalidad de las leyes” por parte de los tribunales constitucionales, el debate que se planteará en la teoría jurídica va a ser si todo ello suponía la *aceptación de una nueva definición del Derecho*. Una nueva definición del Derecho que, a la luz de la “fórmula de Radbruch”, significaba que, en adelante, lo que se considera como Derecho va unido necesariamente a unos principios irrenunciables consagrados en las constituciones democráticas. Esta unión o relación *necesaria* entre Derecho y principios constitucionales en la definición del Derecho, suponía rechazar uno de los postulados básicos del método jurídico positivista del siglo XX; la tesis de Kelsen de la separación entre Derecho (reglas) y moral/justicia (principios). El planteamiento de esta nueva definición del Derecho se consideró imprescindible para declarar que el Derecho no va a servir más como elemento legitimador de cualquier tipo de Estado. En España, el Prof. Elías Díaz, fue el primero en señalar esta nueva definición del Derecho al manifestar en 1966 que: “*Todo Estado actúa a través del Derecho, pero esto no hace que todo Estado sea un Estado de Derecho*”.² Por el contrario, para hablar de Estado de Derecho es necesario, señala Elías Díaz, además de que el Estado actúe a través del Derecho, que éste respete: el imperio de la ley, la división de poderes, el control de la discrecionalidad de la administración y *la garantía de los derechos y libertades fundamentales*. Todos sabemos que hablar de principios constitucionales y hablar de derechos fundamentales es casi sinónimo. El concepto de derechos fundamentales es tan amplio y material como el concepto de los principios del Derecho y, en todo caso, podemos convenir en que los derechos fundamentales contienen los *principios más básicos del ordenamiento jurídico*.

Una vez planteado la exigencia de una nueva definición del Derecho, los interrogantes sobre el nuevo método jurídico a seguir para su concreción fueron múltiples: ¿qué método jurídico es el apropiado a la nueva realidad del Derecho?; ¿se debe abandonar toda especulación lógica sobre el método jurídico que había sido la pieza clave de la ciencia jurídica?; ¿cabe una ciencia jurídica que incorpore a los principios en su definición del Derecho? Para dar respuesta a estos interrogantes, las llamadas *teorías de la argumentación jurídica*, desde mediados de los años 50 del siglo XX hasta la actualidad, constituirán un intento de posible solución sobre el método jurídico para la nueva definición del Derecho. Sus características básicas suponen una *casi completa reformulación del método jurídico del positivismo del siglo XX*.

La argumentación jurídica como “nuevo método jurídico” para el examen del Derecho, desde los autores que inician esta teoría a mediados de los años

50 del siglo XX, Theodor Viehweg (tópica jurídica) y Chaïm Perelman (nueva retórica jurídica), hasta los que desde finales de los años 70 del siglo XX y hasta la actualidad son considerados los propulsores de la llamada *teoría estándar de la argumentación jurídica*, es decir, sobre todo Neil MacCormick y Robert Alexy, todos ellos comparten en mayor o menor medida los siguientes puntos característicos que constituyen el método jurídico distintivo de la argumentación jurídica:

1.- *Conexión necesaria entre Derecho (reglas) y moral (principios)*

El ámbito material de los valores o principios del Derecho se recupera por parte de las teorías de la argumentación jurídica. La afirmación básica, sostenida a partir del argumento de la injusticia de Radbruch, es que existe *una conexión necesaria entre Derecho y moral*. El ámbito de la definición del Derecho incluye como uno de sus elementos principales el ideal moral propia de la idea de justicia. En las primeras teorías de la argumentación (Viehweg/Perelman) la conexión necesaria entre Derecho y moral se lleva a cabo bajo el lema: *hacer justicia a través del Derecho*. Para estos autores la tarea principal era la lucha contra el método jurídico lógico-deductivo, heredado del positivismo del siglo XX. Si este método había establecido su pieza clave para la definición del Derecho en la noción de *validez* (Kelsen), las teorías de la argumentación harán de la noción de *justicia* la pieza clave del Derecho. Por su parte, en las segundas teorías de la argumentación jurídica (la teoría estándar de la argumentación jurídica de MacCormick/Alexy), la conexión necesaria entre Derecho y moral se lleva a cabo bajo el lema: *hacer justicia de acuerdo con el Derecho*. Esta inflexión en la teoría de la argumentación jurídica (desde hacer justicia “*a través del*” Derecho hasta hacer justicia “*de acuerdo con*” el Derecho), tiene que ver con el mismo proceso de desarrollo y progreso de estas teorías. Y es que las segundas teorías de la argumentación jurídica van a ser menos críticas con el método jurídico formalista del positivismo del siglo XX, aunque no dejan de establecer unos límites materiales a la lógica de dicho método.

2.- *Objetivismo ético*

La anterior “conexión necesaria entre Derecho y moral” (o lo que es lo mismo: conexión necesaria entre Derecho y justicia; entre reglas y principios; etc.), lleva aparejada la hipótesis de partida de que, al igual que podemos saber formalmente si una norma jurídica forma parte de un sistema jurídico (“dinámica jurídica de las normas” en Kelsen o “regla formal de reconocimiento del Derecho” en Herbert Hart), también podemos conocer lo que es la ética o la moral contenida en un ordenamiento jurídico. Esta hipótesis la asume la teoría de la argumentación porque sus teóricos creen que

puede conocerse objetivamente lo que es la moral o los juicios de valor éticos (*objetivismo ético o cognoscitivismo moral*). En la lógica formal del método jurídico del positivismo del siglo XX, se debió separar el Derecho de la moral porque los “juicios materiales o juicios de valor moral” no eran susceptibles de formalización. Sólo entraban como contenido de las normas jurídicas, pero no eran los contenidos de valor “en sí mismos” los que eran *generales y obligatorios*, sino que era la *forma jurídico-normativa* lo que hacía que tales contenidos adquirieran la cualidad jurídica de lo general y obligatorio. Así, el método jurídico-formal y el ejemplo más evidente es el de la “teoría pura del Derecho” de Hans Kelsen, concluía que los contenidos morales de las normas jurídicas, por sí mismos, no entraban en la definición del Derecho. Sin embargo, las teorías de la argumentación jurídica, cada una a su modo, contradicen al método jurídico positivista al afirmar que *sí es posible conocer de manera general y obligatoria los contenidos morales del Derecho*. Para ello se utilizará, bien el “consecuencialismo moral” o examen de las consecuencias de los argumentos morales (MacCormick), o bien se establecen unos criterios de formalización racional de la moral (Alexy), cuyos resultados se contrastarán con cualquier argumento jurídico, legal o jurisprudencial. La finalidad que se pretende es de nuevo conectar el Derecho y la moral: integrar la “fuerza moral” de los argumentos racionales obtenidos con la “fuerza jurídica” de las normas de Derecho y su interpretación judicial.

3.- Subordinación de la “lógica jurídica deductiva” a la “lógica material de los principios”

Si entendemos por lógica jurídica deductiva a la “justificación interna”, por lógica material de los principios entenderemos a la “justificación externa”. La justificación interna, *muestra la corrección de la inferencia de la conclusión o decisión a partir de las premisas*. En la justificación interna se aplican las reglas de la lógica formal o deductiva para determinar si un argumento es lógicamente correcto. Es decir, se considera como no-problemática o como “algo dado” la tarea de *subsunción* de la premisa fáctica (pm) en la normativa (PM) y, a partir de ahí, se aplica lógicamente la consecuencia jurídica pertinente. La teoría de la argumentación utiliza este tipo de justificación, pero sólo una vez se ha utilizado previamente la justificación externa. La justificación externa se refiere a las condiciones o criterios racionales que hacen que una premisa o una conclusión resulte correcta o aceptable. Es decir, la justificación externa va encaminada a establecer la corrección racional que hace que las premisas y conclusiones sean aceptables mediante criterios, no de lógica formal deductiva, sino de la “lógica material o informal”. Una vez se ha determinado la aceptabilidad o plausibilidad de las premisas, la teoría de

la argumentación aplica la justificación interna formal o de inferencia lógica. En la “justificación externa” la teoría de la argumentación utiliza tanto razones jurídicas como razones generales (morales, políticas, científicas, etc.), con la finalidad de sostener la corrección racional de cualquier premisa.

Pues bien, mientras el método formalista del positivismo del siglo XX utilizaba exclusivamente *la justificación interna* referida a las reglas (normas), a la vez consideraba que para los “casos difíciles”, donde entraban en juego los principios jurídicos, no había más remedio que aceptar el criterio de la *discrecionalidad judicial*, es decir, dejaba en manos del buen hacer subjetivo del juez la resolución de estos casos, sin considerar que fuese posible utilizar la llamada justificación externa. Por el contrario, las teorías de la argumentación jurídica sí aplican la justificación externa con la pretensión de solucionar los casos difíciles también desde *parámetros objetivos*, aun cuando tales parámetros objetivos sean diferentes a los de la lógica formal deductiva. Fue el jurista español, Luis Recasens Siches, partidario también de la teoría de la argumentación jurídica, quien en 1956 habló de la existencia de una *lógica de lo razonable* que podía servir como “parámetro objetivo” para solucionar los llamados casos difíciles y también, si así es necesario, para resolver los casos fáciles cuando de la aplicación de la lógica formal deductiva se derivan soluciones injustas: “*Hemos arrojado por la borda las razones de lógica formal tradicional, precisamente en virtud de que tenemos razones que entendemos deben justificadamente prevalecer sobre aquéllas, que no parecen servir para resolver correctamente el problema. Por lo tanto, estamos dentro del campo de la razón... Nuestra mente se debate en torno al problema de hallar lo correcto*”.³

4.- Crítica a la idea positivista de la “discrecionalidad judicial” en los llamados “casos difíciles”

De lo expuesto en los tres puntos anteriores, parece claro que la teoría de la argumentación no está de acuerdo con la tesis del método jurídico del positivismo del siglo XX sobre la discrecionalidad judicial en los llamados “casos difíciles”. Aunque el método lógico-jurídico del positivismo consideraba que también estos casos eran encuadrables dentro de la lógica formal de cualquier ordenamiento jurídico, entre otras razones porque la actividad judicial está sometida a una relación de control jerarquizada, tal y como las mismas normas jurídicas lo están a partir de una “norma fundante” (Kelsen) o a partir de una “regla de reconocimiento” (Hart). Por el contrario, en estos casos difíciles o de penumbra, la teoría de la argumentación jurídica afirma que cabe establecer parámetros objetivos que dirijan la decisión del juez, criticando así la tesis del método jurídico del positivismo que deja

en manos de la subjetividad del juez la resolución de los casos difíciles. Asimismo, si un llamado “caso fácil” nos lleva a una solución injusta, cabe *excepcionar* la aplicación fácil de la regla jurídica en virtud de “principios” del sistema jurídico que solucionarían correctamente el caso. De esta manera, podemos considerar que para la teoría de la argumentación jurídica todos los casos del Derecho pueden resultar difíciles, pero no casos difíciles en el sentido del método jurídico del positivismo formalista, sino difíciles en el sentido de que, cualquier caso, puede llevar al juez a recurrir a los principios del Derecho y de lo que se trata es de que el juez llegue a *saber cómo argumentar objetivamente con los principios*. Esto no quiere decir que la teoría de la argumentación haga de cualquier caso o cuestión un caso problemático. Habrá casos fáciles en los que se coincida en que está correctamente establecida su solución por la norma. Aunque, claro está, son los llamados casos difíciles los que se consideran genuinamente problemáticos desde cualquier perspectiva, sea la perspectiva del método jurídico positivista o la perspectiva de la argumentación jurídica.

Evitar la discrecionalidad judicial es básico para la teoría de la argumentación, por lo que esta tesis se extenderá en la práctica interpretativa del Derecho como la exigencia de la *ponderación judicial*: la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad entre principios jurídicos o derechos que estén en controversia en cada caso judicial.

CUARTA CUESTIÓN

EyCE: *Miremos ahora a nuestros representantes del Área de Derecho Constitucional, en la medida en que una de las cuestiones que se han planteado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia es la constitucionalidad de las soluciones extrajudiciales de conflicto. La mediación, arbitraje y conciliación como mecanismos heterocompositivos de resolución de controversias, ¿qué opinión le merece?, ¿es conforme al espíritu de la Constitución española el uso de estos mecanismos de resolución de litigios?*

Respuesta: José Ángel Marín Gómez, Profesor Titular de Derecho Constitucional.

La modulación civilizada de la convivencia es una constante en las organizaciones sociales avanzadas. Podríamos decir que se trata de una inquietud común permanente y recidivante que está arraigada desde las antiguas civilizaciones y que naturalmente aparece también en los textos que nos ha legado la cultura greco-latina (Aristóteles, Protágoras, entre otros. Igualmente, la aspiración a una convivencia civilizada la hallamos en distintos

autores convertidos ya también en clásicos como Maquiavelo, Kant, Locke, Condorcet, Montesquieu, Rousseau, Bodino, Kelsen, Weber, Fernando de los Ríos, Habermas, Bobbio, Haberle, entre otros. De modo que esta inquietud sostenida en la historia de la humanidad ha permitido afirmar a Zagrebelsky (en su obra *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*) que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva, entre los que -añado- está la oferta de soluciones extrajudiciales para los conflictos consustanciales a la vida de relación y, desde luego, cabría incluir en dicha dinámica compositiva la mediación, el arbitraje y la conciliación como mecanismos heterocompositivos de resolución de controversias. Y así lo vengo expresando en algunos de mis trabajos sobre arbitraje y ciencia jurídica.

De ahí que, en términos constitucionales, podamos compartir sin demasiados reparos que en el tiempo que nos toca vivir no solo es legal, sino también legítima la expectativa organizativa que propende hacia dichas prácticas solutorias de conflictos. Diría, incluso, que hoy día son más que deseables las soluciones alternativas, aunque en ocasiones se nos representen como algo disruptivas o contradictorias y, por tanto, adversas a la ciencia del derecho.

La concordancia práctica y la permanente aspiración por la recta convivencia obligan a vertientes imaginativas en esta materia, siempre y cuando sean respetuosas con los valores y principios constitucionales que nos hemos dado. Ello no ha de suponer en modo alguno -como después de dirá- que debamos cercenar las potencialidades constitucionales que tanto ha costado alcanzar en el tiempo moderno. Antes al contrario, se trata de ofrecer soluciones alternativas amparadas por la *scientia iuris* que no traicionen la teleología constitucional atesorada. Soluciones que presentarán a veces una faz acumulativa, otras combinatoria, otras compensatoria, pero todas ellas tributarias de los valores y principios constitucionales que inspiran nuestro ser social, y en la que han de tener protagonismo las soluciones extrajudiciales de conflictos (mediación, arbitraje y conciliación como mecanismos heterocompositivos de resolución de controversias). En este orden de cosas y con singular maestría, el profesor Haberle ha sabido poner de manifiesto que el concepto "cultura" tal y como venimos manejándolo, hace referencia al conjunto de las aportaciones parciales de las distintas ciencias y entre ellas la ciencia jurídica y, muy particularmente, el Derecho Constitucional. De manera que no parece aventurado afirmar que el orden jurídico constitucional desarrolla y cumple una función crucial en tanto coopera de modo decisivo a configurar una cultura capaz de proporcionarnos

una visión integradora de la sociedad, en la que pueden ser cruciales las soluciones extrajudiciales de conflictos, la mediación, el arbitraje y la conciliación resolutive de controversias.

Respuesta: María José Carazo Liébana, Profesora titular de Derecho Constitucional.

Tradicionalmente se ha distinguido entre los mecanismos de autocomposición del conflicto y los de heterocomposición. La diferencia entre los primeros y los segundos radica en que, en el primer caso, son las personas implicadas las que resuelven por sí mismas el conflicto sin necesidad de intervención de terceros. Respecto a los medios autocompositivos, en primer lugar, se puede autocomponer un conflicto mediante el sacrificio que haga una de las partes de su derecho. Hablamos, en este caso, de la renuncia. El segundo medio de autocomposición es aquel en el que ninguno de los contendientes abandona la posición que ocupa en la controversia, sino que ésta se dirime mediante concesiones que recíprocamente se hacen. Nos referimos a la transacción. En los mecanismos de heterocomposición, es imprescindible un tercero ajeno a las partes que contribuya a poner fin al litigio. El papel que hace este tercero es lo que diferencia la mediación, la conciliación y el arbitraje. La conciliación es un medio heterónomo de resolución de conflictos caracterizado por la intervención de un tercero, cuya misión es la de acercar las respectivas posiciones, evitando así un proceso judicial o un procedimiento arbitral. A través de la mediación, por contra, el tercero elegido tiene como principal finalidad acercar las voluntades de las partes mediante la proposición de un acuerdo que éstas son libres de acatar o no. La diferencia de la mediación y conciliación con el arbitraje, radica en que, en las primeras, la decisión del tercero no es vinculante. El arbitraje constituye un método de resolución de litigios mediante el cual los afectados eligen a determinadas personas, los árbitros, que son llamadas a resolver las diferencias que se les planteen, sustituyendo a los órganos judiciales del Estado.

Una cuestión que hace ya muchos años resolvió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y ha sido acatada sin discusión por la doctrina es que los mecanismos de resolución de litigios no jurisdiccionales son perfectamente adecuados y coherentes con nuestro modelo de justicia constitucional. En los textos legislativos españoles tuvieron una franca acogida como demuestra su reconocimiento en el Breviario de Alarico, en el *Liber Iudiciorum*, en las Partidas, y en las legislaciones particulares de los derechos de Aragón y Cataluña. En estos textos históricos predomina la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en detrimento de la contractual. El árbitro era concebido como un juez privado. Esa tradición arbitral en el Derecho histórico español

alcanza su punto más álgido con el reconocimiento constitucional del derecho fundamental al arbitraje en la Constitución de 1812 (arts. 280 y 281). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias a favor de su plena constitucionalidad, concibiéndolo como un mecanismo heterónomo para la resolución de controversias, alternativo al judicial. Destacan las SSTC 43/1.988, de 16 de marzo (*BOE* de 12 de abril de 1.988); 233/1.988, de 2 de diciembre (*BOE* de 23 de diciembre de 1988); 15/1.989, de 26 de enero (*BOE* de 20 de febrero de 1.989); 62/1.991, de 22 de mayo (*BOE* de 24 de abril de 1.991).

Además, en los últimos años esta corriente favorable a estos modelos de justicia alternativa, se ha visto perfectamente amparada por la legislación ordinaria a través de leyes que, no solo han fomentado, sino que también han dotado de mayor seguridad jurídica a la mediación, la conciliación y el arbitraje. Pero podemos ir más allá y subrayar cómo ámbitos que tradicionalmente se han entendido ajenos a estos métodos de resolución de conflictos no jurisdiccionales (como es el ámbito del derecho administrativo y el derecho penal), también se han visto permeabilizados por esta tendencia. Es tal la incorporación del arbitraje a nuestra cultura conflictual que incluso se constata su aplicación, no sólo para resolver controversias privadas sino también propias del Derecho Público. Mención especial merecen el arbitraje laboral y el administrativo. Es notoria la aparición de un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos basado en la convención o acuerdo. La ley 30/1.992, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 107.2, da carta de naturaleza a la figura del arbitraje en el derecho administrativo.

Lo señalado anteriormente parece adecuado y práctico teniendo en cuenta el colapso de muchos tribunales por exceso de litigación, ahora bien, siempre y cuando los derechos de los ciudadanos se vean perfectamente tutelados. Esto es, entiendo que estos modelos de justicia alternativa son perfectamente válidos cuando no supongan una merma de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución, con especial referencia al derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTA CUESTIÓN

EyCE: *Por el interés del debate, seguimos con nuestros compañeros de Derecho Constitucional preguntándoles, si en el uso de estos mecanismos de justicia alternativa, ¿quedan desprotegidos los ciudadanos de sus derechos fundamentales como el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva?*

Respuesta: José Ángel Marín Gómez, Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Ya adelanto que en modo alguno considero contrarios a la tutela judicial efectiva los mecanismos de justicia alternativa y, del mismo modo, tampoco estimo colusorios dichos mecanismos sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Intentaré sintetizar a continuación mi planteamiento:

Sobre esta cuestión sobrevuela el escaso predicamento que entre algunos colectivos profesionales del derecho tienen los mecanismos de justicia alternativa. Ciertamente que el arbitraje es una institución algo postergada y contra la que todavía se recela, hasta el punto de que en algunos ámbitos forenses se ha planteado la anticonstitucionalidad de la solución arbitral. Sin embargo, considero que en tales postulados hay un error de partida. El error consiste en considerar que el arbitraje es o puede ser una manifestación de la potestad jurisdiccional, cuando -considero- que en modo alguno el arbitraje es una manifestación de la potestad jurisdiccional. Luego difícilmente se puede conculcar el artículo 24 de la Constitución, y/o el Título VI de la Constitución, y en concreto el artículo 117.5 de la Constitución, de parte de la actuación arbitral. Se sale así al paso de la tacha anterior porque -como también veremos a continuación- la labor arbitral tiene una proyección exclusivamente funcional, es decir, que únicamente sirve para justificar un acto de enjuiciamiento parecido al que realizan cotidianamente los órganos jurisdiccionales del Estado. Pero nada más, puesto que la tarea de *iuris dictio* que realizan los tribunales arbitrales tiene sentido tras una sucesión de hitos procesuales y garantistas. De manera que según se dirá la labor arbitral no es ni puede ser jurisdiccional, sino procesal y siempre garantista desde la perspectiva constitucional.

Para mi tengo que de entre los resortes solutorios que repasamos, las fórmulas heterocompositivas suponen un grado evolucionado que se imbrica sin dificultad en nuestro modelo jurídico-constitucional. De ahí que los mecanismos concernidos por la heterocomposición sean -desde mi punto de vista- compatibles con el orden constitucional y la tutela judicial efectiva. Es más, los mecanismos de justicia alternativa están diseñados para ofrecer una solución definitiva e irrevocable de la controversia, impidiendo que el litigio reverdezca indefinidamente. De lo cual se desprende que sólo cuando las fórmulas autocompositivas alcanzan homologación judicial, queda solventado de forma definitiva el conflicto y logran capacidad ejecutiva con auxilio coactivo público, o lo que es lo mismo, gozando de los efectos con que el ordenamiento jurídico dota a las soluciones heterocompositivas. La característica básica de la heterocomposición es que se trata de un medio que

opera a través de la intervención de un tercero imparcial ajeno al conflicto, al que las partes acuden con la voluntad de poner fin al mismo. Así, el tercero interviniente a instancia de los litigantes se compromete o viene obligado, por razón de su oficio, a emitir una resolución cuyo cumplimiento deberán acatar las partes. Este último dato revela la condición *suprapartes* que ocupa el tercero al que los contendientes han tenido a bien acudir. Son dos las fórmulas heterocompositivas previstas en los ordenamientos jurídicos: el arbitraje y el proceso.

Creo, por tanto, que la institución arbitral cuenta con un entronque y unos planteamientos constitucionales homologables en nuestro actual sistema. Más aún cuando hemos asistido a una indeseable judicialización de la vida. El arbitraje creo que cuenta con renovado vigor a la luz constitucional de 1978, pues la institución arbitral descansa en la libertad que nuestra Constitución proclama como valor superior del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 y 9.2 CE), y se vincula con el tracto jurídico clásico de la autonomía de la voluntad y libre disposición (art. 10.1 CE: libre desarrollo de la personalidad). De manera que, si la libertad permite hacer o no hacer, la autonomía de la voluntad permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. El carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje en el ámbito de la libre disposición de materias, supone hacer disponible la cuestión litigiosa, es decir, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición. Bien es cierto que en el momento presente no es posible conceptuar de modo absoluto al arbitraje como un derecho fundamental, pero tampoco pasa desapercibido al legislador el entronque constitucional del derecho al arbitraje cuando el preámbulo de la actual Ley de Arbitraje alude al convenio arbitral como instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas. El valor sencillo que arrostra toda decisión solutoria de conflictos adoptada según las reglas del arbitraje de derecho y equidad, como solución alternativa a la vía judicial, es seguramente la mayor virtud con la que cuenta esta fórmula singular de ventilar conflictos que se hallen bajo el poder de disposición de los sujetos. Son, por tanto, ajenas al contrato de compromiso arbitral o convenio arbitral las cuestiones de Derecho público y las materias sociales o laborales.

Lo anterior me conduce a afirmar que el arbitraje está dentro del ámbito de actuación de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución. Desde mi óptica el arbitraje es una institución que, al igual que los dos rostros de Jano, participa de una esencia dual, fundada en el concierto

de voluntades y en el pacto cuando se acuerda privadamente el devenir decisorio de los eventuales conflictos, y, a un tiempo, margina temporalmente el *imperium* constitucional basado en el orden público como fórmula solutoria dispuesta desde el Estado para dirimir las contiendas a través del juez ordinario predeterminado por la ley, (art. 24.2 CE). Con tales matizaciones en la mano, creo que cabe atemperar el ímpetu de las teorías jurisdiccionalistas, toda vez que el arbitraje difícilmente admite el encorsetamiento jurisdiccional, pese a que la eficacia vinculante del laudo resida en la firmeza que le otorga el artículo 37 de la Ley vigente en tanto que acto procesal “cuasipuro”. Bien es cierto que la naturaleza procesal del acto resolutorio que encarna el laudo (firme) convierten a éste en una decisión ejecutiva que trasciende de lo netamente negocial o pactado para internarse en el terreno de las garantías de procedibilidad, garantías que el laudo erige a través de su faceta impugnatoria en vía judicial.

La funcionalidad del arbitraje reside en que resuelve razonable y eficazmente cuestiones y disputas complejas, y esa operatividad no se logra mediante etiquetados negociales o adjetivaciones jurisdiccionales, sino mediante la labor garantista constitucional que cumple el árbitro a través del debido proceso sustantivo arbitral. Por ello interesa subrayar el marcado carácter garantista y constitucional que comporta la actividad arbitral implementada en vía procedimental. Luego, como indicábamos más arriba, difícilmente se puede conculcar la tutela judicial efectiva, el Título VI de la Constitución y, en concreto, el artículo 117.5 de la Constitución por parte de la actuación arbitral. Se sale así al paso de la tacha de anticonstitucionalidad que en ocasiones recae sobre el arbitraje porque como hemos visto la labor arbitral tiene una proyección exclusivamente funcional, es decir, que únicamente sirve para justificar un acto de enjuiciamiento similar al que realizan cotidianamente los órganos jurisdiccionales del Estado. Pero nada más, puesto que la tarea de *iuris dictio* que realizan las cortes arbitrales tiene sentido tras una sucesión de hitos procesales y pautas garantistas de impronta constitucional. Ello prueba que la labor arbitral no es ni puede ser jurisdiccional, sino procesal y siempre garantista desde la perspectiva constitucional. Tengamos presente que la fórmula arbitral de solventar el conflicto da lugar a que podamos afirmar que el arbitraje es el modo de hacer justicia conservando -si no la amistad- las buenas relaciones intersubjetivas; que tan relevantes son en el trato mercantil y comercial. El arbitraje constituye por sí mismo una vía de solución de conflictos que deviene necesaria, y no sólo sustitutiva del sistema de justicia ordinaria de todos conocido. Así el arbitraje se erige como institución con virtualidad y personalidad propia, paralela e independiente a los modos solutorios tradicionales. Con ello podemos contar gracias a la especialización

del árbitro en su labor, y también por la discreción, rapidez y flexibilidad del procedimiento arbitral.

Ante un panorama poco halagüeño en materia jurisdiccional, convengamos que la solución judicial no es la única alternativa para decidir controversias y disputas. Se puede añadir que hay exigencias de justicia material y concreta que no tienen que quedar necesariamente supeditadas a las macromagnitudes jurídicas que motorizan el sistema. En un análisis que considero certero, el propio Gustavo Zagrebelsky, indicó al respecto que las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales. Lo dicho en modo alguno empaña la garantía fundamental consistente en que cualquier persona puede recabar del Estado la actuación correspondiente a fin de que se vean jurisdiccionalmente reconocidos sus derechos e intereses legítimos en la forma que las leyes procesales y sustantivas lo alumbren.

Respuesta: Dra. María José Carazo Liébana, Profesora titular de Derecho Constitucional.

La cuestión que se plantea afecta especialmente al arbitraje dado que cuando las partes deciden someter su litigio al mismo cierran la puerta a la jurisdicción ordinaria. Hay una falsa consideración, a mi juicio, de que utilizando la opción del arbitraje los ciudadanos renuncian a las garantías procesales del art. 24 de la Constitución Española (en adelante CE. Creo que esa forma de entender el arbitraje lleva intrínseco un desconocimiento de la esencia de esta institución. Con éste, solamente se está sustituyendo un procedimiento (el judicial por otro (el arbitral. Las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas, más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje.

Quiero detenerme en la cuestión introducida anteriormente sobre la eventual renuncia de la aplicación del art. 24 CE cuando los sujetos han optado libremente por someter sus controversias al procedimiento arbitral. El punto de partida se debe buscar en Derecho civil y concretamente el art. 6.2 Código Civil cuando dice que la renuncia de los derechos sólo es válida cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. Así pues, pudiera parecer que es factible la renuncia de un derecho siempre respetando el orden público y no perjudicando a terceros. Respecto a lo segundo nada que objetar. La cuestión la situamos en torno al primer límite de la renuncia de derechos que es el orden público. El Tribunal Constitucional en múltiples sentencias ha situado el orden público en la esfera del ejercicio de los derechos

fundamentales. Asimismo, ello también se desprende del art. 10.1 CE cuando habla de que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social*”. De esta forma se extrae que el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales constituye la esencia misma del orden público.

Así pues ¿cómo podemos afirmar que cabe la renuncia de los derechos fundamentales siempre que se respete el orden público, siendo éste a su vez la esencia del ejercicio pacífico de los derechos fundamentales? Me parece claro que los derechos fundamentales son irrenunciables. Siguiendo la argumentación esgrimida más arriba, el derecho a la tutela judicial efectiva no se puede renunciar por el uso como método de resolución de controversias del arbitraje. Habrá por tanto que articular un mecanismo en el que tutela judicial y arbitraje vayan de la mano en cuanto a las garantías procesales constitucionales.

Bien es cierto que se podría contra argumentar que la renuncia de derechos en general no es posible pero sí se puede renunciar al ejercicio de determinados derechos en determinadas circunstancias. Por ejemplo, una persona puede renunciar a interponer denuncia contra el derecho al honor en el supuesto de que alguien hubiera presuntamente quebrantado su honra. Ahora bien, ¿eso es aplicable al arbitraje? Es admisible la renuncia en determinados casos al ejercicio de un derecho, pero lo que no es admisible es la renuncia irrevocable. Piénsese que en el arbitraje el laudo arbitral equivale a una sentencia judicial con todo lo que ello lleva consigo: que no se pueda abrir un nuevo procedimiento con los mismos sujetos y el mismo objeto. Esto es, la aplicación del principio “*ne bis in ídem*”. Principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada. Así pues, admitir la renuncia a los derechos constitucionales procesales de la tutela judicial efectiva en el arbitraje equivale a la renuncia irrevocable de los mismos. Téngase en cuenta que ello no ocurriría con los otros mecanismos de resolución heterocompositivas de controversias como la mediación y la conciliación

El arbitraje no es una carta en blanco al incumplimiento de la Constitución. Todos estamos sometidos a la Constitución, ciudadanos y poderes públicos por el art. 9.1 CE. También el árbitro sin lugar a dudas. El incumplimiento de derechos constitucionales no debe quedar impune. La tutela judicial efectiva en el arbitraje se denomina tutela arbitral. La tutela arbitral exige por los árbitros la aplicación de los principios procesales de igualdad, audiencia y contradicción.

Reitero que con el arbitraje las partes no están renunciando a derechos fundamentales como al derecho a la tutela judicial efectiva, simplemente están optando por ventilar sus controversias por un procedimiento diferente al judicial.

SEXTA CUESTIÓN

EyCE: *Y en el ámbito del Derecho Eclesiástico del Estado, preguntamos a nuestro colega López-Sidro si ¿podría indicarnos cuáles son los modos no judiciales de resolver controversias en su ámbito de conocimiento, como es el Derecho Canónico?*

Respuesta: Ángel López-Sidro López, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.

Desde la promulgación, en 1983, del Código de Derecho Canónico todavía vigente, se puso de manifiesto en su redacción el interés por tratar de evitar conflictos y procesos judiciales, si era posible la vía de la conciliación. Así se plasma en su canon 1446 § 1: “Todos los fieles, y en primer lugar los Obispos, han de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes”. No se trata de una novedad, sino que es un mandato enraizado en el propio Evangelio, que invita a los cristianos a solucionar pacíficamente sus conflictos (Mt 18 15-17. De hecho, durante la Edad Media, el Derecho Canónico favorecía que se llegase a una reconciliación de las partes antes a una sentencia judicial. En el mismo canon citado, se indica al juez que debe exhortar a las partes, siempre que vislumbre alguna posibilidad de éxito, a que busquen una solución equitativa de común acuerdo a su controversia, incluso, si es preciso, recurriendo a personas serias como mediadoras (§ 2. Y, en aquellos litigios que lo permiten -porque versan sobre el bien particular de las partes, y no sobre un bien público-, habrá de considerar su conclusión por transacción o juicio arbitral (§ 3. Se remite así a los cánones dentro del Título De los modos de evitar los juicios (1713-1716.

Bajo este epígrafe independiente se agrupan preceptos que en el Código anterior aparecían separados para regular la transacción, la conciliación y el compromiso o juicio arbitral, que no sólo servirían para evitar un juicio, sino también para concluir una instancia pendiente (c. 1517. En la transacción, que puede ser extrajudicial o judicial, según se cuente o no con el juez, las partes acuerdan regular una situación dudosa dando, prometiendo o reteniendo algo. La conciliación o reconciliación es el acuerdo de las partes previo al proceso, ante un tercero o terceros, para la que se contemplan regulaciones concretas,

como la conciliación en el proceso ordinario (c. 1446), la conciliación en un proceso contencioso oral (c. 1659 § 1), la conciliación en los procesos de nulidad matrimonial (c. 1676) o la conciliación en las causas de separación (c. 1695). El juicio arbitral sería la solución buscada mediante el contrato de compromiso, para evitar o poner fin a un proceso, con intervención de un árbitro encargado de dirimir la controversia.

La conciliación se prevé también en el ámbito administrativo, porque en caso de que una persona se considere perjudicada por un decreto de la autoridad eclesiástica, el canon 1733 considera deseable que, de común acuerdo con el autor del decreto, se procure llegar a una solución equitativa, con el fin de evitar el conflicto. Incluso se podría recurrir para ello a la mediación y el empeño de personas prudentes. Aquí se pone de relieve la diferencia principal entre conciliación y arbitraje, pues en el primer caso la solución propuesta será una sugerencia que las partes pueden o no aceptar, mientras que en el segundo el árbitro emitiría un juicio que debe cumplirse -por ello no cabe el arbitraje en el caso del decreto controvertido, pues no se puede imponer aquella decisión a la de la autoridad eclesiástica-.

Todavía hoy, la Iglesia se empeña en buscar soluciones de conciliación, y quizá sea el conyugal el campo en que más se ejercitan estos procedimientos, a fin de recomponer la convivencia matrimonial antes de que se incoe un proceso. El canon 1676 ordena al juez competente en una causa donde se solicite la nulidad de un matrimonio canónico que, antes de aceptarla y siempre que vea alguna esperanza de éxito, emplee medios pastorales para inducir a los cónyuges, si es posible, a convalidar su matrimonio y a restablecer la convivencia conyugal. Considerando la Iglesia que el matrimonio canónico constituye bien público, no cabría en esta materia transacción o compromiso, de modo que lo que podría alcanzarse mediante la conciliación sería una convalidación del matrimonio -siempre y cuando que se dieran las condiciones para ello- y la efectiva restauración de la convivencia de los cónyuges. Si de lo que se trata es de un proceso de separación del matrimonio, el juez buscará con este proceder previo la reconciliación de los esposos y el restablecimiento de la comunidad conyugal (c. 1695).

En cuanto al arbitraje, se remonta en la Iglesia a los primeros tiempos del cristianismo, cuando sus seguidores desconfiaban de la justicia civil y preferían dirimir sus controversias bajo la autoridad del obispo, y por tanto es anterior al desarrollo del derecho procesal canónico. Su regulación en el Código vigente es muy sucinta, lo que deja amplia libertad de regulación a las partes, que en todo caso se verán limitadas por la indisponibilidad de lo que pertenece al bien público. Se prevé en el canon 1714 que puedan desarrollarse

normativas arbitrales por la correspondiente conferencia episcopal, algo que apenas se ha dado en el orbe católico; pero también se hace remisión allí a la ley civil vigente en el lugar donde se concluya el convenio arbitral, por lo que de forma subsidiaria se daría una canonización de las normas civiles en esta materia.

En este contexto, hay que hacer referencia a la institución del arbitraje pontificio, de hondo arraigo en el ámbito internacional, especialmente durante la Edad Media, aunque desde el siglo XIX haya caído en desuso, por el desarrollo de modernos organismos internacionales de justicia. El arbitraje pontificio suponía un procedimiento jurídico de carácter diplomático mediante el cual los estados soberanos enfrentados por una controversia que no acertaban a resolver con la negociación directa entre ellos, de común acuerdo apelaban al juicio supremo e inapelable del Romano Pontífice. Su intervención como tercero en el conflicto conllevaba el compromiso de dirimir la controversia internacional con el objetivo fundamental de evitar un desenlace armado entre las partes. Entre los últimos arbitrajes celebrados con intervención de la Sede apostólica cabe destacar el que se dio en la controversia entre Alemania y España acerca de la soberanía sobre las islas Carolinas, en 1885.

En definitiva, desde la perspectiva cristiana que le da origen, el Derecho Canónico siempre ha tratado de evitar que las controversias desembocasen en litigios, no porque mediante estos no se pueda alcanzar la justicia, sino por la convicción de que las controversias en sí deben poder atajarse antes de alcanzar trascendencia para el Derecho público por medio de un proceso que vendría a incrementar la contradicción entre las partes. Las previsiones canónicas que todavía hoy tratan de interponer medios pacíficos para resolver un conflicto antes de que dé lugar a un litigio así lo atestiguan.

SÉPTIMA CUESTIÓN

EyCE: *Este foro de debate trata sobre distintas técnicas de solución de conflictos, y no cabe duda que el arbitraje, en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo español, sino también europeo e internacional, forma parte de una de estas estrategias para la solución de controversias. Lanzamos la cuestión sobre el arbitraje como solución de controversias, y nuestro colega de Derecho Financiero, David García, nos abre la posibilidad de debatir sobre el arbitraje internacional en materia tributaria en la Unión Europea.*

Respuesta: David García Guerrero, Contratado FPU de Derecho Financiero y Tributario.

Díez de Velasco define el arbitraje como un medio de solución de las diferencias entre sujetos internacionales en el que interviene un tercero independiente (órgano unipersonal o colegiado) al que las partes de mutuo acuerdo han investido la facultad de adoptar, después de un procedimiento contradictorio, una decisión basada en Derecho y jurídicamente obligatoria por las mismas.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1907 sobre Arreglo Pacífico de Diferencias afirma, en su art. 37, que el arbitraje tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces elegidos por ellos y sobre la base del respeto al Derecho; además, el compromiso de arbitraje implica la obligación de someterse de buena fe a la sentencia arbitral.⁴

Antes de ofrecer unas pinceladas sobre el arbitraje fiscal en la Unión Europea, conviene recordar la importancia de la justicia tributaria. Como bien afirma López Espadafor, el Derecho originario comunitario no ofrece una articulación clara o expresa de los principios de justicia tributaria, si lo que se aspira es a un mayor desarrollo y legitimidad del Derecho de la Unión Europea, debiendo deducirse estos principios del mismo Ordenamiento jurídico comunitario.⁵ Por otro lado, es menester señalar la incidencia que tiene la fiscalidad internacional no sólo en el Derecho interno español, sino también en el Derecho de la Unión Europea; aspecto relevante porque se viene produciendo un crecimiento muy importante de la fiscalidad internacional, desde el punto de vista de su producción, el cual no ha de obviar aquellos principios generales que le deben servir de base, bien como fuentes directas,⁶ bien como bases esenciales sobre las que conformar la citada fiscalidad, como subdisciplina dentro de la disciplina tributaria.⁷

En el seno de la Unión Europea se aprobó el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE), es decir, entre entidades vinculadas y sus establecimientos permanentes, en el cual el arbitraje aparece como una segunda fase en el denominado procedimiento amistoso en caso de controversia. El objetivo de este Convenio es eliminar la doble imposición en el ámbito de los precios de transferencia de la Unión Europea.

Por su parte, la OCDE ha previsto un Modelo de Convenio para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio. Este Modelo es ampliamente utilizado entre los distintos Estados. En la versión de 2008, se realizó una revisión a través de la cual se introdujo el arbitraje como segunda fase del procedimiento amistoso. El ámbito de aplicación de este arbitraje es más amplio que el del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición

en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE. Ahora bien, a pesar de ello, se someterán a arbitraje exclusivamente aquellos aspectos que no hayan sido resueltos en la primera fase del procedimiento amistoso, por lo que es imprescindible que se fijen esos términos de referencia. No obstante, dado que esta segunda fase del procedimiento amistoso ha sido introducida en 2008, los Convenios, para evitar la doble imposición, basados en el Modelo de la OCDE anteriores a esta fecha no preveían el arbitraje. España tiene ratificados convenios para evitar la doble imposición en los que se establece el arbitraje con tres países: Reino Unido, Suiza y Estados.⁸

El arbitraje fiscal todavía requiere de un desarrollo y perfeccionamiento importante. Así, podríamos destacar las siguientes exigencias: los Estados deberían contar con más medios y formación en esta materia; las legislaciones domésticas de los países habrían de considerar las notas propias del arbitraje internacional en materia tributaria; se deben respetar, en cualquier caso, los derechos de los contribuyentes, pero también es necesario que sea un arbitraje con las características de transparencia, publicidad y control; y el Estado debería evaluar *ex ante* la tipología de supuestos que sería recomendable que se sometiesen a arbitraje.⁹

OCTAVA CUESTIÓN

EyCE: *Giramos nuestra vista a los compañeros de Derecho Mercantil, bien representados en esta mesa de foro de debate, solicitando a nuestros colegas que nos ilustren acerca del sistema de resolución extrajudicial de conflictos y controversias, y en particular, su relevancia en materia de contratos de transportes terrestres.*

Respuesta: **Trinidad Vázquez Ruano, Profesora Titular de Universidad y Ángel Martínez Gutiérrez, Catedrático de Universidad, ambos de Derecho Mercantil.**

En los últimos tiempos se intenta potenciar en todos los órdenes vías para resolver los conflictos y evitar el costoso y largo proceso judicial. La Unión Europea ha contribuido decisivamente al impulso de estos procedimientos, primero, en materia de consumo, generalizándose después con la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L núm. 136 de 24 de mayo de 2008, incorporada al Derecho español por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012, que deroga el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo.

El transporte ha sido un sector pionero en la articulación de vías alternativas a la resolución de conflictos al margen de los procesos judiciales, en el ámbito del Derecho mercantil. El arbitraje proporciona a las partes afectadas por un litigio un procedimiento privado por el que éste es sometido de manera voluntaria y consensuada a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre el mismo vinculante para las partes y que sustituye a la presentación de la correspondiente reclamación judicial. En la actualidad, se regula en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003, la cual establece un régimen de simplificación de trámites y de formalidades especiales. Si bien, es cierto que se trata de una forma de resolver conflictos que se ha extendido en diversos sectores, en el complejo ámbito del sector de los transportes terrestres resulta de relevancia. En concreto, conviene destacar el papel de las Juntas arbitrales de transporte como organismo institucional creado en dicho sector a fin de solventar de modo rápido y gratuito las controversias mercantiles y económicas surgidas en el ámbito de los transportes terrestres y de actividades auxiliares y complementarias del transporte, en cuyo caso cuenta con competencia exclusiva.

NOVENA CUESTIÓN

EyCE: *Seguimos con nuestros colegas de Derecho Mercantil y les preguntamos las siguientes cuestiones, ¿cuál sería su primera apreciación indicativa sobre este sistema alternativo? ¿Por qué es relevante la resolución extrajudicial de conflictos en el transporte por carretera?*

Respuesta: **Trinidad Vázquez Ruano, Profesora Titular de Universidad y Ángel Martínez Gutiérrez, Catedrático de Universidad, ambos de Derecho Mercantil.**

Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos han de valorarse positivamente. Posicionamiento que no sólo responde a las singularidades inherentes a esta forma de solventar conflictos entre las partes contratantes, como lo son: la gratuidad, la simplificación y celeridad procesal, la carencia de la defensa y la falta de formalidades; sino además, en cuanto a elementos derivados de la propia conformación del órgano. En cuyo caso, hacemos referencia a la imparcialidad y especialización de los árbitros en la materia tanto desde la perspectiva teórica, como en la práctica por la experiencia que les avala en el sector.

Respecto a la importancia de las formas extrajudiciales de resolución de controversias, éstas adquieren una virtualidad específica en el ámbito de los

contratos de transporte terrestre por carretera, por cuanto en dicho ámbito el empleo de formas alternativas de resolución ha sido pionero. En concreto, partiendo de la creación de las Juntas de Detasas por Ley de 18 de julio de 1932 con competencia para resolver las reclamaciones e incidencias que pudieran derivar del contrato de transporte ferroviario, y cuya facultad se extendió al transporte por carretera, le siguieron las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre (Real Decreto 1721/1978, de 2 de junio) y, a continuación, las Juntas Arbitrales de Transporte (reguladas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres -arts. 37 y 38- y en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre -arts. 6-12-). Si bien, corresponde a las CC.AA. completar la legislación estatal, en cuanto que se delegó la competencia al respeto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 julio, Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable (BOE núm. 182 de 31 de julio de 1987). Por lo tanto, existe variadas regulaciones sobre la localización geográfica y el ámbito territorial de las Juntas Arbitrales de Transporte.

Las referidas Juntas Arbitrales de Transporte se conforman como el organismo institucional creado en el mencionado sector a fin de solventar de modo rápido y gratuito las controversias mercantiles y económicas suscitadas en el ámbito de los transportes terrestres y de actividades auxiliares y complementarias del transporte, en cuyo caso cuentan con competencia exclusiva. La LOTT puntualiza que “su competencia, organización, funciones y procedimiento se adecuarán a lo que en la presente Ley se dispone y a lo que se establezca en las normas de desarrollo de la misma”. De las diversas funciones que corresponden a las Juntas Arbitrales nos interesan aquéllas en las que se resuelven controversias y conflictos entre las partes del contrato de transportes. Pues, como es sabido, la finalidad esencial de dicho órgano no es otra que solventar las reclamaciones mercantiles suscitadas en cuanto al cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de actividades auxiliares y complementarias del mismo.

DÉCIMA CUESTIÓN

EyCE: *Muy relevante esta aportación de nuestros compañeros de Derecho Mercantil, pero .qué ofrece este sistema alternativo a las partes del litigio? ¿Cuál es la finalidad de este mecanismo de resolución extrajudicial en los contratos de transporte? Y abundando más en esta cuestión, ¿cuándo intervienen las Juntas arbitrales de transporte, y en su caso, cuál es la competente?*

Respuesta: Trinidad Vázquez Ruano, Profesora Titular de Universidad y Ángel Martínez Gutiérrez, Catedrático de Universidad, ambos de Derecho Mercantil.

Fundamentalmente, el arbitraje les proporciona un procedimiento privado por el cual éste es sometido de manera voluntaria y consensuada a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre el mismo que es preceptiva para las partes y que sustituye a la presentación de la correspondiente reclamación judicial.

El proceso de reclamación que se ofrece es simple, basta con remitir un escrito y asistir al trámite de vista de forma personal o mediante representación. Por tanto, se trata de una forma efectiva y medio alternativo para resolver los litigios entre las diferentes partes que intervienen en el contrato de transporte en sustitución de un proceso judicial. El objetivo básico es, por tanto, la tutela de las partes intervinientes en el transporte dentro de su ámbito de competencia.

En cuanto a la intervención de las Juntas Arbitrales de Transporte debe tenerse presente que la intervención de las Juntas se limita al transporte terrestre y al transporte combinado o intermodal con un único contrato siempre que uno de los modos empleados sea terrestre. De este modo, se deduce del artículo 6. 2 del Reglamento, que dispone: 'las funciones previstas en el punto anterior serán ejercidas por las Juntas en relación con los transportes terrestres y, asimismo, con los que se desarrollen en virtud de un único contrato por más de un modo de transporte siempre que uno de éstos sea terrestre'. Así, su actuación presenta una doble perspectiva. De un lado, la resolución de las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento, al igual que las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la Ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial (art. 38, en relación con el art. 1). Disponiéndose, además, la presunción del acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratada. En consecuencia, cuando la controversia

no exceda de la cifra económica indicada y ninguna de las partes contratantes hubiera manifestado de modo expreso a la otra su voluntad de excluir la competencia de las Juntas Arbitrales antes de que comience o debiera haberse iniciado conforme a lo acordado la realización del servicio contratado, dicho organismo es el único competente para resolver estas reclamaciones. Por el contrario, si excediera esa cuantía, el reconocimiento de la competencia de las Juntas Arbitrales precisa que las partes intervinientes, de común acuerdo, sometan a su conocimiento la controversia suscitada.

De otro, las Juntas Arbitrales del Transporte atenderán al depósito y, en su caso, enajenación de mercancías en los supuestos en que así corresponda de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del contrato de transporte terrestre.

En consecuencia, el ejercicio de la reclamación ante las Juntas Arbitrales de Transporte únicamente es posible cuando el reclamante y reclamado formen parte de la relación contractual de transporte y estuvieren de acuerdo con que dicha instancia arbitral sea la competente para resolver la controversia. Salvo el supuesto en el que se presume el consentimiento favorable al arbitraje, es decir cuando la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato se haya manifestado en contra de manera expresa antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o la actividad objeto de la relación contractual. Afirmándose, por tanto, la participación exclusiva de las Juntas Arbitrales como organismos de resolución de los posibles litigios, a menos que las partes contratantes hubiesen pactado por escrito lo opuesto.

En cuanto a la cuestión formulada sobre qué Junta Arbitral es la competente, hemos de tener en cuenta que la creación de las Juntas Arbitrales de Transporte, se ha llevado a cabo en las Consejerías de Transporte de cada una de las Comunidades Autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla. Razón que requiere determinar la atribución de competencia en relación con las dos funciones esenciales, a saber: la resolución de las controversias mercantiles surgidas en cuanto al cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera entre las partes intervinientes o que ostenten un interés legítimo en los mismos; y el depósito y, cuando corresponda, la realización de la enajenación de las mercancías no retiradas que corrieran riesgo de perderse o cuyos portes fueran debidos para asegurar que el transportista vea satisfecha su contraprestación. En el primer caso, es preciso determinar la posible competencia tanto de la Junta Arbitral de la provincia de origen o destino del transporte, como la de aquélla en la que se hubiere celebrado el contrato. Siendo facultad del que

reclama la libre elección de la misma. Si bien, se prevé como excepción el supuesto en el que se hubiera incluido por escrito o de manera expresa una cláusula de sumisión a una Junta Arbitral determinada. Asimismo, y respecto de los supuestos en los que el demandante hubiera planteado el litigio a varias Juntas Arbitrales, habrá de atenderse al criterio de temporalidad, en el sentido de atribuir la competencia a la Junta ante la que se hubiera suscitado en primer término. Esta circunstancia va a implicar que el resto de los organismos conocedores del asunto deban abstenerse de actuar a favor de la Junta que resulte prioritaria en razón del momento de presentación de la reclamación. Por su parte, cuando la actuación de la Junta Arbitral se refiera al depósito y, cuando corresponda, la enajenación de mercancías, se entenderá competente la Junta del territorio en el que dichas mercancías estén situadas.

DECIMOPRIMERA CUESTIÓN

EyCE: *Nos quedan muchas cosas en el tintero, de este interesante debate con los colegas de Derecho Mercantil, pero no podemos acabar sin preguntarles ¿cómo resulta dicho procedimiento de resolución de conflictos? ¿Cuál es el procedimiento a seguir por parte de los afectados y qué efectos tiene el laudo que emite la Junta Arbitral de Transporte?*

Respuesta: **Trinidad Vázquez Ruano, Profesora Titular de Universidad y Ángel Martínez Gutiérrez, Catedrático de Universidad, ambos de Derecho Mercantil.**

El proceso de reclamación que se ofrece a las partes del litigio, en líneas generales, es simple y quedando al margen de posibles costes o gastos para el interesado (salvo los derivados de la práctica de pruebas que sean pertinentes. Pues basta con remitir un escrito y asistir al trámite de vista de forma personal o mediante representación. La posibilidad de acudir voluntariamente al arbitraje de transporte a través de la presentación de la correspondiente reclamación ante las Juntas Arbitrales de Transporte -como forma de resolver las controversias mercantiles que se susciten sobre los contratos de transporte por carretera- consideramos que resulta un mecanismo práctico que evita los inconvenientes que acarrea la apertura de un proceso judicial cuando las partes no llegan a un acuerdo para superar el litigio.

En cuanto al procedimiento a seguir por los afectados, la legitimación activa va a corresponder a cualquier usuario, cargador, intermediario o transportista afectado, en tanto sea parte del contrato transporte. El legitimado (o su representante presentará el escrito de reclamación debidamente firmado ante la Junta Arbitral competente. El contenido mínimo exigido se concreta en los

datos identificativos y el domicilio del reclamante y del reclamado, así como la determinación de los fundamentos de hecho y de Derecho sobre los que basa su argumentación y, en su caso, la petición y propuesta de las pruebas oportunas. Cumplidos los presupuestos formales y de fondo, la copia de la reclamación interpuesta se remite a la persona interesada y en ella se indica la fecha de la vista oral que es el único trámite del proceso y del que también ha de conocer el afectado. Ello ha de entenderse como una simplificación del procedimiento al eliminarse la fase o trámite de contestación a la misma por escrito. La presentación a la vista señalada no reviste formalidad alguna, ni precisa la asistencia de abogado ni de procurador. Las personas físicas pueden asistir también por medio de representante y, en lo que hace a las personas jurídicas comparecerá su representante legal, y se permite a las partes que en dicho acto aleguen lo que a su derecho convenga y, además, presenten o propongan las pruebas que consideren adecuadas al asunto. Tras este trámite, la Junta Arbitral va a dictar su laudo por mayoría simple de los miembros que la componen. En el caso de que el reclamante no asista a la vista se entiende que desiste de su reclamación, lo que determina el archivo de las actuaciones y la comunicación a las partes del litigio. Pero si el que no acude al mencionado acto es el reclamado, el proceso continúa su curso habitual.

Los efectos del laudo de la Junta Arbitral que sustituye a la sentencia o decisión judicial van a ser los recogidos en la legislación de arbitraje, produciendo idénticas consecuencias a la cosa juzgada material y procesal. Por tanto, el contenido recogido en el laudo ha de llevarse a término desde que se recibe. En caso contrario, y transcurridos veinte días desde que éste hubiera sido dictado, se procederá a la ejecución forzosa del mismo ante el órgano judicial competente. Sin embargo, contra este laudo arbitral cabe interponer la acción de anulación y de revisión en los términos recogidos en la norma, pudiendo ser objeto de anulación únicamente por las causas que de modo exhaustivo se establecen (artículo 41 de la Ley 60/2003 de Arbitraje sobre las causas de anulación, así como artículos 42 y 43 del mismo texto normativo). En todo caso, la posible interposición de las acciones mencionadas es de carácter meramente procesal, no pudiendo revisarse el fondo del conflicto planteado y que ha sido solventado en vía extrajudicial.

En definitiva, el laudo arbitral es un título hábil para abrir el procedimiento ejecutivo, no siendo necesario sustanciar un nuevo procedimiento declarativo donde se determine si la parte vencedora tiene o no derecho. Y esta es la utilidad del sistema arbitral que evita la apertura de un dilatado y complejo proceso declarativo de carácter judicial para dirimir una controversia en materia de transportes y construir un título ejecutivo.

DECIMOSEGUNDA CUESTIÓN

EyCE: *Tenemos en esta mesa de Foro de Debate a otro colega de Derecho Mercantil, a quien invitamos para que reflexione sobre la posibilidad de establecer códigos de conducta voluntarios y otros mecanismos de autorregulación y de resolución extrajudicial de conflictos relacionados con el acceso de menores a determinados contenidos en el ámbito digital.*

Respuesta: José Ramón Sánchez Jaraba, Profesor asociado de Derecho Mercantil.

Según los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística sobre el uso de productos TIC por parte de los niños españoles de entre 10 y 15 años, casi un 70 por ciento de ellos, esto es, algo más de 2.100.000, dispone de teléfono móvil y un 94,5 por ciento del total (casi 3 millones manifiesta haber sido usuario de internet en los últimos tres meses.

Con independencia de los evidentes beneficios que el uso de las tecnologías ofrece al desarrollo de la infancia, no es difícil pensar en la alta probabilidad de exposición que estos niños tienen a contenidos ya no necesariamente ilegales, sino meramente perjudiciales para su edad: imágenes de índole sexual, violentas, sobre juego y apuestas, etc., los cuales pueden provocarles daños tanto físicos como psíquicos de variada consideración, afectando a su persona y a su normal desarrollo.

Además de los instrumentos que la técnica pone a disposición de padres y tutores para controlar y limitar el acceso de estos menores a contenidos inapropiados a su edad, como son el uso de buscadores específicos o las aplicaciones de control parental, nos planteamos en estas líneas si los propios prestadores de servicios de la sociedad de la información deberían velar por el establecimiento de códigos de conducta que autorregularan el acceso a estos contenidos por parte de la población infantil.

En este sentido, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, (Ley 34/2002, de 11 de julio es clara y ya en su Preámbulo abogaba por promover la elaboración de códigos de conducta, al considerarlos instrumentos especialmente válidos para adaptar la Ley a las peculiares características de cada sector, tildándolos de sencillos, rápidos y cómodos para los usuarios y potenciando, además, el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que estos mismos códigos de conducta puedan crear, a fin de resolver las controversias originadas en el marco de la contratación electrónica y otros servicios de la sociedad de la información.

Concretamente, es el artículo 18 de la citada ley el que determina que las administraciones públicas impulsarán “la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores”. Entre los asuntos a tratar, particularmente hace referencia “sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos (...) así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información”. Continúa diciendo que “los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores (...) pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias (...) Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos”.

Por su parte, la reciente Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, establece el deber de los Estados partes de promover, entre otros instrumentos, códigos industriales que garanticen el acceso seguro de los niños al entorno digital, exigiendo a las empresas aplicar dichos códigos industriales conforme a las normas más estrictas de ética, privacidad y seguridad en todos los ámbitos que afecten a productos y servicios dirigidos a los niños o que les afecten de alguna manera, proporcionándoles incluso explicaciones adaptadas a sus edades sobre las condiciones de servicio y que conozcan no solo los mecanismos de reparación judiciales, sino también extrajudiciales a efectos de hacer valer sus derechos en el entorno digital. Esta Observación general aboga por establecer mecanismos de denuncia e información “gratuitos, seguros, confidenciales, receptivos, adaptados a los niños y disponibles en formatos accesibles”, así como prevenir denuncias y demandas colectivas, ofreciendo asistencia jurídica o incluso otros servicios especializados a los niños que hayan visto vulnerados sus derechos. Advierte, no obstante, que los controles de contenido no deben restringir de manera absoluta los derechos de información o de libertad de expresión de los menores, limitándose solo a evitar el material nocivo, informando tanto de los riesgos como de las oportunidades que ofrece el entorno digital.

A la vista de estos documentos, apreciamos claramente la pertinencia del establecimiento de códigos de conducta y otros mecanismos de autorregulación por parte de la industria en aras a limitar el acceso de los menores a contenido considerado perjudicial e inapropiado a su edad.

A modo de ejemplo, entre los mecanismos de autorregulación orientados a la protección de la infancia, resulta ampliamente conocido el sistema PEGI (Pan European Game Information), propiedad de la Federación de Software Interactivo de Europa (ISFE), entidad fundada en 1998 para representar los intereses del sector del software interactivo. Este mecanismo de autorregulación dota a los productos de información orientativa sobre la edad adecuada para su consumo, advirtiendo del contenido presente en el juego de violencia, sexo y otros contenidos audiovisuales sensibles. Este sistema integra también una etiqueta “PEGI Online” para juegos en línea y una etiqueta “PEGI OK”, para aquellos juegos de bajo coste que se pueden descargar desde internet en teléfonos, ordenadores y dispositivos similares.

Pero, ¿podemos extrapolar este tipo de mecanismos de autorregulación a otros entornos menos concretos? Entendemos que sí y desde una doble vía. Por una parte desde una autorregulación aplicada por los propios autores de contenido u ofertantes de servicios llamémosles “sensibles” y, por otra, desde una autorregulación aplicada por los intermediarios que proporcionan el soporte o acceso a dichos contenidos o servicios.

¿Permite la técnica identificar la edad de la persona que está haciendo uso de un determinado dispositivo conectado a internet? Parece ser que la dificultad estriba en determinar cuándo es un menor el que está demandando una serie de servicios o accediendo a una página de internet con material sensible. Podríamos pensar que la impersonalidad de los medios telemáticos dificulta la identificación de la persona que está utilizando el terminal, sea este teléfono móvil, ordenador, tablet o cualquier otro dispositivo tecnológico con acceso a la red. Pero, en realidad, cada vez es más fácil saber esto, gracias a la creación de perfiles personalizados. Los operadores y prestadores de servicios de internet ya no nos identifican a través del terminal que estamos usando, sino por medio del perfil de usuario que estemos empleando, con independencia del terminal que nos proporcione el acceso. Si gracias a estos perfiles las empresas son capaces de dirigir una determinada publicidad orientada hacia un usuario concreto (de tal modo que ya no podemos hablar de una publicidad de masas, sino más bien de una publicidad completamente personalizada), es igual de fácil conocer de antemano la edad del usuario a quien corresponde ese concreto perfil y proceder a restringir su acceso a contenidos y ofertas inapropiadas a su edad.

Por tanto, en base a esos códigos de conducta a los que las empresas libremente se han adherido, se podría limitar el acceso a determinados contenidos u ofertas de servicios solamente a perfiles de usuarios correspondientes a personas mayores de edad, así como establecer

mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos cuando se hubiesen vulnerado dichas normas, intentando resarcir al menor o facilitándole el acceso gratuito a servicios especializados que procuren contrarrestar el daño que se le haya podido causar.

DECIMOTERCERA CUESTIÓN

EyCE: *Con una temática similar, y mirando a nuestras compañeras de Derecho Administrativo, presentes en este Foro de Debate, preguntamos sobre la resolución de controversias entre usuarios y operadores de telefonía e internet, cuestión que tanto nos afecta los ciudadanos por cuanto vivimos en la era de la revolución digital.*

Respuesta: Lourdes de la Torre Martínez, Profesora Titular de Derecho Administrativo.

Como punto de partida, podemos afirmar que la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTT en adelante, reconoce el derecho de todos los usuarios de telecomunicaciones a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito para resolver sus controversias con los operadores, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, previstos en la LGTT, en su normativa de desarrollo y de acuerdo con lo recogido en la normativa comunitaria (artículo 55 LGTT. Con este fin, la LGTT dispone que el Ministerio competente “establecerá mediante orden” un procedimiento para que los usuarios puedan plantear dichas controversias. En cumplimiento de este mandato, que ya existía con la LGTT de 2003 -ahora derogada-, se dictó la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores (en adelante, Orden ITC/2007).

En cualquier caso, los operadores estarán obligados a someterse al procedimiento y a cumplir la resolución que le ponga fin, según indica la propia LGTT. Dicho procedimiento deberá establecer el plazo máximo de notificación de la resolución expresa, transcurrido el cual se entenderá que la reclamación ha sido desestimada por silencio administrativo, sin perjuicio de la obligación de resolver de forma expresa de la Administración de acuerdo con lo previsto en las normas generales de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La resolución que se dicte podrá ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De igual modo, el art. 27 del Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, respecto a las posibles controversias que surjan entre operadores y usuarios finales, contempla el “derecho a vías rápidas y eficaces para reclamar”. En particular, prevé que los abonados podrán dirigir su reclamación a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (antes denominada Secretaría de Estado en Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, SETSI), sin perjuicio de los procedimientos de mediación o resolución de controversias que, en su caso, establezcan los órganos competentes en materia de consumo de las Comunidades Autónomas. Respecto del procedimiento de resolución de controversias ante la Secretaría de Estado, el Decreto de 2009 dispone que se regulará mediante orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio y que el plazo para resolver y notificar la resolución será de seis meses.

Ahora bien, el procedimiento descrito ha de entenderse sin perjuicio del derecho de los usuarios a someter las controversias al conocimiento de las Juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente en la materia. Si las Juntas arbitrales de consumo acuerdan conocer sobre la controversia, no será posible acudir al procedimiento anterior.

En consecuencia, ante un conflicto entre el usuario y el operador de telefonía o internet, para su resolución, con carácter previo al inicio del procedimiento, es necesario que el usuario presente una reclamación ante el operador que preste sus servicios de telecomunicaciones -al Servicio de Atención al Usuario del operador-, en el plazo de un mes desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho que motiva la reclamación.

En el caso de que el operador no responda a su reclamación en el plazo de un mes, computado desde su recepción o en supuesto de que la respuesta sea insatisfactoria para sus pretensiones, el usuario podrá optar por alguna de las siguientes posibilidades: a) presentar una solicitud, que da inicio al procedimiento previsto en la Orden ITC/2007, ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, en particular, ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones. La Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones nace como consecuencia de la necesidad de establecer mecanismos específicos de atención al usuario de telecomunicaciones y de gestionar un sistema eficaz de resolver sus reclamaciones. Se trata de una Unidad creada dentro de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información del Ministerio de Economía y Empresa, prevista en el art. 8.3 del Real Decreto 1554/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del

Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, depende de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información. A esta Oficina le corresponde: la resolución de controversias entre operadores y usuarios de telecomunicaciones ante la Secretaría de Estado citada; y la información y atención al usuario de telecomunicaciones (mediante los tels. 911814045-901336699 y el portal web <https://usuariosteleco.mineco.gob.es/Paginas/Index.aspx>); b) presentar reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo, conforme a su normativa reguladora.

Antes de describir el procedimiento es preciso señalar qué materias pueden ser objeto de reclamación. En particular, serían: a) Disconformidad con la factura recibida, tanto en la cuantía como en los conceptos incluidos; b) Negativa o demora en la instalación de línea telefónica fija; c) Negativa o demora en tramitar la baja en el servicio por el operador; d) Negativa o demora en la portabilidad de número o en la selección de operador; e) Contratación no solicitada por el usuario; f) Averías e interrupciones del servicio; g) Incumplimiento de ofertas por el operador; h) Incumplimiento del derecho de desconexión; i) Depósitos de garantía del servicio telefónico fijo; j) Falta de comunicación de las modificaciones contractuales; k) los demás conflictos que puedan surgir en materia de los derechos de los usuarios finales regulados en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios y su normativa de desarrollo. Este procedimiento no podrá emplearse para resolver otras controversias que se encuentren reguladas por normativa distinta de la de protección específica de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, como, por ejemplo: la indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación, o la posible existencia de cláusulas abusivas; o las materias relacionadas con la protección de datos personales; o incluso, los asuntos sobre los que haya recaído laudo arbitral (art. 3 Orden ITC/2007).

Los usuarios podrán presentar sus reclamaciones ante el operador por vía telefónica, a través de internet, por correo postal, o directamente en sus oficinas comerciales. En todos los contratos deberá figurar: el teléfono de atención al público, la dirección electrónica, la página web del operador y la dirección postal de la oficina comercial del operador y del departamento de atención al cliente. Además, cuando los usuarios presenten la reclamación, el operador está obligado a facilitarle un número de referencia que permitirá verificar el día de la solicitud de baja y tener constancia de la misma. Cuando la reclamación se presente por vía telefónica, el usuario tiene derecho a solicitar un documento

que acredite la presentación y contenido de la queja o reclamación mediante cualquier soporte que permita tal acreditación (arts. 10 a 12 Orden ITC/2007).

Si en el plazo de un mes el usuario no hubiera recibido respuesta del operador o la respuesta no le satisface, podrá acudir a las vías descritas.

A. Procedimiento ante la Oficina de Atención al Usuario de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales.

B. Reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo.

Nos detenemos, por su interés, en el procedimiento para reclamaciones ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, que es el siguiente.

El procedimiento se iniciará a solicitud de los usuarios. Dicha solicitud contendrá los hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, que podrá efectuarse por vía telemática.

El plazo para presentar reclamaciones ante la Oficina es de tres meses contados desde la respuesta del operador o la finalización del plazo de un mes que tiene para responder.

Si se trata de una persona física que ha acudido a las Juntas Arbitrales de Consumo en el plazo de estos tres meses y el operador se niega a someterse a ellas, con dicha negativa se vuelve a abrir el plazo de tres meses para reclamar ante esta Oficina (art. 4 Orden ITC/2007).

En cuanto a la resolución y notificación, la Oficina tiene un plazo para resolver de seis meses, contados desde la fecha en que se presenta la reclamación ante ella. La resolución, que será motivada, tiene que decidir sobre todas las cuestiones planteadas en el procedimiento por los interesados y sobre las otras derivadas del mismo, aplicando los derechos que a los usuarios se les reconocen en la LGTT y en su normativa de desarrollo. Entre otros extremos, esta resolución podrá declarar los derechos que corresponden al interesado, anular facturas, ordenar la devolución de importes indebidamente facturados, y, en general, disponer cualquier medida que tienda a restituir al interesado en sus derechos e intereses legítimos. En particular, la resolución podrá recoger los siguientes contenidos: ordenar la tramitación inmediata de la baja y la restitución del usuario en la situación contractual anterior, con el reintegro de cantidades por los costes que sufra el usuario ante la restitución, cuando se aprecie que a un usuario se le haya producido un alta indebida en cualquier servicio; declarar la improcedencia del cobro de cuota alguna por el alta o la baja del usuario, en caso de que el usuario contrate un servicio y se incumpla por el operador el plazo de conexión inicial, si el usuario decide darse de

baja; ordenar otras medidas que permitan restituir los derechos del usuario que hayan sido vulnerados (art. 9 Orden ITC/2007).

La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales notificará la resolución acordada a los operadores y a los usuarios en conflicto. Los operadores deberán proceder a su ejecución en los términos previstos en la propia resolución. Las resoluciones de la citada Secretaría de Estado agotan la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso de reposición, en el plazo de un mes desde su recepción o, alternativamente, recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses desde la misma.

Finalmente, señalamos, como curiosidad, que, en el último Informe publicado de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones y Servicios Digitales, de 2020, por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, del Ministerio de Asuntos Económicos y transformación digital, se presentaron 22.428 reclamaciones en esta materia, de las cuales fueron resueltas 22.118. De ellas, fueron favorables al usuario el 77,7% y para el operador el 22,3%. Además, la situación de pandemia o confinamiento ha incrementado el número de reclamaciones presentadas por vía electrónica, que ha sido de un 54,6%.

DECIMOCUARTA CUESTIÓN

EyCE: *Mirando ahora a nuestra Catedrática de Derecho Administrativa, Eloisa Carbonell, le preguntamos para este Foro de Debate sobre las vías alternativas de resolución de conflictos entre la Administración y los ciudadanos en fase de decisión y la sustitución de los recursos administrativos por otros mecanismos de impugnación de las resoluciones administrativas.*

Respuesta: **Eloísa Carbonell Porras, Catedrática de Derecho Administrativo.**

Hace tiempo que las instituciones europeas y nacionales impulsan la resolución de los conflictos entre particulares por mecanismos que permitan eludir los procesos ante los tribunales de justicia. El consumo ha sido la materia pionera en tal sentido, ampliándose después a otros ámbitos como refleja la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, incorporada al Derecho español por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aunque esta ley no es aplicable a las Administraciones Públicas, lo cierto es que también en las relaciones jurídico-administrativas se reclama el fomento de mecanismos que permitan resolver los litigios al margen del proceso judicial. Con este alcance,

la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, defiende que “el control de la legalidad de las actividades administrativas se puede y debe ejercer asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos”. En línea con este planteamiento, en 2016 el Consejo General del Poder Judicial defendía el impulso de la mediación en el proceso contencioso-administrativo, reclamando una ley específica de mediación administrativa y contenciosa que atienda a las singularidades que se derivan de la propia dinámica en la que se desenvuelve el Derecho Administrativo. Aunque esta ley no ha sido aprobada nuestro Derecho positivo sí hace referencia a mecanismos alternativos al judicial para resolver el conflicto, en los que seguidamente nos centramos.

Con carácter general, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como la anterior Ley 30/1992, hace referencia a mecanismos de resolución de controversias distintos de la resolución unilateral por la Administración en sus artículos 86 y 112.

El artículo 86 está dedicado a la denominada terminación convencional del procedimiento y permite que las Administraciones Públicas celebren acuerdos, pactos, convenios o contratos con los que podrá finalizar el procedimiento, dentro de los límites que el propio precepto establece: que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción, tengan por objeto satisfacer el interés público, no supongan alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos. Consecuencia de tan amplios límites, para que un procedimiento finalice por acuerdo entre Administración e interesados, se exige que exista una disposición específica que contemple esta posibilidad, como sucede con la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la que el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización. No obstante, lo cierto es que esta forma de finalización de los procedimientos no ha sido ampliamente desarrollada y, sin duda, podría avanzarse en esta línea.

El artículo 112. 2 contempla la posibilidad de sustituir los recursos administrativos de alzada y reposición, dentro de ámbitos sectoriales determinados y siempre que la especificidad de la materia lo justifique, por mecanismos alternativos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje. El precepto es equívoco en su redacción y en

su contenido, al contemplar conjuntamente la posible incorporación al ordenamiento jurídico de vías alternativas de resolución de conflictos, ideadas para las relaciones entre particulares, con procedimientos de impugnación de resoluciones administrativas que sustituyan a los recursos administrativos. Por eso, de entre los medios alternativos de los que habla el precepto, hay que distinguir, por una parte, los de “impugnación” y “reclamación” y, por otra, los de “conciliación, mediación o arbitraje”.

Respecto de lo primero, las Leyes pueden sustituir los recursos administrativos ordinarios por la impugnación de los actos administrativos ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Esta posibilidad, que ya era conocida con las clásicas reclamaciones económico-administrativas o las reclamaciones previstas en la legislación universitaria, se ha incorporados en otros ámbitos sectoriales de la acción pública como con la creación del Tribunal Administrativo del Deporte, al que corresponde conocer en vía de recurso de las sanciones deportivas y en materia de dopaje; de los tribunales de recursos contractuales, que conocen del recurso especial en materia de contratación; de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que resuelve la impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda; o del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, al que corresponde conocer de la reclamación que se puede interponer contra cualquier resolución expresa o el silencio administrativo en materia de acceso a la información. Incluso se pueden regular procedimientos alternativos, no sustitutivos de los recursos, como hace la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, con la reclamación ante la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado y la posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En principio y con carácter general, la sustitución de los recursos administrativos, que, recordemos ahora, se resuelven por el mismo órgano que dictó el acto impugnado o por el superior jerárquico, por estas reclamaciones que resuelven órganos colegiados ajenos a la estructura jerárquica de la Administración, se ha mostrado como un medio sumamente eficaz para controlar la legalidad de la actuación administrativa, eludiendo así un ulterior proceso judicial. Por eso, la doctrina ha reclamado su aplicación en diferentes ámbitos materiales, especialmente cuando acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa no es un remedio real para la tutela de los derechos de los ciudadanos como sucede en asuntos menores como multas de escasa cuantía, inadmisión de solicitudes no justificadas, denegación de ayudas sin

motivación..... Otra cosa muy diferente es que exista una voluntad política para articular estos mecanismos, que continúan siendo una excepción frente a la regla general del recurso administrativo. Sin embargo, este juicio positivo no incluye la sustitución de los recursos por las vías alternativas a la resolución de conflictos propias de las relaciones entre particulares, de cuestionable aplicación a las relaciones jurídico-administrativas.

En efecto, una cuestión muy diferente es que, como dice el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, la conciliación, la mediación y el arbitraje puedan ser válidos para resolver los conflictos con la Administración, en sustitución del recurso administrativo. Las limitaciones que el ordenamiento jurídico prevé para que un procedimiento administrativo finalice por acuerdo entre las partes se muestran con mayor intensidad si se trata de rectificar una resolución administrativa previa (o un silencio administrativo negativo), que es de lo que se trata en vía de recurso. La conciliación, la mediación o el arbitraje pueden ser procedimientos válidos en ciertos casos en la fase de decisión, para evitar que se produzca el enfrentamiento en aquellas materias en las que existe margen de disponibilidad. Por ejemplo, la legislación sobre empleo público prevé un procedimiento arbitral para resolver las reclamaciones en las elecciones de las Juntas de Personal y de los Delegados de Personal; y admite que las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales acuerden la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Diferente es que estos mecanismos sean útiles para resolver conflictos ya constituidos, que es lo que sucede cuando se trata de recurrir un acto ya adoptado por la Administración. Varias son las razones que explican esta desconfianza: desde los principios generales de legalidad y competencia hasta la presunción de validez de los actos administrativos y su ejecutividad y ejecutoriedad, incluyendo la expresa prohibición de transigir judicial o extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado o de la Hacienda Pública, o de someter a arbitraje las contiendas que se susciten, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

En todo caso, debe notarse que la incorporación de expertos en los órganos colegiados es una manera de garantizar la imparcialidad en la resolución de la reclamación planteada por el particular en los términos vistos, pero no significa que se trate de un arbitraje sujeto a la Ley de Arbitraje, aunque así lo califique el legislador en algún supuesto. El caso más llamativo de esta confusión terminológica es el denominado “arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, que es el mecanismo ideado para solucionar las controversias jurídicas relevantes entre la Administración

General del Estado y sus organismos públicos, sociedades mercantiles de capital íntegramente estatal y fundaciones estatales, y que nunca podrían acabar en la jurisdicción contencioso-administrativa por impedirlo la relación de instrumentalidad.

En definitiva, es fundamental diferenciar la fase procedimental en la que surge un enfrentamiento entre los ciudadanos y la Administración pública y, con esta, base, el legislador debería potenciar, en primer lugar, la terminación convencional de los procedimientos, incluyendo en aquellas materias que lo posibilitan la mediación y la conciliación como principales vías de resolución de conflictos; y, en segundo lugar, la sustitución de los recursos administrativos de alzada y reposición atribuyendo la resolución del recurso a órganos colegiados de expertos e imparciales cuya eficacia está sobradamente demostrada.

DECIMOQUINTA CUESTIÓN

EyCE: *Centrándonos ya en este Foro de Debate en torno a la mediación como mecanismo de solución de controversias, nos dirigimos a nuestra compañera de Filosofía del Derecho, además de profesional, en el ámbito laboral, de la mediación jurídica, que nos ilustre sobre la mediación como participación colaborativa de los particulares en el marco del proceso judicial.*

Respuesta: María Dolores Pérez Jaraba. Profesora de Filosofía del Derecho.

En los Estados de Derecho democráticos contemporáneos, la separación de poderes es una de las piezas clave de nuestro sistema jurídico y a los jueces les compete aplicar la ley, interpretarla y resolver en Derecho los casos que se les presenten, en contrapeso o control del resto de poderes del Estado.¹⁰ Uno de los elementos en los que reposa la mayor legitimidad de los Estados de Derecho es la capacidad estatal de resolver los conflictos surgidos entre los particulares. Al ser el Poder Judicial una de las instituciones fundamentales de la democracia, y uno de los poderes esenciales del Estado, su función se convierte en un servicio público que debe ser asumido en régimen de monopolio por el Estado.

La justicia es considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico democrático, pero, dado el pluralismo propio de una sociedad democrática, el sentido de la justicia es algo también subjetivo, lo que hace más difícil la misión de un tercero, es decir, el juez que aplica el Derecho y decide definitivamente un conflicto, saber con certeza qué es o no lo justo sobre los casos conflictivos que conoce. Ante esta dificultad, lo que se conoce como *teoría de la mediación de los conflictos*, ha optado porque sean las partes

involucradas en aquellos conflictos que el ordenamiento jurídico posibilite, las que en su fuero interno, deban sopesar sus decisiones bajo el rasero de su propio criterio de justicia y tomen la mejor decisión para ambas, con la intención de que no existan ni ganadores ni perdedores en el conflicto.¹¹ Así, siendo conscientes de que la mediación ha estado presente en otros momentos históricos, una forma actual de definir la mediación podría ser: un *método institucionalizado y complementario al procedimiento judicial* de resolución de conflictos, en el que son las partes involucradas las protagonistas de plantear, desarrollar y reflexionar sobre los términos del problema que las separa y donde la figura del *mediador o mediadora* es la de aquel profesional ajeno a la cuestión que las auxilia con distintas técnicas y herramientas elaboradas por diversas disciplinas sociales, para que sean ellas mismas las que consigan llegar, eventualmente, a un *acuerdo* que ponga fin al conflicto en términos compatibles con las garantías de los derechos del sistema jurídico, cuyo contenido será fruto de la acción comunicativa de las partes y nunca de la decisión del mediador o mediadora.

Esta definición de la mediación, no se oculta, ofrece una visión muy positiva sobre la justicia de la mediación, tal vez porque siendo realista respecto del papel del juez en muchos conflictos de naturaleza personal o comunitaria, no cabe siempre pedirle que atienda a semejante cúmulo de complejidad del conflicto, pues el juez debe aplicar el Derecho a través de los márgenes de interpretación de los hechos y de la norma jurídica, con el deber primordial de aplicar la ley, independientemente de que en su fuero interno considere a la ley más o menos justa o injusta.¹² En la teoría del Derecho, un autor tan importante como Hans Kelsen, reconoció que el valor de la justicia tomado en un sentido moral, siempre es un ideal individual que no es accesible al conocimiento puramente jurídico y ello, debido a los conflictos materiales de intereses y valores que entre los individuos, tal noción de justicia lleva consigo.¹³

Visto desde una perspectiva jurídico-formal, la tutela de la justicia consiste básicamente en el derecho a acudir a un juez o tribunal, solicitando algo contra otra persona. Si esa pretensión es fundada o infundada, es una cuestión jurídica que solo decidirá el juez dentro del proceso. Pero es bien sabido que, durante el litigio, reina la incertidumbre de quién ganará el pleito y solo la sentencia que ponga fin al mismo declarará quién tiene la razón jurídica. Si la sentencia del juez declara que una de las partes no tiene razón, que su demanda es infundada, las cosas vuelven a un estado todavía más conflictivo, al menos para una de las partes cuando no para ambas. Asimismo, el proceso judicial lleva consigo una carga de sacrificios, de sentimientos de dolor, incertidumbre o desesperanza, que ninguna sentencia puede reparar; pues en el proceso judicial no se resuelve

el conflicto en toda su complejidad, solo se pone un final jurídico a un litigio concreto y ello sin contar los costes económicos.

Con la intención de que sean menores los casos que llegan a las instancias judiciales, conocemos la importancia nacional y europea que se está otorgando a la elaboración de “alternativas” efectivas y reguladas jurídicamente que complementen y coadyuven a la labor judicial, pues es necesaria una socialización del proceso judicial y del acceso de la ciudadanía a la Administración de la Justicia en sentido amplio.

Las Constituciones actuales plantean nuevas formas de participación ciudadana; proposiciones de ley, acciones públicas, acciones de cumplimiento, acciones de tutela, consultas populares, plebiscitos o el poder solicitar reformas constitucionales con un número determinado de firmas. También el ciudadano puede participar activamente dentro de la Administración de Justicia del Estado, formando parte de un jurado, siendo designado como árbitro o juez de paz (El ciudadano, puede ejercer la función de administrar justicia como; jurado -Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado-; árbitro -Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje-; juez de paz -Reglamento 3/1995, de 7 de junio, de los Jueces de Paz-. La justicia de un Estado democrático, asimismo, debe ser asequible desde el punto de vista económico, pero también desde una perspectiva más anti-formalista, que permita un lenguaje lo más claro y accesible posible. En este sentido, interesa seguir avanzando en una idea socialmente amplia de jurisdicción, donde tenga cabida la mediación como método de solución de conflictos previo al acceso al proceso judicial, siempre que sea jurídicamente posible y otorgue unas garantías constitucionales a los justiciables, tal y como son propias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Entre los teóricos actuales de la mediación, una forma usual de definir la justicia es, “dar a cada hombre y a cada grupo social lo necesario para su desarrollo pleno, reconociendo su protagonismo en la solución de sus controversias”,¹⁴ quizás la definición puede parecer muy amplia, pero no debemos olvidar que la ciudadanía de una democracia es la verdadera protagonista, no solo en la solución de sus controversias, sino fundamentalmente en la elección de los representantes que han de elaborar las leyes que resolverán las mismas. Por lo que se ha suscitado, es importante la cuestión de si la mediación es realmente una alternativa a la jurisdicción o si, por contra, debe considerarse un complemento de la misma. Cuando se habla de mediación, así como del resto de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, la doctrina no es pacífica. Encontramos autores que se refieren a

ellos como realmente alternativos al proceso judicial, aunque muchos otros entienden que son métodos complementarios al mismo.

Ahora bien, quienes conciben la mediación como una alternativa al proceso judicial, parecen entender que es una posibilidad jurídica el optar entre acudir a la mediación o a la jurisdicción. Sin embargo, no ocurre así en la práctica de la justicia de un Estado de Derecho. En el caso de que las partes opten por la vía judicial, el juez siempre está obligado a dar una solución al conflicto. Pero en el caso de que estas decidieran acudir a la mediación, pueden darse varias posibilidades. *En primer lugar*, que a través de la mediación las partes resuelvan la controversia y lleguen a un acuerdo, solucionando, por tanto, el conflicto también en términos compatibles con las garantías propias del proceso judicial. *En segundo lugar*, que las partes inicien la mediación y no deseen continuar el proceso de mediación, por lo que el conflicto seguirá presente y tendrán que acudir a la jurisdicción para resolverlo. Por último, que las partes, a pesar de que se hayan sometido a un procedimiento de mediación, no hayan podido llegar a un acuerdo, pues el mediador o mediadora nunca tiene capacidad para decidir el caso en nombre de las partes, por lo que estas siempre podrán acudir al proceso para que sea el juez quien establezca la decisión.¹⁵ De esta forma se pone de manifiesto que realmente no existe alternatividad entre una opción y otra, porque si con la mediación no se obtienen resultados, las partes siempre podrán acudir al proceso judicial. De hecho, no podía ser de otro modo si atendemos al art. 24 de la Constitución Española, que garantiza el derecho fundamental de acceso a la justicia. Una interpretación distinta a la anterior no cabe duda que podría suponer una vulneración del citado precepto.¹⁶

Al plantear la justificación democrática de la mediación, también es necesario hablar de la voluntariedad de su utilización como método de solución de conflictos. Respecto a este tema, hay consenso entre la doctrina de que la participación libre y voluntaria de las personas en un proceso de mediación, ha de ser uno de sus principios rectores. Nadie puede ser compelido a participar en una mediación, ni mucho menos a llegar a acuerdos. La voluntariedad no solo se agota en la decisión de acceder al proceso de mediación, sino que exige asumir un papel protagonista en su desarrollo, pues el procedimiento de mediación llama a las partes a adoptar una actitud activa en la búsqueda de alternativas compartidas de solución, a colaborar, a tener apertura y flexibilidad para escuchar y, cómo no, a valorar las propuestas del otro.

La mediación pues, en muchos ámbitos del Derecho ha de ser valorada desde la necesidad de agilizar y de hacer más participativo y argumentativo el propio proceso judicial. No podemos olvidar que la mediación, que tiene

como principio el que las partes mejoren sus relaciones al encontrar una decisión consensuada sobre el conflicto que las separa, está penetrando como fundamento en la legislación y podemos constatar su resultado, además de en las distintas normas autonómicas sobre mediación familiar, en la Ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La mediación, como método novedoso de resolución de conflictos, surge en este marco de participación social ciudadana como una fórmula aceptable y válida que se ajusta a una nueva concepción de justicia, más amplia y participativa. También se concibe como una pieza relevante en la modernización de la Administración de Justicia por su potencial de solución pre-procesal, aligerando la carga de trabajo de los juzgados, a la par que intenta instaurar una cultura de resolución de conflictos por los propios ciudadanos, siempre que ello sea posible en el marco del Estado de Derecho.

DÉCIMOSEXTA CUESTIÓN

EyCE: *Dirigiéndonos a nuestras compañeras de Derecho Civil, magníficamente representado este Área en este Foro de Debate, les preguntamos por una teoría general de la mediación como medio de resolución de controversias en el ámbito familiar, partiendo por ¿qué se entiende por mediación? ¿Tenemos cultura de la mediación en España? ¿Falta cobertura legislativa para implementar la mediación como instrumento de resolución de controversias? Y finalmente, sugerimos que se ofrezca en este Foro de debate algunos consejos a modo de conclusión para que la mediación pueda desarrollar todo su potencial.*

Respuesta: Laura Marín Cáceres. Profesora de Derecho Civil.

En cuanto a la primera cuestión, la mediación es una fórmula de autocomposición, un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Una medida alternativa y un elemento cooperador con el orden jurisdiccional, plenamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. Goza de menor rigidez procedimental, mayor celeridad y agilidad y un menor coste que el sistema jurídico, sin embargo, no termina de arraigar en nuestro país.

Sobre si tenemos cultura de la mediación, es habitual escuchar que la mediación en España no funciona porque las partes prefieren acudir a un proceso judicial, fundamentalmente porque consideran que “la mediación no sirve para nada porque la otra parte no querrá ceder o se sienten más seguros con una sentencia judicial que por un acuerdo de mediación” entre otras razones. Igual el problema principal es que no tenemos cultura del acuerdo, de

escuchar al otro con atención y pensar que su propuesta es tan buena como la nuestra e incluso mejor y eso no significa “perder” sino decidir entre ambas partes lo más adecuado.

En el ámbito de la cobertura jurídica para la implementación de este instrumento para la resolución de controversias hay que partir de que en 1998, el Consejo de Europa aprobó la Recomendación N° 98 sobre Mediación Familiar y fueron las Comunidades Autónomas las que se caracterizaron por una notoria dedicación por aprobar normas sobre mediación en este ámbito, entendiendo que la familia es una institución flexible y compleja que puede cambiar de estructura, pero sigue siendo familia y es por ello que necesita, con independencia de las normas tradicionales el auxilio de otros instrumentos. A nivel estatal, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, había previsto en la disposición final tercera, un mandato vinculante para que el Gobierno remitiera a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación familiar, mandato que no se cumplió durante la legislatura 2004-2008. La Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la Exposición de Motivos indica que las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada reservando la intervención y resolución judicial cuando haya sido imposible el pacto o el contenido sea lesivo para alguna de las partes o para los hijos menores o hijos con la capacidad modificada. No obstante, será en el 2011 cuando se presente un Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que decae por la disolución de las Cámaras y la convocatoria de elecciones generales. En 2012, se publica el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su posterior conversión en Ley, transponiendo la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, Ley en parte desarrollada por el RD 980/2013 de 13 de diciembre, que regula la formación de mediadores, crea el Registro de Mediadores, desarrolla la obligación de la responsabilidad civil de los mediadores y determina las líneas básicas del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Por tanto, a partir del 2012 tenemos una Ley estatal que define la mediación, su ámbito de aplicación (excluyendo la mediación penal, la mediación con las AAPP y la mediación laboral), los principios básicos (voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad), el estatuto del mediador, el procedimiento de mediación y muy importante, la posibilidad de formalizar en título ejecutivo,

mediante escritura pública, el acuerdo de mediación y en consonancia con la revolución tecnológica y -añadiría ¡que a propósito con el tiempo actual que vivimos! la mediación por medios electrónicos, aunque sobre este último punto podríamos hablar largo y tendido.

Pese a sus luces y sus sombras (como la mayoría de las leyes) lo cierto es que, aun existiendo una Ley estatal y un abanico de Leyes autonómicas, la mediación no despegaba como se esperaba y de nuevo, el mecanismo legislativo está en marcha. Hay un Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación que reformará la Ley de Mediación, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que plantea cuestiones interesantes y controvertidas.

En este sentido, el Anteproyecto supera el vigente modelo de mediación voluntaria por uno basado en la obligatoriedad mitigada, de manera que las partes tendrán obligación de recibir información clara y precisa del mediador, la estructura de un posible proceso y los beneficios del mismo, antes de presentar la demanda (mediación extrajudicial) sin que esto suponga someterse a un proceso de mediación, quizás, en un intento de salvar el principio de voluntariedad que constituye la esencia, el principio rector de la mediación y la referencia al “quizás” es porque el Anteproyecto se refiere de manera expresa en el art. 6 a la descripción de la forma en la que se desarrolló el procedimiento de mediación en los supuestos en los que el intento de mediación constituye un requisito para la admisión de la demanda. Y, por otro lado, la mediación intrajudicial, donde el órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto estima conveniente que las partes acudan a la mediación, pudiendo preguntarnos ¿nos negaríamos a hacer algo que nos plantea el Juez?

Además, debemos pensar que la intervención de un mediador plantea al menos dos cuestiones:

-El mediador es un profesional que percibe honorarios que deberán ser sufragados. No presenta problema cuando la persona goce del beneficio de justicia gratuita pero cuando no sea así, se deberán pagar aun cuando no se desee someterse a ese procedimiento e incluso sea una sesión informativa.

- El tiempo, pues desde que se decide interponer una demanda habrá que esperar a la designación del mediador, convocar la sesión, que se celebre, etc. En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de igualdad entre las partes, de ahí la posibilidad de contestar a la demanda en el plazo de 20 días, sin embargo, la obligatoriedad mitigada puede ocasionar que el demandante tenga que esperar mucho más y lo que es aún peor que el demandado utilice

el procedimiento de mediación con un interés meramente dilatorio sin ánimo alguno de llegar a un acuerdo. Al mismo tiempo, desde la perspectiva del derecho del demandado que se reconoce en el proceso jurisdiccional civil de no comparecer ¿cabría la posibilidad de no participar el procedimiento de mediación? y ¿qué consecuencias jurídicas conllevaría su no participación?

Por otro lado, la Disposición adicional segunda del Anteproyecto, determina que en el plazo de un año desde la publicación de la Ley se han de reformar los planes formativos del grado en Derecho y otros grados que se determinen por acuerdo del Consejo de Ministros para incluir la mediación como asignatura obligatoria. Es cierto que poco o nada se dedica a la mediación en el actual grado en Derecho y se ha incorporado, de manera reducida, en el Máster de Acceso a la Abogacía, pero pregunto ahora como “abogada del diablo” ¿hemos olvidado cual es la labor de un abogado? ¿no consiste en velar por los intereses del cliente encontrando la alternativa más beneficiosa?

El Anteproyecto se denomina Impulso a la Mediación, pero son demasiadas las cosas que se han de matizar para que no sea “caída libre sin paracaídas”, prueba de ello, es el artículo 24 de la Ley 5/2012 dedicado a la mediación electrónica. Es obvio que las TICs, deben incorporarse a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, pero cuidado, el legislador ha dejado abierta la interpretación del artículo 24 y no ha hecho nada por remediarlo en el Anteproyecto, siendo la doctrina la que está solventando las dudas generadas pese a contar con un Foro para la Mediación creado por la Orden Jus/57/2019, de 22 de enero, para debatir e intercambiar información entre los distintos sectores civiles y profesionales implicados en la actividad mediadora, canalizando las propuestas y asesorando al Ministerio de Justicia.

Por último, aun siendo consciente de los numerosos flecos sobre los que podríamos debatir, no debemos olvidar que las novedades legislativas han traído el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia enmarcado dentro de “Justicia 2030”, un plan, según el Ministro de Justicia, “con tres pilares para abordar la modernización de la Justicia: el normativo, el organizativo y el tecnológico”. Dicho Anteproyecto tiene como objetivo fundamental descongestionar el colapso judicial existente mediante la regulación de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos y la imposición de una negociación previa a la vía judicial, es decir, la mediación obligatoria mitigada.

Finalizo como comencé, y respondiendo a la reflexión propuesta sobre el desarrollo de la mediación, considero que el impulso a la mediación necesita grandes dosis de esfuerzo y ganas por aprender a escuchar y pactar y de ambas cosas adolece nuestra clase política, por lo que difícilmente lo vamos

a trasladar a la sociedad. Además, aun defendiendo la mediación como medio de solución de controversias, no creo que el colapso existente en los órganos judiciales, la lentitud de los procedimientos judiciales o los altos niveles de litigiosidad se deban por una cultura ajena a la mediación pues si así fuere, convendría implantarla en el ámbito contencioso-administrativo.

Debería ser un compromiso por parte de todos los que de alguna manera podemos contribuir a dar a conocer las ventajas de la mediación, hacerlo, pero siempre que contemos con un buen instrumento jurídico que respete la libertad del individuo y el acceso a los tribunales como derechos fundamentales y para ello, se necesita más que un “impulso” un “grandísimo empujón”.

DECIMOSEPTIMA CUESTIÓN

EyCE: *De la intervención de la profesora Marín notamos una cierta desconfianza por parte de los ciudadanos hacia la mediación como mecanismo de resolución de controversias. Preguntamos a nuestra compañera Anguita Ríos ¿cuáles son las luces y las sombras existentes aún hoy día en la Mediación? ¿Por qué el ciudadano no termina de confiar en la mediación?*

Respuesta: Rosa Anguita Ríos. Profesora Titular de Derecho Civil.

Hablar de confianza implica referirnos a un concepto subjetivo. Se confía cuando se cree en algo porque nos ofrece seguridad. El legislador ha intentado trabajar en este aspecto para reforzar la mediación planteando varios cambios en nuestro sistema jurídico a través de dos anteproyectos. Por un lado, el de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia que afronta los medios adecuados de solución de controversias (MASC), entre los que se encuentra la mediación (junto a la actividad negocial, la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial y la opinión del experto independiente). Por otro lado, y con anterioridad, el de Impulso de la Mediación que la propone como prestación en el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Todos estamos de acuerdo y reconocemos las excelencias que aglutina cualquier solución alternativa a la vía procesal y, en particular, este mecanismo de resolución de conflictos, llamado mediación.

El predominio de la autonomía de las partes, su carácter flexible, el menor coste emocional y económico puesto en juego, la participación de las partes en todas las fases del proceso, la gestión del conflicto de forma dinámica y especializada, son algunas de las virtudes de esta técnica negociadora que

irrumpió en EEUU en los años treinta del pasado siglo, extendiéndose por Europa en el actual.

A principios del siglo XX, la concepción protectora y social del Estado originó en la sociedad la creencia de que sólo los órganos jurisdiccionales podían resolver los conflictos porque ellos eran los únicos encargados de interpretar y aplicar el Derecho que tantos aspectos regula. La seguridad jurídica de un Estado de Derecho genera tal reglamentación de la vida que el ciudadano considera necesario acceder a los tribunales cada vez que surge algún conflicto ya que todo está sujeto a Derecho, generando así un fuerte convencimiento de que sólo el juez puede proteger de manera efectiva los derechos de los ciudadanos. Junto a esto, la llegada de las nuevas tecnologías, la globalización y la internacionalización de las relaciones sociales, han generado normativas sofisticadas, y provocado litigios que, por su propia naturaleza, crean procesos mucho más lentos, costosos y con circunstancias a considerar muy diferentes de las analizadas en las habituales disputas internas. Todo ello provoca una hiperjudicialización que me hace considerar que, al igual que a principios del siglo pasado, generará, ya no el nacimiento, sino la revitalización de los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

La resolución de conflictos ante los tribunales genera mayores tensiones entre las partes, lo que se une a la constante saturación que sufren nuestros tribunales de justicia y que no se ha sabido manejar, ni gestionar apropiadamente. La crisis sanitaria ha agudizado esta situación al quedar paralizados los asuntos ya existentes, a los que se han sumado los nuevos litigios derivados de una nueva fuente: la pandemia, el confinamiento y la crítica situación económica.

Las medidas adoptadas para hacer frente a esta multiplicación de causas planteadas ante los órganos jurisdiccionales (incremento del uso de medios telemáticos para actuaciones procesales; juicios rápidos en materia de custodia, alimentos y pensiones, concurso de acreedores o despido; suspensión-interrupción de plazos, o habilitación de parte del mes de agosto para el funcionamiento de Juzgados) no han sido suficientes actuando como meros parches. La respuesta insatisfactoria de la jurisdicción, no en la resolución sino en los tiempos y forma de afrontar los conflictos, alienta un avance en la mediación.

Este colapso judicial no es nuevo, por ello que no considere a éste como el único factor desencadenante para una mayor implementación de la mediación, sino que son las condiciones sociales actuales las que pueden dar ese vuelco o empujón definitivo a la mediación. Y es que vivimos en una sociedad irritada,

con un alto nivel de enfrentamiento político, social y económico que genera una realidad conflictual que requiere de una respuesta efectiva. Es el momento de impulsar la mediación como justicia alternativa, aunque precisamente sea esta dinámica de la confrontación la que impida abrir la puerta a la cultura de la negociación.

Se trata de un sistema adaptado a las tecnologías y a las medidas de distancia social. La mediación online es una opción que la propia Ley de mediación, de 6 de julio 2012, prevé en su art. 24.1: las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, mostrando una clara preferencia de la mediación virtual para aquellas reclamaciones que no excedan de 600 €.

Confiere fuerza ejecutiva al acuerdo mediado sin necesidad de acudir a la vía judicial, evitándola congestión judicial. La Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles ofrece en su art. 25 dos alternativas: la homologación judicial del acuerdo mediante auto, o la notarial en escritura pública. El funcionamiento de las notarías en este tiempo de pandemia no se ha interrumpido, por considerar su actividad como esencial, pero el otorgamiento de la escritura de protocolización del acuerdo de mediación, en principio tiene que hacerse por las partes en presencia del notario, lo que exige una presencialidad que puede no ser deseada por ninguno de los concurrentes y que hasta ahora se había evitado al amparo de la mediación online. Los criterios que han regido la dación de fe pública por los notarios han sido los de intervenir en cuestiones de urgencia, con observancia de todas las medidas higiénicas y sanitarias, reduciendo los tiempos de presencialidad al mínimo y utilizando los medios telemáticos para el intercambio de documentos. Un buen funcionamiento de las notarías en unión a la labor mediadora logra una mejor y más rápida justicia.

En los últimos años se ha entendido que el fomento de la mediación se ha de abordar desde la óptica del cambio cultural en la mentalidad de los operadores jurídicos y de la sociedad en general, así como desde una mayor presencialidad en la legislación procesal con el objetivo de implantar la mediación dentro del sistema de justicia. Los esfuerzos por crear infraestructuras, protocolos, acuerdos de colaboración institucionales, inversión en una formación de calidad de los mediadores, o la cooperación entre los profesionales de la justicia a la que se refiere el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, no terminan de dar los resultados esperados.

Está en ciernes el anteproyecto de ley de impulso de la mediación que ahonda en las líneas apuntadas de educación y conciencia social y que,

abiertamente, apuesta por un sistema de mediación obligatoria con carácter previo a la vía judicial en determinadas materias, al objeto de impulsar y divulgar la mediación. Si este modelo de obligatoriedad mitigada no funciona para el fomento de la mediación, entonces, habría que dirigir los esfuerzos en otra dirección.

Si, atajando con estas fórmulas el desconocimiento, se comprueba que no es medida suficiente para su auge y expansión, habría que actuar con ahínco sobre la desconfianza, elemento crítico que sobrevuela la mediación. El anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia lo hace incidiendo en la validez que tendrá el acuerdo alcanzado equiparándolo al resuelto por el juez al producir los efectos de cosa juzgada.

Con buen empeño el legislador ataca ese desconocimiento y desconfianza eliminando obstáculos. Pero la mediación no se puede vender en términos de éxito en la negociación, su mayor logro no es el acuerdo alcanzado, sino la influencia en otros muchos factores, como el de haber propiciado un dialogo entre las partes enfrentadas.

Hay una mayor trayectoria de la mediación en el ámbito laboral, pero es en el familiar donde encuentra mayor proyección, aunque los servicios que se ofrecen son muy distintos según la comunidad autónoma, donde cada una cuenta con una regulación lo que puede llevar a ciertas discrepancias. Sea por estas diferencias, sea por nuevos ámbitos no tan explorados en la mediación, como los accidentes de circulación, la vulnerabilidad económica en la contratación de préstamos o las relaciones de consumo, que se requiera como otro aspecto en revisión la especialización del mediador.

En los últimos tiempos hemos descargado nuestra labor educadora y pedagógica que como sociedad tenemos en el legislador para que sea él quien corrija, por ejemplo, las desigualdades de género o pormenore las restricciones conductuales por motivos sanitarios por no asumir nuestra responsabilidad como ciudadanos, como personas. El desarrollo de la mediación va más allá del estricto planteamiento normativo, más allá de reformas puntuales dirigidas a incentivar el uso de esta herramienta. Es la cultura de la negociación y de la transacción la que puede dar luz sobre la mediación.

DECIMO OCTAVA CUESTIÓN

EyCE: *La Mediación como proceso de solución de controversias, preguntamos a nuestra compañera de Civil, Pérez Giménez, tiene un carácter*

voluntario, pero dado el colapso de nuestros juzgados, ¿puede someterse a revisión este carácter voluntario?

Respuesta: María Teresa Pérez Giménez, Profesora Titular de Derecho Civil.

La mediación se ha configurado en nuestro Ordenamiento jurídico como una herramienta que ha querido proporcionar a los ciudadanos y operadores jurídicos un mecanismo alternativo a la jurisdicción para solucionar toda índole de conflictos, relegando la Administración de Justicia a ser un recurso subsidiario y además, se ha querido favorecer su uso presentándola como un mecanismo más flexible, ágil, y con un menor coste añadido para los interesados no sólo desde un punto de vista económico, sino también personal.

Con esta intención inicial, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el RD 980/2013, de 13 de diciembre que desarrolla determinados aspectos de la ley anterior, vinieron a introducir en España la mediación (no olvidemos que la legislación autonómica en materia de mediación familiar es anterior a la legislación nacional como un instrumento cuya característica más imponente, la autocomposición, permitía a las partes en conflicto y siempre que se tratara de materias disponibles, resolver su controversia de la manera más adecuada a sus propios intereses, construyendo una especie de *traje a medida* que les invitaría a cumplir escrupulosamente con los acuerdos pactados con la seguridad de haber llegado a los mismos por propia voluntad y no por la imposición de un tercero, árbitro o juez, que investido de autoridad se encuentra evidentemente alejado de la problemática real, personal, familiar o empresarial que realmente rodea a los interesados.

La mediación tiene una importante tradición en otros países; de hecho, los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR, *alternative dispute resolutions*) tienen su origen en el Derecho anglosajón, quizás más consciente que el nuestro, de la falta de adecuación del sistema jurisdiccional para dar solución a gran número de controversias. Con este interés, importamos el mecanismo, considerando que la modernización de la justicia requiere dar un lugar más relevante a estos nuevos métodos que, entre otras cosas, consiguen evitar largos enfrentamientos judiciales con el consiguiente agotamiento de recursos económicos, emocionales, personales y familiares.

Todo hacía pensar ya en 2012 que la mediación conseguiría asentarse, no sin dificultades, dadas las expectativas que había generado; pero lo cierto es que casi una década después, *no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación*, como bien dice la exposición de motivos del

Anteproyecto de ley de impulso de la mediación, por lo que sigue sin estar resuelta la denominada *paradoja de la mediación*, que alude a la desconexión que existe entre la utilidad que se reconoce a la mediación y su uso tan limitado no sólo a nivel español, sino también europeo. Esta reflexión me lleva a meditar sobre distintas cuestiones: la primera, ¿dónde está el inconveniente?; la segunda, ¿qué se puede o debe hacer al respecto?; y, por último, ¿se potenciará este recurso, como pretende el Anteproyecto de ley de impulso de la mediación, convirtiéndola en obligatoria?

A mi juicio, el escollo principal para conseguir un nivel de implantación adecuado se encuentra en que nuestra cultura jurídica es ajena a esta nueva y especial manera de resolver los conflictos; es una institución todavía muy desconocida que no sólo ha levantado recelos en algunos sectores, como el de la abogacía, que ha temido verse desplazado en la gestión de los conflictos de sus clientes, sino que además aún no ha conseguido demostrar su operatividad y eficacia.

El legislador español toma la iniciativa en el anteproyecto citado (tímidamente parecían ya apuntar esta posibilidad el artículo 12.1 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar en Galicia al establecer que *la autoridad judicial puede proponer a las partes la mediación durante el desarrollo de los procesos de separación, divorcio o nulidad* y algo más taxativamente, el artículo 3. 4º de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar en la Comunidad de Valencia, según la cual *el Juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto*), con el interés de implantar la mediación incrementando su presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares, y para ello propone la reforma de tres normas, la LEC, la Ley 5/2012 y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Así, de un lado, se introduce la mediación como prestación incluida en el derecho a la asistencia jurídica gratuita (se modifica el artículo 6 de la Ley 1/96); por otra parte, se amplía a treinta días naturales el plazo de duración del efecto suspensivo de la mediación, dejando un margen mayor para hacer efectivo su intento y estableciendo que cuando la misma sea presupuesto necesario para la admisión de la demanda, la reanudación de los plazos se contará desde que el mediador realice el acta de conclusión del proceso (se modifica el artículo 4 de la Ley 5/2012) y por último, se opta por un flamante modelo de *obligatoriedad mitigada* que supera el actualmente vigente basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, para lo que se retoca la LEC y el artículo 6 de la Ley 5/2012.

Probablemente sea esta la mayor controversia que genera la reforma; de un lado, al señalar las materias en relación con las que las partes *deberán* intentar la mediación con carácter previo a la vía judicial; así, por ejemplo para la adopción de medidas con ocasión de la declaración de nulidad, separación o divorcio; la guarda y custodia de los hijos menores; alimentos; responsabilidad por negligencia profesional; sucesiones; conflictos entre socios y con órganos de administración de las sociedades mercantiles; reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación; propiedad horizontal y comunidad de bienes; derechos reales sobre cosa ajena; reclamaciones de cantidad inferiores a 2000 euros entre personas físicas siempre que no traigan causa de un acto de consumo; protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen; procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario, entre otras; y, además, porque esta exigencia comprende la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto que podrán realizarse en un solo acto y en los seis meses anteriores a la presentación de la demanda.

En atención a lo anterior, se configura como una obligación de las partes implicadas ese intento de mediación previo a la interposición de determinadas demandas o bien, si el tribunal en el seno de un proceso concreto considera adecuado que se acuda a esta técnica con la finalidad de lograr soluciones de manera más dinámica y efectiva y con el menor coste para todos los implicados. Afecta pues, tanto a la mediación extrajudicial como a la intrajudicial, si la autoridad judicial lo viera aconsejable, una vez analizado el caso y presupuesto su carácter mediable. No se niega el acceso a la vía judicial, como es lógico, pero de alguna manera se busca que los tribunales sólo tengan acceso a aquellos litigios que no haya habido manera de solucionar de otra forma.

De lo explicado se desprende el interés del legislador en que la mediación se empiece a considerar como la primera vía o la vía más natural para la solución de los conflictos, colaborando, con la implantación de estas medidas de índole procesal, en la concienciación sobre los efectos positivos de la mediación y facilitando la difusión de la misma. Son fórmulas con las que se quiere contribuir a implantarla, alentando su utilización e intensificando los esfuerzos para fomentarla.

A mi juicio la idea del legislador es positiva y puede ser beneficiosa siempre que se ajuste a los términos de lo proyectado. La mediación debe ser voluntaria como expresión del principio de autonomía de la voluntad y del superior derecho a la libertad que nos asiste; el acercamiento a la misma debiera venir

patrocinado por el convencimiento de sus beneficios, lo que impediría, a la vez, que se convierta en un trámite más que no haría sino alejarnos de su cometido. Por ello, si limitamos su carácter obligatorio a la necesidad de que las partes acudan a una sesión en la que además de informarles de su concepto, principales características y principios básicos se haga una inicial exploración de la situación que les ponga en antecedentes de lo que se les pide y adónde se puede llegar y les permita, al menos, intuir el camino que se desplegará para llegar a un acuerdo, quizá pueda lograr la finalidad, deseada por el anteproyecto, de impulsarla.

Desde esta perspectiva, la formación y las dotes de comunicación del mediador serán fundamentales; la mediación debe ser de calidad y la capacitación del mediador estar a la altura de su consideración como pieza esencial del sistema; me atrevería a decir que está en su mano el convencer a los posibles mediados de todo lo favorable que se puede conseguir, incidiendo fundamentalmente en el protagonismo que adquieren y en el hecho de que la decisión final, el o los acuerdos que se adopten serán fruto única y exclusivamente de su voluntad haciendo más viable, además, su ejecución; sin perder de vista que debe preservarse el derecho de las partes a acudir a la vía judicial si finalmente la mediación no prosperase, pues debe quedar siempre a salvo el derecho a la tutela judicial efectiva.

En conclusión, las partes deben acudir a la mediación libremente (como decía la Recomendación de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, uno de los primeros referentes de la mediación en España y en la que se desarrollan los principios básicos que han de informar el ejercicio de la misma), con la intención de negociar una solución que resuelva la situación de crisis de la que son conscientes y a la que quieren poner fin. Son ellas quienes deben elegir la mediación como medio alternativo a la intervención de jueces y tribunales, pues al optar voluntariamente por esta figura se sale del ámbito de la confrontación institucionalizada, sobre la base de la comprensión de la importancia de la comunicación, que facilita la aproximación de intereses. Por ello, las partes no sólo son libres de someterse a mediación sino también de desistir de ella en cualquier momento.

Ahora bien, tal vez por el reconocimiento de su utilidad se pueda evolucionar, como en el Ordenamiento jurídico italiano, sin salirnos del cauce principal, dando entrada a programas que establezcan la *obligatoriedad mitigada* de la misma, que ha de considerarse o traducirse, más bien, como un consejo ante el posible desconocimiento de las partes, que permita descubrir sus ventajas y explorar sus virtudes, entendiendo que llegado el momento

puedan negarse explícitamente o desistir después de haberlo intentado; de la misma manera que el propio mediador puede dar por acabada la mediación si observa falta de interés, disposición y colaboración de las partes.

Así y para concluir, del mismo modo que afirmo que la obligatoriedad como tal no es recomendable en esta figura, pues su imposición la formalizaría en exceso, convirtiéndola en un mero trámite que duplicaría los procedimientos, los costes e incluso le haría perder lo esencial de su atractivo; considero que un empujoncito, un poquito de presión y una razonable discriminación positiva nos harían salir de la zona de confort del sistema judicial que conocemos, redundarían en beneficio de los mediados, de la proyección de esta figura, de la consideración de nuestro Ordenamiento jurídico como avanzado y de la sociedad en general, favoreciendo el desarrollo de la convivencia pacífica.

DECIMONOVENA CUESTIÓN

EyCE: *Retomamos una cuestión ya tratada en este Foro de Debate por nuestra compañera De la Torre, y sobre esta misma línea argumentativa, preguntamos a nuestra compañera Villanueva Lupión, que nos ilustre sobre la mediación como un medio específico y especializado para resolver los litigios entre los proveedores de servicios de intermediación en línea (las plataformas digitales) y los usuarios profesionales*

Respuesta: Carmen Villanueva Lupión, Profesora de Derecho Civil.

La mediación como procedimiento para resolver los litigios entre las partes de una relación jurídica se implanta, de forma específica, en el Reglamento 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante, el Reglamento). Su regulación se aplica a los servicios de intermediación en línea, y también a los motores de búsqueda en línea, ubicados en la Unión Europea, si bien a estos últimos no se les exigen las normas sobre la mediación. En la delimitación de su ámbito subjetivo, lo determinante es la cualidad de la contraparte del proveedor de servicios de intermediación, definida como “usuario profesional”, y que el destinatario final de los productos y servicios ofrecidos por aquél sea un consumidor.

El Reglamento supone un importante avance en la protección de los usuarios profesionales, cuando dependen de las plataformas digitales para hacer llegar sus bienes y servicios a los consumidores en los denominados *marketplaces* (Amazon Marketplace, App Store de Apple, Google Play, Alibaba, Booking, Trivago o AirBnB). Como relata el Considerando 2 del Reglamento, en el desarrollo de la economía de las plataformas, los usuarios

profesionales tienen una dependencia cada vez mayor de los proveedores de los servicios de intermediación en línea. Por esta misma razón, “estos proveedores cuentan con una superior capacidad de negociación, lo que les permite actuar unilateralmente, de una manera que puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales”. El Reglamento viene a completar un ámbito distinto de las normas de protección de los consumidores y usuarios -ya cubiertos por otros actos de la Unión Europea-, al tratarse de relaciones entre empresarios. Así se introduce en el acervo comunitario una importante regulación *ad hoc* que pretende asegurar las condiciones adecuadas de transparencia, equidad y reclamación para los intereses de los usuarios profesionales, frente a la discrecionalidad de las plataformas digitales, y que también repercute, de modo indirecto, en los consumidores.

No se trata, por tanto, de una resolución alternativa de conflictos de consumo, regulada por la Directiva 2013/11, de 21 de mayo, que se complementa con el Reglamento 524/2013, de la misma fecha, para la resolución *on line* de litigios de consumo. Pero sí se enmarca dentro de los principios de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Así, la mediación en este ámbito se entiende como cualquier procedimiento estructurado por el que las partes en un litigio intentan voluntariamente un acuerdo con la ayuda de un mediador, según la definición establecida en el art. 3, letra a) de la citada Directiva 2008/52/CE. La remisión a esta definición se introduce en el texto definitivo del Reglamento, en el art. 2.12). Se remedia así el olvido de la Propuesta de Reglamento, que no incluía entre las definiciones esta importante apuesta que hace la norma por dicha resolución extrajudicial de conflictos, como un procedimiento para resolver los litigios de forma satisfactoria, sin tener que imponer extensos y costosos procedimientos judiciales (Considerando 40).

VIGÉSIMA CUESTIÓN

EyCE: *Seguimos abusando de la confianza de nuestra compañera Villanueva Lupión, para preguntarle, siguiendo su línea argumentativa en este Foro de Debate, ¿por qué se requiere un procedimiento de mediación específico en este ámbito? ¿Cómo se pretende conseguir la neutralidad y la especialización de los mediadores en este ámbito de las relaciones P2B?, y finalmente, ¿cuáles son los principios básicos de esta mediación, y cómo se afronta para que sea una opción deseable?*

Respuesta: Carmen Villanueva Lupión, Profesora de Derecho Civil.

Los inconvenientes que surgen para los usuarios profesionales en su relación con las plataformas digitales ya se pusieron sobre la mesa en el Taller de participación, organizado por la Comisión Europea el 14 de noviembre de 2016, en Bruselas. Los participantes explicaron que las posibilidades de reparación efectiva serían cruciales para proteger a los usuarios profesionales, en relación con las prácticas habituales de las plataformas digitales. Entre estas prácticas se encuentran la exclusión injustificada de productos, la suspensión o cancelación de cuentas, e incluso un comportamiento de represalia de las plataformas, como la influencia injustificada de las mismas en las clasificaciones de los productos o servicios de los usuarios profesionales. Todas estas prácticas pueden amenazar la existencia misma de los usuarios profesionales que ofertan sus productos o servicios *on line*. Como revela el Documento de la Evolución de Impacto del Reglamento, el 46% de los usuarios empresariales encuentran problemas en su relación con las plataformas; mientras que este porcentaje es mayor, 75%, para los usuarios empresariales que realizan más de la mitad de su facturación en plataformas. Y lo más problemático: casi un tercio de los problemas siguen sin resolverse, mientras que el 29% se resuelven solo con dificultades [Bruselas, 26.4.2018 SWD (2018) 138 final, parte 1/2, pág. 30].

Las referencias a los mecanismos de resolución de litigios no se incluían, a menudo, en las condiciones generales de la contratación de las plataformas; y cuando estaban presentes, rara vez incluían órganos ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o los excluían específicamente. Por otra parte, los usuarios profesionales no consideraban que los mecanismos tradicionales de resolución de disputas, como los tribunales o los órganos ADR fueran una alternativa eficaz y viable. Cualquier procedimiento debe superar dos problemas principales: la falta de celeridad asociada a los mecanismos de resolución de conflictos tradicionales, y el temor de los usuarios profesionales a las represalias. Lo cierto es que, hasta el momento, los mecanismos alternativos de resolución extrajudicial de litigios en este ámbito tampoco han resultado eficaces, como el propio Reglamento justifica en el Considerando 5, fundamentalmente por la falta de mediadores especializados.

Las obligaciones sobre la mediación en el marco de la Directiva 2008/52/CE no son lo suficientemente específicas para resolver los problemas concretos. Del mismo modo, se necesitaba una regulación semejante a la establecida en las relaciones con consumidores por la Directiva 2013/11, así como procedimientos ODR (*Online Dispute Resolution*), conforme al Reglamento 524/2013, para alcanzar los mismos objetivos en las relaciones

entre empresarios, mediante unas reglas que regulen la relación P2B (*platform to bussines*).

Respecto a la cuestión formulada sobre cómo pretender conseguir la neutralidad y la especialización de los mediadores en este ámbito de las relaciones P2B, conviene indicar que el Reglamento exige que los proveedores de servicios propicien la mediación de manera concreta, mediante la designación de, al menos, dos mediadores públicos o privados, con los que estén dispuestos a colaborar para llegar a un acuerdo con los usuarios profesionales en los litigios que se presenten en sus relaciones comerciales. Lo que puede incluir, también, el señalamiento de una plataforma específica de mediadores independientes. La designación debe especificarse en las condiciones generales de la contratación. La finalidad de la exigencia de este número mínimo de mediadores es salvaguardar la neutralidad. No obstante, proveedores y usuarios profesionales conservan la libertad para designar “conjuntamente” a un mediador de su elección, después de que haya surgido un litigio entre ellos. Con esta regulación se evita la imposición de un mediador por parte del proveedor. Por otra parte, para no menoscabar la seguridad jurídica establecida por el Reglamento, solo deben designarse mediadores fuera de la Unión Europea si se garantiza que no se priva a los usuarios profesionales de la protección jurídica con arreglo al Derecho de la Unión o al de los Estados miembros, incluidos los requisitos del Reglamento y el Derecho aplicable en materia de protección de datos personales y secretos comerciales. Además, antes de iniciar una mediación o durante esta, el proveedor de servicios de intermediación está obligado a poner a disposición del usuario profesional que lo solicite la información sobre el funcionamiento y la eficacia de la mediación relacionada con sus actividades (Considerando 40 y art. 12).

Los mediadores deben cumplir una serie de criterios para que la mediación resulte “accesible, equitativa y tan rápida, eficiente y efectiva como sea posible” (Considerando 40). Estos requisitos se concretan en el art. 12: los mediadores deben ser parciales e independientes; sus servicios deben ser asequibles para los usuarios profesionales; deben prestarse en el idioma de las condiciones generales que rigen la relación contractual entre el proveedor de servicios de intermediación y el usuario profesional; y, se podrá acceder a ellos con facilidad, físicamente o mediante las tecnologías de la comunicación.

En la concreción de estos requisitos, se observan, sin embargo, algunas carencias. El art. 12 exige a los mediadores unos conocimientos suficientes y generales de las relaciones comerciales entre empresas; no obstante, no se exige un conocimiento del funcionamiento de la economía de las plataformas, con lo que no se requiere que la mediación sea especializada. Por otra parte,

el Reglamento pretende con estos criterios que la resolución sea “rápida”, pero no señala un plazo máximo. En el Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo, se pretendió incluir en el texto del Reglamento una frase que debía animar a los mediadores a resolver los litigios: “tan pronto como sea razonablemente posible”. De manera más concreta, entre las enmiendas presentadas al Proyecto de Reglamento por la Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos, se establecía un plazo para alcanzar el acuerdo que resolviera el litigio, que no excedería de los 25 días desde el inicio de la mediación; a menos que, teniendo en cuenta la complejidad del litigio, este plazo constituyera una carga excesiva, en cuyo caso, el plazo máximo se señalaría en 90 días. Ninguna de estas opciones se incluyeron en el texto definitivo.

El Documento de la Comisión de Evaluación de Impacto del Reglamento incorporó una llamada no vinculante al sector, para establecer organizaciones externas que puedan proporcionar mediadores específicos independientes. Esta neutralidad y especialización de los mediadores se alienta desde el Reglamento, mediante la colaboración conjunta de la Comisión con los Estados miembros en el fomento de la creación, por parte de los proveedores de servicios de intermediación o de las organizaciones y asociaciones que los representen, de una o más organizaciones que presten servicios de mediación, que actualmente son pocas. La especialización de los mediadores fortalecería la confianza de ambas partes en el procedimiento (Considerando 43, art. 13).

En cualquier caso, resultaría muy útil que la Comisión publicara unas directrices orientadoras para ayudar a los proveedores a cumplir los requisitos necesarios para la mediación, como se solicitó expresamente en una enmienda a la Propuesta de Reglamento por la Comisión de Industria, Investigación y Energía, que no fue aprobada. La Comisión no está obligada a hacerlo, como sí lo está en las directrices sobre la transparencia de la clasificación, ya publicadas el 8 de diciembre de 2020.

Por último, sobre cuáles son los principios básicos de esta mediación y cómo afrontar este proceso para que sea una opción deseable, traigo a colación, en consonancia con la Directiva 2008/52/CE, que la mediación prevista en el Reglamento debe ser un procedimiento voluntario. Las partes son las dueñas del procedimiento, pueden comenzar y terminarlo en cualquier momento. En el mismo sentido, la mediación se establece sin perjuicio del derecho de proveedores de intermediación y de usuarios profesionales a iniciar un proceso judicial en cualquier momento: antes del procedimiento de mediación, durante el mismo o después de este (art. 12.5).

Los litigios que se pueden someter a mediación comprenden todos aquellos que se deriven de la prestación de servicios en línea, incluidas las reclamaciones que no se hayan resuelto por medio del sistema interno de reclamaciones, instaurado también por el Reglamento en el art. 11. La mediación no se limita, por tanto, a ser una suerte de segunda instancia tras las reclamaciones internas fallidas para los intereses de ambas partes. En este sentido, no se admitieron las enmiendas a la Propuesta de Reglamento de la Opinión de la Comisión de Transportes y Turismo, ni de la Opinión de la Comisión de Industria, Comercio y Energía, que reducían la utilización de la mediación una vez se hubieran agotado todas las opciones de recurso dentro del sistema interno de tramitación de reclamaciones.

A pesar de ser un procedimiento voluntario, se exige a ambas partes actuar de buena fe. En principio, la Propuesta de Reglamento solo parecía reclamarla para los proveedores de servicios de intermediación, que deben examinar de buena fe las solicitudes de recurso a la mediación por parte de los usuarios profesionales. Pero, en contrapartida, también se ha incluido expresamente para los usuarios profesionales, en el Considerando 42, con la aprobación de una enmienda propuesta por la Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos. De este modo, para impedir que los usuarios profesionales abusen de la mediación, por casos repetidos o espurios, se establece que los proveedores de servicios de intermediación no están obligados a intentar una mediación con un usuario profesional que no se ha avenido a actuar de buena fe sobre un determinado asunto, conforme había determinado el mediador. Tampoco están obligados a acceder a la mediación en el caso de usuarios profesionales que hayan hecho repetidos intentos de mediación con el mediador, sin éxito. No obstante, entendida como una situación excepcional, no debe limitar la posibilidad del usuario profesional si, según lo determinado por el mediador, el objeto de la mediación que se intenta no está relacionado con los casos anteriores.

El proveedor de servicios asume una proporción razonable de los costes totales de la mediación, que puede fijar el mediador. Precisamente, esta posible repercusión del coste económico de la mediación en el usuario profesional, amén de la carga administrativa, llevan a la exención de la obligación de designación de mediadores para las pequeñas empresas, en los términos del Reglamento; aunque conservan la facultad de hacerlo (Considerando 41, art. 12.3). El Documento de la Comisión de la Evaluación de Impacto demostraba que el uso de la mediación supone unos costes más limitados que un litigio judicial, por lo que, en algunos casos, la inversión compartida en un organismo

de mediación fiable equivaldría a un ahorro de las empresas en otros gastos, [Bruselas, 26.4.2018 SWD(2018 138 final, parte 1/2, pág. 51].

Por último, animo a consultar la información sobre la mediación en las relaciones P2B en una plataforma digital; por ejemplo, la de Google Merchant Center, en Centro de Ayuda sobre la mediación entre plataformas y empresas (P2B - Ayuda de Legal (google.com.¹⁷

VIGÉSIMO PRIMERA CUESTIÓN

EyCE: *Dos ámbitos de desarrollo de la mediación nos parecen interesantes, por un lado, el educativo, y por otro el laboral. Comencemos por el primero, y preguntemos por la importancia de la Mediación en el ámbito educativo.*

Respuesta: Vanesa Sánchez Ballesteros, Profesora de Derecho Civil.

La Constitución en su artículo 24 proclama la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los intereses y derechos de los ciudadanos, de tal modo que no se pueda hablar de indefensión. No obstante, esto no quita que se pueda optar por otras vías extrajudiciales en cuanto a resolución de controversias, así aparece la mediación. Casi diez años ya que entró en vigor la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles en España (en adelante Ley de Mediación y parece que aún los resultados no son los esperados. No obstante, queda mucho camino por recorrer pues a pesar de las bondades de la norma, la ciudadanía no la ha recibido como se merece, quizás por falta de información, quizás por falta de convencimiento sobre su método.

En una rápida mirada a nuestra historia, se han evidenciado diferentes sistemas de solución de conflictos, de entre ellos, la utilización de un tercero con autoridad reconocida, así también la instauración de foros específicos para estos fines, y, por último, la creación de un poder judicial institucionalizado. Asimismo, y simultáneamente, se han utilizado también diferentes mecanismos extrajudiciales de carácter informal que han aportado soluciones. La utilización de estos medios ha sido motivada por la falta de confianza de los ciudadanos en la justicia como institución, por la saturación de los sistemas judiciales e incluso, por la búsqueda de otras vías más rápidas y cercanas por el principio de proximidad y celeridad. Es por ello, que la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos aparece en escena desde tiempos antiguos en contextos internacionales, debido a la importancia de establecer acuerdos en este tipo conflictos, ya que la ausencia de regímenes jurídicos comunes dificultaba su consecución y fomentaba el uso de la fuerza. De ese modo fue evolucionando su uso pasando de las relaciones

internacionales en las épocas medievales y posteriores, a la adaptación de la figura del mediador en contextos privados de los ciudadanos, otorgando a esta figura autoridad por lo que representaba. No obstante, según la doctrina, a mediados del siglo XX es cuando aparece la mediación formalmente y como antecedente. Esto es así en la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre controversias internacionales. Será en EEUU en 1947 cuando se crea el *Federal Mediation and Conciliation Service*, considerado como la primera institución que asumía la mediación. A partir de ahí, su desarrollo ha ido incrementándose exponencialmente hasta llegar a nuestros días.

Consecuentemente en España la mediación puede considerarse como una institución casi reciente, pues su introducción ha sido propiciada desde la Unión Europea con la aprobación de numerosos textos Comunitarios hasta llegar a la Directiva Europea 2008/52/CE, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, base de nuestra legislación vigente.

Si ya parece complicado dar a conocer el concepto real de la mediación entre los propios profesionales, cuánto más complicado es que los ciudadanos prioricen su utilización antes de llegar a los tribunales de justicia, pues su desconocimiento y falta de preparación ante su uso se ha hecho patente, por esta razón conviene plantear un estado de la mediación desde sus inicios.

Partiendo del concepto definido en la Ley de Mediación, en su artículo 1, “*como medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”, quedaría bastante escaso en cuanto a su potencial. Podríamos añadir que además de la introducción del nuevo método en sí mismo como un medio de alcanzar un acuerdo, es mucho más, pues es una nueva forma de establecer una vía de comunicación entre las partes, de construir puentes para la apertura de vías de diálogo y conciliación.

Los ciudadanos españoles están habituados a que un juez, a través de un proceso judicial, imponga justicia, les dé la solución, pero no que sean ellos los que, en menor o mayor medida, se esfuercen en proponer las medidas necesarias para buscar otras soluciones, que muy probablemente sean mucho más satisfactorias que la de un tercero. Es bien sabido que un juez propone soluciones ajustadas a Derecho de forma objetiva, pero debe de ser éste el último recurso utilizado, ya que en éstas decisiones no se toma en cuenta la repercusión afectiva de la relación que subyace, pues en muchos casos los problemas que se plantean son entre hermanos, padres e hijos, amigos o vecinos, deteriorándose con la resolución judicial la relación, así como la posibilidad de comunicación futura.

Por ello, desde estas líneas se plantea una reflexión sobre la utilización tan precaria del método de resolución de conflictos a través de la mediación como vía de reparación de daño, que lejos de ser un medio de solucionar cuestiones patrimoniales, en el fondo, lo que realmente se oculta es mucho más profundo, conflictos que corresponden a la esfera emocional de las partes.

El problema de la falta de uso de nuestro medio de resolución extrajudicial de conflictos en la mediación, probablemente sea mucho más complicada de lo que parece, no ya porque resulte doloroso enfrentarnos contra aquellas personas que nos han causado un daño, sino porque esas personas hayan formado parte de nuestras vidas, desde un punto de vista afectivo y por ello, no estemos preparados para afrontarlo. A lo largo de nuestra vida no nos enseñan como parte de desarrollo personal a gestionar nuestros sentimientos y conflictos de forma racional, por lo que podemos llegar a pensar que es un problema educacional. Si queremos cambiar una conducta social, en cuanto a la utilización de un método abierto, flexible, dinámico y voluntario para resolver conflictos, lo primero que deberíamos hacer es darlo a conocer, informar de sus posibilidades, de sus bondades y en definitiva de su utilidad. Esta información y difusión, no obstante, debe de ser entendida como una posibilidad de cambio personal, por lo que debería de ser introducida desde la base, desde las instituciones educativas y centros formativos, educando en valores, en el diálogo y en la construcción de soluciones de forma autónoma.

Si miramos a nuestro alrededor, probablemente denotemos un profundo vacío a la hora de ver como los que nos rodean utilizan el diálogo de forma irrespetuosa para plantear sus conflictos e inquietudes. Prueba de ello lo podemos encontrar en los diferentes ámbitos sociales y políticos, que de forma sistemática insultan y descalifican en el ejercicio de sus funciones para conseguir sus objetivos. Por ello, la dificultad que se nos plantea se podría identificar como una carencia educacional, ya que se vislumbra que uno de los pilares más importantes como es el del respeto se tambalea a causa de la falta de educación a este respecto.

Ya centrándonos en el ámbito educativo, la mediación escolar se está llevando a cabo en los últimos años ayudando a conseguir un clima escolar más pacífico, dotando la gestión de conflictos escolares de mayor participación, cooperación y diálogo de las partes. Desde 2004, todas las CCAA de la Administración Educativa han legislado sobre la necesidad de que tanto en primaria como en secundaria se diseñe una Programación General Anual, aportando un Plan de Convivencia con actuaciones concretas en mediación. No obstante, estas medidas están encaminadas a solucionar conflictos ad hoc, algo bastante beneficioso, pero de carácter puntual que no genera una

interiorización de valores de diálogo, cooperación y eliminación de barreras en pro de la resolución de conflictos o simplemente en el respeto y tolerancia de pensamientos diversos.

Bien es cierto, que en los centros educativos ya se está llevando a cabo la mediación como método de resolución de conflictos entre el alumnado, sin embargo, este sistema no debería de ser utilizado como una solución puntual a un problema, sino que debería de plantearse transversalmente, introduciendo una nueva visión del conflicto como una oportunidad de cambio y de aprendizaje, pues en cualquier momento podemos estar inmersos. Es por ello, que los centros educativos deberían de enseñar a sus alumnos en diversidad de pensamiento y en el uso de estrategias para afrontar con respeto y creatividad cualquier discrepancia de opinión que el alumnado pueda encontrar a lo largo de su vida. Es menester que la mediación llegue como un cambio de mentalidad, se interiorice y se eduque en el diálogo y respeto mutuo, favoreciéndose de ese modo las relaciones tanto personales como profesionales futuras. Si se aprende a resolver conflictos a través de la comunicación, empatía y respeto entre las partes de forma exitosa, se adquirirán habilidades personales que se pondrán en práctica por siempre, propiciando de este modo un cambio importante en la actitud y la posibilidad de resolver conflictos de forma autónoma. Si se pone en práctica el método y las actitudes integradas en la mediación a través de la educación en los centros educativos y no como la aplicación puntual en un problema determinado, la repercusión será mucho mayor a largo plazo y en definitiva, mucho más satisfactoria, pues los acuerdos que llevemos y gestionemos nosotros mismos, se ceñirán mucho más a nuestras necesidades y deseos, así como la posibilidad de controlar conjuntamente con la otra parte el destino de sus vida.

Para terminar, solo recalcar la necesidad de llevar a cabo la mediación en los centros educativos, ya no sólo de forma puntual sino de forma transversal, orientándolo como un estilo de vida, ya que los beneficios de la utilización de la mediación se hacen patentes no sólo como medio de resolución de conflictos, sino como un planteamiento en la convivencia diaria, para abrir líneas de comunicación con las partes.

Es necesario que los ciudadanos comprendan que a pesar de que los demás puedan no pensar del mismo modo, merecen todo el respeto y consideración, aportando una nueva visión en cuanto a su diversidad pudiendo resultar mucho más enriquecedora, e incluso, abrir luz a circunstancias controvertidas no vistas por la otra parte. En definitiva, interiorizar en la actitud del alumno que el conflicto puede ser una oportunidad de cambio, de abrir diálogo o simplemente de tomar las riendas de nuestro propio destino sin necesidad de tercero.

VIGÉSIMO SEGUNDA CUESTIÓN

EyCE: *Como avanzamos en la anterior cuestión, querríamos acercarnos al ámbito laboral en la cuestión que atañe a este Foro de Debate, y preguntamos a nuestro colega de Derecho del Trabajo, Moreno Pérez, pero también abogado en ejercicio, sobre la autonomía (o su reverso heteronomía) en la conciliación y mediación dentro del ordenamiento laboral.*

Respuesta: José María Moreno Pérez, Profesor asociado de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sabido es que la resolución de conflictos puede articularse por medio de dos principios, el de heteronomía o el de autonomía. Por el primero, los imperativos que condicionan la voluntad propia son externos, generalmente los de un tercero, mientras que para el segundo la voluntad sólo encuentra límites en la norma y en la resistencia de la voluntad con la que se entra en conflicto.

El nacimiento de la relación laboral como realidad articulada en torno al contrato de trabajo y sus condiciones, que creció y evolucionó y al margen de la propia estructura organizativa del Estado liberal, precisó de mecanismos de solución de conflictos. Su búsqueda fue el comienzo del reposicionamiento del Estado, reconociendo así su papel intervencionista-moderador. La creación de una estructura orgánica y el desarrollo e impulso de un marco normativo fueron sus principales consecuencias, encontrando en el principio de la autonomía de las partes un incondicional aliado para el desarrollo de las relaciones laborales, con evidente repercusión en el conflicto. Si el proceso es la expresión misma de la heterotutela, la mediación y la conciliación lo son de la autocomposición.

En modo alguno puede resultar extraño al ámbito laboral la satisfacción de las controversias de las partes a través de un procedimiento basado en la negociación y en el acuerdo libremente obtenido, cuando el derecho a la negociación colectiva (art. 37 y 28.1 CE forma parte esencial del ordenamiento laboral, tal y como establece nuestra carta magna. La autonomía colectiva, es capaz de afrontar la regulación y el uso de la mediación, haciendo que la autocomposición resuelva con técnicas y acuerdos amparados en el derecho a la negociación colectiva laboral convirtiendo en vinculantes los resultados alcanzados. Por ello, los mecanismos extrajudiciales se pueden imponer de manera obligatoria a través de la negociación colectiva o en el mismo convenio colectivo, incluso acogerse de forma voluntaria con el fin de evitar el proceso judicial.

Ante la primacía de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales, nos resulta fácil encajar su importancia. Pero donde

verdaderamente apreciamos la preferencia del ordenamiento laboral por los mecanismos de solución autónomos y no judiciales es en el marco de la norma reguladora de jurisdicción social, al convertir el intento conciliador o mediador en un requisito previo a la tramitación del procedimiento.

Frente a la exclusividad de la conciliación como acto de evitación del proceso, fijado por el art. 63 de la LPL (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Norma derogada desde la entrada en vigor de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), la norma procesal desarrollada en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, equipara la mediación al nivel de la conciliación y no sólo por incluirla en la denominación del Capítulo I (De la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales) dentro del Título V dedicado a los actos de evitación del proceso, sino por igualar a ésta en el desarrollo de las excepciones, los efectos, las consecuencias de la no asistencia al acto, la impugnación y la ejecutividad del acuerdo. La mediación obtuvo carta de naturaleza como medio de solución de conflictos, reforzando el papel atribuido a los órganos creados bien mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos (83 ET) o bien mediante los acuerdos de interés profesional del artículo 13 y 18.1 del ET, en el ámbito de los trabajadores económicamente dependientes. También es válida y compatible la posibilidad de una conciliación ante la Comisión Paritaria del convenio colectivo.

Ambos mecanismos de autocomposición, prescritos como sistemas de evitación del proceso, mantienen la consideración atribuida por el TS, Sala Cuarta, en su sentencia de fecha 17 de febrero de 1999, en la que afirma que las soluciones del artículo 63 y ss., se nos presentan en una triple dimensión: como una actividad ordenada a una solución del conflicto con evitación del litigio; como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término y como un presupuesto procesal, cuando no se alcanza la solución al conflicto. Dado que sólo supone un aplazamiento de la intervención judicial, siendo un trámite proporcionado y justificado, la doctrina constitucional no ha encontrado colisión alguna entre la imposición del trámite extrajudicial obligatorio, frente al derecho a la tutela judicial efectiva, que queda sobradamente garantizada (SSTC 75/2001, de 26 de marzo; 207/1991, de 4 de noviembre), hasta el punto de considerar el trámite un requisito esencial que impide que se pueda dictar sentencia sobre el fondo del asunto, excepción hecha de los supuestos excluidos del art. 64.

Mantener abierta la puerta del acuerdo extrajudicial es la voluntad del legislador que resulta férrea en el apartado 3 del artículo 64 de la LRJS. El precepto abre la mediación a cualquier conflicto, que en atención a la

naturaleza de la pretensión ejercitada, pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo alcanzado, y ello aun estando exceptuado el conflicto del referido requisito previo de intento conciliatorio. Bastaría con que las partes acudieran en tiempo oportuno y de común acuerdo a tales vías, para que el intento conciliatorio, desplegara los efectos suspensivos de los plazos de caducidad o interruptivos de los de prescripción.

No es el intento conciliatorio o mediador previo, el único trámite obligatorio ofrecido para hacer valer la posibilidad del acuerdo. Es ahora en sede judicial, donde las partes volverán a tener la obligación de comparecer ante el letrado de la administración de justicia (art. 84 LRJS) o excepcionalmente ante el juez (art 84.5) para acreditar un nuevo intento conciliatorio, ahora en las puertas mismas del juicio y con la solución judicial plenamente activada. Finalmente queda abierta la posibilidad de que el juez o tribunal conforme al art. 85.8, susciten un acuerdo entre las partes, aun cuando se hayan practicado las pruebas del juicio y siempre antes de que sean elevadas las conclusiones del acto del juicio. Un último intento potestativo para el juzgador que podría derivar en un acuerdo homologable por las partes, antes de que el juzgador dicte sentencia.

En el orden social están reconocidos todos los medios de solución extrajudicial de conflictos, estableciéndose en la mayor parte de los litigios como acto previo obligatorio la conciliación o, en su caso, la mediación antes del inicio de la vía judicial. Tales mecanismos pueden emanar del Estado que los articula como función de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (Art. 12.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), sin perjuicio de las facultades atribuidas a otros órganos de las Administraciones Públicas y a los órganos instaurados por los sistemas de solución de conflictos laborales basados y gestionados por la autonomía colectiva. Este es el caso del Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía suscrito, con fecha 7 de enero de 2015, entre la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA) y las organizaciones sindicales más representativas de Andalucía (UGT-A y CC.OO.-A), que poniendo en práctica e mecanismo de art. 83.3 en relación con el artículo 90, apartados 2 y 3, del ET, y que debido a su naturaleza interprofesional, resulta eficaz, con valor jurídico y capacidad general de obligar. Dicho marco afecta tanto a los conflictos de naturaleza colectiva como a los de carácter individual. Permítaseme abrir paréntesis para indicar que los conflictos de naturaleza colectiva deben entenderse por conflictos de interpretación y aplicación de normas jurídicas, convenios colectivos, prácticas y acuerdos de empresa suscitados en los ámbitos territorial y personal señalados en el presente

Acuerdo; Conflictos previos a la vía judicial que tengan carácter de trámite preprocesal, ya sean preceptivos o voluntarios; Conflictos surgidos durante el desarrollo de los periodos de consultas establecidos en los artículos 40, 41, 44, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, así como los suscitados en relación con la sustitución tanto de los referidos periodos como del previsto en el artículo 64.5 de la Ley Concursal; Conflictos surgidos en la negociación para inaplicar en las empresas las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41.6 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; Conflictos surgidos como consecuencia de los procesos de negociación colectiva, incluidos los existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse acuerdo conforme a lo previsto en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores; Conflictos motivados por la falta de acuerdo en el seno de las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos; Conflictos causantes de convocatorias de huelga; Conflictos suscitados por la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en los supuestos de huelga; Conflictos de intereses no contemplados en los apartados anteriores.

Siguiendo con mi argumentación, es en el ámbito individual en el que recientemente la Comisión de Seguimiento del Sistema extrajudicial de resolución de conflictos laborales en Andalucía (SERCLA), bajo el amparo de la administración laboral autonómica, ha aprobado un nuevo Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del SERCLA (BOJA nº 150, de 3 de agosto de 2018), que, entre otras medidas, contempla una nueva ampliación, con efectos 1 de octubre de 2018, del ámbito funcional del Sistema, extendiendo sus competencia a los conflictos laborales individuales relativos al régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, con excepción de las infracciones que lleven aparejada la sanción de despido. A partir de la fecha indicada, los conflictos laborales individuales que comprende son:

1. Clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría.

Licencias, excedencias, permisos y reducciones de jornadas no vinculados al cuidado de hijos y familiares.

Disfrute del periodo de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada vinculadas al cuidado de hijos y familiares y demás derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral.

Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, en los términos previstos en la LET, con excepción de las que lleven aparejada la sanción de despido.

Reclamaciones económicas derivadas de las pretensiones relativas a las materias anteriores.

Si hay un ámbito de conflicto propicio para la mediación, ese es sin duda el ámbito laboral en el que se plasma todo el amplio abanico de sus beneficios (voluntariedad, celeridad, bajos costes, implicación de partes, etc. sobre las partes en conflicto. La búsqueda de soluciones por las propias partes, se nos presenta como un método real de superación de conflicto especialmente presente en el ámbito de las relaciones laborales, en el que se arrastra una dilatada experiencia que, sin duda, está sirviendo para evaluar la introducción del carácter obligatorio y preprocesal en otros órdenes jurisdiccionales, convirtiendo el laboral en un modelo exportable. Lo que, en el orden social, es un requisito consolidado, de favorables efectos en la obtención de soluciones al conflicto, empieza a convertir en una medida paliativa, que busca aminorar la constante y creciente judicialización del conflicto en todas las facetas de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la consiguiente sobrecarga del sistema judicial. Invitemos a buscar soluciones por nosotros mismos, cuando el sistema judicial no puede ofrecernos una rápida solución al conflicto.

VIGÉSIMO TERCERA Y ÚLTIMA CUESTIÓN

EyCE: *Por último y para cerrar este magnífico Foro de Debate, nos dirigimos al Director de la Revista de Estudios Jurídicos, nuestro colega y amigo Juan Manuel de Faramiñán, para que desde su experiencia como internacionalista, nos ilustre con algunas reflexiones en torno a la a Mediación como solución de controversias para la comunidad internacional del siglo XXI.*

Respuesta: Juan Manuel de Faramiñón Gilbert, Catedrático emérito de Derecho Internacional Público.

La sociedad del siglo XXI necesita reestablecer nuevos modelos, que apoyados en criterios clásicos puedan, sin embargo, adaptarse a las necesidades de la época. Si nos abocamos al análisis de la ciencia jurídica parece desprenderse la oportunidad de alcanzar el desarrollo de nuevos paradigmas. En este sentido, la convulsa comunidad internacional con sus polifacéticos conflictos, tanto simétricos como asimétricos, nos presenta un panorama de complejidad estructural donde la búsqueda de soluciones pacíficas resulta controvertida. El inmenso mosaico de conflictos enquistados,

por citar solo algunos ejemplos, como Israel-Palestina, Marruecos-Polisario, Federación de Rusia-Ucrania, Turquía-Armenia, Birmania-Rohinyás, se acrecienta con renovadas tensiones, propias de la guerra fría, entre los Estados Unidos y la Federación Rusa o los Estados Unidos y China. Los organismos internacionales y en particular la Organización de las Naciones Unidas intentan mediar con escasos resultados, probablemente porque su estructura administrativa se mantiene anquilosada en los presupuestos que le dieron vida a partir de la Segunda Guerra Mundial; y aún no ha sabido reciclarse ante las nuevas corrientes geopolíticas de la comunidad internacional, con un Consejo de Seguridad que podría ser muy útil en el cultivo de la paz y la seguridad internacionales si no fuese porque su composición adolece de un modelo de composición trasnochado.

Nos encontramos ante la perspectiva de crear un nuevo paradigma. Tal como señala Thomas Kuhn en su obra *La estructura de las revoluciones científicas*¹⁸ construir un nuevo paradigma implica una necesaria transformación de los criterios sobre los que se apoya el paradigma anterior, que comienzan a reflejar “un conjunto de anomalías”, es decir una serie de “problemas sin solución” que genera la crisis del modelo, que va propiciando el nacimiento y la proliferación de nuevos paradigmas que, posteriormente, mediante el consenso científico, se logran reducir en un solo y nuevo paradigma. Lo que para Kuhn son las transformaciones de “una ciencia normal” en “una ciencia revolucionaria” con la configuración de un nuevo paradigma, hasta que por agotamiento se vuelva a producir un nuevo ciclo.

Sus argumentos me sirven de apoyo para reflexionar sobre la crisis del paradigma actual en la que la resolución de las controversias por la vía pacífica presenta muchas lagunas y no se logran conjurar los motivos que engendran y mantienen una violencia estructural en la comunidad internacional. La teoría jurídica sobre la que se basa el Derecho internacional que encuentra sus fundamentos en la Carta de las Naciones Unidas, recoge en su capítulo sexto los planteamientos básicos para el arreglo pacífico de las controversias, cuando la continuación de las mismas sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El abanico de mecanismos propuestos se desenvuelve desde la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, hasta el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos (artículo 33). Es, en este marco, el Consejo de Seguridad quien posee la atribución para realizar recomendaciones cuando considere que la continuación de la controversia genera peligros para la paz y la seguridad internacionales y podrá intervenir, en aplicación del capítulo séptimo de la Carta y si lo entiende necesario podrá

hacerlo a través de medidas más contundentes que las reflejadas en el capítulo sexto. En esta línea se plantean dos momentos procedimentales, comenzando por la aplicación de medidas tales como la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, así como la ruptura de relaciones diplomáticas y, cuando estas medidas hayan demostrado su ineficacia podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (artículos 41 y 42).

No obstante, las disposiciones de los capítulos sexto y séptimo de la Carta no han resultado lo suficientemente efectivas en la resolución de los conflictos internacionales o al menos no han logrado pacificar a la comunidad internacional tal como se había previsto en el Preámbulo de la Carta el 26 de junio de 1945, la indicar que “nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”. Ha sido este “conjunto de anomalías”, en el decir de Kuhn, lo que nos induce a formular un nuevo paradigma que pueda “resolver las controversias no resueltas” lo que nos plantea la posibilidad (o necesidad) de una “revolución científica”, como sugiere el citado autor, con el fin de generar un nuevo paradigma que se haga hueco entre los paradigmas anteriores y predominantes, pero que se encuentran aquejados por una crisis de comportamiento. Puesto que, como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante un determinado tiempo han ofrecido modelos de problemas y soluciones a la comunidad científica”, sin embargo, ya se encuentran gastados y requieren nuevas fórmulas de conocimiento. Se trata de un momento histórico en el que se ha llegado a una situación de crisis del paradigma anterior dado que la sociedad se percata que existen aspectos que no resuelve o que los culmina de manera insuficiente, propiciando el nacimiento de un nuevo paradigma que busca generar nuevas herramientas metodológicas alrededor de las cuales se aglutina una nueva comunidad científica que comienza a identificarse con el nuevo paradigma.

Es aquí donde surge, a nuestro entender, un punto inflexión sobre los modos pacíficos de solución de controversias en el seno de la comunidad internacional. Si nos apoyamos en el clásico paradigma del artículo 33 de la Carta podemos diseccionar con espíritu quirúrgico los distintos modelos que se recogen y observar, en el comportamiento de lo que se ha dado en llamar la práctica de los Estados, en qué medida han resultado poco asertivos o infructuosos, con solo realizar un recorrido histórico sobre el contenido belicista del siglo XX y lo que continúa en el actual siglo XXI. No obstante,

dadas las variables y los movimientos alternativos que se presentan en la actualidad, cabría destacar a la mediación de entre las soluciones propuestas en el mencionado artículo de la Carta, que, por representar una categoría basada en el consenso, se adapta con mayor flexibilidad a la idiosincrasia de nuestro tiempo.

Los cambios que se están operando en la posmodernidad reflejan nuevos valores que se apoyan en modelos transnacionales en el que los comportamientos económicos y sociales se han globalizado y que reclaman concepciones globales para soluciones locales, lo que para Ulrich Beck serían los efectos de la “*glocalización*”,¹⁹ es decir, “pensar globalmente y actuar localmente”. En otras palabras, buscar modelos transnacionales que resuelvan problemas regionales y nacionales con la configuración de nuevos parámetros de justicia y resolución de conflictos. Cuando Jean-Francois Lyotard publica en 1979 su obra “*La condición posmoderna*”²⁰ se plantea la ruptura, con la pretensión de un progreso indefinido en el que se apoyaba la modernidad y propone la quiebra con la idea de la linealidad temporal. En la actualidad el concepto de postmodernidad ha ido evolucionando y se ha pasado a hablar de “modernidad líquida” basada en la sociedad del riesgo y apoyada en el fenómeno de la globalización.

En el marco de esta “modernidad líquida”, proteica e insegura, se hace necesario buscar nuevas fórmulas de encuentro y de solución de los conflictos, en la que se ponga en funcionamiento la estrategia de la imaginación. En esta línea, cabe señalar la propuesta elaborada en la Harvard Law School por el profesor Robert Fisher, en el *Harvard Negotiation Project*,²¹ con el fin de eliminar las tensiones entre los Estados y la búsqueda de soluciones negociadas en la que propone aplicar una técnica basada en facilitar reflexiones comunes entre las partes enfrentadas (“*facilitated joint brainstorming*”). Este modelo ha sido aplicado en el conflicto entre Ecuador y Perú logrando resolver un desacuerdo fronterizo y, también, en Oriente Próximo aplicando la original e imaginativa idea de *The Abraham Path Initiative* dentro del *Global Negotiation Project*. Indicando que en el conflicto palestino-israelí se encuentran enfrentados pueblos que irónicamente tienen un antepasado común, por lo que se propone una tormenta de ideas entre las partes sobre la incoherencia de un enfrentamiento que podría encontrar un punto de solución en el reconocimiento de la figura de Abraham como antepasado común; si bien, hay que reconocer que la tozudez de los seres humanos a veces no tiene límites, no obstante, cabe negociar y ejercitar la inteligencia.

Es este punto sobre el que deseo reflexionar en relación al modelo de la mediación como herramienta de aproximación entre las partes en

busca de la mejor solución, partiendo de la base de que lo importante es que todos ganen ni nadie pierda alcanzando soluciones equilibradas de intercambios compensatorios. En este sentido, en la actualidad se está generando una concienciación importante sobre la necesidad de llegar a soluciones negociadas, en la búsqueda de nuevas vías que ofrezcan una amplia gama de posibilidades a los Estados y a la ciudadanía con el fin de lograr unos resultados justos y eficaces a los conflictos. En esta línea de reflexiones el movimiento de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR), llamado también *Adequate Dispute Resolution* (ADR), abre una puerta sumamente interesante en la búsqueda de mecanismos a través de los cuales se intenten resolver los conflictos mediante medios no judiciales, de común acuerdo entre las partes, lo que resulta más rápido y más operativo. Este movimiento ha encontrado un apoyo importante en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2002 sobre la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre Mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación,

Al referirnos a las ventajas de la mediación, estamos rescatando un modelo de solución de conflictos autocompositivo, es decir *inter partes*, en las que las partes llegan a un acuerdo consensuado, frente a los modelos heterocompositivos que implican la participación de un tercero ajeno a la puja, o sea *supra partes*. En el primer caso, con la herramienta de la mediación, las partes acuerdan concesiones recíprocas y son ellas las que cierran el procedimiento, en el segundo caso, es el tercero el que determina la decisión final y las partes no deciden en el proceso.

Como se ha señalado en el Documento elaborado por la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (Fide) titulado “La mediación como sistema de resolución de conflictos del siglo XXI”: “a través de la mediación, siempre que se alcanza un compromiso entre los actores del conflicto, se obtiene la solución más eficaz de las posibles, puesto que son las partes quienes mejor conocen las posibilidades de solución y quienes más interesadas están en el provecho propio de la solución. Ellas son las que dedican su esfuerzo en el proceso de mediación para lograr lo que más les conviene y, por tanto, la solución más económica y provechosa tanto para ellas mismas como para el conjunto de la sociedad (a quién finalmente revierte la eficacia de sus sistemas)”.²²

Sin menoscabo de los otros medios alternativos de solución de controversias, nos inclinamos a considerar a la mediación como un instrumento elástico y adaptable a las nuevas circunstancias que imperan en la comunidad internacional en este primer cuarto de siglo y, por ello, nuestra propuesta va dirigida a generar una “cultura de la mediación”. Una cultura que sirva para fomentar el diálogo entre las partes enfrentadas y que sean ellas mismas quienes de común acuerdo alcancen las soluciones más apropiadas con un espíritu de colaboración y concordia; pues estas son las mejores cualidades con las que fomentar la paz y la seguridad internacionales.

En conclusión, nuestra propuesta es la de valorar a la mediación como unos de los modelos alternativos más eficaces en el marco de las nuevas tendencias a las que se inclina la comunidad internacional en el siglo XXI.

NOTAS

- 1 ALEX, R. (1997), *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, p. 34.
- 2 DÍAZ, E. (1966). *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, p. 24.
- 3 RECASENS, L. (1980), *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, p.132.
- 4 DÍEZ DE VELASCO, M. (2005), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 15ª ed., p. 896.
- 5 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2017), “Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, pp. 378-383.
- 6 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2019), “Trends and sources of international taxation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, pp. 438-441.
- 7 LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2016), “Spunti ricostruttivi del Diritto Internazionale Tributario”, *Diritto e pratica tributaria*, vol. 87, nº 2, pp. 433-437.
- 8 BARRENO ASENSIO, M. M. (2016), “Nuevos retos del arbitraje fiscal internacional”, *XVI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, p. 27- 33.
- 9 CARRIÓN MORILLO, D. (2020), “Aspectos básicos en materia de convenios para evitar la doble imposición internacional”, en LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (Dir.), *Bases de la fiscalidad internacional y de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, p. 76.
- 10 DE ASIS ROIG, R. (2005), *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, p. 50.
- 11 NINO, C. S. (2000), “Justicia”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (Eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, p. 461.
- 12 DE ASIS ROIG, R. (1995), *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, pp. 99-101.
- 13 KELSEN, H. (1993), *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, Porrúa, México, p. 107: “Que el hombre, sujeto a un orden moral o jurídico sea “libre”, significa que él es término final de una imputación posible sólo en base en ese orden normativo”.
- 14 MARQUEZ ALGARA, Mª G. (2004), *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, p. 43.
- 15 MARLOW, L. (1999), *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Granica, Barcelona, pp. 33-34: “Cuando hablamos sobre medios alternativos de resolución de disputas, normalmente estamos hablando sobre un procedimiento que se diseña

para llevar a las partes al mismo lugar, pero por una ruta diferente. No es el objetivo del viaje lo que se cuestiona, sino simplemente el camino que se tomará (los procedimientos que se emplearán) hasta llegar allí. Desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico adversarial ¿Cuál es el objetivo? Asegurar que se protegen los derechos legales de cada una de las partes y que obtengan un acuerdo que sea justo y equitativo...un mediador no está intentando llevar a la pareja al mismo lugar, está intentando llevarlos a uno muy diferente. Por consiguiente, no se le ocurrirá usar el mismo mapa de carreteras (procedimiento) ni juzgar los dos resultados con el mismo criterio”.

- 16 GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2000), “La mediación familiar: Panacea cuestionable”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 6, p. 29-44. En este artículo, el autor mantiene una posición crítica respecto a la mediación, cuestionando la mediación preceptiva u obligatoria, porque considera que estos métodos que obligan a la mediación antes de acudir al proceso judicial son absolutamente incompatibles con nuestra realidad constitucional.
- 17 <https://support.google.com/legal/answer/9792937>
- 18 KUHN, T. (1972 [1962]), *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México.
- 19 BECK, U. (2004), *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Ediciones Paidós Ibérica.
- 20 LYOTARD, J-F. (2006), *La condición posmoderna: Informe sobre el saber*, Teorema, Serie Mayor, Ed. Cátedra.
- 21 Program on Negotiation at Harvard Law School, Boston, <https://www.pon.harvard.edu/#:~:text=The%20Program%20on%20Negotiation>.
- 22 Fide presenta su propuesta: La mediación como modelo de solución de las controversias. 7 de abril de 2021. <https://thinkfide.com/fide-presenta-su-propuesta-la-mediacion-como-modelo-en-el-siglo-xxi-para-la-solucion>.