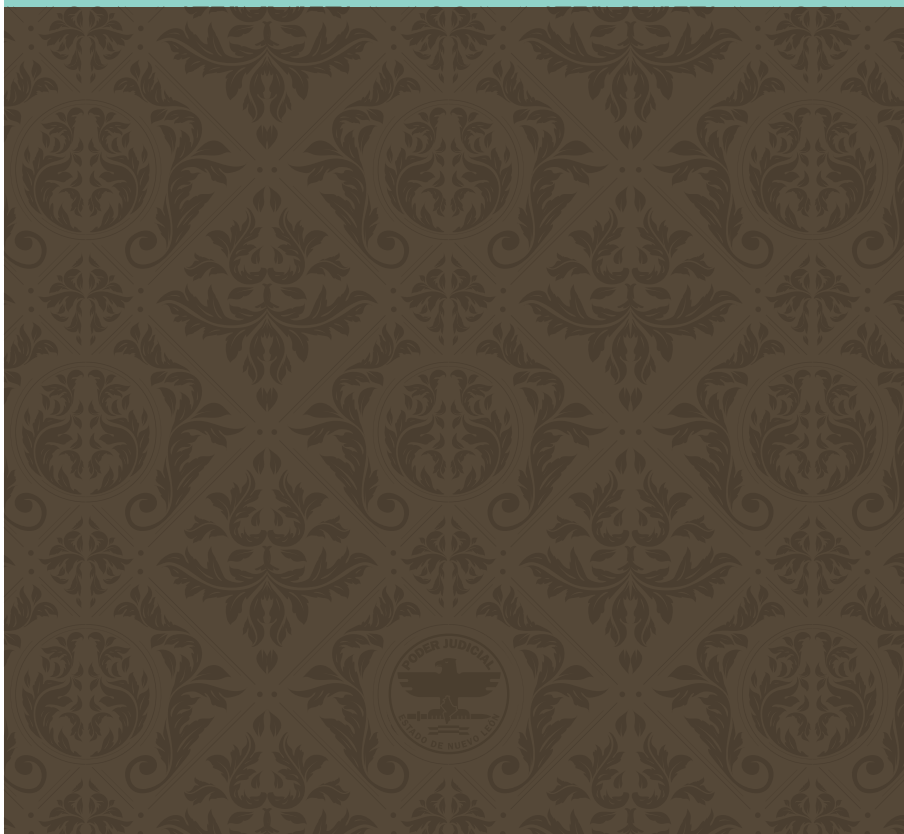


# Jurisdicción, ADR's y Derecho Civil

*Manuel Ángel de las Heras García*





# Jurisdicción, ADR's y Derecho Civil

*Manuel Ángel de las Heras García*



## COMITÉ CIENTÍFICO

### Director

Magistrado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez  
Presidente del Tribunal Superior de Justicia  
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

### Consejo editorial

Mtro. Hugo Alejandro Campos Cantú  
Consejero de la Judicatura del Estado de Nuevo León

### Coordinadores de edición y publicación

Lic. Alan Pabel Obando Salas  
Dra. Jaanay Sibaja Nava  
Lic. Joaquín Hernández Pérez

### Jefe de diseño

Lic. José Guillermo Charles González

## AGRADECIMIENTOS

A todos y cada uno de los integrantes del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante por el apoyo, sobradamente acreditado, que siempre me han trasladado teniendo contraído con ellos un débito de gratitud susceptible de secundar mi declaración concursal.

Al Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Nuevo León y, en particular, a la Dra. Jaanay Sibaja Nava.



Primera edición: Junio  
D.R. © Consejo de la Judicatura  
del Estado de Nuevo León  
15 de Mayo 423 Oriente  
Entre Escobedo y Emilio Carranza  
Zona Centro Monterrey,  
Nuevo León  
México, C.P. 64000  
ISBN 978-607-02-0377-7  
Impreso y hecho en México

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. Los trabajos publicados no expresan necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad del autor.

## *Manuel Ángel de las Heras García*

---

**P**rof. Dr. del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante (España). Estudió la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia cursando después el programa de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante y, con anterioridad a su actividad académica, ejerció la Abogacía (en la localidad de Cieza, Murcia) y luego la Judicatura (como juez en Molina de Segura y magistrado en Alicante) habiendo obtenido, entre otras distinciones, el Premio San Raimundo de Peñafort, en su XX edición, convocado por el I. Colegio de Abogados de Murcia merced a su estudio: “Lex artis, onus probandi y responsabilidad médica” (2005). Fue designado vocal de la Subcomisión VIII para la elaboración de una guía práctica sobre la nueva LEC (nombrado a tal efecto por la Audiencia Provincial de Alicante), miembro electo del claustro universitario, profesor-formador de la Escuela de Práctica Jurídica de Alicante, etc., habiendo impartido numerosas conferencias en congresos, seminarios, jornadas, talleres y cursos de carácter nacional e internacional.

Entre otros de sus trabajos figuran: “Respecto de la protección a los sujetos más débiles del grupo familiar frente a las agresiones sistemáticas de otros miembros del mismo” (1998); “Circulación con vehículo careciendo de seguro obligatorio” (1999); “Naturaleza de las medidas

cautelares de la LTCS” (2000); “Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv.” (2001); “Análisis de un supuesto contrato a la buena fe en el marco de una relación arrendaticia” (2002); “Recepción y naturaleza del llamado consentimiento informado del paciente” (Homenaje al Prof. Albaladejo, M., 2004); “Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios: el inacabado dilema competencial” (2006); “Menor edad, madurez e información en anticoncepción de emergencia” (2007), “El arriendo rústico” (2008), “Reclamaciones por mala praxis en Enfermería” (2009), “Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU” (2010) o su reciente contribución en la obra colectiva “Comentarios a la Ley del Registro Civil” (2012) sobresaliendo, en particular, su monografía “Estatuto ético-jurídico de la profesión médica” (dos tomos) basada en su previa memoria de tesis doctoral, dirigida por el Dr. Juan Roca Guillamón y evaluada con la máxima calificación.

Asimismo ha venido colaborando en determinadas publicaciones del Poder Judicial tanto español (p. e., con su estudio “Consideraciones relativas al principio de intermediación en la LEC/2000”, 2002) como mexicano (tal y como sucede con su ensayo “Ética, Poder Judicial y su responsabilidad en España”, 2008, o con hasta nueve voces en la obra “Diccionario Histórico Judicial de México”, 2010).

*Al Prof. D. Manuel Albaladejo García y a  
su excelstitud académica y humana,  
in memoriam.*

## *Índice*

### INTRODUCCIÓN

#### 1. UNAS NOTAS PREVIAS SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- 1.1. Titularidad de los derechos contemplados en el art. 24.1 de la CE
- 1.2. Sobre el contenido del art 24.1 de la CE

#### 2. ACERCA DE ALGUNOS FACTORES QUE INTENTAN DESPLAZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN PRO DE LOS LLAMADOS ADRs (MAR)

#### 3. INSTITUTOS DISTINTOS AL PROCESO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

##### 3.1. Arbitraje

- 3.1.1. Precedentes y normativa: Su discutida naturaleza
- 3.1.2. Concepto, presupuestos y efectos del convenio arbitral
- 3.1.3. De los árbitros
- 3.1.4. El laudo arbitral: Impugnación y ejecución

## 3.2. CONCILIACIÓN

- 3.2.1. Concepto, regulación y fundamento
- 3.2.2. Ámbito de aplicación, efectos e impugnación de lo convenido

## 3.3. MEDIACIÓN

- 3.3.1. Precedentes, regulación y concepto
- 3.3.2. Distinción de la mediación del resto de MAR
- 3.3.3. Ámbito de aplicación, clases y efectos de la solicitud de inicio (o convenio para la mediación)
- 3.3.4. Principios informadores de la mediación y rasgos caracterizadores.
- 3.3.5. De los mediadores
- 3.3.6. Acuerdo de mediación: Impugnación y ejecución

## 3.4. TRANSACCIÓN

- 3.4.1. Precedentes, concepto, naturaleza y elementos
- 3.4.2. Tipos, eficacia e impugnación

## 4. LA IMPOSICIÓN DE TASAS EN EL ORDEN CIVIL COMO REQUISITO DISUASORIO PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN

## 5. CONCLUSIÓN

## 6. FUENTES



## INTRODUCCIÓN

**A** sí como el Estado faculta a los ciudadanos para que dispongan – por regla general – de sus derechos materiales, también permite que las eventuales controversias intersubjetivas puedan llegar a componerse a través de diversas vías establecidas al efecto constituyendo la más común, al menos todavía, la jurisdiccional – fórmula heterocompositiva por excelencia –.

El tribunal como órgano del poder estatal que interviene y ejerce jurisdicción<sup>1</sup> (única *vis* registrada en el ordenamiento jurídico contemporáneo) resulta ser, en pura teoría, un tercero neutral desprovisto de todo interés en los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión (previa incoación del pertinente proceso) que solventa la contienda de intereses suscitada merced al dictado y, en su caso, ulterior ejecución de la resolución que proceda

---

<sup>1</sup> Función única – pese a actuar en diversos ámbitos – y específica del Estado por la que el Poder Judicial satisface pretensiones diciendo el derecho y ejecutando lo dicho, vid. GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil...*, pgs. 93 a 96; también MONTERO, J. *Derecho jurisdiccional I...*, pgs. 113 y 114, constituyendo la función jurisdiccional la última garantía última de la tutela de los derechos, teniendo que hallar los ciudadanos en los tribunales de justicia la garantía de que sus derechos jurídicamente reconocidos «se respetan efectivamente en la práctica».

conforme a Derecho<sup>2</sup>. De ahí que el proceso equivalga a una simple herramienta – aunque, sin duda, la más notable – para satisfacer pretensiones<sup>3</sup> representando

<sup>2</sup> En este sentido los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) que se limitan, en esencia, a reiterar lo previsto en el art. 117 de la Constitución Española de 1978 (CE): “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley... 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes... 6. Se prohíben los tribunales de excepción”. Bajo el propio ángulo, art. 13, párrs. 2.º y 3.º, art. 17 y art. 94 de la Constitución Política de los EE.UU. Mexicanos de 1917 (CPEUM) que, respectivamente, disponen: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales...”; “ Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial... Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones” y “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito”.

<sup>3</sup> GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil...*, pg. 35, elaboran tal concepción sobre una base sociológica y normativa del proceso, la cual se debe entender en su significación estrictamente jurídica, de manera que la satisfacción implica «recoger, examinar y decidir por el poder público» la queja del reclamante, actuándola o denegándola según parezca o no fundada; mientras que la pretensión equivale a la «reclamación formalmente dirigida por un miembro de

aquella forma jurídicamente regulada en virtud de la cual el Estado protege el ordenamiento a través de diferentes tipos procesales siendo, en concreto, el civil la institución jurídica encargada de satisfacer públicamente aquellas que, en atención a la materia, pertenezcan al sistema jurídico privado o, en su defecto, no estén adscritas a ningún otro orden jurisdiccional<sup>4</sup>.

El proceso civil es, por tanto, aquel instrumento que tiende a conservar y actuar el Derecho de tal naturaleza

---

la comunidad frente a otro ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerla; derivando de ella los tres ejes nucleares de la ordenación procesal: «todo proceso exige una pretensión, toda pretensión lleva consigo un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto de la correspondiente pretensión».

<sup>4</sup> Desprendiéndose tal supletoriedad material y procesal del art. 4.3 de nuestro Código Civil (CC): “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”, en relación con el art. 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) que establece: “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley”; vid. GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil...*, pg. 48, y si la eficacia jurídico-material directa del proceso es excepcional, pgs. 571 a 573, no sucede así con su eficacia jurídico-material indirecta o refleja que repercute en las situaciones jurídico-materiales ajenas. No obstante, al margen de los efectos derivados de la sentencia que ponga fin al proceso, podemos señalar que hasta una simple demanda, sea o no fundada, provoca efectos de Derecho material desde su admisión sobresaliendo, entre otros, la interrupción de la prescripción extintiva, la obligación de abono de intereses no pactados o los efectos frente a terceros si la demanda ha sido preventivamente anotada en el Registro de la Propiedad.

declarando, ejecutando y asegurando las heterogéneas relaciones jurídicas y derechos subjetivos de carácter privado. Esto es, emerge como soporte accesorio al ser medio para la consumación de la tutela estatal del ordenamiento jurídico civil<sup>5</sup> y, en aras de sortear la posible

<sup>5</sup> Siendo el proceso un «conjunto de actividades, reguladas por el derecho (procesal), que tratan de alcanzar un determinado fin... la guarda y actuación de la voluntad de la ley mediante la función jurisdiccional», GÓMEZ, E. *Derecho procesal civil...*, pgs. 1 a 4; disociando más adelante, pg. 14, los términos «proceso» y «procedimiento» si se repara en que «un solo procedimiento judicial puede contener varios procesos» (como sucede en los casos de reconvencción o acumulación de acciones o de autos) e, inversamente, «no siempre que hay un procedimiento judicial existe proceso» (actos de jurisdicción voluntaria), además, hay «procedimientos realizados en función de un proceso, sin pertenecer propiamente a este» (conciliación o diligencias preliminares). Por su parte, ESCRICHE, J. *Diccionario razonado de...* pg. 261, identifica el proceso con aquella «serie de las actuaciones judiciales» que constituyen el método con que se procede en juicio, siendo este último – conforme a su acepción principal – la «legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante juez competente que la dirige y determina con su decisión o sentencia definitivas»: *Legítima rei controversiae apud iudicem inter litigantes tractatio, seu disceptatio, et dijudicatio*. MONTERO, J. *Derecho jurisdiccional I...*, pgs. 304 y 305, distingue que el término «procedimiento» no es exclusivo del ámbito judicial, se refiere a forma y existe en cualquier actividad jurídica, mientras que el vocablo «proceso» es característico y único de la actuación jurisdiccional, de ahí que la función jurisdiccional se ejerza solo mediante el proceso – «sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional» –; en análoga dirección DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho...* pgs. 187 a 193, subraya que el proceso representa un concepto

vulneración de los distintos derechos y deberes que son introducidos por el derecho objetivo, se prevén una serie de medidas protectoras dirigidas a evitar su desconocimiento o, en otro caso, reprimir su infracción (proscrita como está, en líneas generales, la autotutela – *Selbsthilfe* – o defensa privada de los derechos)<sup>6</sup> tolerándose, en ocasiones, que los propios interesados incorporen otras con análoga

jurídico autónomo expreso de «una serie o sucesión de actos, jurídicamente previstos y regulados, mediante los cuales se ejerce la función jurisdiccional, hasta decir y eventualmente hacer el Derecho en casos concretos», hallándose superadas las tesis de proceso como contrato o cuasicontrato (defendida por WLASSAK), como relación jurídica (BÜLLOW, KOHLER y HELLWIG) y como situación jurídica (GOLDSCHMIDT).

<sup>6</sup> De modo expreso dispone el párr. 1.º del art. 17 de la CPEUM: «Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho...», lo cual parece obviarse por los denominados grupos de autodefensas actuantes en el estado de Michoacán (México) que vienen operando, en particular, en la región conocida como tierra caliente, tal y como se revela en [mexico.cnn.com/nacional](http://mexico.cnn.com/nacional) > el desarme de autodefensas en Michoacán causa un primer enfrentamiento, de 14 de enero de 2014, tales grupos de autodefensa «surgieron en enero de 2013 en Michoacán y Guerrero, en respuesta a lo que ellos llaman la inacción de las autoridades en contra del crimen organizado en la región». No obstante, se ha llegado a calificar a la jurisdicción de garantía secundaria, cuya función esencial es avalar la «justiciabilidad» de las infracciones de los derechos, bien eliminando o aminorando el daño ocasionado, bien intimidando y sancionando a los responsables, manteniéndose que la jurisdicción «no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias», vid. TARUFFO, M. *Leyendo a Ferrajoli...*, pg. 384.

finalidad (como suele ser el establecimiento de garantías personales o reales – *ad exemplum*, las relativas al derecho de crédito: cláusula penal, fianza, arras, hipoteca, prenda, etc. – o, incluso, los excepcionales supuestos de legítima defensa o estado de necesidad tipificados para la esfera penal)<sup>7</sup>, de tal suerte que los mentados recursos defensivos pueden ser judiciales o extrajudiciales.

Como también es sabido, y desde una perspectiva sustancial, el medio judicial por el cual una persona puede lograr el reconocimiento, satisfacción y sanción de un derecho subjetivo previamente reconocido por el ordenamiento es la acción – *actio* – o, en palabras del profesor ALBALADEJO, «poder que tiene la persona para promover un proceso ante los Tribunales de Justicia en reclamación de la protección para lo que cree su derecho»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Eximientes recogidas en los núms. 4.º y 5.º del Código Penal (CP) español que reza: “Están exentos de responsabilidad criminal...”; en la propia dirección los ordinales IV y V del art. 15 CP federal de los EE.UU. Mexicanos que se inicia con la fórmula: “El delito se excluye cuando...”.

<sup>8</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho civil I...*, pgs. 436 y 437; recordando TORRENT, A. *Diccionario de Derecho...*, pg. 20, que si en el derecho moderno el concepto de acción está íntimamente relacionado con el de derecho subjetivo (pues lo esencial es que el ordenamiento reconozca derechos y «... lo secundario la acción que los protege que no es sino consecuencia del reconocimiento de los derechos»), en Roma cada una de las acciones del *ius civile* tutelaba un concreto derecho «... y si no había acción aquel derecho quedaba desprotegido» lo que podría fundamentar la tesis de un *ius romanum* solo en «clave procesal fundamentalista, que fue desbaratada por la *in iudicio praeatoria* que por la vía de conceder nuevas acciones

No obstante, el proceso civil se concibe desde la antigüedad como cosa de las partes – o *Sache der Parteien* – al quedar, dentro de ciertos límites, a su disposición<sup>9</sup>, existiendo otros institutos encauzados a la consecución de la paz jurídica diferentes al proceso dirigidos, precisamente, a evitarlo y que encarnan, según el criterio mayoritario, modelos alternativos para intentar remediar las heterogéneas controversias interpersonales constituyendo, en realidad, potestativas opciones desconflictivas o de pacificación social iniciadas, al menos, a virtud de un pacto o contrato previo<sup>10</sup> que, aún no resultando novedosas,

*útiles...*, fue adecuando el ordenamiento a las nuevas exigencias requeridas por el aumento creciente de relaciones no previstas en el *ius civile*.

<sup>9</sup> Por todos, art. 19.1 de la LEC: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero...”. Véanse también los casos de caducidad procesal contenidos en los arts. 373 y ss., del Código Federal de Procedimientos Civiles de los EE.UU. Mexicanos – en adelante CFPC –.

<sup>10</sup> Así, art. 1254 del CC español o arts. 1792 y 1793 del CC federal mexicano. Para ALBALADEJO la regla es que el contrato consista solo en un acuerdo de voluntades, siendo el negocio jurídico que abarca las declaraciones de voluntad concordes de los contratantes; asimismo, el término pacto equivale hoy, con independencia de su sentido histórico, a aquella estipulación secundaria añadida al «acuerdo básico constitutivo de un contrato... Lo que es tanto como decir que el contrato es el conjunto, y, dentro de él, los pactos son sus cláusulas o singulares estipulaciones», ALBALADEJO, M. *Derecho civil II...*, pg. 366.

diversos factores han contribuido a que hayan adquirido ahora un mayor e inusitado protagonismo en España. Pero vayamos por partes.

## 1. UNAS NOTAS PREVIAS SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El art. 24 de la CE sigue la estela dejada por otros textos fundamentales europeos de mediados del siglo XX (art. 24 de la Carta Magna italiana de 1947 o art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn) y, en particular, por los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 – (CEDH)<sup>11</sup> –, simbolizando uno de los preceptos más ineluctables de

<sup>11</sup> Se rubrica el art. 6 «Derecho a un proceso equitativo» a cuyo tenor: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...”, ocupándose en sus ordinales 2 y 3 de las garantías a observar en el proceso penal. Por su parte, el art. 13 se intitula «Derecho a un recurso efectivo» y, en la propia línea, cabe citar los arts. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH); art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP) o, más recientemente, arts. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 y recogida en el art. 2 de la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que España ratifica el Tratado de Lisboa (que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea).

nuestra *norma normanorum* al disponer:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión<sup>12</sup>.”

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos<sup>13</sup>”.

<sup>12</sup> En parecidos términos se pronuncia el art. 7.3 de la LOPJ: “Los juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (...)”.

<sup>13</sup> En similar sintonía cabría citar el art. 2.A.VIII, art. 17, párr. 2.º y los ordinales II, III, VII y IX del art. 20.A de la CPEUM, si bien este último precepto se circunscribe, en exclusiva, a la esfera penal al versar de las garantías del inculpado. Como apunta PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pg. 417, el art. 24 de la CE constituye «la norma de cabecera de todo el derecho procesal español (...)». Todas las normas procesales son, en consecuencia, desarrollo del art. 24

Recoge, en primer lugar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho a la justicia o derecho a la jurisdicción entendido como aquel que habilita acceder a los tribunales para obtener un pronunciamiento sobre la pretensión formulada – necesidad innata a la noción misma de Estado de Derecho –, resultando ser de configuración legal y de complejo carácter<sup>14</sup> al integrarse por un conglomerado de derechos y garantías procesales del cual germina el interruptor que conecta a los ciudadanos con el Poder Judicial<sup>15</sup>, viabilizando que cualquier persona pueda impetrar el auxilio jurisdiccional en aras a obtener la protección y satisfacción debidas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos con observancia de los valores constitucionales, los principios de legalidad e igualdad y, sobre todo, de los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma CE almacena en la sección 1.ª, capítulo II de su título I (arts. 15 al 29, además de la somera referencia dedicada a la objeción de conciencia en su art. 30.2).

CE».

<sup>14</sup> En torno a su concreta y discutida naturaleza, p. e. consultar a CÁMARA, G. *El derecho a...*, pgs. 271 y 272, para el cual es derecho instrumental y, a la vez, con sustantividad propia que participa tanto de los derechos de libertad como de prestación; sin embargo, para PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pgs. 416 y 417, solo se trataría de un derecho de prestación conforme con el FJ 4.º de la STC 99/1985.

<sup>15</sup> Tít. VI CE (arts. 117 a 127) o, para los EE.UU. Mexicanos, Cap. IV, Tít. III de la CPEUM (arts. 94 a 107).

A través de su abundante y casuística doctrina<sup>16</sup> nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha acrecentado de manera notable el alcance inicial de tal norma, aunque enredándola también de modo significativo por reputar que su primer ordinal abarca una serie de derechos a una determinada actuación de los juzgadores (p.e. derecho a que se puedan subsanar posibles defectos formales de las partes o a la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto suscitado) y, paralelamente, al entender que ciertas garantías de su segundo ordinal no son exclusivas del proceso penal sino extensibles a los del resto de órdenes jurisdiccionales.

De ahí que no extrañe que el art. 24 de la CE sea, con mucha distancia, el precepto más invocado en el marco de los derechos fundamentales por la inmensa generalidad de los agentes jurídicos.

Baste apuntar que en el año 2012 ingresaron en el Registro General del TC (Tribunal Constitucional) hasta 7.294 asuntos jurisdiccionales, esto es, 102 asuntos más que en 2011, incremento que rompe la tendencia a la baja observada en el año precedente (pues en 2009 el TC alcanzó el máximo histórico con 10.848 asuntos de nuevo ingreso, reduciéndose a 9.041 en 2010 y a 7.192 en 2011). En su *Memoria 2012* el TC advierte que el tenue aumento

<sup>16</sup> No debiéndose obviar el trascendental art. 5.1 de la LOPJ: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, ahí es nada.

experimentado (apenas un 1.41%) obedeció al ascenso de demandas de amparo constitucional – formulándose 107 recursos de amparo más que en 2011 – dado que la presentación de escritos de incoación de los restantes tipos de procesos constitucionales se redujo ligeramente, manteniéndose así la tradicional preponderancia de los recursos de amparo (7.205 fueron deducidos, siendo representativos del 98.77% de los asuntos ingresados), sucediendo que hasta en 5.964 se interesaba el amparo para una o varias de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 de la CE, por tanto, estos derechos fueron invocados en el 82.77% de las demandas (seguido a gran distancia por el principio de igualdad – art. 14 de la CE – que solo fue invocado en 1.068 casos, o sea, aproximadamente un 14.82% de los recursos de amparo interpuestos). Ubicándonos en el marco del art. 24 de la CE, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) se alegó en 5.564 de las demandas formuladas (77.22% de los recursos de amparo) y de las garantías procesales del art. 24.2 de la CE sobresalió – por la asiduidad de su inusuación – el derecho a la presunción de inocencia (motivando los amparos en 884 ocasiones, esto es, el 12.26% de los recursos planteados) seguido de lejos por el derecho a un proceso con todas las garantías (6.89% del total), el derecho a la prueba pertinente para la defensa (6.27% del total) y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (1.44%)<sup>17</sup>; desvelando tales datos la perseverante invocación – a veces inconsiderada – del mentado precepto.

<sup>17</sup> Véase dentro de la *Memoria 2012*, la letra A (*La demanda de justicia constitucional*) del n.º 1 (*Datos generales*) de su apdo. IV (*Actividad jurisdiccional*), pgs. 18 a 21.

Con relación a 2013 ingresaron en el Registro del TC hasta 7.573 asuntos (o sea, 279 más que en el año anterior) con el habitual predominio de los recursos de amparo (97.39% de asuntos de nuevo ingreso) solicitándose en 5.914 de ellos el amparo de una o varias de las garantías procesales recogidas en el art. 24 de la CE (lo que equivale a que constituyeron fundamentalmente el 80.18% de los recursos deducidos), siendo invocado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) hasta en 5.421 de las demandas presentadas (representativo de un porcentaje del 73.49% de las ocasiones)<sup>18</sup>.

Puesto que verificaremos ahora una somera referencia solo al primer dígito del referido art. 24 no sobra aclarar que las garantías previstas en su segundo ordinal resultan ser comunes a cualquier tipo procesal: derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (o sea, a un juzgador imparcial fijado por ley y no establecido *ad hoc* para el caso concreto a fin de precaver cualquier hipotética manipulación del pleito)<sup>19</sup>, posibilidad de ser defendido y asistido por letrado (al objeto de asegurar la interdicción de indefensión, así como cierta equivalencia de armas *inter partes* sin atender a su capacidad económica merced al beneficio de justicia gratuita), el derecho a un proceso público (art. 120.1 de la CE y art. 138 de la LEC)<sup>20</sup>, la

<sup>18</sup> Vid. *Memoria 2013*, pgs. 37 a 39.

<sup>19</sup> Reprochando DIEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos...*, pg. 373, la ambigüedad relativa a que el TC haya expresado que el cumplimiento de las normas de reparto de asuntos judiciales no sea susceptible de ser resguardado a través del recurso de amparo.

<sup>20</sup> Que, respectivamente, disponen: “1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de

relativa a un proceso sin dilaciones indebidas (que, de modo sucinto, aludiremos más adelante), el derecho a un proceso con todas las garantías (emergiendo, en esencia, la neutralidad debida del órgano jurisdiccional) y el de utilizar los medios de prueba pertinentes resultando, en cambio, específicas del proceso penal — y, con ciertas reservas, del procedimiento administrativo sancionador —<sup>21</sup> las garantías

procedimiento... — art. 120 de la CE —; y tratándose del art. 138 de la LEC: “1. Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública. 2. Las actuaciones (...) podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario...”. En similar dirección el párr. 4.º del art. 94 de la CPEUM: “En los términos que la ley disponga las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público...”.

Así, la STC n.º 142/2009, de 15 junio, Sala 1.ª, CASAS BAAMONDE, con cita de numerosas resoluciones, tiene declarado en su FJ 4.º que, desde la STC n.º 18/1981, «(...) al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración le son de aplicación las garantías procedimentales previstas en el art. 24.2 de la CE, si bien no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la CE (...). En concreto, se ha reconocido que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera

<sup>21</sup>



de información previa de la acusación formulada – por virtud del principio acusatorio –, no declarar contra sí mismo y no declararse culpable, la *presumptio iuris tantum* de inocencia y; por último, la referida a no quedar obligado a declarar si concurre parentesco o secreto profesional<sup>22</sup>, hallando esta última cierto reconocimiento en el proceso civil con base en los arts. 367.1.2 (que versa sobre «Preguntas generales al testigo») y 371 (intitulado «Testigos con deber de guardar secreto») de la LEC<sup>23</sup>.

1.1. Titularidad de los derechos contemplados en el art. 24.1 de la CE

Resulta pacífico que, partiendo de una interpretación gramatical<sup>24</sup>, los titulares de los derechos reconocidos en el precepto que nos ocupa son todas las personas españolas o extranjeras, físicas o jurídicas, ya sean estas últimas particulares o, incluso, públicas si tienen reconocida previa capacidad procesal<sup>25</sup>, así como cualquier otra entidad a la

---

sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes ente el orden penal y el administrativo sancionador (...)».

<sup>22</sup> Por todos DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho...*, pgs. 153 a 163; PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pgs. 425 a 439; y Díez-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos...*, pgs. 369 a 384, con cita de copiosa doctrina constitucional.

<sup>23</sup> En la propia línea, art. 90 del CFPC.

<sup>24</sup> Elemento literal de toda *interpretatio legis* y al primero que acudir, de consuno con el art. 3.1 del CC: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (...)».

<sup>25</sup> STC 26/2008, de 11 de febrero, Sala 2.ª, CONDE MARTÍN DE HIJAS, FJ 4.º: «Este Tribunal tiene declarado en la STC 175/2001,

cual el ordenamiento atribuya capacidad para ser parte (véase art. 6.1 de la LEC, idea reiterada en el art. 4 de la LOP)<sup>26</sup>, llegándose a mantener que si la tutela judicial efectiva no fuese, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, un derecho universal el ordenamiento jurídico estatal sería un sistema incompleto y «el Estado no podría pretender la titularidad del monopolio de la coacción física legítima»<sup>27</sup>.

Igualmente queda comprendido en su marco el *nasciturus*, pero a través de su representación legal, pese a no ser persona en sentido jurídico en cuanto a la importante previsión contenida en el art. 29 del CC<sup>28</sup>. Al respecto, debe enfatizarse que la nueva redacción dada al art. 30 del CC – a virtud de la Disposición Final 3.ª de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil

---

de 26 de julio, que “las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso”, aunque “esta vertiente del art. 24.1 CE solo tutela a las personas públicas frente a los jueces y tribunales, no en relación con el legislador (...)».

<sup>26</sup> “La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes”.

<sup>27</sup> PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pg. 415.

<sup>28</sup> Disponiendo el art. 29 del CC: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. En similar dirección el art. 22 de la CPEUM: “(...) desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.

(LRC)<sup>29</sup> – se inclina sin tapujos por la tesis respaldada desde hace casi cuatro lustros por ALBALADEJO en contra de cierto sector doctrinal y de la propia Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN)<sup>30</sup>, *de facto*, en conexión sobre este último extremo se pronuncian de manera expresa los arts. 6.1.2 y 7.3 de la LEC relativos a la capacidad para ser parte y comparecencia en juicio del concebido y no nacido<sup>31</sup>.

Valga subrayar que, en lo relativo a la inclusión de todas las personas naturales en el mentado precepto constitucional, el TC ha comprendido en el mismo tanto a ciudadanos como a extranjeros, e incluso, aunque estos

<sup>29</sup> Viniendo a expresar ahora: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno” derogándose, por tanto, los vetustos requisitos relativos a tener figura humana y sobrevivir 24 horas desprendido del seno materno.

<sup>30</sup> Teoría iniciada a partir de 1997, ALBALADEJO, M. “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, *Revista de Derecho...*, pgs. 166-191; *vid.* el estudio del art. 4 de la LRC llevado a cabo por ROCA, J. y DE LAS HERAS, M. A. “Art. 4, Hechos y actos inscribibles”, en COBACHO, J. A. y LEGIÑENA, A. (dirs.). *Comentarios a la...*, pgs. 125 y 126, más detalladamente en esta propia obra colectiva puede consultarse el lúcido y relevante análisis de la referida DF 3.<sup>a</sup> de la LRC verificado por el profesor ROCA, J., pgs. 1567 a 1577.

<sup>31</sup> Art. 6.1.2.º de la LEC reiterando, en parte, el contenido del art. 29 del CC: “1.º Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: ... 2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables”; y art. 7.3 de la LEC: “Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido”.

residan irregularmente en España (ostentando, por ende, derecho a la asistencia jurídica gratuita por carecer de recursos económicos para litigar – art. 119 CE –, ya que la nacionalidad no puede justificar una diferente atribución de la tutela judicial efectiva sin indefensión)<sup>32</sup>.

De ahí que venga a disponer el art. 20.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que: “Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva” y, en aras a lograr su efectividad, su art. 22.1 reconoce ahora a todos los extranjeros que se hallen en nuestro país, al margen de su situación administrativa, el “... derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles”<sup>33</sup>

<sup>32</sup> STC n.º 95/2003, de 22 mayo, Pleno, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, previa impugnación por el Defensor del Pueblo del inciso “(...) que residan legalmente en España” del art. 2, letra a), de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) que excluía de tal asistencia a los extranjeros que se hallaran en España de forma ilegal, salvo en lo concerniente al orden jurisdiccional penal y en lo referido al derecho de asilo. El TC aún contando con un voto particular y contrario, declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el término “legalmente” del referido precepto.

<sup>33</sup> Reconociendo también el art. 22.2 el derecho a la asistencia letrada “... en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos

suprimándose, por inconstitucional, el anterior requisito, referido a ostentar la condición de extranjero residente para el reconocimiento de tal derecho<sup>34</sup>.

En el ámbito del Derecho de Familia se admiten como parte en el proceso de adopción a quienes temporalmente hayan acogido a los menores por resultar portadores de un interés legítimo. Razona la STC n.º 124/2002, de 20 de mayo, Sala 2.ª, CONDE MARTÍN DE HIJAS<sup>35</sup> que,

económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita”.  
 Vid. STC n.º 236/2007, de 7 de noviembre, Pleno, CASAS BAAMONDE que vino a provocar la nueva dición del precepto por L.O. 2/2009, de 11 de diciembre. De consumo con su FJ 13.º, dilucida dicha STC que el anterior requisito de residencia resultaba «contrario al art. 119 de la CE en relación con el art. 24.1 de la CE, así como a los arts. 2 y 10.1 de la CE, al art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» porque limita un derecho prestacional y de configuración legal integrante del contenido esencial del derecho a la tutela judicial e impide acceder a la jurisdicción a aquellos extranjeros no residentes sin recursos para litigar.

<sup>35</sup> Tras señalar en su FJ 4.º que los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción «... dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, F. 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían «*ex lege*» las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que

atendiendo a la condición de acogedores preadoptivos de los actores y al objeto del procedimiento en el cual se ventila la oposición tanto a la declaración de desamparo como a la formalización judicial del acogimiento preadoptivo, cabe apreciar en aquellos un evidente interés legítimo a fin de que se personen y sean oídos dado que la decisión judicial que recaiga y, por tanto, el mantenimiento y confirmación judicial del acogimiento preadoptivo – o su revocación – afecta a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida, y podrían instar la adopción de los menores y, de revocarse, se anularía tal acogimiento familiar viéndose frustrada aquella expectativa; por ende, «(...) siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propio y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo» (FJ 6º). En la misma dirección se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Valencia n.º 197/2002, de 11 octubre, Secc. 10.ª, PASTOR ALCROY por previa denegación de audiencia a los abuelos acogedores (FJ 2)<sup>36</sup>.

\_\_\_\_\_ ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor».

<sup>36</sup> Sobre la materia merecen destacarse los recientes e interesantes trabajos de RAMOS, A. “La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas”, en MORENO, J. A. (coord.). *La responsabilidad civil...*, pgs. 383 a 407, y del propio profesor MORENO, J. A. “Resarcimiento de los perjuicios de los familiares del lesionado y su consideración por las distintas jurisdicciones”, en MORENO, J. A. (coord.). *La responsabilidad civil...*, pgs. 295 a 329.

Asimismo se ha declarado inconstitucional el primer párr. del art. 136 del CC que impedía impugnar la paternidad al marido que conociere no ser progenitor biológico del hijo inscrito como suyo, transcurrido el año prevenido legalmente en que tuviera lugar la inscripción de filiación en el Registro Civil (RC), por tolerar el precepto que tal plazo anual para ejercitar la correspondiente acción de impugnación de la paternidad matrimonial se computase aunque el marido ignorase «(...) no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil»<sup>37</sup>, lo cual equivaldría a una infundada limitación del art. 24.1 de la CE, precepto que impone una interpretación extensa y permisiva en aras a deducir aquella pretensión.

<sup>37</sup> STC n.º 138/2005, de 26 mayo, Pleno, ZAPATA PÉREZ, tras formular pertinente cuestión de inconstitucionalidad el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 17 de Madrid, al establecer la norma como *altes a quo* para computar el plazo anual – durante el cual el marido puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial – la fecha en que se produce la inscripción de la filiación en el RC, siempre y cuando conociere el nacimiento del hijo. En su FJ 4.º, *in fine*, el TC reputa – contando con dos votos dispares – que el art. 136 del CC «cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial...». Bajo el mismo ángulo se pronuncia la STC n.º 156/2005, de 9 junio, Pleno, GARCÍA-CALVO Y MONTEIL – contando asimismo con dos votos particulares –. Véase también FEMENÍA, P. J. “Daños por violación de la intimidad en las relaciones paternofiliales”, en MORENO, J. A. (coord.). *La responsabilidad civil...*, pgs. 195 a 235.

De otra parte, a los solos efectos estadísticos, se advierte de la referida *Memoria 2012* del TC que los recursos de amparo en dicha anualidad fueron, en su inmensa mayoría, deducidos por sujetos particulares (7.121 del total de 7.205 recursos de nuevo ingreso), en concreto, 6.318 asuntos fueron promovidos por personas físicas y 803 por personas jurídicas de naturaleza privada; mientras que solo los 84 restantes se suscitaron por órganos o entidades de Derecho público subrayándose que ni el Ministerio Fiscal ni el Defensor del Pueblo interpusieron demandas de amparo constitucional en dicho año<sup>38</sup>. Similar dirección se advierte en la *Memoria 2013* del supremo intérprete de nuestra Carta Magna ya que, de las 7.376 demandas de amparo presentadas, 7.037 fueron interpuestas por sujetos particulares (6.349 por personas físicas y 688 por personas jurídicas), formulando tan solo 334 de los recursos de amparo ingresados los entes públicos y apenas 5 el Ministerio Fiscal.

## 1.2. Sobre el contenido del art. 24.1 de la CE

Recoge el precepto, en primer lugar, el libre acceso a la justicia, o sea, a los órganos jurisdiccionales previa formulación de una pretensión para obtener de ellos un pronunciamiento o, en reiteradas palabras del TC, «el primer contenido en un orden lógico y cronológico del derecho... que reconoce el art. 24.1 de la CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial

<sup>38</sup> *Memoria 2012*, pgs. 19.

sobre las pretensiones deducidas» (párr. 2.º, FJ 5.º de la ya referida STC n.º 26/2008, de 11 de febrero). Este derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión abarca, principal y telegráficamente, las siguientes manifestaciones:

A) El principio *pro actione* o principio favorable a la acción, al proceso o, si se prefiere, al primer pronunciamiento sobre el fondo<sup>39</sup> que conduce a una interpretación usual y extensiva de la legitimación en orden a facilitar acceder al proceso proscribiendo el rigorismo judicial a la hora de in admitir pretensiones. En efecto, como antes aludimos, la doctrina del TC ha impuesto a los órganos judiciales el deber de interpretar amplia y favorablemente las reglas legales para permitir acceder a la jurisdicción a cualquier persona que alegue un interés legítimo sin ser preciso que reclame la titularidad de ningún derecho, ni siquiera que este venga referido a un específico contenido patrimonial, esto es, basta aducir la simple titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por quien ejercite la pretensión. De ahí que los tribunales queden obligados a posibilitar el libre acceso de las partes al proceso por cuanto un análisis restrictivo de tal legitimación que funde el rechazo de la acción será susceptible de vulnerar este art. 24.1 de la CE; por todas, STC n.º 321/2006, de 20 noviembre, Sala 1.ª, PÉREZ TREMPES (FJ 2.º, *in fine*),<sup>40</sup>

<sup>39</sup> DE LA OLLIVA, A. *et al. Curso de Derecho...*, pg. 147.

<sup>40</sup> «(...) debe concluirse que resulta contraria a las exigencias impuestas por el principio *pro actione*, como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), la interpretación y aplicación que (...) se ha realizado en las resoluciones judiciales para concluir la existencia del óbice procesal de extemporaneidad y dejar impreguzgado el fondo de la impugnación de una resolución

STC n.º 330/2006, de 20 noviembre, Sala 1.ª, ARAGÓN REYES (FJ 2.º)<sup>41</sup> y las que citan o, más recientemente,

expresa de la administración».

<sup>41</sup> Que, tras admitir que la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria cuya resolución compete exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad conferida por el art. 117.3 de la CE, viene a declarar que «(...) a este Tribunal le corresponde revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Y además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, como es el caso, dicha revisión también es procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigurosa, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican... tratándose del acceso a la jurisdicción, y estando por ello en juego la obtención de una primera decisión judicial, los cánones de control de constitucionalidad se amplían como consecuencia de la proyección del principio *pro actione*, con el objeto de evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (...). En aplicación de este criterio, hemos señalado también que los órganos judiciales deben llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. En dicha ponderación debe atenderse a la entidad del defecto, a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y a su trascendencia para las garantías procesales

STC n.º 155/2012, de 16 julio, Sala 2.ª, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (FJ 3.º)<sup>42</sup>. Para el orden civil la impronta del *principio pro actione* se advierte, p.e. en STS n.º 356/2013, de 17 mayo, Sala 1.ª, Sección 1.ª, ARROYO FIESTAS, FJ 3.º; antepenúltimo párr., declarando que su vigencia exige una «interpretación restrictiva de los óbices procesales que impiden la tutela judicial efectiva por parte de jueces y tribunales...», entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la

de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (...)).».

<sup>42</sup> La doctrina derivada del principio *pro actione* es seguida, en su mayoría y de modo especial, por los tribunales del orden contencioso-administrativo, por todas, STSJ de Valencia n.º 712/2007, de 17 julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, ALTARRIBA CANO – frente a un Auto de archivo de las actuaciones por no subsanación de los defectos advertidos en plazo –; STSJ de Valencia n.º 11/2008, de 25 enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, mismo ponente – ante falta de apoderamiento de una de las partes litigantes –; STSJ de Valencia n.º 73/2009, de 27 enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, MILLÁN HERRANDIS o STSJ de Valencia n.º 1119/2009, de 21 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, PÉREZ NIETO – ambas referidas a una presunta falta de legitimación activa –. Sin embargo, parecen apartarse de este criterio otras resoluciones como, p. e., la desatinada STSJ de Valencia n.º 948/2012, de 2 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, CARLES VENTO que inadmite de plano la pretensión del actor-apelante – eludiendo pronunciarse sobre el fondo – por estimar extemporaneidad al concurrir inobservancia fortuita de un mero plazo de carácter administrativo.

admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o que resulten desproporcionadas al valorar los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (STC de 19 de julio de 2010)».

En definitiva, merced al principio *pro actione* la obtención de la tutela judicial efectiva da pábulo al establecimiento de un deber dirigido al juzgador de interpretar y aplicar las normas procesales de modo proclive para la efectiva incoación del proceso, rechazándose rigorismos o formalismos enervantes que entorpezcan el ejercicio de acciones judiciales<sup>43</sup>, permitiendo la subsanación de defectos o proscribiendo que las fianzas o cauciones legalmente instauradas sean exageradas o desproporcionadas. Bajo este último ángulo, la STC n.º 45/2002, de 25 febrero, Sala 2.ª, PÉREZ VERA<sup>44</sup>, tras

<sup>43</sup> Díez-Picazo, L. M. *Sistema de derechos...*, pg. 366. Para Montero, J., et al. *Derecho jurisdiccional I...*, pg. 261, el principio *pro actione* equivale a que las causas legales de inadmisión de la demanda se interpreten en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso, de manera que la regla general será la admisibilidad de cualquier demanda civil y, en cambio, la salvedad la constituirá su inadmisión siempre que se halle justificada.

<sup>44</sup> Que viene a otorgar amparo por lesión del derecho a obtener la tutela judicial efectiva frente al Auto, de 18 de abril de 1997, del Juzgado de Primera Instancia (JPI) n.º 4 de Girona, dictado en autos de procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria, previamente confirmado por Auto, de 27 de mayo de 1998, de la Audiencia Provincial (AP) de Girona recaído en rollo de apelación

indicar que «...la exigencia de fianza como condición para ser parte en el proceso no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción»; vino a recoger que mediante el recurso de amparo la función del TC se circunscribe a controlar la posible arbitrariedad e irrazonabilidad de las decisiones judiciales para valorar si el importe de la fianza exigida por los tribunales «...cumple el canon de razonabilidad o, por el contrario, resulta desproporcionada en relación con los medios económicos de quien deba prestarla, engiéndose de este modo en un impedimento u obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción, lo que conduciría, en la práctica, a la indefensión» (FJ 2.º). Más recientemente la STEDH de 8 de enero de 2013, Secc. 4.ª, *Nikolay Dimitrov c. Bulgaria*, considera lesionado el art. 6.1 de la Convención – derecho a un proceso equitativo – reputando excesivas las tasas exigidas para poder acceder a la jurisdicción al advertir una ruptura del justo equilibrio entre el interés, de un lado, del Estado en recaudar fondos a fin de conocer de las demandas y, de otro, el del actor en poder efectuar su reclamación ante los tribunales.

B) La garantía extraprocésal de indemnidad de manera que, de consuno con lo declarado en el FJ 2.º de la STC n.º 6/2011, de 14 febrero, Sala 2.ª, PÉREZ VERA no quedaría completamente observado el art. 24.1 de la CE solo con la mera actuación de los órganos jurisdiccionales

---

civil, exigiendo al recurrente, beneficiario de justicia gratuita, una caución de 250.000 ptas. (~ 1502.53 euros) para la admisión de una demanda de contradicción.

sino, además, exige también una garantía de indemnidad que significa «(...) que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos (...), no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (...), recordando que la violación de derechos fundamentales no depende solo de la concurrencia de dolo o negligencia en la conducta del sujeto activo, es decir, no se reduce a indagar «(...) factores psicológicos y subjetivos de arduo control (...)», bastando con advertir un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el desenlace proscrito por la norma y, por consiguiente, se vulnera la garantía de indemnidad tanto si se prueba alguna sanción o represalia, previa o ulterior, frente al ejercicio previo del derecho a la tutela judicial (lesión intencional), como si se advierte un perjuicio derivado y causalmente vinculado, aunque no concorra intencionalidad lesiva (lesión objetiva contraria a la garantía de indemnidad). Esto es, la garantía de indemnidad excluye la producción de consecuencias negativas en el ámbito jurídico-material de una persona por el solo hecho de acceder a la jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses legítimos, reflejándose en que del ejercicio de la acción judicial o de los actos procesales preparatorios o previos llevados a cabo por el interesado no se deriven efectos perniciosos en el marco de sus relaciones públicas o privadas.

No obstante, la operatividad de esta garantía de indemnidad queda descartada cuando «...los hechos motivadores de la decisión lesiva son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a

todo móvil atentatorio de derechos fundamentales» (por todas, STS n.º 595/2009, de 5 octubre, Sala 1.ª, Secc. 1.ª, CORBAL FERNÁNDEZ, FJ 5.º).

C) La obtención de una resolución judicial motivada, congruente y razonable sobre el fondo del asunto, con independencia de cuál será el fallo, es decir, el juzgador ha de pronunciarse sobre el *petitum* del actor, ni más ni menos, pero *secundum legem* y ateniéndose siempre al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del CC); lo cual le impedirá resolver, por regla general, en equidad o de acuerdo con su leal saber y entender<sup>45</sup>. Se trata así de impedir pronunciamientos judiciales arbitrarios, discrecionales o jurídicamente insostenibles, desprendiéndose este deber de motivar las resoluciones en el ámbito civil, con carácter general, del art. 120.3 de la CE<sup>46</sup> y, más en concreto, del art. 218 de la LEC (intitulado «Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación»), evocando la STC n.º 243/2006, de 24 julio, Sala 1.ª, CASAS BAAMONDE (FJ 5.º, *in fine*) que el derecho a obtener de los órganos

<sup>45</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos...*, pg. 368; PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pgs. 422 y 423. Obviando tal manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (en concreto, por desconocer los preceptos atinentes a responsabilidad profesional), p. e. Sentencia del JPI n.º 2 de Alicante n.º 117/2012, de 17 de abril, LORITE CHICHARRO, insólitamente confirmada por SAP de Alicante de 21 de marzo de 2013, Secc. 5.ª, PÉREZ SERRA.

<sup>46</sup> “... Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública” si bien, en la práctica forense, el pronunciamiento público es suplido la generalidad de las veces en la esfera civil por la mera notificación escrita a las partes.

judiciales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones formuladas por las partes, «...se erige en un elemento esencial» del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial, lo que condujo a estimar el amparo «...con anulación de la sentencia impugnada, a fin de que el órgano que la pronunció dicte otra, respetuosa con el derecho de la recurrente a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de su pretensión, cualquiera que sea el sentido de su fallo».

Sin embargo, esta supervisión llevada a cabo por el TC, con apoyo en eventuales arbitrariedades o insensatas motivaciones de las resoluciones judiciales, le permite operar, a veces, como órgano fiscalizador y externo de la aplicación del Derecho por parte de los tribunales ordinarios originándose, con ello, ciertas tensiones entre las más altas instancias jurisdiccionales de nuestro país por considerar el Tribunal Supremo (TS) que, a través de dicho control, el TC ha irrumpido en lo que venía constituyendo parcela propia de la jurisdicción ordinaria<sup>47</sup>, corriendo el riesgo de transformarse el intérprete supremo de nuestra Carta Magna en una última instancia por desbancar la

<sup>47</sup> DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho...*, pgs. 146 y 147. A esta tensión o tirantez entre las instancias jurisdiccionales más altas de España ya nos referimos con anterioridad, vid. DE LAS HERAS, M. A., “Ética, Poder Judicial y su responsabilidad en España: ¿Hay necesidad real de un código ético para la judicatura?”, *Criterio y conducta...*, pg. 163, o nuestro ulterior estudio “Otra vía para depurar eventuales responsabilidades judiciales”, en ATIENZA, M. L., EVANGELIO, R., MAS, M. D., MONTES, M. P. (coords.): *Pensamientos jurídicos y...*, pg. 296.



función primordial que tienen encomendada los tribunales ordinarios<sup>48</sup>.

D) Utilización de los recursos, ordinarios o extraordinarios, legalmente previstos; a pesar de que la utilización de las impugnaciones, por regla general, carecen de coyuntura constitucional al disponer el legislador de un amplio margen a la hora de diseñar los supuestos en los que proceden, o sea, no cabe invocar ninguna indefensión de no existir previo tribunal *ad quem* para intentar rebatir la supuesta equivocación perpetrada por el órgano *ad quo*; excepción hecha – claro está – del orden jurisdiccional penal por previsión expresa del art. 14.5 PIDCP<sup>49</sup> en relación con el art. 10.2 de la CE. El legislador no viene obligado, en la generalidad de las ocasiones, a instituir impugnaciones pero, de establecerlas, su acceso pasará a integrar la tutela judicial efectiva.

Con todo, el anterior y referido principio *pro actione* no opera con la misma intensidad en sede de recursos porque, entre otras causas, la mayoría de veces ya concurre algún sujeto que haya obtenido la tutela judicial y cuyo interés legítimo puede radicar en que la resolución – recurrida con posterioridad – adquiriera firmeza y, en su caso, sea ejecutada lo antes posible<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> En la propia línea MONTERO, J. *et al. Derecho Jurisdiccional I...*, pg. 264.

<sup>49</sup> “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

<sup>50</sup> CÁMARA, G. *El derecho a...*, pg. 278, indicando que la energía

E) Corolario de lo anterior, la interdicción de la *reformatio in peius*. o de reforma peyorativa (esto es, en sede de recurso se prohíbe empeorar la previa posición procesal de la parte), principio general del derecho sustantivo que despliega eficacia en todas las ramas del ordenamiento jurídico – pese a iniciales y ciertas vacilaciones, ya superadas, respecto del orden penal –. A esta prohibición de reforma peyorativa se vienen refiriendo nuestros tribunales en diferentes ocasiones, por todas, ver la STC n.º 141/2008, de 30 octubre, Pleno, ARAGÓN REYES (FJ 5.º), conforme con la cual la interdicción de *reformatio in peius*, aun no estando enunciada en el art. 24 de la CE, adquiere dimensión constitucional al representar un principio procesal integrante del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos que deriva, en cualquier caso, de la prohibición de indefensión. Al mismo tiempo, constituye un efecto de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional que impide al tribunal superior exceder los límites en que se halle suscitada la impugnación acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición del recurso porque,

---

proyectada por el principio *pro actione* en las sucesivas fases procesales es muy inferior a la inicial; vid. DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho...*, pg. 147; asimismo PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pg. 419 a 421, aunque reputa este último incorrecta la conclusión de la constitucionalidad de un ordenamiento procesal en el que existiese una única instancia porque esta última parece incompatible «con la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y vacía parcialmente de contenido algunas de las exigencias constitucionales en el ejercicio de la función jurisdiccional como la motivación de las sentencias».

si se admitiera que los tribunales pudiesen modificar de oficio la resolución impugnada en perjuicio del recurrente, entonces se engazaría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos disconforme con la tutela judicial efectiva que han de prestar los tribunales.

En la esfera civil refieren la proscripción de *reformatio in peius*, entre otras, las SSTs de la Sala 1.<sup>a</sup>, Secc. 1.<sup>a</sup>, n.º 533/2009, de 30 junio, MARÍN CASTÁN (FJ 7.º) y n.º 495/2012, de 20 julio, XIOL RÍOS (FJ 7.º), de manera que, en sede de impugnaciones, el tribunal *ad quem* no debe resolver más cuestiones que las trasladadas a su conocimiento (a virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* – o sea, que solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela –) y para no incurrir en *reformatio in peius* – que lesionaría la tutela judicial efectiva por incongruencia *extra petitā* – al tribunal *ad quem* únicamente le corresponde conocer de las cuestiones planteadas, lo que incluye tanto las expresamente suscitadas como aquellas otras que puedan entenderse ínsitas en el objeto que accede a la segunda instancia por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de la impugnación, hallándose reconocidas ambas manifestaciones en el art. 465.5 de la LEC<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> “El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación.... La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”. Como expresa CÁMARA, G. *El derecho a...*, pgs. 278, la reforma

F) La intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y su ulterior ejecución (art. 118 de la CE) o, en otras palabras, que los procesos finalicen, sean útiles y las decisiones judiciales no se transformen en simples declaraciones de intenciones o queden en papel mojado debiéndose observar en sus propios términos<sup>52</sup>, teniéndose señalado que a través del trámite de aclaración de sentencia (art. 93.1 de la LOTC, art. 267 de la LOPJ o art. 214 de la LEC) no cabe suplir o revisar el fallo adoptado por cuanto su objeto se limita, en exclusiva, a la posible subsanación de errores materiales manifiestos o de naturaleza aritmética, la aclaración de algún concepto oscuro o la rectificación de cualquier omisión o contradicción que se desprenda del propio texto de la sentencia, sin necesidad de nuevas deducciones o interpretaciones<sup>53</sup>. De tal forma que se lesionaría la tutela judicial si, al margen de las vías legales previstas, un órgano

peyorativa consiste en empeorar la posición jurídica del recurrente «exclusivamente como consecuencia de su recurso, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano judicial».

<sup>52</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos...*, pg. 369; PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pg. 423, pese a la previsión legal de inembargabilidad de ciertos bienes; aunque destaca MONTERO, J. *Derecho jurisdiccional I...*, pg. 266, que se ha llegado a declarar constitucional la ejecución pecuniaria o dineraria como sustitutiva de la específica – con cita de la STC n.º 58/1983 – de ahí que se puede poner en tela de juicio el extremo relativo a que la ejecución de la resolución se efectúe en sus propios términos.

<sup>53</sup> ATC n.º 108/2012, de 22 mayo, Pleno, no constando ponente, FJ 1.º, con cita de otros.

judicial viniera a alterar el sentido del fallo contenido en la sentencia aunque entendiésemos, *a posteriori*, que la decisión adoptada no resultaba acomodada a la legalidad.

G) Extensión de su eficacia a la denominada tutela cautelar, de modo que, ante la solicitud de medidas cautelares para tratar de asegurar la ejecución de una decisión judicial ya dictada o para garantizar la efectividad de otra futura, la tutela judicial efectiva demanda un pronunciamiento congruente y motivado sobre dicha petición si concurren los requisitos legales para ello<sup>54</sup>.

H) Por último, la indefensión recogida en el art. 24.1 de la CE se refiere a la privación de actuaciones procesales de alegación o prueba que, sin poder imputarse a la parte que la padece, influye en el desenlace procesal. Los principales inconvenientes de la indefensión afloran en materia probatoria<sup>55</sup>, suponiendo su prohibición una cláusula general y de cierre relacionable con los derechos y garantías reconocidos en el propio precepto, que actúan como «parámetro para concretar cuándo se ha dejado indefensa (esto es, sin tutela judicial) a una parte ante o en el proceso», exigiendo salvaguardar el derecho a la defensa contradictoria mediante la invocación y prueba de los respectivos derechos e intereses enfrentados en un marco procesal respetuoso con los principios de bilateralidad e igualdad, sin que quepa el dictado de resolución judicial *inaudita parte*, excepto cuando concurra incompetencia voluntaria o negligencia imputable, en exclusiva, a uno de

<sup>54</sup> Sobre el particular, véase DE LAS HERAS, M. A. «Tutela cautelar efectiva en la nueva LEGiv», en especial pg. 15 a 21.

<sup>55</sup> DíEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos...*, pg. 367.

los litigantes<sup>56</sup>.

En realidad, la posible provocación de indefensión implica tanto un acto u omisión del órgano judicial (requisito subjetivo) como la infracción de una norma procesal (requisito objetivo), aunque lo decisivo para apreciarla será el resultado pernicioso producido para la parte que la padece (efecto material de indefensión)<sup>57</sup>. En consecuencia, la observancia debida de la interdicción de la indefensión exigirá un previo y particular cuidado

<sup>56</sup> CÁMARA, G. *El derecho a...*, pgs. 279 y 280, por lo que el TC establece que la noción de indefensión comprende a las restantes violaciones de derechos constitucionales que abarca el art. 24 de la CE y su interdicción refuerza la necesidad de aplicar e interpretar la legalidad ordinaria en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. En análoga dirección MONTERO, J. *Derecho jurisdiccional I...*, pgs. 264 y 265, indicando que, a veces, el TC pretende aminorar el ámbito de la indefensión y diferencia entre una indefensión jurídico-procesal y otra material o con relevancia constitucional.

<sup>57</sup> PÉREZ, J. *Curso de Derecho...*, pgs. 423 y 425, identifica – con nuestra doctrina constitucional – la indefensión – que carece de precedentes históricos – con la privación del ejercicio del derecho de defensa procesal, derivando de la parcialidad del tribunal y exigiendo su concurrencia, de un lado, la acreditación de una infracción procesal que produzca privación o restricción del ejercicio del derecho de defensa «traducida en un perjuicio material para el interesado» y, de otro, que tal privación o limitación no se pueda imputar a quien la alegue. Para DE LA OLIJA, A., *et al. Curso de Derecho...*, pg. 149, «juzgar sobre la indefensión es valorar hipótesis: en qué medida habría cambiado el resultado de haberse llevado a cabo lo que se ha omitido», lo cual resulta ser una labor de extrema complejidad.

en la aplicación de aquellos preceptos procesales, de esperable interpretación restrictiva, relativos a la posible inadmisibilidad de ciertos medios probatorios propuestos por los litigantes en conexión con lo que constituya objeto de litis (por todos, véase el art. 283 de la LEC)<sup>58</sup> pues, de resultar rechazables tales instrumentos por reputarse impertinentes o inútiles a criterio del juzgador, la decisión adoptada al respecto habría de estar, *de lege ferenda*, suficientemente contrastada lo cual, por desgracia, no se suele verificar siempre en la práctica forense<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> “1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. 3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”; en análoga dirección el último inciso, párr. 1.º, del art. 79 del CFPC.

<sup>59</sup> A título de muestra de aquello que no debería constituir resolución judicial alguna por inobservancia de tal prohibición y palmaria arbitrariedad, Sentencia del JPI n.º 12 de Alicante n.º 220/2013, de 3 de diciembre, VILLANUEVA JIMÉNEZ.

## 2. ACERCA DE ALGUNOS FACTORES QUE INTENTAN DESPLAZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN PRO DE LOS LLAMADOS ADRS (MAR)

En la actualidad jurídica española asistimos a un (re)surgimiento de modalidades, en su mayoría contractuales, que - se dice - representan alternativas a la vía jurisdiccional para la resolución de conflictos interindividuales (englobadas de ordinario bajo las siglas ADR o *Alternative Dispute Resolution* tan propensos como parecemos mostrarnos a simplificar el lenguaje y, en buena medida, a asumir como propio todo cuanto lleve cierto componente anglosajón)<sup>60</sup> las cuales, según la Comisión Europea, vienen suscitando un «interés

<sup>60</sup> Aumentando con ello el riesgo de cometer peligrosas equivocaciones porque bajo las mismas siglas ADR se designan también, p. e., al Acuerdo europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (vid. BOE n.º 63, Sec. I, pg. 19648, de 14 de marzo de 2013), máxime cuando el significado de tal abreviatura se podría haber castellanizado sirviendo como mera propuesta la de alternativas distintas al recurso jurisdiccional. Merced a las nuevas tecnologías también se vienen utilizando otras como ODR (*Online Dispute Resolution*) a raíz, en particular, del arbitraje electrónico existiendo diversos proveedores de servicios ODR tales como *The virtual magistrats*, TRUSTe, el Cibertribunal peruano, *The mediation room*, *Enrochambers*, etc.

renovado» en el marco de la Unión<sup>61</sup> pareciéndose olvidar que la alternativa que suponen hipotéticos arreglos entre perjudicado y responsable, o entre agredido y agresor, data del derecho arcaico en donde la represión de actos lesivos se encauzaba, con carácter previo, a una composición potestativa consistente en que el ofensor planteaba un arreglo (*pactio*) que el ofendido podía optar por rehusar o aceptar. Más adelante la *Lex duodecim tabularum*, con ánimo de descartar asimismo la violencia entre particulares, disciplinó una composición legal cuando se perpetraban ciertos ilícitos – como, p. e. el *membrum riptum* – antes de que el ofendido pudiera ejercitar la *talio* o *vindicta*

<sup>61</sup> Tal y como reconoce en su *Libro Verde sobre las modalidades de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil (COM/2002/0196 final)*, indicando expresamente en el n.º 2 de su epígrafe 1.1 – rubricado «Una gran diversidad» – : «(...) las modalidades alternativas de solución de conflictos se designarán a continuación bajo el acrónimo que, en la práctica, tiende a imponerse universalmente: ADR». Las posibles soluciones extrajudiciales a la conflictividad han sido impulsadas desde el movimiento anglosajón llamado *Alternative Dispute Resolution (ADR)* y, actualmente, *Adequated Dispute Resolution*, en el que la mediación ha adquirido un particular protagonismo, BARONA, S. *Mediación en asuntos...*, pg. 26. Para algunos, como SAIZ, A. «Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos», en SOLETO, H. (dir.). *Mediación y resolución...* pg. 75, la expresión ADR o «Resolución Alternativa de Disputas» no refleja bien la realidad habiéndose planteado su modificación por la de GCC o «Gestión Cooperativa de Conflictos», pues tales métodos son voluntarios y complementarios – no alternativos – al cauce jurisdiccional, con cita de VALLS, lo que se halla en consonancia con lo advertido por el CGPJ en su Informe al anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Cíviles y Mercantiles, pgs. 13 y 14.

consistiendo, en esencia, en la imposición del abono de una suma pecuniaria – *pena*, cuyo *quantum* venía fijado en la ley o, al menos, se predeterminaban los criterios para su ulterior concreción – que el responsable o delincuente debía entregar al perjudicado o víctima antes de tolerar el ejercicio de la Ley del Talión<sup>62</sup>.

Por nuestro lado, aún solo por meras razones gramaticales y frente al criterio técnico de la mentada Comisión y de la mayoría doctrinal, nos decantaremos por el empleo de las siglas MAR<sup>63</sup> – en vez de ADR – para referir aquellos mecanismos alternativos – o alternos – de resolución de conflictos resultando, sin duda, numerosos los factores e intereses de todo tipo, directos o indirectos, claros u oscuros, que han venido a dotar de un inusitado

<sup>62</sup> TORRENT, A. *Diccionario de Derecho...*, pg. 191, de modo que serían más adelante los *delicta* – castigados con pena dineraria – la base sobre la cual se construirían las *obligationes ex delicto*.

<sup>63</sup> Compartiendo así la opinión de ABASCAL, J. M. «Los métodos alternos: Conciliación y arbitraje», en QUINTANA, E. A. (coord.). *Panorama internacional de...*, pgs. 450 y 451, cuando señala que «Se habla de medios alternativos de resolución de disputas; MAR en español, o ADR en inglés (...). También se hace referencia a los MAR como “justicia alternativa”, pese a que prosigue utilizando la abreviatura ADR en su estudio, coincidiendo en que resulta ser un dislate la expresión justicia alternativa pues, como indica el art. 3.1 LOPJ: “La jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley (...)”, salvo – como prosigue el propio autor – «que se adopte un viejo criterio griego, de que la justicia es lo que las partes acuerdan, cuando dos partes conciertan una transacción no hacen justicia, sino que resuelven sus diferencias».

impulso a tales fórmulas contractuales o, al menos, iniciadas a virtud de contrato y que simbolizan vías distintas a la tutela judicial en la pretendida satisfacción de pretensiones pudiéndose apuntar, sin ánimo exhaustivo, los que siguen:

1. La insólita litigiosidad que brota como denominador común en las culturas occidentales (como ocurre con la española) y que parece responder a una caracterizadora educación pleitista que tenemos imbuida a la hora de resolver nuestros conflictos<sup>64</sup>, con la consiguiente saturación de una administración de justicia a la que no le sobran medios, pese a la adopción de innumerables medidas encaminadas a procurar su anhelada – aunque inalcanzable hasta la fecha – agilización<sup>65</sup>, de lo cual se han hecho eco ciertos

<sup>64</sup> BARONA, S. *Mediación en asuntos...*, pg. 22, en contra de otras culturas, como la asiática, en donde la tutela judicial suele ser el último cauce al que acuden los ciudadanos, teniendo únicamente «cerca de solo el 30% de litigiosidad, dado que en los 70% restante se llega a acuerdos»; también CARRETERO, E. «La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos», en SOLETO, H. (dir.). *Mediación y resolución...*, pg. 57, refiere el sostenimiento de una clásica «mentalidad confrontativa» en la que lo trascendente es ganar a la otra parte, que justificaría la idea que el ciudadano tiene de los tribunales como exclusivo cauce la realización de la justicia, conllevando un exceso de judicialización.

<sup>65</sup> Hace casi veinte años vaticinó PEDRAZ, E. «El proceso y sus alternativas», en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pgs. 23 y 24, con ciertos ejemplos legislativos, la existencia de un «anárquico e inarmónico afán reformador procesal, en singular, preocupado por el hallazgo de componendas procesales temporales a situaciones también históricas y por la acentuación de los criterios de celeridad y simplicidad en no pocas ocasiones, con olvido de garantías jurídico-fundamentales o de propias,

preámbulos de concretos textos legales – que, recordemos, son textos de interpretación auténtica –, entre otros, párr. 1.º, epígrafe (ep.) II del de la Ley Orgánica (LO) 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional<sup>66</sup> (LOTC) o mismo ep. del inroito de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal<sup>67</sup>. Y es que, a pesar de

y laboriosas soluciones históricamente logradas que se ven postergadas en pro de innovaciones importadas no siempre de fácil acomodo en nuestro ordenamiento jurídico».

<sup>66</sup> Subrayándose que, tras más de tres décadas de actividad del TC, algunos de los mayores problemas advertidos en la praxis son, de un lado, «(...) el crecimiento del número de recursos de amparo» y, de otro, «... la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal».

<sup>67</sup> Disponiendo sin adornos: «(...) Los datos estadísticos más recientes sobre entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33% con relación al número de asuntos ingresados 10 años antes. En algunos órdenes jurisdiccionales el volumen de entrada ha sido especialmente intenso, como en el civil, que ha doblado la entrada de asuntos en esa misma década. El sobrevenido aumento de la litigiosidad es indicativo de la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra administración de justicia como medio para resolver sus conflictos y pretensiones, pero al propio tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad. Este fue también el objetivo último que determinó la promulgación de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley 13/2009, de la misma

la existencia de veredas distintas a la jurisdiccional para solventar problemas, los particulares proseguimos, por lo general, inclinándonos por la institución procesal guiados, a veces, por el empeño de erigirnos en triunfadores del pleito de que se trate y en la probable y consiguiente imposición de costas procesales a nuestro adversario.

De consuno con las estadísticas judiciales que, desde 2004 periódica y anualmente viene proporcionando el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)<sup>68</sup> en sus propias publicaciones (rubricadas *La justicia dato a dato*)<sup>69</sup>, en el año 2009 el número total de asuntos ingresados en nuestras sedes judiciales (9.567.280) fue ligeramente superior a los que fueron resueltos (9.153.958)<sup>70</sup>, hallándose en fase de trámite al final de año 3.133.006 expedientes siendo

---

fecha, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial”.

<sup>68</sup> Conforme con el art. 122.2 de la CE: “El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones (...)”, mandato constitucional plasmado ulteriormente en la LOPJ.

<sup>69</sup> Publicaciones periódicas que responden a la «política de transparencia que inspira a este Consejo, ... que ofrece las cifras clave que describen los distintos aspectos del sistema judicial español» y cuyo primordial objetivo es «ofrecer una primera visión de la compleja realidad de la actividad judicial», siendo la principal fuente de información el propio CGPJ, tal y como se recoge por los vocales de estadística judicial DORADO, A. y CARMONA, M., con motivo de la presentación de *La justicia dato a dato, 2009*, pg. 3.

<sup>70</sup> *La justicia dato a dato, 2009*, pg. 30.

mayoría los de naturaleza civil (en concreto, quedaban en trámite 1.329.625 asuntos civiles, habiéndose recibido 2.025.568 y resolviéndose 1.746.326), al igual que sucedía con las ejecuciones de sentencias (habiendo sido registradas 699.600 del orden civil, resueltas 408.930 y quedando en trámite al final de año 1.500.524 ejecuciones del propio orden).

En el año 2010, siempre según la misma fuente, se vislumbra cierta mejora estadística al ingresar 1.984.098 nuevos asuntos civiles y resolviéndose hasta 1.901.040, aunque apenas experimentaría variación el número de asuntos civiles en trámite (1.384.742)<sup>71</sup>, situación que evolucionó en el año 2011 cuando fueron solventados más asuntos civiles (1.899.990) que los ingresados (1.770.947), restando en trámite al final de año 1.226.298 asuntos<sup>72</sup>. Esta mudanza numérica persistiría durante el año 2012 cuando entraron 1.839.800 de índole civil, se resolvieron más de los admitidos (1.873.329) quedando en trámite a finales de año 1.180.187 asuntos del mismo orden jurisdiccional, habiéndose registrado 367.760 ejecuciones de sentencias civiles, zanjándose 344.389 y permaneciendo en trámite 1.039.361 ejecuciones al expirar tal anualidad<sup>73</sup>.

No obstante, el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), con base en un informe rubricado *Situación actual de la administración de justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal*, de 15 de mayo de 2013,

---

<sup>71</sup> *La justicia dato a dato, 2010*, pgs. 34 y 35.

<sup>72</sup> *La justicia dato a dato, 2011*, pgs. 33 y 34.

<sup>73</sup> *La justicia dato a dato, 2012*, pgs. 33 y 34.

ha puesto en tela de juicio los anteriores datos sobre litigiosidad facilitados por el propio CGPJ, advirtiendo que el número de asuntos tramitados por los diferentes juzgados resulta ser, en realidad, muy inferior al indicado, sosteniéndose, *ad exemplum*, que la cifra real de asuntos civiles tramitados en 2011 ante los órganos jurisdiccionales fue de apenas 700.171, apuntándose ciertas irregularidades en la información otorgada por el órgano de gobierno de los jueces españoles (como la de computar a efectos estadísticos de entrada de asuntos de procedimientos civiles duplicados, procedimientos no jurisdiccionales o de escasa significación procesal, etc.)<sup>74</sup>. En suma, revela el referido estudio que la mentada estadística de la jurisdicción adolece de significativas carencias, tanto por la recopilación de los datos de la actividad de los órganos jurisdiccionales como, en particular, de su tratamiento y puesta a disposición en la Memoria del CGPJ «con una interpretación de los datos superficial y sesgada»<sup>75</sup>.

Sea como fuere en el año 2013 – estando ya vigente la reprobada normativa relativa a las tasas judiciales

<sup>74</sup> Puede consultarse [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) > *Datos reales de la justicia*, de 11 de julio de 2013, donde un enlace permite visualizar el mentado informe (coordinado por el profesor PÉREZ DEL BLANCO, G.), destacándose que el «análisis de los datos estadísticos reflejados en la Memoria del CGPJ es muy sesgado y no puede ser tomado en consideración para determinar la litigiosidad real en la administración de justicia ni, por tanto, puede servir de base para proponer cualquier reforma que persiga un funcionamiento más eficiente».

<sup>75</sup> Vid. el citado informe: *Situación actual de la administración de justicia...*, pg. 4.

– llegaron a ingresar un número inferior de asuntos civiles (1.670.305), siendo resueltos más de los entrantes (1.814.394)<sup>76</sup> apreciándose, por consiguiente, un notable descenso de la litigiosidad en la jurisdicción civil del 9.2% respecto de la anterior anualidad<sup>77</sup>.

2. En relación con el precedente, la persistente y reprochable demora de los tribunales en la resolución de los innumerables pleitos ligada, en ocasiones, a la observancia de una excesiva rigidez procesal, aspectos subrayados expresamente hace casi cinco siglos con motivo de las peticiones esgrimidas en el marco de las Cortes castellano-leonesas (Segovia, 1532) donde se ponían de relieve la dilación y deficiencias de la justicia – y, correlativamente, de sus órganos – de manera que la diagnosis entonces emitida constataba una «lentitud y carestía de la justicia, coincidente con una singular querulancia de nuestro pueblo, como también la búsqueda de equivalentes en el arbitraje, conciliación, etc.»<sup>78</sup>. A las propias dilaciones aluden también algunas exposiciones de motivos (EM) de

<sup>76</sup> *La Justicia dato a dato*, 2013, pgs. 33 y 34.

<sup>77</sup> *La Justicia dato a dato*, 2013, pg. 40, siendo tal rebaja de asuntos ingresados superior en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en concreto, un 15.5% menos que en 2012.

<sup>78</sup> PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pgs. 18 a 20, acerca de la referida e histórica lentitud en la resolución de los pleitos; también DE LAS HERAS, M. A. “*Tutela cantelar efectiva en la nueva Ley Civil*”. TSJ y AP..., pgs. 14 y 15, o DE LAS HERAS, M. A. “*Otra vía para depurar eventuales responsabilidades judiciales*”, en ATIENZA, M. L., EVANGELIO, R., MAS, M. D., MONTES, M. P. (coords.): *Pensamientos jurídicos y...*, pg. 297.



ciertas normas (p. e. párr. 5.º, ep. IV de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial)<sup>79</sup> configurándose, incluso, como atenuante en la esfera penal lo cual no deja de provocar cierto sonrojo<sup>80</sup>. Sobre el particular declara el FJ 4.º, párr. 2.º, del ATC n.º 106/2012, de 22 mayo, Pleno<sup>81</sup>,

<sup>79</sup> “(...) En las diversas leyes de procedimiento se han introducido mecanismos tendentes a facilitar la acumulación de acciones, procesos, recursos o ejecuciones con el fin de evitar la multiplicidad de actuaciones cuando diversos procedimientos tienen el mismo objeto. Con ello pueden paliarse en alguna medida las dilaciones en la tramitación de los pleitos si se concentran los esfuerzos en un único procedimiento”.

<sup>80</sup> Así, el art. único.1 de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha venido a introducir la siguiente dición del art. 21 del CP: “Son circunstancias atenuantes: (...) 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa (...)”.

<sup>81</sup> A virtud del cual se advierte un funcionamiento anormal en la tramitación de un recurso de amparo del año 1996. Contra la posición mantenida por el TC (calificada de «mimética, y pretendidamente aséptica, adopción de los criterios jurisprudenciales del TEDH»), en PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pg. 27, nota n.º 32, propugna para una efectiva observancia del 4.º inciso recogido en el art. 24.2 de la CE, tomar como punto de partida el cumplimiento de los plazos previstos en la norma procesal ordinaria porque, sobre todo, «es la ignorancia no justificada (no razonable) del plazo procesalmente previsto lo que da lugar a dilaciones indebidas. Será razonable cuando se deba al comportamiento de los litigantes o a la complejidad del asunto»; coincidiendo - casual y esencialmente - con tal autor en nuestro ulterior estudio “*Otra vía para depurar...*”,

no figurando ponente, que no cabe equiparar las dilaciones con un derecho al escrupuloso cumplimiento de los plazos procesales, sino que estas se conforman partiendo del espacio temporal de cualquier proceso y su razonabilidad, por lo que la prohibición de retrasos injustificados exige obrar con la celeridad que admite la duración usual de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las diversas fases procesales, de manera que la decisión acerca del contenido específico de las dilaciones, y si son o no indebidas, debe ser consecuencia de emplear distintos criterios a las circunstancias concretas de cada supuesto, tales como «... complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (STC 142/2010, de 21 de diciembre, F.3)».

Por el contrario, reiteramos que la más simple y certera conclusión de este espinoso dilema no sería otra que el debido miramiento, como pauta general, a los plazos procesales legalmente establecidos no solo – como sucede en la mayoría de los casos – por parte de los litigantes, sino asimismo por todos y cada uno de los tribunales<sup>82</sup>

pg. 300, ya referido.

<sup>82</sup> Contra la posición mantenida, al respecto, por el TC (calificada de «mimética, y pretendidamente aséptica, adopción de los criterios jurisprudenciales del TEDH»). PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pg. 27, nota n.º 32, propugna para una efectiva observancia del 4.º inciso del art. 24.2 CE arrancar del cumplimiento de los plazos previstos en la norma procesal ordinaria porque, sobre todo, «... es la ignorancia no justificada (no razonable) del plazo

(como ordena el art. 132 de la LEC)<sup>83</sup>, procurándose que las expresiones celeridad procesal y garantías de las partes no llegasen a entrañar incompatibilidad alguna. A

procesalmente previsto lo que da lugar a dilaciones indebidas. Será razonable cuando se deba al comportamiento de los litigantes o a la complejidad del asunto»; coincidiendo, casual y esencialmente, con este autor en DE LAS HERAS, M. A. “Otra vía para depurar eventuales responsabilidades judiciales”, en ATIENZA, M. L., EVANGELIO, R., MAS, M. D., MONTES, M. P. (coords.). *Pensamientos jurídicos* y... , pg. 300. Hasta en la esfera penal la Sala 2.ª del TS ha determinado, en fecha reciente, que el colapso de los órganos judiciales no puede servir como excusa para que los procedimientos sufran paralizaciones injustificadas, vid. [www.europapress.es](http://www.europapress.es) > Rebajan la condena a un ‘camello’ porque el colapso del juzgado de la ‘Pokémon’ ocasionó dilaciones indebidas, de 18 de enero de 2014, teniendo declarado que «La carencia de medios no es incompatible con una dedicación que impida paralizaciones injustificadas del procedimiento».

<sup>83</sup> “Las actuaciones del proceso se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. 2. Cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación. 3. La infracción de lo dispuesto en este artículo por los tribunales y personal al servicio de la administración de justicia de no mediar justa causa será corregida disciplinariamente...”; Más precisos se muestran los arts. 290 (“Los términos que, por disposición de la ley no son individuales, se tienen por comunes para todas las partes”), 291 (“Los términos judiciales, salvo disposición en contrario, no pueden suspenderse, ni abrirse después de concluidos...”) y 297 (“Cuando la ley no señale término para la práctica de algún acto judicial o para el ejercicio de algún derecho, se tendrán por señalados los siguientes: I.- Diez días para pruebas, y II.- Tres días para cualquier otro caso”) del CFPPC aunque, no obstante, carece esta norma de cualquier previsión cuando es el órgano judicial quien incumple los términos.

una similar aseveración se arriba echando un vistazo a la elevada cifra de asuntos civiles que permanecen todavía en trámite al finalizar cada año judicial – conforme a la versión estadística ofrecida por el CGPJ – ocurriendo, como subraya TARUFFO, que la expresión *justice delayed is justice denied* tiende a aplicarse progresivamente a numerosos ordenamientos<sup>84</sup>.

3. Los desembolsos económicos que supone el acceso al proceso para las partes cuando, de ordinario, la pretensión inicial ejercitada por la actora únicamente resulta estimada en parte (conllevando la salomónica solución contenida en el art. 394.2 de la LEC)<sup>85</sup>, situación bastante desmejorada

<sup>84</sup> TARUFFO, M. “Racionalidad y crisis de la ley procesal” (trad. Fernández López, M.), *Doxa*..., pgs. 315 y 316, puesto que los intervalos temporales prolongados y, en ocasiones, absurdos de la justicia «representan en gran medida el principal factor de crisis del sistema procesal», lo que es susceptible de acarrear una desigualdad sustancial en el empleo de los mecanismos procesales de tutela de derechos entre sujetos, social y económicamente, débiles y fuertes.

<sup>85</sup> “2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”; criterio de la LEC que se aparta del recogido en el art. 7 del CFPPC, dotándose al juzgador con mayores facultades en la imposición de costas: “La parte que pierde debe reembolsar a su contraria las costas del proceso. Se considera que pierde una parte cuando el tribunal acoge, total o parcialmente las pretensiones de la parte contraria. Si dos partes pierden recíprocamente, el tribunal puede exonerarlas de la obligación que impone el párrafo primero, en todo o en parte; pudiendo imponer un reembolso parcial contra

ahora tras la promulgación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, reguladora de determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (a pesar de la minúscula rebaja de las mismas, operada a virtud del Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero), hallándose inmersa España en una difícil época financiera que se revela, como mínimo, poco oportuna para la recepción del incremento de cualquier gasto, incluidos, desde luego, aquellos derivados de actuaciones de naturaleza procesal.

4. Una eventual crisis de la administración de justicia sostenida, en particular, por cierto sector procesalista conforme con la cual si en la década de los ochenta del pasado siglo (a la cual se tilda de «judicialista») se advirtió un fenómeno de jurisdiccionalización de la sociedad a virtud del cual el Estado - tonificado el Poder Judicial - desempeñaba una función socializante en, prácticamente, todas las facetas de la vida permitiendo que la función jurisdiccional penetrara en aspectos impensables con anterioridad (merced a la promulgación de nuestra CE de 1978 o de la LOPJ de 1985), el hecho de trasladar al cauce jurisdiccional la resolución de todos los conflictos imaginables ha provocado el efecto inverso con el progresivo y considerable incremento de la conflictividad, ya ínsita *per se* en la compleja realidad social y económica que vivimos, que insta solución ante los órganos jurisdiccionales transformando al Poder Judicial, lisa y llanamente, en

---

una de ellas, según las proporciones recíprocas de las pérdidas...  
 Todo gasto inútil es a cargo de la parte que lo haya ocasionado, sea que gane o pierda el juicio”.

«inoperante». Las hipotéticas fórmulas esgrimidas para remediar la mentada crisis de la administración de justicia cabría agruparlas en tres bloques<sup>86</sup>:

a. Quienes estiman que bastaría con acrecentar sus medios materiales y humanos, de manera que una buena dotación presupuestaria se traduciría en una mejora del servicio. Hasta la fecha esta receta no ha ofrecido resultados significativos, pese a que son evidentes ciertas carencias que existen en determinadas sedes judiciales inimaginables en otras esferas administrativas (p. e. en la tributaria); ni siquiera se ha advertido adelanto alguno con los censurables incentivos económicos ofrecidos a los juzgadores – encubiertos como complementos de productividad – encauzados a que estos alcancen un determinado porcentaje de asuntos resueltos<sup>87</sup>.

b. Aquellos que defienden que el remedio a tal crisis vendría de la proliferación legislativa, en especial de naturaleza procesal, de modo que con la mera incorporación a nuestro ordenamiento de otros institutos procesales de derecho comparado se arreglaría la situación. Huelga señalar que este hipotético remedio tampoco ha venido a enderezar

<sup>86</sup> BARONA, S. *Tutela civil* J. ..., pgs. 135 y 136.

<sup>87</sup> DE LAS HERAS, M. A. “Otra vía para depurar eventuales responsabilidades judiciales”, en ATIENZA, M. L., EVANGELIO, R., MAS, M. D., y MONTES, M. P. (coords.). *Pensamientos jurídicos* J. ..., pg. 301, o DE LAS HERAS, M. A. “Ética, Poder Judicial y su responsabilidad en España: ¿Hay necesidad real de un código ético para la Judicatura?”, *Criterio y conducta*..., pgs. 174 y 175.

la situación bastando echar un mero vistazo al tsunami legislativo que venimos experimentando, en particular, en los últimos quince años y sus exiguos resultados prácticos siendo, de otra parte, reprochables aquellas desordenadas y desafinadas reformas procesales preocupadas por encontrar, a cualquier precio, arreglos transitorios a circunstancias históricas, así como el fomento de ciertas pautas simples y ágiles que obvian garantías constitucionales que se ven relegadas por el favorecimiento dispensado a ocurrencias importadas que, a veces, revisten complejo encaje en nuestro ordenamiento jurídico<sup>88</sup>.

c. Quiénes apuntan que en la resolución extrajudicial de los conflictos (ADRs o MAR) se halla la clave para tratar de enmendar la referida crisis de nuestra administración de justicia, estadio en el cual cabría ubicarnos hoy.

5. En conexión directa con el párrafo precedente, los hipotéticos beneficios que comportan las fórmulas alternativas respecto de la tradicional vía jurisdiccional para dirimir controversias, sobre todo, aquellas de naturaleza autocompositiva y, de manera particular, la mediación. Así, el protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de

<sup>88</sup> Coincidiendo aquí con PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pg. 23.

procesos de familia<sup>89</sup> (aprobado por el Pleno del CGPJ el 28 de enero de 2010) vino a destacar hasta trece eventuales ventajas que presentaba la misma, contraponiéndola al proceso siendo, con carácter general, susceptibles de sintetizarse para todos los modelos autocompositivos en las seis siguientes:

- a. La elección de un modelo de autocomposición para tratar de solucionar un conflicto favorece la comunicación interpartes, evitando el distanciamiento que provoca el proceso.
- b. Disminuye posibles tensiones (desajustes emocionales, sentimientos de culpabilidad, etc.) entre las partes participantes propiciando conductas pacíficas, impulsando la cooperación y flexibilidad entre ellas y elevando su satisfacción psicológica y personal.
- c. Favorece la asunción de las propias responsabilidades al no delegar la decisión de la controversia en un tercero, lo que provoca que los interesados acepten de mejor grado su situación.

<sup>89</sup> Elaborado por los magistrados MARTÍN, T., PÉREZ, M. y UTRETA, J. L., en mayo de 2008, a partir de ciertas experiencias previas, en especial, la impulsada por el CGPJ y dirigida por ORTUÑO, P., desde 2006 en los juzgados de familia de Barcelona (n.º 18), Madrid (n.º 29), Málaga (n.º 5), Palma de Mallorca (n.º 12), Pamplona (n.º 3) y Sevilla (n.º 7). Las trece ventajas aludidas se expresan en sus pgs. 5 y 6.

- d. Se acomodan los eventuales acuerdos a las necesidades reales, desvaneciéndose el sentimiento de parte ganadora o perdedora del conflicto.
- e. Se reducen los desembolsos económicos, en comparación con la vía judicial, con el subsiguiente ahorro de tiempo en la resolución de conflictos.
- f. Se alcanza una mayor probabilidad de cumplimiento de la resolución obtenida.

Como contrapartida, se percibe que la actual reconducción de las disputas a los MAR (o ADRs) y su pertinaz recomendación por los poderes públicos, de modo singular por el judicial, destapa, de un lado, que estos se hallan muy sobrepasados por el desbordamiento de asuntos y, de otro, la ausencia de la capacidad necesaria para solucionarlos con una cadencia y calidad mínimamente exigibles, de ahí – señala MARTÍ MINGARRO – la finalidad de «drenar, antes de que tomen estado judicial la solución de aquellas controversias que puedan traerse al foro del arbitraje, la mediación o cualesquiera otros medios alternativos que pudieran llegarse a disponer»<sup>90</sup>. En fin,

<sup>90</sup> *La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio*, pg. 14. Al margen de ello, TARUFFO, M. “Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción” (trad. Ferrer Beltrán, J.), *Dexa...*, pg. 387, percibe también que en aquellos sistemas orientados exclusivamente a la resolución de la controversia que se basan solo en la actividad de las partes, «la verdad de los hechos no constituye ciertamente un objetivo que se considere digno de ser perseguido y, es más, puede ser un obstáculo a la solución eficiente del conflicto».

que parece constatarse aquel pretendido aprieto en que se encuentra la administración de justicia con el fenómeno expansivo e importado de las ADRs a las cuales se vuelve a (re)impulsar para solventar conflictos evidenciando una crisis de la justicia ordinaria al encarnar tales cauces, en último término, una solución residual – o «de reserva, si no de serie B» – respecto de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos<sup>91</sup>.

Al margen de otros factores y advertido cuanto antecede, verificaremos ahora en apretada sinopsis y bajo la óptica civil, una aproximación a aquellas principales instituciones encaminadas a la consecución de la paz jurídica que responden a la idea de prescindir, en la medida de lo posible, del proceso cuando resulte aconsejable su evitación ya que, como sugiere aquel sabio refrán: “Es preferible mala avenencia que buena sentencia” o, bajo el propio prisma, “Más vale un mal acuerdo que un buen pleito”<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> TARUFFO, M. “Racionalidad y crisis de la ley procesal” (trad. Fernández López, M.), *Dexa...*, pg. 316.

<sup>92</sup> O, para quien lo prefiera en inglés, *A bad agreement is better than a good lawsuit*.

El arbitraje en sí (como contrato y como procedimiento que, en su caso, es susceptible de suplir al proceso civil) tendría su precedente remoto en un orden procesal arcaico – de hecho, en el más longevo practicado en Roma –, constituido por la *Legis actio (legis actiones)*, la cual halló sistematización en la *Lex duodecim tabularum* y que, junto con el proceso *per formulas*, configuraría el denominado *ordo iudiciorum privatorum* caracterizado por la división del proceso en dos fases, en la primera (*in iure*) el pretor que ejercitaba la *in iudicio* se limitaba tan solo a comprobar la legitimación de las partes, supervisar la observancia del ritual y a dar instrucciones a un *iudex privatus* o *arbitr* (designado por las partes, con la conformidad del propio magistrado, no siendo preciso que este *iudex* o *arbitr* tuviese singulares conocimientos jurídicos), mientras que en la siguiente etapa (denominada *apud iudicem*) era el *iudex privatus* o *arbitr* así nombrado quien finalmente solventaba el conflicto, sobre todo, en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* que, al igual que todas las *legis actiones*, solo era posible ejercitar en supuestos tasados (en esencia, división de herencia entre coherederos –*actio familiae erisundae*–, división de cosa común entre condóminos –*actio communi dividundo*– y reclamación de crédito surgido de una *obligatio verborum*, o sea, de *stipulatio de pecunia certa* –*actio ex stipulato*–). Más adelante se designaría *arbitr* a la persona con especiales conocimientos técnicos o con buen juicio a quienes las partes sometían la decisión de

---

experiencia jurídica romana”, *El Cronista del...*, pgs. 1 y 2, señalando que el arbitraje y otras prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium* se fueron integrando paulatinamente, con base en el principio de *bona fides*, en los edictos de los pretores y en las normas del *ius civile*.

- 69 -

### 3. INSTITUTOS DISTINTOS AL PROCESO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

**A**doptando un mero orden alfabético, las principales fórmulas que se pueden erigir en alternativa al proceso para la resolución de controversias intersubjetivas resultan ser el arbitraje, la conciliación, la mediación y la transacción, habiendo experimentado ahora un inusitado auge la penúltima indicada.

#### 3.1. Arbitraje

##### 3.1.1. Precedentes y normativa: Su discutida naturaleza

La vía del arbitraje no resulta ser novedosa en la resolución de controversias habiendo tenido una relevante difusión en la antigüedad, sobre todo, en Grecia y Roma (con motivo de las relaciones comerciales) encontrando acomodo ulterior en los diferentes ordenamientos jurídicos. Durante el siglo VIII a. C. el arbitraje privado se utilizaba en Roma para dirimir disputas, incluso antes de que la comunidad política asumiese la función jurisdiccional de impartir justicia a través de los órganos judiciales, de manera que la decisión de las controversias intersubjetivas se atribuiría a uno o varios árbitros designados de común acuerdo por las partes en conflicto<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ, A. “El arbitraje de Derecho público en la

su controversia (*arbitr ex compromisso*), pudiendo también el magistrado elegir un *arbitr* para que resolviese una cuestión litigiosa concreta<sup>94</sup>. En un momento ulterior, períodos clásico y postclásico, apareció el *compromissum* – como aplicación singular de la *stipulatio poenae* – que originó un procedimiento arbitral, alternativo a la *iurisdictio estatal*, por el cual las partes – a través de una *verborum obligatio* – encomendaban potestativamente a un tercero (*arbitr ex compromisso*, designado de común acuerdo)<sup>95</sup> que juzgase la controversia surgida entre ellas obligándose, mediante *stipulatio*, a ejecutar la decisión arbitral y al abono de una pena convencional si no lo cumplían. El *arbitr* asumía esta función cuasi jurisdiccional con un *recipere* que no suprimía acudir a la jurisdicción ordinaria, en cuyo supuesto la otra parte podía instar el cumplimiento de la *poena* mediante la *actio certae creditae pecuniae*<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Al respecto TORRENT, A. *Diccionario de Derecho...*, pg. 116, (vid. «*Arbitr*»), pgs. 576 a 578 (vid. «*Legis actio*» y «*Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*»), expresando que el «rígido sistema de las *legis acciones* surgió para tutelar los negocios del *ius civile* que hasta mediados del siglo II a. C. solo podían hacerse valer mediante una *legis actio*»; conociéndose principalmente tres *acciones* declarativas o de cognición – *sacramentum*, la referida *iudicis postulatio* y *condictio* – y otras dos de naturaleza ejecutiva – *manus iniectio* y *pignoris capio* –.

<sup>95</sup> De hecho, el término *arbitr* – del cual deriva árbitro y arbitraje – proviene de la lengua fenicia significando originariamente garantía, de acuerdo con la raíz *rbu* mediante la que se introdujo, merced al comercio, en la lengua latina, FERNÁNDEZ, A. “El arbitraje de Derecho público en la experiencia jurídica romana”, *El Cronista del...*

<sup>96</sup> Otra vez TORRENT, A. *Diccionario de Derecho...*, pg. 192, señalando que era habitual recurrir a esta función extrajudicial «que evitaba

En nuestra historia constitucional «la Pepa» – tal y como se conoce en sentido coloquial a nuestra Carta Magna de 1812 – ya dispuso: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” – art. 280 – y, en cuanto a la decisión adoptada, vino a establecer: “La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar” – art. 281 –. No obstante, hasta la promulgación de la Ley de 22 de diciembre de 1953, reguladora de los Arbitrajes de Derecho privado<sup>97</sup>, el contrato de compromiso en España venía disciplinado tanto en el CC (que en apenas dos preceptos, arts. 1820 y 1821, reenviaba a lo dispuesto sobre transacciones), como en la anterior LEC/1881 (arts. 487 y 790 y ss.) y en algunos preceptos aislados del Código de Comercio (CCo, arts. 50 y 638)<sup>98</sup>, viniéndose a definir el arbitraje como “(...

las demoras, gastos y publicidad (muchas veces no deseada) de los procesos judiciales». Como apunta FERNÁNDEZ, A. “El arbitraje de Derecho público en la experiencia jurídica romana”, *El Cronista del...*, en el arbitraje privado son los particulares intervinientes quienes acuerdan – mediante el *compromissum* – someter su controversia a la decisión de uno o varios árbitros que aceptan *receptum* – resolver mediante sentencia la discordancia suscitada.

<sup>97</sup> De manera que de acuerdo con el párr. 2.º de su art. 1: “(…) Los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole, continuarán sometidos a las disposiciones que se rigen”.

<sup>98</sup> Recogía el párr. 4.º del preámbulo de la norma de 1953 que el compromiso “(…) como contrato creador de un arbitraje,

institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión” (art. 2 de la Ley de 1953). Cabe sintetizar las directrices básicas de esta sucinta norma de 1953 (contando solo con 31 arts.) en las cuatro siguientes: I) Enfatizó la naturaleza material o privada del arbitraje, resultando excesivamente formalista y recogiendo también, dentro de ciertos límites, el arbitraje instituido por testamento<sup>99</sup>; II) Simplificó el entramado legal al fusionar el arbitraje estricto – o de derecho – y la amigable composición – o arbitraje de equidad – entendiendo que “(...) las partes optan por un arbitraje de derecho cuando nada dijeran en contrario” (art. 4)<sup>100</sup>; III) Desatendió las singularidades del arbitraje comercial, obviando también el arbitraje internacional; y, finalmente, IV) Dotó de

determina el apartamiento de los órganos jurisdiccionales del conocimiento de cierto litigio, pero no lleva consigo la obligación positiva del instituirlo concretamente, ni la posibilidad de acudir al juez para que lo haga en defecto de la parte que incumpla esta obligación”.

<sup>99</sup> Art. 5: “El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia”.

<sup>100</sup> Sin embargo, esta pretendida fusión fue más nominal que real, pues se mantuvo en su articulado la tradicional división al igual que ha acontecido con las normas ulteriores. En el arbitraje de derecho los árbitros fallan conforme a este, debiendo entonces ser abogados ejercientes o – como indica ahora la LA 2003 – juristas; en cambio, en el arbitraje de equidad los árbitros no precisan ser letrados y resuelven según su leal saber y entender.

eficacia al arbitraje, previendo la intervención judicial para compeler a la parte incumplidora que observase lo inicialmente convenido<sup>101</sup>, persiguiéndose que la solución arbitral fuese rápida y satisfactoria.

Transcurridas más de tres décadas el texto de 1953 fue reemplazado por Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje con base principal en que “(...) la ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra; la práctica ha demostrado, en cambio que, dicha ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen a nivel internacional”

<sup>101</sup> Recogíendose en el párr. 7.º de su preámbulo: “(...) La ley no solamente da vigor a supuestos íntimamente ligados con el arbitraje, sobre los que hasta ahora el derecho positivo guardaba silencio, no obstante la frecuencia con que se encontraban en el tráfico jurídico, como es la cláusula compromisoria, sino que, sobre todo, puesta frente al grave problema, ya aludido, de la eficacia positiva que habría de darse al pacto de compromiso, se decide rotundamente por una posibilidad de ejecución específica, mediante la institución de lo que llama formalización judicial del compromiso, que, como su nombre indica consiste en la intervención del juez para obligar a la parte que se niegue, expresa o tácitamente, a cumplir con su convenio primitivo, a estar y pasar por el mismo o, en su defecto, por las declaraciones que el juez emita en su lugar”. Curiosamente concluye para México QUINTANA, E. A. “Marco jurídico del arbitraje nacional, regional e internacional”, en MÉNDEZ-SILVA, R. (coord.): *Contratación y Arbitraje...*, pg. 422, que «debe seguirse estudiando, analizando y reformando el derecho procesal interno en cuanto hace a la ejecución de laudos».



(párr. 1.º de su EM). Dicho texto legal, más amplio que su predecesor (abarcando 63 preceptos), definía el arbitraje como instituto por el cual “(...) las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho” (art. 1), acogiendo de modo expreso la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa al establecimiento de ciertas medidas tendientes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, en donde se sugería que los gobiernos confeccionasen las disposiciones convenientes para que «en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial»<sup>102</sup>. Entre las principales novedades que introdujo el texto de 1988 sobresalieron las que siguen: A) Mitigó el requisito formal referido a que el contrato o convenio arbitral fuese otorgado en escritura pública, tolerándose mediante escrito privado (art. 6) y, excepcionalmente, prosiguió admitiendo el instituido por testamento (art. 7); B) Mudó la modalidad subsidiaria del arbitraje al señalar que “En el caso de que

<sup>102</sup> Vid. el antepenúltimo párr. de su EM, lo que viene a corroborar el siguiente al prever la creación de instancias arbitrales en otras normas especiales, como la de Ordenación del Seguro Privado, la General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (mereciendo destacarse el RD 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo previsto ya en el art. 57 del TR de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007), la de Propiedad Intelectual y la de Ordenación de los Transportes Terrestres a las que la Ley de 1988 habría de servir de norma complementaria.

las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento” (art. 4); C) Se apartó del carácter puramente material o privado del arbitraje pues, aunque en su génesis continuaba siendo contractual, su desarrollo era predominantemente procesal a lo que vino a contribuir después la vigente LEC/2000 en materia de solicitud de medidas cautelares en el arbitraje, ejecución de laudos, nacionales y extranjeros, etc.; D) Dotó de amplio protagonismo a la autonomía individual (art. 1255 del CC)<sup>103</sup>, y E) Creó el recurso de nulidad o anulación frente al laudo arbitral (o decisión de los árbitros, resolviendo la controversia) cuya competencia fue asignada a las audiencias provinciales.

Tras quince años de vigencia del texto de 1988 fue dictada la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), más breve que su predecesora a la cual deroga (comprendiendo ahora 46 arts.) apareciendo inspirada, en particular, en la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, recomendada por su Asamblea General en Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985<sup>104</sup>, a la

<sup>103</sup> Precepto que tiene su equivalente en el art. 1839 del CC del DF mexicano.

<sup>104</sup> Tal y como reza el párr. 3.º de su EM, careciendo de fácil explicación que el legislador español de 1988 no atendiese tal disposición con ocasión del dictado de la anterior norma. En México, el Decreto de 1993 que modifica el CCo en la materia

cual acomoda su régimen jurídico. Con posterioridad, este texto de 2003 se ha visto afectado, en primer lugar, por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y, en segundo término, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado en respuesta al “... impulso de modernización de la administración de justicia... se trata ahora de modificar algún aspecto de la ley... que en la práctica se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional»<sup>105</sup>. De los rasgos caracterizadores de la vigente LA de 2003 merecen destacarse los nueve siguientes: a) Regula de manera unitaria el arbitraje interno e internacional, resultando escasos los preceptos singulares aplicables a este último<sup>106</sup>; b) Retorna al arbitraje de derecho como criterio subsidiario: “Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello” (art. 34.1), recogiendo asimismo el arbitraje testamentario (art. 10)<sup>107</sup>;

aparece también inspirado en la referida Ley Modelo.

<sup>105</sup> Apdo. I, *in fine*, de la EM de esta Ley 11/2011, de 20 de mayo.

<sup>106</sup> De hecho, como indica el párr. 5.º, apdo. II de su EM: “(...) Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base (...) de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa”.

<sup>107</sup> “También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no

c) Predomina la autonomía de la voluntad de las partes que resulta ser instigadora de, prácticamente, cualquier trámite procedimental y motivo del antiformalismo de la norma; d) Mínimo intervencionismo jurisdiccional como regla general (art. 7)<sup>108</sup>; e) Admisibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares – la denominada tutela cautelar arbitral – aunque su ejecución incumbe, en su caso, a los órganos judiciales<sup>109</sup>; f) Apertura de la norma al progreso tecnológico, reanudando el camino iniciado por la vigente LEC (constatable, p. e. en sus arts. 5.a<sup>110</sup> o 9.3) y, en particular, por el art. 32 de la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio

forzados o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

<sup>108</sup> “En los asuntos que se rijan por esta ley no interviendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga”; refiriendo el precepto siguiente los tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

<sup>109</sup> Así, art. 23.1 – “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante (...)” – en conexión con su art. 8.3: “Para la adopción judicial de medidas cautelares será Tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (...)”.

<sup>110</sup> Conforme con el cual, salvo acuerdo contrario de las partes “(...) será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción, y que hayan sido designados por el interesado...”.

electrónico<sup>111</sup>; g) Fortalece el arbitraje institucional (art. 14)<sup>112</sup>; h) Atiende, en particular, al criterio territorial para delimitar su ámbito de aplicación (art. 1)<sup>113</sup> y, por último, i) Da nueva configuración a la anulación como acción de impugnación – no como recurso – frente al laudo, cuya

<sup>111</sup> Que, rubricado «Solución extrajudicial de conflictos», dispone: “1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. 2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica”.

<sup>112</sup> “1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (...)”.

<sup>113</sup> “1. Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje. 2. Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23, y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España. 3. Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes. 4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales”.

competencia viene atribuida ahora a la “(...) Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiere dictado” (art. 8.5 LA).

En cuanto a la discutible naturaleza jurídica del arbitraje no cabe duda de su marcado carácter contractual en el marco de la anterior Ley de 1953, sin embargo, el mismo se ha visto desdibujado con las normas ulteriores dando paso a diversas teorías entre las que destacan, en síntesis, la iuspublicista o jurisdiccional – que niega su anterior naturaleza privada sobre la base de la eficacia conferida al laudo y la función llevada a cabo por los árbitros –, la procesalista – fundamentada en el procedimiento arbitral y su innegable similitud con el proceso judicial – y la ecléctica o intermedia – resultante de combinar ingredientes de todas las anteriores, a las que procura compatibilizar –. Sea como fuere, existiendo defensores y detractores de todas estas tesis, cabe mantener que la naturaleza del arbitraje no es unívoca y si bien su génesis permanece siendo contractual, su evolución ulterior y desenlace resultan ser, en su mayor parte, de carácter cuasi procesal – o equivalente jurisdiccional, como declara el TC –, no siendo catalogable de una sola manera<sup>114</sup> y representando – esto sí – una vía heterocompositiva de resolución de controversias, alternativa al proceso judicial y, por ende, encuadrable en

<sup>114</sup> De la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje dependerán, entre otras cosas, los criterios de interpretación o integración de posibles lagunas o vacíos legales debiéndose detallar, por ende, las disposiciones reguladoras de la institución que tengan carácter sustantivo y aquellas otras que tengan carácter procesal.

el ámbito de los llamados MAR.

### 3.1.2. Concepto, presupuestos y efectos del convenio arbitral

Al margen del testamentario, el arbitraje tiene su germen en una relación contractual, pudiéndose definir al anteriormente llamado contrato de compromiso y, luego, convenio arbitral, de arbitraje o para el arbitraje<sup>115</sup>, como aquel «acuerdo por el que las partes establecen que una controversia o varias, o todas las que hayan surgido, o puedan surgir, entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea resuelta por un tercero (o terceros), comprometiéndose a acatar su decisión» de manera que dicho tipo contractual no elimina *per se* el conflicto intersubjetivo que exista o pueda existir, sino que lo somete al juicio de un particular en vez de al de los órganos judiciales<sup>116</sup> quedando, de otra parte, vedada la imposición de cualquier arbitraje forzoso (art. 24.1 de la CE)<sup>117</sup>. Por

<sup>115</sup> De hecho, el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) define el contrato de arbitraje como aquel «compromiso de someter a la decisión de uno o varios árbitros la solución de una controversia presente o futura, que obliga a cumplir la resolución arbitral e impide conocer a los jueces y tribunales».

<sup>116</sup> ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho...*, pg. 311. Para BERENGUER, C. *El contrato de...*, pg. 748, es un «medio de defensa de carácter privado que se lleva a cabo a través de terceros, denominados árbitros, a quienes las partes previa y voluntariamente deciden someterse y que resuelven el conflicto de manera definitiva e irrevocable, excluyendo cualquier intervención judicial».

<sup>117</sup> Sobre tal extremo STC n.º 75/1996, de 30 abril, Sala 1.ª, CRUZ

tanto, su inicio es netamente contractual, dando paso a un procedimiento heterocompositivo por el cual las partes en conflicto pactan, a virtud del principio de autonomía individual y mediante tal convenio, someter a la decisión de un tercero (o árbitro, único o plural, pero siempre en número impar para eludir posibles empates) la resolución de sus controversias<sup>118</sup>. Se trata de este tipo porque la composición o arreglo del conflicto se encomienda principalmente al árbitro (tercero), aunque nada obsta a que en la solución del conflicto puedan intervenir las propias partes enfrentadas, provocando que el árbitro emita lo que bien podría denominarse un laudo transaccional<sup>119</sup>.

VILLALÓN, FJ 2.º: «(...) la autonomía de la voluntad de las partes – de todas las partes – constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto resulta contrario a la Constitución que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje..., se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello».

<sup>118</sup> Art. 12 de la LA: “Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro”.

<sup>119</sup> Art. 36.1. de la LA: “Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes”.

En cuanto a su ámbito material de aplicación, solo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho (art. 2.1)<sup>120</sup>, lo cual reenvía necesariamente a los ordinales 2 y 3 del art. 6 del CC<sup>121</sup>, así como a los arts. 1813 y 1814 del propio texto, en conexión con el art. 19.1 de la LEC cuando expresa que cabe sometimiento a mediación o arbitraje e, incluso, transigir “...excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

El convenio arbitral debe ajustarse a lo establecido en el Tít. II de la LA y, con carácter supletorio, a las del CC debiendo constar por escrito<sup>122</sup> y adoptar la forma de

<sup>120</sup> No obstante, conforme a su art. 2.2: “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”. Según los cuales: “(...) 2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. 3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. En términos similares se pronuncian los arts. 6 y 8 del CC federal mexicano.

<sup>122</sup> Reflejándose el antiformalismo de la LA en que este requisito de escritura puede consistir en un “(...) documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta

cláusula incorporada a un contrato o constituir un acuerdo independiente. De contenerse en un contrato de adhesión, la validez de tal convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato (art. 9.2). En caso de arbitraje internacional el contrato de arbitraje “(...) será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español” (art. 9.6). La reforma operada por Ley 11/2011 reconoce el arbitraje estatutario en las sociedades de capital, requiriendo una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje (arts. 11 bis y 11 ter de la LA).

Nada dispone la Ley de 2003 sobre la capacidad de las partes en aras a la celebración del contrato arbitral, mostrándose pacífica la doctrina al requerir capacidad general de obrar y libre disposición sobre la materia que sea objeto de convenio, precisándose poder especial de

---

en soporte electrónico, óptico o de otro tipo...”, tolerándose la cláusula arbitral por referencia (art. 9.4) e incluso, “...cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra” (art. 9.3 y .5). No obstante, resulta criticable que la LA se refiera a las partes, en diversas ocasiones, como actor y demandado y a sus respectivos escritos de alegaciones con los términos demanda y contestación e, incluso, a la propia controversia como litigio porque, lisa y llanamente, no estamos en presencia de un proceso jurisdiccional.

celebrarse mediante representante voluntario<sup>123</sup>.

El efecto principal que provoca el contrato arbitral será obligar a las partes a cumplir lo estipulado (efecto positivo, art. 1091 del CC) y, en consecuencia, sustraer del conocimiento de los órganos judiciales la controversia sometida a arbitraje (efecto negativo) “... siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria” (art. 11.1 de la LA). Cabe apreciar que, en realidad, ambos efectos contractuales quedan a disposición de los contratantes<sup>124</sup>, teniendo presente asimismo que «... el procedimiento y el laudo arbitral no pueden ser objeto directo de impugnación en el recurso de amparo, ya que el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para su enjuiciamiento al no ser un acto referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 de la LOTC). De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) solo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y

la ejecución forzosa del laudo» (STC n.º 136/2010, de 2 diciembre, Sala 1.ª, PÉREZ TREMPES, FJ 2.º).

### 3.1.3. De los árbitros

Así se rubrica el Tít. III de la LA, denominándose árbitro al tercero independiente y neutral que, previa aceptación del cargo (art. 16), resolverá por laudo la controversia que le ha sido sometida por las partes a virtud del convenio. Puede serlo cualquier persona física, al margen de su nacionalidad, que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles siempre que no se lo impida la normativa a la que quede sujeto en el ejercicio de su profesión (art. 13). Si el arbitraje es de derecho – regla general – el árbitro o, en su caso, uno de ellos, de ser varios, ha de tener la condición de jurista (que no letrado como antaño), salvo que las partes acuerden otra cosa. Las partes son libres de nominar al árbitro o árbitros o de elegir el procedimiento para su designación con observancia del principio de igualdad (arts. 15.2 y 24.1 de la LA) y, en su defecto, se recogen ciertas reglas legales en orden a su nombramiento (art. 15). Salvo pacto en contrario, el ejercicio del cargo será retribuido por las partes (art. 21.2 de la LA).

<sup>123</sup> Por todos, art. 25.2.1.º de la LEC, véase también ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho...*, pg. 312, o PÉREZ, C. “La transacción. El arbitraje”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Manual de Derecho...*, pgs. 379 y 380.

<sup>124</sup> Ya que podrían, de común acuerdo, no observar lo estipulado o, en otro caso, si uno de ellos decide acudir a un tribunal se precisará que el otro invoque la existencia de previo convenio arbitral mediante declinatoria porque, de lo contrario, se presume que renuncia a la efectividad de lo previamente estipulado, vid. DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho...* II, pgs. 553 y 554.

Para garantizar la imparcialidad arbitral y el adecuado ejercicio del cargo se prevén asimismo (arts. 17 a 21) los supuestos de abstención y recusación<sup>125</sup>, la eventual imposibilidad sobrevenida por parte de los árbitros ya

<sup>125</sup> Habiendo introducido la reforma de 2011 que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas (art. 17.4)”.

designados – o su remoción –, el nombramiento de árbitros sustitutos, así como el régimen de responsabilidad a que quedan subordinados en el desempeño de su función<sup>126</sup>.

El Tít. IV de la LA (arts. 22 y 23) se refiere a las potestades arbitrales relativas a decidir acerca de su propia competencia y, salvo pacto en contra de las partes, sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares; mientras que su Tít. V (arts. 24 a 33) se ocupa del procedimiento arbitral.

### 3.1.4. El laudo arbitral: Impugnación y ejecución

Con el pronunciamiento motivado y por escrito del laudo o decisión arbitral concluye el arbitraje resolviéndose la cuestión litigiosa que lo originó que cabe decidir, salvo pacto en contra de las partes, “... en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios”, tal como recoge el art. 37.1 de la LA, y dentro de los 6 meses siguientes “(...) a la fecha de presentación de la contestación

(...) o de expiración del plazo para presentarla” siendo prorrogables motivadamente por 2 meses más, aunque, de no acordarse lo contrario, “(...) la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros” (art. 37.2). El laudo se debe pronunciar sobre las costas del arbitraje de consuno con lo acordado por las propias partes (art. 37.6), contemplándose también la posibilidad de solicitar la pertinente corrección, aclaración, complemento y rectificación por extralimitación del laudo (art. 39). “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación<sup>127</sup> y, en su caso, solicitar la revisión (...)”, conforme con lo previsto en la LEC “(...) para las sentencias firmes” (art. 43 de la LA), norma ritual a la que se habrá de acomodar asimismo la ejecución forzosa del laudo, con observancia de las disposiciones de la LA (art. 44), siendo aquel ejecutable aunque se haya formulado la acción de anulación sin

<sup>126</sup> “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieron, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros. Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas” (art. 21.1).

<sup>127</sup> Los motivos de anulación del laudo se recogen en el art. 41 de la LA: “El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley; o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; y; f) Que el laudo es contrario al orden público”.

perjuicio de instar “(..) la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena, más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo” (art. 45.1). En cualquier caso, la acción ejecutiva fundada en resolución arbitral habrá de respetar el plazo de espera de 20 días previsto para ejecutar las resoluciones arbitrales o acuerdos de mediación (art. 548 de la LEC), pudiendo caducar si no se formula la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los 5 años posteriores a la firmeza del laudo (art. 518 de la LEC).

Finaliza la LA estableciendo que el *exequátur* de los laudos extranjeros – o sea, aquellos pronunciados fuera de España – se registrará por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, “(..) sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros” (art. 46). En suma, dentro del marco de los MAR el arbitraje en asuntos civiles y mercantiles ha sido calificado por el CGPJ como una «institución madura, sobradamente conocida, suficientemente analizada y frecuentemente utilizada en la práctica»<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> En su informe al anteproyecto de Ley de Mediación de 2010, pg. 6, prueba de ello es que otras normas recientes reenvían al arbitraje – o lo reinventan – para resolver conflictos, *ad exemplum*, el art. 74.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de

## 3.2. CONCILIACIÓN

### 3.2.1. Concepto, regulación y fundamento

En líneas generales cabe definir la conciliación como aquella actividad llevada a cabo por las partes en conflicto ante un tercero (conciliador) encauzada a obtener un arreglo entre ellas a virtud de una transacción, renuncia o allanamiento soslayando, de tal modo, la incoación de un proceso o poniendo fin al ya iniciado de lo cual se desanuda la existencia, de un lado, de una conciliación preprocesal o preventiva y, de otro, de la conciliación de carácter intraprocésal. Como se desprende, el genuino arreglo *inter partes* es fruto en ambos supuestos bien de un contrato, bien de otro negocio jurídico de distinto carácter<sup>129</sup>. *Strictu sensu*, bajo la óptica sustantiva, suele concebirse bien como «actividad preprocesal, no jurisdiccional y de carácter potestativo a través de la cual los sujetos pueden arreglar sus diferencias ante un juez o ante un secretario judicial, y evitar así la iniciación del proceso, normalmente a través de una transacción»<sup>130</sup>, bien como «comparecencia

su inclusión social, prevé que el Gobierno establezca un “(..) sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito(..)”.

<sup>129</sup> Sobre el negocio jurídico vid. DE LAS HERAS, M. A. *Diccionario histórico judicial...*, pgs. 1157 a 1163.

<sup>130</sup> DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho... II*, pgs. 42 a 47. Conforme con la 4.ª acepción contenida en el DRAE (del lat. *conciliatio*, -onis) significa «acuerdo de los litigantes para evitar



necesaria o facultativa para las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido»<sup>131</sup>.

En nuestro Derecho histórico la conciliación como ADR o medio alternativo a la vía judicial para la resolución de controversias (MAR) obtuvo enorme trascendencia hasta el punto de solicitar las Cortes castellano-leonesas de finales de siglo XVI que se estableciesen conciliadores en cada ciudad con la función de «convenir y concretar a *“qualesquier personas de qualquier calidad que sean que en tal pueblo”* “*ovieron pleitos y diferencias*”, y ello, porque los pleitos son tantos *“que non se podrian dexir; solamente vasse que destruyen las ánimas, y trabajan y enbajecen los cuerpos, y pierden las hazíendas”*<sup>132</sup>, constituyendo el conato conciliador exigencia previa a la vía judicial en el art. 282 de la ya referida CE de 1812: “El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto”, viniendo a disponer categóricamente su art. 284: “Sin hacer constar que se ha intentado el medio

---

un pleito o desistir del ya iniciado», siendo definida también la expresión *acto de conciliación* como «comparecencia de las partes desavenidas ante un juez, para ver si pueden avenirse y excusar el litigio».

<sup>131</sup> MONTERO, J. *et al. Derecho jurisdiccional II...*, pg. 179.

<sup>132</sup> PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pgs. 19 y 20.

de la conciliación, no se entablará pleito ninguno”<sup>133</sup>.

Bajo este propio ángulo la anterior LEC/1881 contemplaba la celebración del acto de conciliación como exigencia ineludible para entablar cualquier demanda de manera que, si el actor no acompañaba esta última con la certificación de haber intentado la conciliación con el demandado, el juzgador suspendía el proceso hasta su aportación, regulación que respondía al influjo de la Revolución francesa que arrojó la conciliación con gran fervor a consecuencia de la proyección que tuvo la obra de VOLTAIRE, en el ideario revolucionario<sup>134</sup>. Esta imposición legal fue objeto de numerosas críticas doctrinales motivando que la reforma de la anterior LEC/1881 – operada por Ley 34/1984, de 6 de agosto – mantuviese el acto de conciliación solo con carácter facultativo. No obstante, en la actualidad parece haber extraviado su anterior relevancia y continúa regulándose,

---

<sup>133</sup> El art. 77 de la CE republicana de 1931 establecía, en conexión con la conciliación y el arbitraje: “El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y solo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones. Cuando la Nación estuviere ligada a otros países por tratados particulares de conciliación y arbitraje, se aplicarán estos en todo lo que no contradigan los Convenios generales (...)”.

<sup>134</sup> PERDIGUERO, E. “Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho laboral”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pgs. 248, citando a LORCA.

en líneas generales, como medio preventivo en la anterior LEC/1881 (arts. 460 a 480) a la espera de que se dicte, desde hace casi tres lustros, una nueva ley sobre jurisdicción voluntaria que no llega<sup>135</sup>, habiéndose reformado dicho precepto por el art. 1 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial que viene a atribuir al secretario judicial o al juez de paz la competencia en materia de conciliación preprocesal (ep. III de su EM)<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Como señala la EM de la vigente LEC/2000, ep. V: “(...) esta ley se configura con exclusión de la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria, que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta, donde han de llevarse las disposiciones sobre una conciliación que ha dejado de ser obligatoria (...)”; estableciendo su disposición derogatoria única: “1. Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: (...) El Título I del Libro II, así como el artículo 11, sobre la conciliación (...) que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria”. No obstante, existe un anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de fecha 31 de octubre de 2013, que ha sido informado, en determinados y relevantes aspectos, desfavorablemente por el CGPJ el pasado 27 de febrero de 2014.

<sup>136</sup> Resulta criticable la atribución competencial a favor del juez de Paz por ser esta una figura llamada a extinguirse y, en especial, porque el art. 456.3.c) de la LOPJ – tras la reforma operada por LO 19/2003, de 23 diciembre – dispone expresamente: “Los secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencias en las siguientes materias: ...c) Conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia”.

La base teórica de la conciliación se halla en la propia finalidad que persigue: el alejamiento o la supresión del proceso como «mal social», de manera que su fundamento no es otro que el anhelo estatal de eludir la mayoría de procesos posibles en aras a obtener el consiguiente ahorro de tiempo y dinero<sup>137</sup>.

En cuanto a su naturaleza jurídica, hoy parece aceptarse que la conciliación pertenece al ámbito de procedimientos de jurisdicción voluntaria, motivo por el cual cuando el juzgador o funcionario público desempeñan una labor conciliadora intervienen como meros intermediarios o mediadores, sin ejercer jurisdicción alguna, desarrollando una función más administrativa que procesal al carecer de potestad decisoria y sin que les sea dable compeler a las partes a que alcancen ningún acuerdo, tratando solo de aventarlas para sortear el proceso constituyendo, por ende, un medio tendente a la autocomposición de la controversia

<sup>137</sup> HERCE, V. *Derecho procesal civil...*, pg. 178, señalando que «El proceso es un mal necesario para el mantenimiento de la paz jurídica, que supone molestias y gastos para el Estado y para los particulares, y, por ello, cuando la conservación del orden jurídico se puede lograr por medios distintos, el Estado procura eliminar el proceso»; también MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de...*, pg. 6, considera que tanto la pasada obligatoriedad del trámite de conciliación como su vigencia moderna con el carácter de trámite voluntario son expresión de la «necesidad de evitar que haya tantos y tantos litigios que cargan la tolva insaciable del orden jurisdiccional civil y mercantil, y que muy probablemente podrían ser evitados si se encontrara la manera de abortar los procesos judiciales mediante un acuerdo o transacción».

suscitada cuya eficacia, en su caso, queda limitada a los intervinientes<sup>138</sup>; recordando la SAP de Zaragoza n.º 227/2008, de 22 abril, Secc. 4.ª, DE GRACIA MUÑOZ, FJ 3.º, que la conciliación «(...) tiene un contenido negocial según establece el art 476 anterior de la LEC, (st TS 10-2-00 ), o que lo convenido “entraña un auténtico acto propio, pues este consiste en una declaración de voluntad, expresa o tácita, manifestada en términos concluyentes e inequívocos, y reveladora de la actitud del sujeto frente a determinada situación jurídica” y añade que “la conciliación supone o constituye, como ya dijo esta Sala, entre otras, en Sentencia de 5 de noviembre de 1976, un negocio jurídico particular, semejante en cuanto a sus efectos a la transacción (...). Ahora bien, pese a los efectos vinculantes del acto, ello es sin perjuicio de que se pueda cuestionar su validez (art 477 anterior LEC) o de su interpretación y alcance».

<sup>138</sup> Destaca la STS de 16 diciembre 1991, Sala 1.ª, ALMAGRO NOSETE, FJ 1.º «...la naturaleza potestativa del acto de conciliación preprocesal (...), de acuerdo con la reforma legal introducida por Ley 34/1984 que transformó la primitiva obligatoriedad del referido acto ...en voluntariedad dependiente del actor, y con los efectos limitados que el acto tiene entre las partes, que en ningún caso implica renuncia de los derechos que asisten a estas, frente a terceros, ni siquiera, en el caso, como ocurre en el que se juzga, que existan vínculos de solidaridad, entre los demandados, establecidos por interpretación jurisprudencial de la ley, puesto que la elección en fase amistosa o conciliatoria, de uno de ellos para procurar la solución del diferendo que los enfrenta, no excluye ni se contraponen, ni se contradice con una posterior reclamación judicial que incluye a otros deudores solidarios».

### 3.2.2. Ámbito de aplicación, efectos e impugnación de lo convenido

Circunscribiéndonos a la conciliación civil, *stricto sensu*, la denominada preprocesal (cuyos sencillos aspectos procedimentales se obvian aquí en aras a la brevedad y la copiosidad literaria jurídica existente) tiende a evitar el proceso quedando, no obstante, proscrita con carácter imperativo en: “(...) 1. Los juicios en que estén interesados el Estado, las comunidades autónomas y las demás administraciones públicas, corporaciones o instituciones de igual naturaleza; 2. Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes; 3. Los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados; y 4. En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso” – art. 460 LEC/1881 que remite de nuevo a los referidos arts. 6, 1813 y 1814 del CC, así como al art. 19.1 de la LEC/2000 –.

De otra parte, la conciliación intraprocésal o intrajudicial tiene lugar en el marco de un proceso ya iniciado persiguiendo, precisamente, su conclusión y viniendo recogida en los arts. 415 (reformado por Ley 5/2012, de 6 de julio, y rubricado «Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral.

Homologación y eficacia del acuerdo»<sup>139</sup> y 428.2<sup>140</sup> de la actual LEC/2000 relativos a la audiencia previa del juicio ordinario, cuya competencia viene atribuida entonces al juez de primera instancia por mucho que en ellos «se hable de intento de arreglo, acuerdo o transacción y no conciliación»<sup>141</sup>.

En ambos tipos de conciliación los posibles desenlaces y efectos serán:

1. En la preprocesal o preventiva, los consabidos de: a) Intentado sin efecto, cuando no comparezca al acto alguna de las partes sin alegar “(...) justa causa para no concurrir”,

<sup>139</sup> “1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso (...). para someterse a mediación o arbitraje (...). 3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará (...)”. Por su parte, el art. 595 del CFPC mexicano se refiere de manera expresa a la conciliación con ocasión del ejercicio de la acción colectiva.

<sup>140</sup> “(...) 2. A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el art. 415 de esta Ley”.  
<sup>141</sup> MONTERO, J. *Derecho jurisdiccional II...*, pgs. 179, también GUTIÉRREZ, M. R. *La conciliación en...*, pgs. 52 a 59, deslindando esta última autora dos momentos bien definidos en ambos preceptos respecto de la obligatoriedad del conato conciliador encomendado al juzgador.

lo que provocará su condena en costas; b) Sin aveniencia, cuando comparecidas las partes no se logra acuerdo alguno; y c) Con aveniencia, en cuya hipótesis el secretario judicial dictará pertinente decreto – o auto el juez de paz – homologando el acuerdo alcanzado y tal resolución “(...) tendrá aparejada ejecución” – art. 479 de la LEC/1881 – al constituir título ejecutivo de los previstos en el art. 517.2.9.º de la LEC/2000 (ordinal modificado por la ya referida Ley 37/2011, de 10 de octubre). Además, en cualquiera de los tres supuestos, la simple formulación de la petición de conciliación interrumpe, una vez sea admitida, “(...) la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la ley desde el momento de la presentación” (art. 479 de la LEC/1881) reenviando, por tanto, a los arts. 1947 (sobre prescripción adquisitiva) y 1973 del CC (prescripción extintiva) y art. 944 del CCo. (sobre prescripción extintiva mercantil)<sup>142</sup>.

2. Mediante la conciliación intraprocésal se permite a las partes en conflicto: a) Alcanzar un acuerdo, pudiendo entonces desistir del proceso o instar la homologación judicial de aquel con los mismos efectos que una transacción judicial; b) Instar la suspensión procesal para someterse a mediación o arbitraje, previa comprobación judicial de sus presupuestos, y c) No lograr acuerdo, en cuyo caso la audiencia previa y – con ella – el juicio prosiguen su normal tramitación.

<sup>142</sup> Sobre el instituto de la prescripción, véase la propia voz en DE LAS HERAS, M. A. *Diccionario Histórico Judicial...*, pgs. 1372 a 1379.

Respecto a una eventual impugnación de lo, en su caso, estipulado por las partes mediante la vía conciliatoria habremos de diferenciar también si el convenio se ha logrado en la preprocesal o en la intrajudicial. De tratarse del acuerdo alcanzado en la conciliación preprocesal con avenencia – que carece de fuerza de cosa juzgada y, por consiguiente, solo adquiere *vis* contractual *inter partes* – indica el art. 477 de la anterior LEC/1881: “Contra lo convenido en acto de conciliación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (...)”, de manera que la posible ineficacia del acuerdo así conseguido se remite a las normas de Derecho Civil en la materia, esto es, a los supuestos de nulidad absoluta o *ipso iure* (por contravenir normas de *ius cogens* o faltar los requisitos esenciales del contrato, caracterizándose por ser perpetua, insubsanable, cuya acción no caduca y resulta ser imprescriptible), nulidad relativa o anulabilidad y rescisión contractuales (quedando sometida la acción, en estas dos últimas hipótesis, a un plazo de caducidad de 4 años), dado que el párr. 2.º del propio precepto procesal<sup>143</sup> solo cabe entenderlo aplicable ante la vulneración de normas de carácter procedimental<sup>144</sup>. En cambio, para el

<sup>143</sup> Conforme al cual: “... La demanda ejercitando dicha acción deberá interponerse ante el juez competente, dentro de los 15 días siguientes a la celebración del acto y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponde a su cuantía”.

<sup>144</sup> En contra, DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho... II*, pgs. 46 a 47, considera de aplicación el anterior plazo de 15 días previsto en la LEC/1881 tanto para la impugnación por motivos formales – inobservancia de normas procesales – como por motivos de fondo – motivos de ineficacia contractual – lo que obviaría tanto la normativa, como la doctrina y jurisprudencia sustantivas sobre

supuesto de impugnar el acuerdo alcanzado por las partes en la audiencia previa del juicio ordinario (conciliación intraprocesal), dispone el art. 415.2 de la actual LEC/2000: “(...) El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial” - lo que en breve abordaremos - avalando, en cualquier caso, que la naturaleza última del, en su caso, acuerdo conciliatorio obtenido no es otra que contractual. No obstante, resulta como mínimo curioso que dicho precepto, *in fine*, reenvíe, en cuanto a la posible impugnación, a las causas y en la forma previstas para la transacción judicial por cuanto no hay ninguna norma que especifique tal remisión y solo cabe interpretar que se podrá ejercitar la acción de anulación con base en motivos de derecho material a fin de que se declare, en su caso, la anulabilidad del acuerdo alcanzado no existiendo, por ende, diferencia alguna relevante entre transacción judicial y extrajudicial al respecto, salvedad hecha que la transacción judicial no se puede impugnar por error (párr. 2.º, art. 1817 del CC)<sup>145</sup>.

Como ha sido subrayado, la conciliación rara vez alcanzará el fin práctico perseguido mientras las partes enfrentadas no adquieran el convencimiento de que es preferible el arreglo, extra o intrajudicial, de su controversia

la acción de nulidad de los contratos.

<sup>145</sup> CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Comentarios al Código...*, pg. 2045.

a la coactiva solución del mismo impuesta por el cauce procesal, habiéndose indicado que «la historia de la conciliación es la historia de una gran ilusión desvanecida»<sup>146</sup> lo cual resulta, de otro lado, lamentablemente predicible a fecha de hoy respecto del resto de MAR (o ADRs) que venimos analizando en el seno de la sociedad española, pese a reconocer la notable recepción del instituto que pasamos a estudiar a continuación.

### 3.3. MEDIACIÓN

#### 3.3.1. Precedentes, regulación y concepto

La mediación, al igual que la conciliación, representa otro mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos – MAR o, para quien lo prefiera, ADR – tan longevo como la propia humanidad. Ya referimos antes la existencia de fórmulas arcaicas que perseguían que el agresor o responsable compensara económicamente a la víctima o perjudicado con carácter previo a permitir la aplicación de la *Ley del Talión*. Paralelamente se ha constatado, p. e., que los actuales comités de mediación popular que operan en China en aras a la resolución de controversias tendrían su origen remoto en mediadores que datan de la era de Confucio (siglo IV a. C.), teniéndose asimismo noticia de análogas y lejanas experiencias en ciertas comunidades hindúes y africanas. Con todo, el antecedente próximo de la mediación como MAR hay que buscarlo en los EE.UU. de Norteamérica durante la década de los 70 del pasado siglo y, respecto de nuestro viejo continente,

<sup>146</sup> HERCE, V. *Derecho procesal civil...*, pg. 178.

merece subrayarse el Consejo Europeo de octubre de 1999 celebrado en Tampere (Finlandia), donde se invitaba a los estados miembros a instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos para resolver conflictos en aras a optimar el acceso a la jurisdicción, tras la extraordinaria acogida dispensada a la previa Recomendación R (98) 1, sobre Mediación Familiar, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1998<sup>147</sup> – de la cual pronto se hicieron eco nuestros legisladores autonómicos con copiosa normativa –<sup>148</sup> y otras análogas que le

<sup>147</sup> Vid. MARTÍN, F. *La mediación: Sistema...*, pgs. 57 a 59. No obstante, como expresa el propio *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil (COM/2002/0196 final)*, notas 9 y 14, hubieron otras iniciativas previas como, p. e. la *Red Europea de Arbitraje y Mediación (REAM)* establecida en 1994 en España, Francia, Italia y Reino Unido, bajo forma de agrupación europea de interés económico, así como el Consejo Europeo de Viena, de diciembre de 1998, en el cual ya se destacó la importancia de las ADR transfronterizas.

<sup>148</sup> Por orden alfabético y respecto de la mediación familiar: Para Andalucía la Ley 1/2009, de 27 de febrero y el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, que aprueba su reglamento de desarrollo; en Aragón la Ley 9/2011, de 24 de marzo; para Asturias la Ley del Principado 3/2007, de 23 de marzo; en Baleares la Ley 14/2010, de 9 de diciembre; para Canarias la Ley 15/2003, de 8 de abril – reformada por Ley 3/2005, de 23 de junio –; en Cantabria la Ley 1/2011, de 28 de marzo; para Castilla-La Mancha la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado; en Castilla y León la Ley 1/2006, de 6 de abril; para Cataluña la Ley 1/2001, de 15 de marzo – derogada por la Ley 15/2009 –; en Valencia la Ley 7/2001, de 26 de noviembre; para Galicia la Ley 4/2001, de 31 de mayo; para Madrid la Ley 1/2007, de 21 de febrero y en el País Vasco la Ley 1/2008, de 8 de febrero. En el marco estatal

siguieron: Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, y Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, ambas relativas a principios aplicables a los órganos extrajudiciales de la solución de litigios en materia de consumo.

Poco después, la Comisión Europea presentó el llamado *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil* (COM/2002/0196 final), justificado en el «interés renovado en la Unión Europea» que suscitaban las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil excluyendo, de modo expreso, al arbitraje<sup>149</sup>; siendo redactado en 2004 el llamado *Código de Conducta Europeo para Mediadores* que identifica

---

cabe subrayar que la Disposición Final 1.3 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, vino a reformar el art. 770, regla 7.ª, LEC disponiendo: “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso (...) para someterse a mediación”. Por razones obvias dejamos al margen del presente análisis la concreta mediación familiar, así como la prevista para otros ámbitos: Cámaras de Comercio, seguros, consumo, propiedad intelectual, esfera laboral, sanitaria, etc.

<sup>149</sup> Primer párrafo de su encabezamiento o síntesis, excluyendo injustificadamente al arbitraje de las ADRs porque, conforme a su nota n.º 2, «...el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida que el objeto de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia» (sic); pudiendo destacarse seguidamente la aparición de la ley austríaca, de 6 de junio de 2003, sobre mediación en materia civil (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*).

la mediación con “(...) cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en los sucesivos, «el mediador»” (párr. 3.º de su encabezamiento), siendo definida en 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 como “(...) procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho de un Estado miembro (...)” (art. 3.a)<sup>150</sup>, estableciendo su art. 12.1: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011 (...)” A raíz de ello, el llamado *Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012* recogió una específica actuación que

---

<sup>150</sup> A esta Directiva comunitaria se refieren, entre otras, las SSTs, Sala 1.ª, n.º 129/2010, de 5 de marzo – cuyo FJ 2.º, *in fine*, recoge: «(...) Ya las sentencias de esta Sala 2 de julio en 2009 y 3 de julio de 2009 dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados» – o n.º 324/2010, de 20 de mayo, FJ 4.º, siendo en ambas ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ.

comprendería: « (...) una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial. En concreto se potenciarán mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones, así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos. El objetivo es, de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como *ultima ratio*»<sup>151</sup>.

El primero en reaccionar en España frente a tal intimidación europea fue el legislador autonómico catalán a virtud de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, cuyo primer precepto entiende por mediación aquel «(...) procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de

<sup>151</sup> Vid., dentro de su ep. 5.4 (titulado «Eje estratégico 4: Un servicio público orientado a las personas»), la referida actuación 4.2.3 rubricada: «Desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias», pg. 109. Se ha de subrayar que mucho antes el CGPJ, en el *Libro Blanco de la Justicia* de 1997 recogía como propuesta, con singular interés, pg. 40, «(...) la tendencia a potenciar la intervención del abogado en actividades de mediación, transacción y arbitraje, cometidos esenciales para limitar el número de asuntos que llegan a los juzgados y tribunales».

modo imparcial y neutral». Nuestro legislador nacional se demoró con creces en su obligación de dar cumplida respuesta y efectividad a la anterior Directiva y, casi tres años después de la precedente norma autonómica, tuvo a bien dictar el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excusándose en el ep. II, último párr., de su preámbulo como sigue: «(...) el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justifica el recurso al Real Decreto-Ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se pone fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea»<sup>152</sup>, con lo que venía a confesar la previa confección de un texto precipitado y transitorio que concebía la mediación, en su art. 1, como aquel «(...) 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». Transcurridos apenas cuatro meses fue publicada la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en lo sucesivo LM) que suprime – en su única Disposición Derogatoria – el anterior Real Decreto-Ley 5/2012 y cuyo

<sup>152</sup> Disculpa del legislador reiterada en el último párr., ep. II de la EM de la actual Ley 5/2012, de 6 de julio (de la LM), indicando MARTÍ, L. «La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio», *Revista Jurídica de...*, pg. 3, que la promulgación de esta «ha tenido que llegar por la presión de los plazos de incorporación al derecho español de la Directiva».



art. 1.º, al igual que otros preceptos, constituye una mera transcripción de este último texto viniendo a modificar, entre otros cuerpos, la LEC a fin de facilitar “(...) la aplicación de la mediación dentro del proceso civil” – ep. V, párr. 3.º, de su EM –.

La nueva ordenación legal va más allá de lo contemplado en la mentada Directiva comunitaria de 2008, la cual se circunscribía solo a recoger “(...) unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles”, en cambio, esta norma viene a conformar “(...) un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002” (tal y como reza el ep. II, antepenúltimo párrafo de su preámbulo)<sup>153</sup>, habiendo sido desarrollada en fecha reciente por Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, en lo referido a la formación y alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, la publicidad de estos y de las instituciones de mediación y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

<sup>153</sup> Norma que, no obstante, pronto ha tenido que ser subsanada a virtud de la corrección de errores de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles publicada en el BOE, de fecha 26 de julio de 2012, Sec. I, pg. 53554.

Al margen del concepto legal o normativo que ofrecen las referidas disposiciones la mediación se retrata, entre otras definiciones, ya como «sistema (método) autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irrituario, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador) que auxilia y ayuda a las partes en la obtención libre y voluntaria de un mutuo acuerdo, pero sin proponer ni imponer el mismo»<sup>154</sup>, bien como «procedimiento en el que intervienen unos sujetos en conflicto de forma voluntaria, que son los que van a alcanzar, en su caso, la solución a su diferencia o disputa, siempre con la ayuda de un tercero a quien llamamos mediador»<sup>155</sup>, también como «negociación que llevan a cabo las partes de un conflicto mediante la que intentan voluntariamente alcanzar, por sí mismas y con la intervención de un tercero, llamado

<sup>154</sup> MARTÍN, F. *La mediación: Sistema...*, pg. 50. Conforme con la XX edición del DRAE el término mediación (del lat. *mediatio*, -nis) significa acción y efecto de mediar (derivado de *medire*), es decir, «llegar a la mitad de algo» o, en lo que aquí importa, «interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad».

<sup>155</sup> BARONA, S. *Mediación en asuntos...*, pg. 96. En similar línea, la norma 1.1 del documento rubricado: *Normas relativas a la mediación*, de 19 de junio de 2011, adoptado por el *Presidium* de las Salas de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) tras la Decisión n.º 2011-1, de 14 de abril de 2011, relativa a la solución amistosa de litigios («Decisión relativa a la mediación») define la mediación como “(...) cualquier procedimiento en el que dos o más partes acuerden voluntariamente intentar resolver un conflicto de intereses con la asistencia de un mediador”.

mediador, un acuerdo para resolverlo»<sup>156</sup> o, por último, «*attività o tecnica procedimentale, affidata ad un terzo imparziale, privo di poteri decisori e finalizzata alla definizione di una soluzione del conflitto*»<sup>157</sup> resultando, de otra parte, desafortunadas aquellas construcciones que emplean la voz proceso por las razones que expusimos al inicio de este modesto trabajo<sup>158</sup>.

Por nuestra parte podemos señalar que, a la vista de la vigente regulación, la mediación es aquel instituto por el que dos o más personas pactan iniciar un periodo negociador o precontractual durante el cual sustraen la decisión de sus controversias de los tribunales intentado resolverlas por sí mismas, con la ayuda de un mediador y observando un exiguo trámite procedimental regulado por

<sup>156</sup> BERENGUER, C. *El contrato de...*, pgs. 747 y 748, para la cual consiste, en esencia, en una «actividad neutral, independiente e imparcial que ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolverlas», reputando que esta fórmula resulta apropiada para los conflictos suscitados en la esfera del contrato de alimentos.

<sup>157</sup> CUOMO, F. *La mediazione nel...*, pg. 18, concibiéndose en el art. 1 del Decreto Legislativo italiano 28/2010 como «...*attività del terzo, di assistenza alle parti nella ricerca di un accordo*».

<sup>158</sup> Así, p. e. GUTIÉRREZ, M. R. *La conciliación en...*, pg. 38, afirma que la mediación «se viene definiendo como un proceso voluntario y confidencial de gestión de conflictos guiado por un tercero imparcial – el mediador – carente de todo poder de decisión, cuya labor consiste, básicamente, en estimular la comprensión y el diálogo constructivo entre las partes para que se impliquen y consigan, por sí mismas, elaborar su propia respuesta y compromiso ante el conflicto», bastando suplir el término “proceso” por “procedimiento”.

ley. Es observable que el término aquí empleado «pactam» es sinónimo de convienen o contratan concurriendo, en principio, los dos efectos, positivo y negativo, que generaría cualquier convenio arbitral, aunque con distinto alcance: Sustracción del conflicto de la decisión jurisdiccional y cumplimiento del previo compromiso adquirido relativo a procurar solventar aquel con el auxilio del mediador y respeto al constreñido *iter* procedimental legalmente disciplinado.

Cabe advertir, por tanto, en esta figura hasta tres partes bien discriminadas:

1. Un previo negocio para la apertura de la negociación de mediación (pacto o cláusula lo denomina el art. 6.2 de la LM) en el que concurren los tres esenciales elementos contractuales: Consentimiento (voluntades concordes de las partes), objeto (que sería iniciar el procedimiento legal y sumamente flexible, en donde resulta esencial la intervención del mediador, antes de acudir a un tribunal) y causa (que no es sino procurar solventar la controversia mediable, surgida o que pueda surgir, de buena fe y en situación de igualdad), de consuno con los arts. 1254, 1261 y 1262 del CC, pero con la singularidad de que ha de revestir forma escrita como se deduce de los arts. 6.2 y, en particular, de los arts. 16 y 17 de la LM<sup>159</sup> (que refieren la

<sup>159</sup> Resultando muy gráfico al respecto el art. 16 de la LM sobre la manera de dar principio al procedimiento: “1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las

“solicitud de inicio”), pudiendo estipularse como cláusula incorporada a un contrato principal o bien como acuerdo independiente. No es preciso que en este previo convenio se delimite el conflicto mediable, ya que puede ser futuro, bastando reseñar la relación jurídica de la cual pueda germinar la controversia.

2. Observancia de un mínimo procedimiento legalmente regulado, en cuyo marco se principia un periodo precontractual en el cual tienen lugar los tratos preliminares de las partes, auxiliadas por el mediador, pudiendo verificar libremente cada una sus propias conjeturas y evaluar las distintas posibilidades para intentar determinar los eventuales términos en los que cabría o convendría concluir el contrato final (el denominado “acuerdo de mediación”) que pudiese zanjar, en su caso, el conflicto entre ellas suscitado. Como acontece en todo instante precontractual, ninguno de los intervinientes quedaría “(...) obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”, (art. 6.3 de la LM)<sup>160</sup>, siendo tradicional aquel

---

sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquellas. 2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas. 3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial (...).”

<sup>160</sup> Para MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de...*, pg. 7, el compromiso de someter a mediación las controversias supone la asunción, clara y escrita, de tal obligación por las partes que constituye una cláusula, es a tenor del art. 6 de la LM, con «un contenido típico: el poder

criterio doctrinal relativo a que en los tratos preliminares, cuyo contenido puede ser muy heterogéneo, las partes no se obligan a nada porque solo se hallan animadas por una voluntad de discutir, aunque no forzosamente, por una voluntad de contratar, siendo libres para llegar o no a la celebración del contrato, estableciéndose entre las mismas, sin embargo, una situación jurídica que ha de estar presidida por la necesidad de actuar conforme al principio general de buena fe (art. 7 del CC) puesto que lo contrario sería susceptible de generar, en su caso, algún tipo de responsabilidad precontractual con base en el art. 1902 del CC (a virtud del principio *alterum non laedere*)<sup>161</sup>, si bien la

---

de disposición de las partes sobre el proceso, que tenía las formas clásicas de renuncia, desistimiento, arbitraje y transacción, queda ahora ampliado con la mediación, que es una manifestación de voluntad mediante la cual las partes establecen de común acuerdo una aduana voluntaria de acceso a la tutela judicial efectiva», esto es, su inicio precisa de las voluntades concordes de las partes en abrir un periodo de discusión, auxiliadas por el mediador, que constituye la antesala, en su caso, de la verdadera contratación: el acuerdo de mediación. Sobre los tratos preliminares subraya ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pg. 377, que, *latu sensu*, «también se considera tratos la discusión, entre las partes, sobre la oferta que una hizo, las contraofertas de la otra, las nuevas ofertas de la primera, y así sucesivamente hasta que lleguen a un acuerdo o rompen la relación entablada con el fin de celebrar el contrato», vid. asimismo ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho...*, pg. 205.

<sup>161</sup> Sobre los tratos preliminares ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pgs. 376 a 380, también su *Compendio...*, pg. 205, CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias” *Derecho Civil Español...*, pgs. 31 y 32, asimismo Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho...*, pgs. 68 y 69.

pauta general es que la ruptura de tales tratos preliminares no da lugar a ninguna clase de responsabilidad.

3. Terminación de la mediación que también revestirá forma escrita (acta final prevista en el art. 22 de la LM) y que puede finalizar sin acuerdo o, por el contrario, con la perfección de un contrato que venga a componer, en todo o en parte, el conflicto *inter partes* (quedando entonces ambos contratantes recíprocamente obligado a su cumplimiento, art. 23 de la LM en relación con el art. 1091 del CC).

En consecuencia, frente al criterio mayoritario, puede mantenerse que la mediación – tal y como se configura en la LM – participa en mayor grado de carácter jurídico-material que sustantivo. Me explico: No cabe duda que constituye un MAR voluntario y autocompositivo caracterizado por la intervención de un tercero neutral (mediador) que persigue acercar las diferentes posturas esgrimidas por las partes enfrentadas a fin de posibilitar que estas puedan, en su caso, llegar a arreglar de manera pacífica y por sí solas el conflicto que les distancia<sup>162</sup>, pero – reitero – se advierte, sin embargo, que su naturaleza sería, a lo sumo, mixta – de modo similar al arbitraje – pues su misma génesis requiere de un negocio jurídico – que es un contrato – para principiar un procedimiento o sucesión de actos previos (tratos preliminares o fase precontractual que la ley se molesta, aun mínimamente, en estructurar)

<sup>162</sup> Para MARTÍN, F. *La mediación: Sistema...*, pg. 60, se trata de un «sistema (método) de solución de conflictos autocompositivo, no adversativo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y alternativo».

en los que interviene un mediador y que se encauzan a la posible celebración, en su caso, de un futuro contrato que solucione la disputa sostenida (el llamado “acuerdo de mediación”).

### 3.3.2. Distinción de la mediación del resto de MAR

Si bien desde una estricta perspectiva teórica la distinción de la mediación respecto del resto de MAR pudiese parecer clara, bajo el punto de vista práctico ello reviste enorme complejidad. En efecto, comenzando por el instituto del arbitraje es claro que el tercero (árbitro) posee la facultad decisoria respecto de la controversia que se le somete a su conocimiento – algo impensable en la persona del mediador – y, respecto de la transacción, porque se trata de un contrato privado en el que no se precisa siquiera intervención alguna de tercero. No obstante, la variedad de posibilidades que concurren en el terreno práctico enturbian dicha diferenciación ya que, al no existir una terminología unívoca, nada impide que en el marco de un arbitraje sean las propias partes quienes resuelvan *per se* el conflicto que les distancia (art. 36.1 de la LA, debiendo entonces dictar el árbitro lo que hemos denominado laudo transaccional) o bien que celebren una transacción, con o sin intervención de tercero, al margen del *nomen iuris* que deseamos utilizar, lo cual es susceptible de complicarse progresivamente si, en otro caso, se acudiera a cualquier variable híbrida como podría ser el *medarb* o método que combina la mediación con el arbitraje revistiendo hasta dos eventuales modalidades<sup>163</sup>.

<sup>163</sup> Vid. SAIZ, A. “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas

Todavía más enredada se antoja la disimilitud entre mediación y conciliación, habiéndose apuntado que el principal rasgo distintivo radicaría en que en esta última el tercero (o conciliador) posee más alto grado de injerencia *inter partes* al poder quedar involucrado en el procedimiento a través de la formulación de sus proposiciones interviniendo, por ende, de modo inmediato en el desenlace del conflicto entretanto que, en la mediación, el tercero mediador – se arguye – no propone nada sino que solo sirve de ayuda o guía porque, en su caso, el acuerdo obtenido deriva directamente del esfuerzo desplegado por las partes enfrentadas<sup>164</sup>. Este argumento discriminatorio

---

en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO, H. (dir.). *Mediación y resolución...*, pgs. 80 y 81, de manera que el *medarb* se iniciaría con una mediación y, en caso de no lograrse ningún acuerdo, en una segunda etapa se transformaría en arbitraje a fin de que el árbitro decidiese la controversia evitándose el principal reproche que presenta la mediación infructuosa y asegurándose un arreglo final al conflicto. Este *medarb* o método mixto admite dos variantes: a) Cuando el mediador de la primera fase es quien, en su caso, actuará como árbitro en la segunda – auténtica fórmula híbrida *medarb*, para SAIZ – y b) Cuando mediador de la primera etapa y árbitro en la segunda son personas distintas, lo que supone una mera suma de procedimientos, esto es, «una suerte de mediación más arbitraje o “med+arb”». Sobre la diferenciación de los MAR, CUOMO, F. *La mediazione nel...*, pgs. 18 a 23.

<sup>164</sup> GUTIÉRREZ, M. R. *La conciliación en...*, pgs. 38 y 39, reconociendo que el término conciliación no goza hoy del favor del público norteamericano y por ello se ha suplido por el de mediación, con la consiguiente confusión terminológica puesto que «en Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Australia y en algún país sudamericano, se usa conciliación para hablar de lo que aquí hemos descrito como mediación». En efecto, el propio ABASCAL, J. M. “Los

debe desecharse desde el momento en que la LM no prohíbe en absoluto que el mediador efectúe propuestas a las partes<sup>165</sup>, constituyendo su primordial cometido

---

métodos alternos: Conciliación y arbitraje”, en QUINTANA, E. A. (coord). *Panorama internacional de...*, pg. 449, nota n.º 1, emplea como sinónimos los términos conciliación y mediación, señalando PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir). *Arbitraje, mediación...*, pg. 42, que incluso ciertos autores de la bibliografía norteamericana identifican ambos términos, mientras que «otros hablan de “mediation” y “conciliation” para denominar a dos tipos de procedimientos: el primero caracterizado por un “*itp*” más formal de contactos con las partes; el segundo, por un más informal proceso de facilitación de las comunicaciones entre las partes en pro de la composición».

<sup>165</sup> Así BRAVO, V. “El marco jurídico de los medios alternos para la solución de controversias en México”, en QUINTANA, E. A. (coord). *Panorama internacional de...*, pg. 531, define la mediación como «procedimiento por el cual las partes someten a un tercero imparcial, experto en la materia del asunto, así como un mediador experimentado, que proponga diversas opciones, pero siempre respetando la voluntad de las partes, ya que en la mediación el mediador no puede imponer su decisión», considerándola como la segunda etapa de los medios alternos para solucionar controversias, después de la negociación, «es la opción con posterioridad a una negociación que no logró un acuerdo». Bajo parecido prisma PERDIGUERO, E. “Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho laboral”, en PEDRAZ, E. (dir). *Arbitraje, mediación...*, pg. 272, subraya también la complejidad práctica de distinguir entre conciliación y mediación, puesto que en la primera son las partes las que resuelven el conflicto, mientras que en la mediación «el mediador propone una solución que podrá ser aceptada o por las partes, aceptación facultativa esta que lo distingue del arbitraje», considerando difícil «para el conciliador sustraerse de ofrecer a las partes una solución al conflicto que

el facilitar la comunicación entre ellas y velar para que dispongan de la suficiente información y asesoramiento debiendo desarrollar “(...) una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes” (art. 13 de la LM) lo que, insisto, no excluiría la formulación de una serie de ofertas a ambas en aras a intentar avenirlas y, en su caso, allanarles el camino para procurar alcanzar un acuerdo respecto del conflicto suscitado. El propio CGPJ concibe, al respecto, la mediación como «método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, de tal forma que son las propias partes las que ponen fin al conflicto por vía del acuerdo (...)», en el cual resulta «(...) esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes, desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios interesados»<sup>166</sup>.

De *facto*, tal y como caracterizamos antes a la conciliación, también cabe apreciar la existencia de una mediación preventiva y otra calificable, en sentido amplio, de intrajudicial de suerte que podría sostenerse que la

<sup>166</sup> estas puedan aceptar o no, encontrándonos ya ante la mediación». En su informe al anteproyecto de Ley de Mediación, pgs. 21 y 22, revelando, pg. 37, que el mismo – al igual que verifica la LM – se decanta por la «mediación valorativa (en el ámbito anglosajón se habla de *evaluative mediation*, para distinguirla de la *facilitative mediation*, en la que el mediador conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni ofrecer propuestas de solución)».

mediación no representa sino una variante positivada y específica de la conciliación<sup>167</sup> caracterizada por la intervención de un profesional denominado mediador (único o plural, art. 18 de la LM) y, al igual que esta, se funda en la aspiración estatal de sortear el mayor número posible de procesos a fin de escatimar tiempo y dinero, lo cual viene a desenmascarar sin ornamentos la propia LM en su Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> rubricada, precisamente, «Impulso a la mediación»<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Coincidiendo con MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de...*, pgs. 4 y 5, cuando subraya que «la conciliación que bajo el nombre de mediación ha llegado a la ley recientemente promulgada».

<sup>168</sup> A cuyo tenor: “1. Las administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la administración de justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes”.

### 3.3.3. Ámbito de aplicación, clases y efectos de la solicitud de inicio (o convenio para la mediación)

De consuno con su art. 2, la vigente LM se aplica a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos<sup>169</sup>, siempre que afecten a materias de libre disposición de las partes (debiéndose, por ende, tener presente otra vez los arts. 6, 1813 y 1814 del CC en relación con el art. 19.1 de la LEC en los términos ya referidos) y que estas acepten, expresa o tácitamente, someterse a sus disposiciones o, en su defecto, cuando una de las partes, como mínimo, tenga su domicilio en España y la mediación se realice en nuestro ámbito territorial. Como expresa el ep. II, párr. 4.º de su preámbulo “(...) la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles, y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002”. No obstante, se excluyen de la LM la mediación penal, aquella que pueda tener lugar con las administraciones públicas, la laboral y la mediación en materia de consumo, lo que no significa la proscripción de este MAR (o ADR) para dichos

<sup>169</sup> Describiendo el art. 3.1 de la LM lo que se entiende por tales en atención al domicilio de las partes, el cual se determinará, en caso de partes residentes en distintos Estados miembros de la Unión Europea, conforme a lo previsto en los arts. 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil.

ámbitos sino que el legislador reserva “(...) su regulación a las normas sectoriales correspondientes” (ep. II, *in fine*, del preámbulo de la LM).

Como hemos señalado, la mediación – en términos amplios, a los solos efectos distintivos y en análogo sentido que la conciliación – se puede catalogar de preventiva o preprocesal cuando las partes, con carácter previo a la incoación del proceso, pactan acudir a este peculiar procedimiento para tratar de dirimir su controversia (art. 16.1 de la LM, ya sea por un común acuerdo espontáneo, ya a petición de una sola de ellas si existe previo contrato de sometimiento a mediación) o, por el contrario, podrá ser intrajudicial cuando tal decisión se adopta iniciado un proceso – ya sea a instancia de parte o por invitación judicial – en aras a evitarlo, intentando las partes indagar por sí mismas la solución al conflicto que les separa, valiéndose del auxilio del mediador (que no precisa ser juez ni funcionario) pudiendo recurrirse a esta última “(...) en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia”, tal y como recoge el art. 19.3 de la LEC<sup>170</sup>. Para el específico trámite de la audiencia previa prevista para el juicio ordinario a la mediación intrajudicial se refieren los arts. 414.1 (reseñando que se habrá de informar a las partes en la convocatoria

<sup>170</sup> En su informe al anteproyecto de Ley de Mediación el propio CGPJ denomina, en la pg. 11, mediación intrajudicial a la «(...) promovida por el propio juez una vez iniciado el proceso judicial», reconociendo que ha sido la que se ha venido impulsando desde tal organismo y de la cual, sin embargo, parece apartarse la vigente de la LM. En términos más amplios llamaré aquí intrajudicial a la promovida por quien fuere, pendiente ya un proceso.

a tal audiencia “(...) de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación” y que, atendido el objeto procesal, “... el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”<sup>171</sup> y 415.1 de la LEC: “... Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso... para someterse a mediación o arbitraje”, en cuyo caso el órgano judicial deberá antes examinar si concurren “(...) los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto” siendo, en su caso, tal suspensión – expresión del principio dispositivo – acordada por decreto del secretario judicial conforme a lo dispuesto en el art. 19.4 de la LEC: “(...) siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los 60 días”, lo cual se ha de conectar con el art. 16.3 de la LM relativo a la solicitud inicial del procedimiento de mediación hallándose en curso un previo proceso. En el propio sentido los arts. 440.1, párr. 2.º<sup>172</sup>, y 443.3, mismo párr.<sup>173</sup>, de la LEC previstos para el juicio verbal.

<sup>171</sup> En términos similares a lo previsto por el art. 5.1 de la Directiva 2008/52/CE.

<sup>172</sup> “(...) En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”.

<sup>173</sup> “(...) En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas

Sucedente entonces que cuando las partes convengan acudir a una mediación intrajudicial, en los términos expresados, instando la suspensión procesal para someterse a ella (en general art. 179.2 o, en concreto, arts. 415.1 o 443.3 de la LEC) el procedimiento de mediación no podrá prolongarse más allá de los 60 días contemplados para la suspensión, en coherencia con el referido art. 19.4 de la LEC, pues otra hipotética lectura constituiría una extravagante salvedad a este último plazo con base en el frágil pretexto de haber interesado las partes acudir a este MAR. La simple entrega al mediador o el depósito de la “solicitud de inicio” de una mediación por las partes enfrentadas (que es un convenio o contrato, al fin y al cabo, con independencia del *nomen iuris* que le quiera asignar el legislador) en la institución correspondiente, una vez entablado un proceso, no justifica que el término relativo a la suspensión procesal se omita o quiebre (atendiendo a que el art. 4 de la LM solo se refiere a la suspensión de plazos de las acciones) dotándose de cierta certeza, en este caso, al impreciso art. 20 de la LM relativo a que: “La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones” (sin olvido de la improrrogabilidad dispuesta en el art. 136.1 de la LEC). Cabe concluir, por ende, que solicitada por las partes la suspensión del proceso ya entablado para acudir a una mediación intrajudicial la misma no será ampliable más allá de los 60 días señalados transcurridos los cuales,

---

a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje”.



si ninguna parte interesa su reanudación en los 5 días siguientes, procederá el archivo provisional de los autos hasta que no sea solicitada la continuación del proceso o, en su caso, se produzca la caducidad de la instancia (art. 179.2 de la LEC).

En cuanto a los efectos inaugurales que provoca la mera solicitud de inicio (o convenio para la mediación, ya sea preprocesal o intrajudicial), el art. 4 de la LM dispone que “...suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones”<sup>174</sup> desde la fecha en la que conste su recepción por el mediador o, en la hipótesis de mediación institucional, desde que se verifique su depósito ante la pertinente institución. Tal previsión supone la introducción legal de una relevante salvedad a la conocida regla general de que los plazos de caducidad, al contrario de lo que acontece con los de suspensión (cuyos motivos de interrupción – que no de suspensión – se recogen en el art. 1973 del CC), no admiten interrupción ni paralización alguna por operar de modo automático lo cual, de otra parte, han venido excepcionalmente omitiendo ciertos pronunciamientos jurisprudenciales recaídos, en particular, con motivo de la presentación de un acto de conciliación (véase, por todas, STS de 11 marzo 1987, Sala 1.ª, BARCALÁ TRILLO-

<sup>174</sup> Pues como manda el art. 8.1 de la Directiva de la que trae causa la LM: “Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación”.

FIGUEROA, FJ 2.º)<sup>175</sup>. No obstante, si transcurridos 15 días naturales desde la recepción de esta solicitud de inicio de la mediación<sup>176</sup> no se firma el acta de la sesión constitutiva – con la que principiará el menudito procedimiento – se reanudará el cómputo de los plazos. Esta suspensión respecto de la prescripción o caducidad de las acciones, que genera la simple y mentada entrega de la solicitud inicial al mediador o, en su caso, su depósito ante la institución mediadora se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o cuando se produzca la terminación de la

<sup>175</sup> Frente a la tradicional tesis defensora de que la caducidad no admite interrupción temporal y, por consiguiente, toda interpelación judicial después de haber transcurrido un término de tal naturaleza resultaría improporcionable al no poder interrumpirse siquiera mediante acto de conciliación viene a declarar, con cita de otras resoluciones: «(...) el acto de conciliación, es válido en punto a impedir la caducidad de la acción... los plazos de caducidad pueden admitir excepcionalmente interrupción, sin que haya razón para sostener que solo se ejercita el derecho a través de la presentación de la demanda». Para ALBALADEJO, M. *Derecho Civil I...*, pg. 847, resulta erróneo sostener esta excepcional interrupción de la caducidad pues, en todo caso, lo correcto hubiese sido sostener que no cabe interrupción, pero que el ejercicio de la acción en conciliación – cuando fuese preceptiva como sucedía antes de la reforma de 1984 de la anterior LEC – «seguida, dentro del plazo del antiguo art. 479 de la LEC, de demanda es ya ejercicio válido, siéndolo igualmente otros trámites oficiales o reclamaciones previas que deban preceder por imperativo legal a la propiamente dicha interposición de la acción caducable».

<sup>176</sup> Pues así conviene entenderlo, pese a que el párr. 2.º del art. 4 de la LM solo se refiera, con defectuosa redacción a “(...) la recepción de la solicitud”.

mediación por alguna de las causas prevenidas por ley<sup>177</sup>. Se constata nuevamente que la suspensión procesal por convenio de las partes se contempla como expresión del poder de disposición de los litigantes y salvedad al impulso procesal de oficio.

Iniciado y vigente el procedimiento de mediación se impide a las partes que ejerciten entre ellas cualesquiera otras acciones relacionadas con aquello que constituya su objeto, salvo la petición de medidas cautelares u otras urgentes e imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Como corolario, tanto el convenio o previo compromiso, si existe, de sometimiento a mediación, como su efectiva iniciación conlleva la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales “(...) durante el tiempo en que se desarrolle esta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”, tal y como dispone el art. 10.2, párrs. 2.º y 3.º, de la LM (guardando este último párrafo un incontestable parecido con el efecto negativo del contrato arbitral previsto en el art. 11.1 de la LA).

### 3.3.4. Principios informadores de la mediación y rasgos caracterizadores

El Tít. II (arts. 6 a 10) de la LM viene a recoger cinco

<sup>177</sup> Lo que supone, según MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de...*, pg. 8, un artificio en aras a evitar «tentaciones dilatorias o maniobreras por parte de quien utilizara artatamente este procedimiento».

principios legales que informan este MAR, aunque en su último precepto mezcla algunos de ellos con ciertos efectos que produce la “solicitud de inicio” en los términos advertidos y, en otros, vuelve a reiterar dichos postulados que cabría resumir como sigue: I) Voluntariedad de la mediación, de manera que ninguna de las partes queda obligada a mantenerse en el procedimiento ni mucho menos a concluir ningún acuerdo, rigiendo en toda su extensión el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC), dotándose de cierta eficacia al convenio o previo pacto escrito por el que las partes se comprometen a someter sus controversias a mediación pues, en tal caso, han de “(...) intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”<sup>178</sup>, II) Igualdad de las partes, traducida en paridad de oportunidades<sup>179</sup> y respeto mutuo sobre sus diferentes puntos de vista, debiendo actuar siempre conforme a las

<sup>178</sup> Art. 6.2 de la LM. La Directiva europea de 2008 permite, por el contrario, en su art. 5.2 que el legislador nacional “... estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”. De ahí que el anteproyecto de la LM previera modificar los arts. 437 y 439 LEC a fin de establecer un preceptivo intento de mediación en ciertos juicios verbales por razón de la cuantía y dentro de los 6 meses anteriores a la formulación de la demanda, lo cual deberían acreditar las partes acompañando el “acta final” del intento de mediación, extremo que finalmente ha desechado la vigente LM. <sup>179</sup> Resultando oportuna la referencia a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad recogida en la Disposición Adicional 4.ª de la LM.

exigencias de la *bona fides* (art. 14 de la CE, art. 7 del CC y arts. 7 y 10. 2, primer párr., de la LM, en parecido sentido art. 247.1 de la LEC); III) Imparcialidad del mediador, único o plural, no pudiendo actuar en perjuicio o interés de cualquiera de las partes (arts. 7, 8 y números 4 y 5 del art. 13 de la LM); IV) Carácter confidencial y reservado tanto de las actuaciones como de la documentación empleada en el procedimiento de mediación, encontrándose obligados todos los intervinientes (esto es, mediador – a quien se reconoce expresamente un deber de secreto profesional –, institución mediadora y las propias partes) a no revelar información o documental alguna obtenida y derivada del mismo, ni siquiera en un eventual y ulterior proceso o arbitraje<sup>180</sup> salvo: – cuando concurra dispensa, expresa y escrita, de las partes respecto de este deber de confidencialidad<sup>181</sup>, – cuando mediante resolución

<sup>180</sup> El deber de confidencialidad aparece recogido en el art. 7.1 de la Directiva europea de 2008 que establece como únicas excepciones: “(...) a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo”, permitiéndose a los estados miembros – tal como señala su art. 7.2 - “(...) aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

<sup>181</sup> Requiriendo, en cambio e insólitamente, el art. 21.3 de la LM tan solo autorización “expresa” de la parte respectiva para que el mediador pueda comunicar o distribuir la información o documentación que aquella le haya aportado. Por simple coherencia y, en particular, a efectos de prueba, considero que tal

motivada se interese dicha información o documentación por un tribunal penal (números 1 y 2 del art. 9, con deficiente redacción) y – cuando citadas las partes por el mediador o, en su caso, por la institución para la celebración de la sesión informativa no se concurra a la misma sin causa justificada, en cuyo supuesto solo cesa el carácter confidencial de la información relativa a cuál de las partes ha dejado de asistir a la sesión (art. 17.1 de la LM y, finalmente V) Antiformalismo de la mediación reflejada, entre otros aspectos, en que “... la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente” (art. 10.1 de la LM, lo que recuerda al art. 1255 del CC); el mediador o la institución, una vez recibida la solicitud de inicio, citarán a las partes para celebrar la sesión informativa “... salvo pacto en contrario de las partes” (art. 17.1 de la LM); en la sesión constitutiva que da comienzo al procedimiento de mediación las partes han de dejar constancia del “(...) programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación” (art. 19.1.d de la LM) o que las comunicaciones entre el mediador y las partes “(...) podrán ser o no simultáneas” (art. 21.2 de la LM), revelando que la flexibilidad, determinante en mediación, provoca la prevalencia de la autonomía individual sobre la rigidez legal.

Aparece asimismo caracterizada la LM por las cinco notas siguientes (evocando algunas a las de la LA): a) Onerosidad, dividiéndose el precio de la mediación por igual entre las partes, salvo pacto en contra, pudiendo

---

autorización también deberá revestir forma escrita.

el mediador o, en su caso, la institución exigir provisión de fondos (art. 15 de la LM); b) Mínima intervención jurisdiccional como pauta general, derivada de su voluntariedad, aunque se permite instar medidas cautelares u otras necesarias en los términos mentados; c) Fortalece la «mediación institucional» a lo largo de su articulado (habiéndose creado el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación mediante el Reglamento que la desarrolla, en concreto, en el Cap. III, arts. 8 a 25, del RD 980/2013); d) Apertura de la LM al progreso tecnológico, favoreciéndose la mediación electrónica (de manera particular para asuntos de escasa cuantía, art. 24 de la LM)<sup>182</sup> en armonía con el ya aludido art. 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y, en último término, e) Se centra en el criterio territorial para delimitar su ámbito de aplicación, tal como tenemos también indicado.

<sup>182</sup> “1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes”. Al respecto, el cap. V – y último – del Reglamento de la LM (RD 980/2013) versa sobre el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

### 3.3.5. De los mediadores

Su estatuto constituye la rúbrica del Tít. III de la LM (arts. 11 a 15), denominándose «mediador» al tercero independiente y neutral que, previa aceptación del cargo (art. 14), se obliga a facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas, cuidando de que dispongan de la suficiente información y asesoramiento y desplegando una conducta activa encauzada a obtener el acercamiento entre ellas (números 1 y 2 de su art. 13) siendo la suya, en líneas generales, una obligación de medios o de mera actividad. Puede ser mediador toda persona física que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se le impida la normativa a la que quede sujeto en el ejercicio de su profesión, debiendo hallarse en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, así como contar con una formación específica para el ejercicio de la mediación y suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la eventual responsabilidad civil en que pudiera incurrir con motivo del desempeño de su función (art. 11 de la LM)<sup>183</sup>. Las partes son completamente libres de designar al mediador o mediadores, pudiendo deducir la “solicitud de inicio” ante una institución de mediación, ante el mediador que proponga una parte a las demás o ante aquel que ya haya sido previamente nominado mediante convenio previo (art. 16.2).

<sup>183</sup> El cap. II (arts. 3 a 7) del Reglamento de 2013 de la LM regulan esta formación específica que será, además, continua (art. 6), mientras que su cap. IV (arts. 26 a 29) se ocupa del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente tanto de los mediadores como de las instituciones de mediación.

Para garantizar la imparcialidad del mediador la LM prohíbe a este iniciar una mediación o, en su caso, le obliga a abandonarla si existen circunstancias susceptibles de perturbar su neutralidad, pesando también sobre aquel un deber personal de revelar a las partes, al inicio y durante todo el procedimiento, cualquier incidencia que pudiese afectar a su imparcialidad o generar algún conflicto de intereses (art. 13, números 4 y 5)<sup>184</sup>. Asimismo la ley le faculta para renunciar al desarrollo de la mediación, en cuyo caso, se ha de hacer constar en un acta que deberá entregar a las partes. De no cumplir fielmente su encargo el mediador responde, desde su aceptación, por los daños y perjuicios que ocasione (art. 1101 del CC referido a la responsabilidad contractual<sup>185</sup>, sin obviar la de carácter aquiliana, art. 1902 del CC o, incluso, la *ex delicto* en que pudiese incurrir) reconociéndose al perjudicado una acción directa contra aquel y, en su caso, contra la institución de mediación, sin perjuicio de las acciones de reembolso que puedan asistir a esta última frente al mediador. La responsabilidad de la institución deriva, *in eligendo* o *in vigilando*, del nombramiento del mediador o de la inobservancia de las obligaciones que le incumben (art. 14 de la LM que recuerda en exceso el régimen similar previsto para la figura del arbitraje).

<sup>184</sup> Recogiéndose en el ordinal 5.º hasta tres concretas circunstancias que, no obstante, no evitan al mediador participar si, aún concurriendo, asegura una actuación imparcial y las partes consenten de modo expreso, lo cual no deja de ser reprochable

<sup>185</sup> Entendiendo aplicables, aún analógicamente y en cuanto sea posible, las reglas relativas al mandato, al igual que acontece en el contrato atípico de corretaje – también llamado de mediación –.

### 3.3.6. Acuerdo de mediación: Impugnación y ejecución

Tras el procedimiento legalmente previsto (del que se ocupa el Tít. IV de la LM, arts. 16 a 24), la mediación puede terminar con acuerdo, total o parcial<sup>186</sup>, sobre las materias suscitadas o sin él lo cual, en cualquier hipótesis, se ha de reflejar en el “acta final” firmada por todos los intervinientes – o expresiva, en su caso, de quien no firma – que determina la conclusión del procedimiento (art. 22.3 de la LM). La posible renuncia del mediador o el rechazo de las partes a este último únicamente pone fin al procedimiento si no se designase otro mediador (art. 22.2 de la LM). La conclusión infructuosa – o sin acuerdo – de una mediación constituye, sin duda, el mayor reproche verificable a esta institución. En todo caso, frente a lo convenido en el acuerdo de mediación solo cabe ejercitar la acción de nulidad por las causas invalidantes de los contratos (art. 23, números 3 y 4 de la LM).

Si la mediación fue preprocesal el acuerdo alcanzado tiene valor contractual y, por tanto, el mediador informará a las partes de su carácter vinculante (art. 1091 del CC) pudiendo ser elevado a escritura pública a fin de que se transforme en título ejecutivo (art. 23.3 de la LM en conexión con el art. 517.2. 2.º de la LEC) pudiendo instarse

<sup>186</sup> De obtenerse un acuerdo parcial estaríamos en presencia de un caso similar al del art. 21.2 de la LEC, prosiguiendo entonces el proceso sobre todo aquello que no se hubiese solventado en el procedimiento mediatorio, vid. MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de...*, pg. 9.

entonces su ejecución ante “... el Juzgado de Primera instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación...” (art. 26, párr. 2.º, de la LM y art. 545.2 de la LEC). De tratarse de una mediación intrajudicial – iniciada hallándose pendiente un proceso – las partes pueden interesar del tribunal que homologue el acuerdo obtenido (que también es un contrato) mediante auto y conforme a lo previsto en la LEC<sup>187</sup> surtiendo desde tal fecha los efectos propios de un título ejecutivo (arts. 25.4 y 26, primer párr., de la LM). Como se desprende, una vez logrado el «acuerdo de mediación» (contrato en ambas modalidades porque, en la última, el tribunal solo se limita a su aprobación) su eventual ejecutividad se sustrae de la mera voluntad de las partes habida cuenta que tanto la fidelidad a la palabra dada, como el principio de la *bona fides* y la interdicción del abuso de derecho exigen que lo decidido en mediación obtenga resguardo jurisdiccional.

La acción ejecutiva fundada en este «acuerdo de mediación» alcanzado ha de aguardar el plazo de espera (antes mentado) y, asimismo, caducará de no interponerse la correspondiente demanda dentro de los 5 años posteriores a la firmeza del auto de homologación (en caso de mediación intrajudicial) o a la fecha en que tal acuerdo se elevó a escritura pública (en el supuesto de mediación preprocesal) pese a no diferenciarlo así el art. 518 de la LEC<sup>188</sup>. Finalmente, el último precepto de la LM (art. 27)

<sup>187</sup> Conforme al art. 206.1.2.ª de la LEC: “(...) Se dictarán autos cuando se... resuelva sobre (...) aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios (...)”.

<sup>188</sup> Coincidiendo con BARONA, S. *Mediación en asuntos...*, pgs. 504 y 505.

viene referido a la ejecución de «acuerdos de mediación» transfronterizos.

### 3.4. TRANSACCIÓN

#### 3.4.1. Precedentes, concepto, naturaleza y elementos

En el Derecho romano clásico la *transactio* se concebía como acuerdo preceptivo a virtud del cual las partes, mediante concesiones recíprocas, terminaban una controversia, bien resolviendo cuestiones dudosas o litigiosas, bien componiendo sus diferencias en aras a evitar futuros pleitos; no obstante, resultaba ineficaz la *transactio* referida a *res iudicata* e, incluso, la *transactio post litem contestatam* suscitaba enormes contrariedades. Se equiparaba, a veces, a causa específica de negocios abstractos cuya ejecución requería *manipatio* o *traditio* (cuando consistía en renunciaciones bilaterales sobre bienes) o *stipulatio* (si versaba sobre obligaciones) y, otras, a un supuesto concreto del *pactum de non petendo* (en particular, como pacto renunciativo admitido por el pretor que concedía al perjudicado la *exceptio pacti conventi* al objeto de declarar los efectos extintivos de la *transactio*). Sin embargo, la *transactio* no se consideraba instituto autónomo, de manera que su tutela únicamente se verificaba a través de *exceptio* y solo a finales del periodo clásico se vino a admitir, a la parte incumplidora de una *datio ob transactionem*, el empleo de la *condictio*. A partir del siglo IV el *pactum transactionis* ya se vino a configurar como contrato escrito, siendo la escritura una solemnidad cogente en Derecho justinianeo enmarcándose ulteriormente entre los contratos innominados protegidos por la *actio praescriptis*

*verbis* en el Derecho postclásico-justiniano<sup>189</sup>.

Bajo la rúbrica “*De las transacciones*” se regula este tipo contractual de carácter consensual, bilateral y oneroso – dado el correlativo sacrificio *inter partes* – en el Cap. I (arts. 1809 a 1819), Tít. XIII, Lib. IV del CC<sup>190</sup> cuyo primer precepto lo define como aquel por el que las partes “... dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”, conformando su eje principal las mutuas o recíprocas concesiones de las partes para alcanzar el acuerdo que solventa sus diferencias (*aliquid datum, aliquid retentum*) lo que impide que «(...) puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos» (STS n.º 929/2000, de 11 octubre, Sala 1.ª, GULLÓN BALLESTEROS, FJ 2.º, *in fine*)<sup>191</sup>,

<sup>189</sup> TORRENT, A. *Diccionario de Derecho...*, pgs. 1370 y 1371, subrayando que un caso especial de transacción era el resultante del *pactum ut minus solbatur* celebrado entre herederos y acreedores hereditarios para impedir que, ante una *hereditas* repleta de deudas, los acreedores reclamasen la *bonorum venditio* con la consecuente infamia para el finado.

<sup>190</sup> No alcanzando a comprender, por ende, a DE LA OLIVA, A. *et al. Curso de Derecho... II*, pg. 252, cuando sostiene: «Hasta la LEC, solo un precepto del Código Civil, el art. 1809, se refería a la transacción».

<sup>191</sup> Como tampoco lo será un allanamiento, un reconocimiento unilateral u otros negocios que conlleven el mero abandono de una pretensión; no faltando reproches al concepto codificado por impreciso, así CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias” *Derecho Civil Español...*, pgs. 798 a 802, lo concibe como contrato por el que las partes «mediante

no requiriendo siquiera que haya equivalencia entre las recíprocas concesiones que se hagan las partes ni tampoco que estas tengan siempre naturaleza patrimonial, bastando que posean un «(...) contenido exclusivamente morab» (STS n.º 685/2001, de 30 junio, Sala 1.ª, DE ASÍS GARROTE, FJ 2.º).

El presupuesto de la transacción es la existencia de una relación jurídica controvertida<sup>192</sup> cuya eliminación motiva la celebración del contrato por lo que, desde la perspectiva de los MAR (o ADRs), implica una fórmula genuinamente

---

recíprocas concesiones, ponen fin a la incertidumbre que entre ellas mediaba acerca de la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica; resultando inapropiado identificarlo solo – como verifica la 2.ª de las acepciones del DRAE (del lat. *transactio -onis*) – con un «trato, convenio, negocio». Según el art. 2944 del CC mexicano es aquel contrato “... por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura”, definiéndolo asimismo ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pgs. 845 y 846, como contrato por el cual las partes «mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica (haya provocado o no ya el comienzo de un pleito) existente entre ellas, estableciendo al respecto un estado de cosas que, en adelante, reconocen y admiten», vid. también ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho...*, pg. 310.

<sup>192</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pg. 846, y no una simple *res dubia* o relación jurídica dudosa, también CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord). *Comentarios al Código...* pgs. 2040 y 2041, subrayando que la jurisprudencia ha sido, no obstante, muy laxa al respecto y, por consiguiente, «si la exigencia de una situación de controversia se interpreta en términos laxos, en verdad apenas habrá relación jurídica convencional que no pueda ser calificada de transacción».

sustantiva y autocompositiva de resolución del conflicto por los propios contratantes. En sede contractual se le ha catalogado, en parecida sintonía con el arbitraje, como aquel contrato en que opera como causa la decisión de una controversia (CHIRONI) o que se dirige a eliminar una incertidumbre jurídica (BARASSI, ALBALADEJO), como contrato sobre derechos de renuncia (PLANIOL concibiendo, en cambio, el «compromiso» como un contrato accesorio consensual) o de garantía y de afirmación y esclarecimiento de derechos (CASSO)<sup>193</sup>.

Acera de su naturaleza todavía se discute si la transacción constituye un acto atributivo o traslativo (o sea, si atribuye o transmite a cada contratante los derechos que, a través de ella, se adjudican) o si, por el contrario, resulta ser un acto meramente declarativo de derechos (es decir, si de los derechos discutidos se limita a declarar cuáles de ellos pertenecen a cada uno de los contratantes). La mayoría doctrinal reputa la transacción como acto meramente declarativo, sin perjuicio de que contenga cláusulas traslativas<sup>194</sup>; sin embargo, ALBALADEJO ha considerado que la transacción «compleja» siempre

<sup>193</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pg. 409, *Compendio...*, pgs. 215; CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias” *Derecho Civil Español...*, pgs. 12 a 16.  
<sup>194</sup> CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias” *Derecho civil español...*, pgs. 807 y 808, con cita de copiosa doctrina, de manera que no servirá como título prescriptivo a efectos de usucapación y tampoco cabe el saneamiento recíproco de los derechos reconocidos o declarados, también Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho...* pg. 497.

será traslativa entretanto que la «pura» podrá ser, indistintamente, atributiva o declarativa<sup>195</sup>.

Adoptando el esquema más tradicional cabe condensar sus elementos en tres grupos: a) Personales: Aunque el CC no se refiera a la capacidad requerida para transigir de algunos preceptos se desprende que será la necesaria para enajenar (arts. 1810 y 1812 del CC, conforme al clásico apotegma *transigere est alienare*), si bien para transigir las partes habrán de tener capacidad de disposición sobre la relación jurídica controvertida<sup>196</sup>, precisándose poder especial de celebrarse el contrato mediante representante voluntario (art. 1713, párr. 2.º del CC<sup>197</sup> y art. 25.2.1.º de la LEC). b) Reales: Constituida por la mentada relación jurídica controvertida que habrá de ser de libre disposición por los interesados (art. 19.1 de la LEC)<sup>198</sup>, de manera que

<sup>195</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pgs. 848 y 849, atendiendo a si lo estipulado coincide o no con el anterior estado objetivo de cosas, de modo que será declarativa la transacción cuando reconozca a cada contratante los derechos que realmente tenían, en cambio, será traslativa si lo acordado transfiriere a uno de los contratantes derechos que antes eran del otro, modificándose así el anterior estado objetivo de cosas. Conforme con el art. 2961 CC federal mexicano la transacción siempre será declarativa.

<sup>196</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho...*, pg. 493.

<sup>197</sup> “(...) Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso (...)”.

<sup>198</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pg. 850, la transacción puede recaer sobre cualquier cosa, derecho o relación jurídica con tal de que sea disponible por los particulares. Para Carrasco, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios al Código...* pg. 2044, la transacción como contrato «es



cabe transacción “(...) sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal” (arts. 1813 del CC), más nunca sobre “(...) el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales” (aunque, por lo general, sean transigibles las consecuencias económicas derivadas de ambas materias)<sup>199</sup>, ni tampoco sobre “(...) alimentos futuros” (art. 1814 del CC<sup>200</sup>, vid. asimismo el art. 748 en conexión con el art. 751, ambos de la LEC), recogándose en el art. 1815 unas reglas relativas a la interpretación estricta de la transacción que, en realidad, reproducen las generales de los contratos. c) Formales: Rige el principio de libertad formal aún cuando del anterior precepto cabe colegir que, de ordinario, su celebración será por escrito. Si consta en documento público la transacción podrá valer de oposición al juicio ejecutivo (art. 556.1, párr. 2.º, y art. 557.1.6.ª de la LEC).

el objeto del proceso, no su medio de resolución».

<sup>199</sup> Incluso el propio deber de convivencia se puede regular por acuerdo, en particular, como pactos de regulación de la separación de hecho, vid. CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Comentarios al Código...*, pg. 2043.

<sup>200</sup> Aquello sobre lo que no se podrá transigir serán las pensiones no vencidas y el derecho a reclamar alimentos futuros, de conformidad con el art. 151 del CC, pero sí cabrá transacción sobre alimentos ya devengados y no percibidos, así como sobre su importe, CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Comentarios al Código...*, pg. 2043. Para los EE.UU. Mexicanos las materias sobre las cuales no caben transacción vienen recogidas en los arts. 254, 321, 338, 1372, 2946 a 2948 y 2950 del CC federal mexicano.

### 3.4.2. Tipos, eficacia e impugnación

Se puede encasillar de variadas formas al contrato de transacción conforme a heterogéneos criterios, entre otros, puede ser «total o parcial» en atención a si resuelve por completo o no la disputa *inter partes*, también «pura» (si las concesiones recíprocas de las partes radican en dar, prometer o retener algo de las cosas o derechos discutidos) o «compleja» (cuando se arregla el problema mediante cosas o derechos que no eran, al inicio, objeto de controversia); podrá ser «perentoria» o bien consistir en nominar a un árbitro para la resolución del conflicto; etc.

Con base en el art. 1816 del CC se suele clasificar la transacción en «judicial» o «extrajudicial» atendiendo a si resuelve una controversia que ha originado un pleito pendiente de decisión judicial o si, por el contrario, soluciona cualquier otra disputa *inter partes* no suscitada todavía ante los tribunales<sup>201</sup>. Como tiene expresado ALBALADEJO este rasgo distintivo resulta ser inseguro porque tanto una como otra especie constituyen, al fin y al cabo, un contrato y la ley denomina «transacción judicial» tanto a la celebrada por las partes durante el proceso y que el juez aprueba, como a la conseguida fuera del proceso y aportada a este con posterioridad concluyéndolo mediante auto aprobatorio de la transacción (arts. 19.2 y 415.2 de la LEC, transformándose en título ejecutivo de consumo con su art. 517.2.3.º). De ahí que quepa sostener que la

<sup>201</sup> PÉREZ, C. “La transacción. El arbitraje”, en BERCOVITZ, R. (coord.) *Manual de Derecho...*, pg. 373, siendo la acepción a la que responde el párr. 2.º del art. 1817 del CC.

transacción, en realidad, siempre será «extrajudicial» en cuanto a su celebración, aunque pueda generar efectos judiciales o extrajudiciales, no participando en absoluto de los caracteres de los actos procesales aún cuando, mediante ella, se ponga fin a un pleito ya entablado<sup>202</sup>. La transacción con efectos judiciales (o «judicial» en términos del art. 1816 del CC y, en general, de la LEC)<sup>203</sup> será aquella que resuelva la controversia que ha generado la incoación de un previo proceso, hallándose caracterizada por dos principales notas: a) Se puede alcanzar el «acuerdo transaccional» en aras a terminar un proceso con o sin presencia judicial,

<sup>202</sup> A pesar de anteriores vacilaciones como la contenida en STS de 21 de abril de 1942, vid. CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias” *Derecho Civil Español...*, pg. 805, y, en particular, GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho Procesal Civil...*, pgs. 559 a 561, al negar la naturaleza jurídico-procesal a la transacción judicial, pues se trata de un «negocio jurídico de carácter material, no procesal, aunque las partes traten solo con ella de poner término al pleito que había comenzado», concluyendo que frente a esta teoría «no cabe formular objeciones en apariencia sólidas, pero en el fondo carentes de valor... Si fuera obligado reconocer a todas las causas de la extinción del proceso naturaleza procesal, debería pensarse que la venta de la cosa litigiosa, en los casos en que no se admite la *perpetuatio legitimationis*, constituye, asimismo, un negocio jurídico procesal». En contra MONTERO, J. *et al.*, *Derecho jurisdiccional II...*, pg. 403, alude a la transacción «procesal».

<sup>203</sup> Dado que ni el CC ni la LEC definen la transacción judicial para CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Comentarios al Código...*, pg. 2045, hay que reservar hoy tal expresión para aquella obtenida durante el proceso y aprobada y homologada por el juez, dado que «no existe transacción judicial sin homologación judicial».

aunque aquel habrá de aportarse en todo caso al tribunal para su eventual homologación por auto (arts. 19.2 y 206.1.2.<sup>a</sup> de la LEC) constituyendo, desde entonces, título ejecutivo (art. 517.2.3.<sup>o</sup> de la LEC) y b) Las partes pueden transigir sobre el objeto del proceso en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de sentencia, del mismo modo que disponen de la posibilidad de someterse a arbitraje o mediación (art. 19.3 de la LEC).

En cuanto a la fuerza que despliega, pese a la dicción del primer inciso del art. 1816 del CC: “La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada (...)”, solo la transacción homologada judicialmente adquiere la *vis* de una sentencia firme, en cambio, la alcanzada extrajudicialmente poseerá la fuerza de *lex privata inter partes* que el art. 1091 del CC confiere a cualquier otro tipo contractual; de ahí que el referido art. 1816 del CC finalice: “(...) pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”<sup>204</sup>. De esta manera, ante el posible incumplimiento de una transacción extrajudicial, el perjudicado habrá de recabar nuevamente el auxilio jurisdiccional para que, tras el proceso oportuno, se dicte sentencia para proceder a la resolución o al

<sup>204</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II...*, pgs. 851 y 852, postura a la cual se adhiere expresamente CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias”, *Derecho Civil Español...*, pgs. 816 y 817. En similar dirección CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Comentarios al Código...*, pgs. 2044 y 2045, apuntando que, no obstante, la fuerza vinculante de la transacción es más intensa que la del resto de contratos: «El margen de impugnación por error es más estrecho que en el resto de los contratos».

cumplimiento forzoso de la previa solución alcanzada e inobservada por alguna de las partes.

Respecto a la eficacia de la transacción, será de aplicación la propia de cualquier contrato: obligatoriedad, irrevocabilidad y relatividad, por tanto, también resultarán aplicables las reglas generales para extinguiirla (mutuo disenso de las partes, nulidad absoluta, ejercicio de la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas, ex art. 1124 del CC<sup>205</sup>, etc.), no resultando posible reclamar aquello que, a través de ella, se haya reconocido a la otra parte pues, de lo contrario, cabría alegar la *exceptio pacti* o excepción de transacción – *exceptio rei per transactionem finitae* –.

Por último, en lo atinente a una posible impugnación de la transacción celebrada, el párr. 1.º del art. 1817 del CC remite, con defectuosa redacción, a los preceptos relativos a los vicios de la voluntad del art. 1265 del CC (error, dolo, violencia e intimidación, siendo esta última igualmente aplicable pese a ser omitida) y, por consiguiente, procedería ejercitar la acción de anulación a fin de que se declare, en su caso, la nulidad relativa del «acuerdo transaccional», singularizándose unos supuestos específicos de error en el párr. 2.º del propio precepto, así como en los arts. 1818 y 1819 del CC<sup>206</sup>.

<sup>205</sup> ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II*..., pg. 853, en contra PÉREZ, C. “La transacción. El arbitraje”, en BERCONVITZ, R. (coord).

*Manual de Derecho*..., pg. 376, para la cual solo cabría interesar el cumplimiento forzoso a quien incumpla el acuerdo transaccional.

<sup>206</sup> En análoga dirección, arts. 2956 a 2958 del CC federal mexicano.

#### 4. LA IMPOSICIÓN DE TASAS EN EL ORDEN CIVIL COMO REQUISITO DISUASORIO PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN

De los MAR ya referidos la mediación, en particular tras la promulgación de la LM, viene teniendo una entusiasta e insólita acogida por parte de la inmensa mayoría de agentes jurídicos y sociales lo que, por otro lado, resulta en cierta medida desproporcionado. Baste señalar, a título de muestra, la exagerada recepción que le ha sido conferida en la propia esfera académica con la organización de innumerables jornadas, cursos y seminarios de todo tipo y hasta con la introducción en ciertos planes docentes de asignaturas específicas sobre mediación o la proposición – y ulterior aprobación – de diversos másteres sobre la materia.

Rara vez se ha verificado un esfuerzo de tal magnitud y se ha estimulado una campaña con tal alcance propagandístico alentada por los colegios profesionales y otras potenciales instituciones de mediación acerca de un renovado instituto jurídico (otrora conciliación) que viene siendo ensalzado por buena parte de la judicatura y la fiscalía – sobre todo en su modalidad intrajudicial –, tendencia continuada por la abogacía, procuraduría y, en líneas generales, por profesionales de casi todos los

sectores imaginables<sup>207</sup>. De tratarse de una mercadería bien podría afirmarse que la mediación, al parecer, «se vende sola» en la creencia (errónea) de hallar en ella la pócima mágica susceptible de arreglar la práctica totalidad de los problemas intersubjetivos relativos, entre otros, a vivienda (propiedad horizontal, arrendamientos urbanos, ejecución de desahucios, etc.), crisis matrimoniales, desavenencias contractuales o reclamaciones de cantidad derivadas o no de relaciones mercantiles, etc., siendo recomendada su extensión a todas las ramas y recovecos de nuestro ordenamiento<sup>208</sup>. Incluso antes de ver la luz la LM de 2012 el propio CGPJ había llegado a suscribir convenios de colaboración en materia de mediación intrajudicial, sobre todo familiar y penal, con diversas CCAA, sin embargo, tal y como destacó en su informe al entonces

<sup>207</sup> La Disposición Final 1.ª de la LM ha venido, además a reformar la letra ñ del art. 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, estableciendo ahora: “Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones...: ñ) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”. Incluso hay muestras anteriores de esta desmedida recepción de la mediación en otros colectivos, p. e. el art. 66.8 del vigente Código de Deontología Médica de 2011 vino a disponer: “(...) Las reclamaciones y litigios podrán someterse a la mediación de los Colegios”, cuando el art. 44.4 del anterior Código deontológico de 1999 establecía lo propio, pero respecto del arbitraje.

<sup>208</sup> Bajo este ángulo, por todos, el vocal del CGPJ DORADO, A. “*El arbitraje y la...*”, pgs. 5-8, indicando que «La mediación civil no familiar no está resultando todavía todo lo efectiva que se quería, ya que lleva poco tiempo en marcha y tan solo participan en ella unos 35 juzgados».

anteproyecto de la LM de 2010 «(...) el favorecimiento de cualquier método alternativo de solución de disputas no representa un intento de privatización o externalización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la administración de justicia, sino de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen el arreglo de sus diferencias por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible. Vale decir que estos métodos constituyen no tanto una “alternativa a la justicia”, como una “justicia alternativa”<sup>209</sup>, sin embargo, hasta esta propia expresión resulta desatinada a virtud del art. 3.1 de la LOPJ pues, en realidad, solo mediante el proceso debido despliega su protección la jurisdicción o «deber estatal de poner a disposición de todos los justiciables los órganos judiciales y el proceso para la protección eficaz de sus discutidos intereses»<sup>210</sup> lo cual entraña, por un lado, la no concurrencia o expulsión, en su caso, de cualquier dificultad de acceso a la justicia y, por otro, que el Estado, en el marco del irrenunciable organigrama constitucional y convencional, satisfaga orgánica, procesal y eficazmente las disputas jurídicas suscitadas.

<sup>209</sup> Informe del Pleno del CGPJ al anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, pgs. 13 y 14.

<sup>210</sup> PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pgs. 13 a 18, de manera que no cabe reconocer ningún ámbito sustraído del control jurisdiccional, debiéndose remover los obstáculos de acceso a la jurisdicción, ya sean de carácter pecuniario ya de otra índole (p. e. las dilaciones indebidas), concluyendo que manifestar la amplia esfera del proceso «y su primaria exigibilidad constitucional no ha de obstar a la crítica de su virtualidad inmediata».

Cabe deducir que, en general, los MAR y, en concreto, la mediación han obtenido rango legal tanto por las demandas del Derecho derivado europeo como por el conato de hallar en ellos un supuesto antídoto ante la urgencia de confeccionar algún que otro desagüe al intolerable estancamiento de asuntos que sobrelleva nuestra jurisdicción ordinaria<sup>211</sup>, sin embargo, no se ha de obviar que no todo es provechoso en el marco de aquellas fórmulas disyuntivas y, en general, contractuales y diferentes al proceso, habida cuenta de las dificultades, arbitrariedades y desigualdades que pueden llegar a entrañar el funcionamiento de tales mecanismos alternos siendo, por ende, ilógico depositar en ellos una confianza extrema<sup>212</sup>.

Dada la voluntariedad caracterizadora de la disyuntiva que simbolizan los MAR no es fácil que los ciudadanos recurran mayoritariamente a ellos, al menos, a corto o medio plazo en aras a tratar de componer sus posibles disputas y, por ende, para tratar de solventar tal dilema el legislador español ha decidido recuperar aquel presupuesto de admisibilidad procesal, afectante a la esfera patrimonial de la persona, que constituyen las llamadas tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, comúnmente

conocidas como «tasas judiciales»<sup>213</sup>, siendo definidas por la propia administración de justicia como «(...) tributo de carácter estatal que deben satisfacer en determinados supuestos los usuarios, ya sean personas físicas o jurídicas, por acudir a los tribunales y hacer uso del servicio público de la administración de justicia. La gestión de este tributo está legalmente encomendada al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas»<sup>214</sup>. En efecto, al poco de emerger la LM ha sido dictada la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, reguladora de determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (en adelante, LRT) justificada sobre la base, de un lado, en que el “... derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita... Desde el momento en que la Constitución encomienda al legislador la regulación del alcance de esta última, está reconociendo que el ciudadano puede pagar por los servicios que recibe de la Administración de Justicia...” (pues la norma, prosigue,

<sup>213</sup> Puesto que tales tasas fueron expulsadas de nuestro ordenamiento por Ley 25/1986, de 24 de diciembre, aunque su resurgimiento se inició a virtud del art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que vino a disponer una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo exonerando de ella, sin embargo y entre otros sujetos, a las personas físicas, modelo matizado con posterioridad merced a la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de reforma de la LEC para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía y la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

<sup>214</sup> Vid. [www.administraciondejusticia.gob.es](http://www.administraciondejusticia.gob.es) > Servicios > Tasas judiciales, consultado el 20 de enero de 2014.

<sup>211</sup> En similar sentido MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de...*, pg. 3.

<sup>212</sup> TARUFFO, M. “Racionalidad y crisis de la ley procesal” (trad. Fernández López, M.), *Doxa...*, pg. 316, señala que el progresivo empleo de ADRs, frente al criterio mayoritario no es beneficioso sino reflejo de la crisis de la justicia ordinaria, «es un signo de patología, no de salud del sistema procesal».

“... pone todo el cuidado en que la regulación de la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social» no afecte al derecho a acceder a la justicia...” conforme con lo declarado en STC 20/2012, de 16 de febrero) y, de otro, que mediante la “... asunción por los ciudadanos que recurren a los tribunales de parte del coste que ello implica, se pretende racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al mismo tiempo que la tasa aportará unos mayores recursos que permitirán una mejora en la financiación del sistema judicial y, en particular, de la asistencia jurídica gratuita” (párrs. 3.º, 4.º y 6.º, ep. I de su EM), de modo que el nuevo régimen diseñado amplía con creces tanto los hechos impondibles como los sujetos pasivos “... que ahora alcanzan no solo a las personas jurídicas, sino también a las personas físicas” (ep. II, párr. 2.º de su propio preámbulo).

Cabría verificar, *prima facie*, dos previas objeciones al expresado introito de esta LRT: En conexión con su ámbito subjetivo, porque en el momento de pronunciarse el intérprete supremo de nuestra Carta Magna sobre la imposición de las mismas quedaban, precisa y explícitamente, excluidas las personas naturales que son, a la postre, las genuinas destinatarias de todo lo jurídico y que ya vienen soportando la (re)implantación de la previa exigencia de consignar cierto depósito dinerario y previo para formular impugnaciones<sup>215</sup>, al margen de que sobre

<sup>215</sup> Introducido por LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la LOPJ (que vino a añadir una Disposición Adicional 15.ª, rubricada «Depósito para recurrir»), teniéndose que efectuar los correspondientes depósitos

la propia instauración de las tasas a las personas jurídicas penden no pocas cuestiones de inconstitucionalidad y, en segundo término, por simples razones socio-económicas habida cuenta de la escasa o nula oportunidad de la LRT en el expreso y delicado momento financiero que atraviesa el país duplicando la norma, como mínimo, las determinadas, con carácter previo respecto de las personas jurídicas, por el art. 35 de la anterior Ley 53/2002<sup>216</sup>; máxime cuando en algunos países de nuestro entorno se vienen derogando<sup>217</sup>

en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del respectivo juzgado o tribunal con ocasión de la interposición de impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo, siendo inadmitido a trámite todo recurso cuyo depósito no esté constituido y quedando relevados de tal obligación el Ministerio Público, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes. Esta solución no es novedosa en absoluto, siendo adoptada para aminorar causas y reducir asuntos pendientes desde el siglo XVI, sobresaliendo «el incremento del depósito que se exigía a los apellantes, y la sustitución del proceso por el arbitraje, como recogen los estatutos del consulado de Burgos», PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.). *Arbitraje, mediación y...*, pgs. 20.

<sup>216</sup> Así, mientras que la Ley 53/2002 establecía, para el orden civil, una tasa fija de 90 euros para interponer un juicio verbal, la LRT exige ahora 150 euros más otra parte variable; frente a los 150 euros que se exigían para deducir juicio ordinario la LRT requiere 300 euros fijos más la parte variable, etc.

<sup>217</sup> Véase [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) > Actualidad, de 3 de enero de 2014 así, p. e. Francia ha optado por suprimir dichas tasas desde el pasado 1 de enero de 2014, pese a que su importe era ínfimo (apenas 35 euros) si se cotejan con las impuestas por la LRT, reconociendo la Ministra de Justicia, Cristiane Taubira, que las mismas venían

y su propia génesis denota que su instauración obedeció a dos principales factores, uno, la mera finalidad recaudatoria por la utilización de los tribunales y, dos, procurar desanimar la incoación de litigios<sup>218</sup>.

Si algo positivo cabe vislumbrar de esta LRT ha sido, sin duda, el clamor popular que frente a ella ha logrado acoplar a la inmensa generalidad de la sociedad española. De *facto*, este mayoritario descontento generó que el legislador rectificase, aún mínimamente y por expresa recomendación del Defensor del Pueblo (figura prevenida en el art. 54 de la CE para supervisar la actividad administrativa) mediante Real Decreto-Ley (RDL) 3/2013, de 22 de febrero, por el cual se vino a modificar el régimen de tasas implantado

significando «una penalización para los más vulnerables y una restricción a su acceso a la justicia». En cualquier caso la mayoría de países europeos (excepción hecha de Islandia) y americanos (salvo Bolivia o Chile) tienen establecidas, en mayor o menor medida, tasas judiciales.

<sup>218</sup> Así se desprende del estudio verificado por el Equipo Consultor de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad chilena Diego Portales “Tasas Judiciales en la Experiencia Comparada. Resumen Ejecutivo” de junio de 2012, pg. 3, que ubica el origen probable de las tasas judiciales en Inglaterra durante el siglo XIII, bajo el reinado de Eduardo I y con la promulgación del Estatuto de *Gloucester* que «vino a introducir en Inglaterra un sistema de aranceles por el uso de los tribunales de justicia... es posible sostener que las probables razones que motivaron su dictación fueron la necesidad de recaudar fondos por el uso privado de los tribunales y desalentar el litigio». En España se tienen noticias del establecimiento de tasas desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

por la LRT<sup>219</sup>, siendo reconocido abiertamente que con su aplicación “(...) podrían llegar a darse casos concretos e individualizados en los que la cuantía fijada en la tasa resultara excesiva” (ep. I, párr. 3.º, de su EM) anudando, solo ahora, el dictado de la LRT con la “(...) premisa básica para el buen funcionamiento de la justicia gratuita” (véase el art. 11 de la LRT) y admitiendo que su entrada en vigor tuvo lugar “... de manera anticipada” (párr. 1.º, ep. II de su preámbulo).

Con todo, el art. 1 de la LRT establece que la tasa judicial “(...) en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social tiene carácter estatal y será exigible por igual en todo el territorio nacional (...)”, constituyendo sus exenciones objetivas para el orden civil (art. 4.1 de la LRT) las siete que siguen: A. La formulación de demanda y ulteriores recursos en relación con los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores<sup>220</sup>; B. La interposición de demanda y ulteriores recursos en procedimientos especialmente establecidos para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas; C. La solicitud de concurso voluntario por el deudor; D. La presentación de petición inicial del procedimiento

<sup>219</sup> Resultando llamativa para MONTERO, J. *et al. Derecho Jurisdiccional* H..., pg. 318, al margen del obstáculo puesto «al derecho de acceso a los tribunales (del art. 24.1 CE), la «imprevisión que supone dictar una ley y al cabo de dos meses tener que reformarla por Real Decreto-Ley».

<sup>220</sup> Quedando, sin embargo, sujetos al pago de la tasa los procesos no iniciados de mutuo acuerdo o por una de las partes con el consentimiento de la otra, aunque existan menores, excepto que las medidas solicitadas versen exclusivamente sobre estos últimos.

monitorio y la demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad cuando la cuantía de las mismas no supere 2000 euros<sup>221</sup>; E. La interposición de demanda ejecutiva de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo; F. Las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del juez de lo mercantil, se interpongan por los administradores concursales y, en último lugar; G. Los procedimientos de división judicial de patrimonios<sup>222</sup> (art. 4.1 de la LRT); siendo sus controvertidas exenciones subjetivas: “...a) Las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita (...), b) El Ministerio Fiscal. c) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas. d) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas” (art. 4.2 de la LRT) conservándose, por consiguiente, las tradicionales prerrogativas procesales de la administración que no remarcan sino una evidente desigualdad respecto de las personas jurídico-privadas a la hora de acceder a la jurisdicción.

<sup>221</sup> Si bien no se aplica tal salvedad cuando la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial conforme al art. 517 de la LEC.

<sup>222</sup> Excepto en los casos en que se formule oposición o se plantee controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes, devengando la tasa por el juicio verbal y por la suma discutida, o la derivada de la impugnación del cuaderno particional a cargo del opositor, así como también si ambos se opusieren a cargo de cada uno por su respectiva cuantía.

Exige la LRT que el documento acreditativo de la autoliquidación de las tasas, fija y variable, conforme al modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se habrá de acompañar a cualquier escrito procesal mediante el que se realice su hecho imponible, de lo contrario, el secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para su aportación en el plazo de 10 días no dando mientras curso al escrito y, de no subsanarse, se producirá la preclusión del acto procesal y la continuación o finalización del procedimiento, según proceda (art. 8, números 1 y 2 de la LRT), configurándose, por tanto, este justificante de pago de la tasa como presupuesto documental de admisibilidad de toda demanda civil (con las excepciones descritas), reconvencción, solicitud de declaración del concurso, formulación de oposición a la ejecución de títulos judiciales e interposición de recursos ante el tribunal *ad quem* (art. 5.1 de la LRT) lo que, en su caso, parecería colisionar formalmente con el principio *pro actione* derivado del mismísimo art. 24.1 de la CE en el sentido de encarnar una simple formalidad enervante u obstaculizadora del acceso al proceso contraria, además, al logro de una resolución judicial motivada, congruente y razonable sobre el fondo del asunto, al margen de cuál fuere el fallo, tal y como tuvimos ocasión de exponer al inicio, pero, en esta hipótesis, por puro y duro afán recaudatorio con independencia del «supuesto» y benévolo fin perseguido. En la propia dirección se han venido a alinear algunas otras propuestas impopulares del ejecutivo español como, p. e. la confección por parte del Ministerio de Justicia de un borrador de resolución de productividad del cuerpo de secretarios judiciales por el cual se pretende premiar a quienes más tasas judiciales



gestionen aumentando este complemento salarial<sup>223</sup>.

Las reacciones no se han hecho esperar y la Sala 4.<sup>a</sup> (de lo social) del TS, atendiendo a la propia doctrina constitucional recaída y ante las dudas planteadas por la LRT, vino a acordar en Pleno no jurisdiccional celebrado el pasado 5 de junio de 2013<sup>224</sup> que las tasas judiciales instauradas no resultaban exigibles por su eventual contradicción con el art. 119 de la CE y el art. 2.d) de la LAJG<sup>225</sup> para tramitar recursos de suplicación y casación formulados por el trabajador, beneficiario de la Seguridad Social o funcionario o personal estatutario que formulase tales recursos ante el orden jurisdiccional social (ni siquiera

<sup>223</sup> Véase la noticia en [www.europapress](http://www.europapress), de fecha 19 de marzo de 2014, oferta a la que ha mostrado su rechazo el Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ), oponiéndose a que los fedatarios públicos desempeñen un papel de «policía de la Agencia Tributaria» con un indicador que no evalúa su actividad ni la del juzgado al que se adscriben, considerando que «La gestión de la tasa solo persigue potenciar la finalidad disuasoria y recaudatoria con que se implantó la misma».

<sup>224</sup> Puede consultarse íntegramente el contenido de este acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 4.<sup>a</sup> del TS en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) > Noticias judiciales, de 7 de junio de 2013.

<sup>225</sup> A cuyo tenor tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita: "... d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales. Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo (...)".

respecto de aquellas impugnaciones interpuestas antes del RDL 3/2013), así como que tampoco se requerirían a los sindicatos para deducir tales recursos de suplicación, todo ello pese a la dicción de la letra f) del art. 2<sup>26</sup>, art. 4.3<sup>27</sup> de la LRT y lo declarado, de modo expreso, en el párr. 3.º, ep. II de su preámbulo: "(...) También esta ley amplía su aplicación al orden social, pero solo en lo que a los recursos de suplicación y casación se refiere, y de una manera proporcionada a los intereses que se tutelan en el mismo, en atención a los derechos e intereses en juego en este orden jurisdiccional".

Cabría referir igualmente la reciente STSJ de Cataluña n.º 68/2014, de 30 de enero, Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 3.<sup>a</sup>, LÓPEZ VÁZQUEZ, a virtud de la cual se revoca el auto del juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 6 de Barcelona que archivó el procedimiento abreviado incoado por el apelante al no justificarse el abono de la correspondiente tasa judicial, recordándose que la misma, como tal, no es identificable con el depósito legalmente exigido para recurrir, agregando en su Fj 3.º, *in fine*, que el acceso efectivo a la justicia «(...) no puede quedar limitado por la intervención en sede tributaria de la tasa de sujetos no competentes en su

<sup>226</sup> "Constituye el hecho imponible de la tasa el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por el ejercicio de los siguientes actos procesales: ... f) La interposición de recursos de suplicación y de casación en el orden social".

<sup>227</sup> El cual prevé que "(...) En el orden social, los trabajadores, sean por cuenta ajena o autónomos, tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de suplicación y casación".

determinación, cuyas conclusiones al respecto no pueden extrapolarse fuera del marco de la tasa para alcanzar, a partir de una interpretación y aplicación rigurosa y desproporcionada de las normas procesales, un resultado procesal claramente contrario al principio *pro actione*. Pues el derecho de todas las personas, consagrado ya en el artículo 24.1 de nuestra Constitución... determina la imposibilidad de que el impago total o parcial de cualquier tasa pueda impedir por sí solo el acceso del interesado a aquella tutela a través de la promoción del correspondiente proceso o recurso, o al trámite y resolución de cualesquiera escritos presentados en su seno, siempre sin perjuicio de que la falta de presentación de la correspondiente autoliquidación, siendo exigible, pudiera ser comunicada, a los efectos procedentes, al organismo administrativo encargado de la gestión de la indicada tasa».

Asimismo, el Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> (de lo civil) del TS ha resuelto de forma unánime – en fecha 4 de marzo de 2014 - la improcedencia de la tasa judicial exigida para formular demandas de revisión de sentencias firmes habida cuenta de que se trata de un recurso de naturaleza extraordinaria, excepcional y que la tasa solo resulta aplicable a los procesos declarativos<sup>228</sup>.

De otra parte, el rechazo generalizado a la LRT ha sido causa de todo tipo de manifestaciones en su contra, ejercicio del derecho de huelga incluido (art. 28.2 de la CE), siendo tal norma diana de una pluralidad de

<sup>228</sup> Vid. también la noticia en EUROPA PRESS, de fecha 20 de marzo de 2014, siendo ponente del fallo MARÍN CASTÁN.

cuestiones<sup>229</sup> y recursos de inconstitucionalidad deducidos por órganos judiciales y un nada desdeñable número de corporaciones y otras entidades sociales (ejecutivos autonómicos, colegios profesionales, sindicatos, partidos políticos, organizaciones de consumidores y usuarios, etc.), apreciándose una evidente naturaleza disuasoria de tal tributo y el posible quebranto que supone respecto de la garantía de indemnidad intrínsecamente contenida también en el art. 24.1 de la CE<sup>230</sup>, en particular, por su carácter excesivo en lo referido a su *quantum*; habiéndose declarado incompetente, en fecha 27 de marzo de 2014, el Tribunal de Justicia de la UE para pronunciarse acerca de la censurada normativa tributaria estimando que esta cuestión no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> Véase, p. e. Auto, de 12 de marzo de 2013, del Juzgado de lo Social n.º 1 de Tarragona, ZAFRA MATA, acordando plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por eventual contradicción de los arts. 4.3, 7 y 8.2 LRT con el art. 24.1 CE.

<sup>230</sup> La LRT plantea tantas vacilaciones que hasta el CGAE suscitó ante la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas si quedaban también sujetos al pago de tasas judiciales, conforme al art. 2 de la LRT que disciplina su hecho imponible, aquellos incidentes de nulidad de actuaciones, de error judicial y de revisión de sentencias firmes obteniendo como respuesta vinculante (conforme al art. 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y emitida en fecha 23 de diciembre de 2013) que los mismos no se contemplaban en el mentado precepto y que, por ende, no devengaban el pago de tasas. Puede consultarse el documento íntegro en [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) > Tasas judiciales, de 8 de enero de 2014.

<sup>231</sup> Pronunciamiento previa cuestión suscitada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Tarrasa, que interrogaba al TJUE sobre la

Parece claro que el legislador, mediante el gravamen que encarnan las referidas tasas, aspira a persuadir a cierto grupo de ciudadanos – en particular, a la mal llamada clase media – de acudir a los tribunales al objeto de que se decanten – en apariencia con base en una presunta e insegura «voluntad propia» a la hora de componer sus controversias – por algunos de los medios alternos de resolución de conflictos examinados no dejando de provocar la LRT otros daños colaterales, así, para el orden civil: I. Incrementa de modo notable la *potestas* de los tribunales de primera y segunda instancia dado que estableciéndose la cuota tributaria – solo en cuanto a su parte fija se refiere – en 150 o 300 euros para presentar la demanda, según los casos, en 800 euros para formular recurso de apelación y en hasta 1200 euros para interponer casación o, en su caso, la impugnación extraordinaria por infracción procesal (art. 7.1 de la LRT) resulta previsible, como mínimo, que numerosas personas naturales flaqueen a la hora de deducir la pertinente demanda o la impugnación frente a una resolución judicial que estimen adversa o iniqua – lo que ha venido a constatar el decrecimiento de demandas civiles experimentado durante el año 2013 –, máxime si atendemos que la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 vuelve a fijar, por cuarto año consecutivo, el IPREM<sup>232</sup> en apenas 532,51 euros que es del cual se vale

---

compatibilidad de la norma española de tasas judiciales con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, vid. EUROPA PRESS, de fecha 28 de marzo de 2014.

<sup>232</sup> Disponiendo el ep. X, párr. 27.º, de su preámbulo: “(…) Se determina el indicador público de renta de efectos múltiples

el art. 3.1 de la LAJG para reconocer – o no – el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas físicas<sup>233</sup> (siendo también al que atenderá el reciente Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita – aprobado el pasado 21 de febrero de 2014 – que viene a ampliar poco más su ámbito subjetivo de actuación); II. Corolario de lo anterior, se acrecientan las desiguales oportunidades y, en consecuencia, disparidad de armas procesales entre las personas físicas y jurídicas habida cuenta, por lo general, de los superiores recursos económicos de que disponen estas últimas (siendo previsible que dicha prevalencia financiera y, desde luego, de ingreso jurisdiccional pueda condicionar aquellos eventuales procesos civiles que pudiere emprender, entre otros, un consumidor frente a una gran compañía) promoviéndose, mediatamente, la utilización de ciertas artimañas procesales<sup>234</sup> y, en

---

(IPREM) para 2014, que queda fijado en los mismos términos que para el ejercicio 2013”.

<sup>233</sup> “1. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen los siguientes umbrales: a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar. b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros. c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros (...)”.

<sup>234</sup> *Ad exemplum* y con el único objetivo de eludir el abono de las tasas

definitiva, III. Contribuye a ahuyentar al ciudadano de los tribunales por la pérdida de tiempo y dinero que ello le supone, alejándolo del acceso a la jurisdicción y renviándolo a otras componendas contractuales o procedimentales para solventar sus disputas – MAR o ADRs – quedando, al menos, en entredicho aquel denominador común simbolizado por el carácter meramente potestativo de estos últimos mecanismos.

No sobra apuntar que una de las Salas del TC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre los tributos o tasas judiciales, en concreto, con motivo de su regeneración para las personas jurídicas a virtud del art. 35 de la mentada Ley 53/2002, de 30 de diciembre, provocando, conforme al art. 55.2 de la LOTC, que elevara una cuestión interna – o «autocuestión» – de inconstitucionalidad al Pleno al advertir que el número 7.2 de tal precepto<sup>235</sup> (de contenido similar a los primeros ordinales del art. 8 de la LRT) podría lesionar el art. 24.1 de la CE. En efecto, por ATC n.º 197/2010, de 21 diciembre, Sala 2.<sup>a</sup>, no figurando ponente, el objeto de amparo quedó circunscrito entonces a si pudiera resultar

---

judiciales se constata que ciertos asuntos puramente civiles se enmascaran como penales en su interposición para interesar, acto seguido, alguna indemnización derivada de la responsabilidad civil *ex delicto* contemplada en los arts. 109 y siguientes del CP (dado que las tasas judiciales no rigen en el orden jurisdiccional penal). De consuno con el cual: “(...) 2. El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo, sin el cual el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días”.

desconocido el derecho a la tutela judicial efectiva por la decisión del tribunal de tener indebidamente admitida la apelación deducida por la mercantil actora (a la cual siguió el archivo de los autos y la firmeza de la sentencia impugnada) con base en no acreditar en tiempo el abono de la tasa judicial pertinente, teniendo declarado nuestro TC que tal óbice, concretado en «(...) la configuración del pago del tributo como un presupuesto necesario para la admisibilidad del acto procesal gravado con el mismo (...), se contempla en las cuestiones de inconstitucionalidad número 647-2004, 1389-2005 y 1584-2005, todas ellas admitidas a trámite por este tribunal por considerar que la duda de constitucionalidad planteada por los órganos judiciales correspondientes no resulta manifiestamente infundada. En consonancia con ello la Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo por colisión del art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, con el art. 24.1 CE., en cuanto el pago del tributo configurado en ella se torna en un obstáculo insalvable y desproporcionado para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. De ahí que resulte procedente elevar al Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el indicado precepto legal» (FJ 2.º, párr. 2.º, del mentado ATC).

para ejercitar un derecho catalogado como fundamental y de reconocimiento universal.

La reciente normativa española sobre «tasas judiciales» ha resultado ser apresurada y, en buena medida, contradictoria; sobreviniendo que desde el momento en que el Estado, a través del poder judicial, tiene reservado el monopolio para la resolución de conflictos conforme al ordenamiento jurídico no existe mayor desafuero que tratar de obstaculizar o disuadir económicamente a los ciudadanos del acceso a los tribunales en defensa de sus legítimos derechos e intereses.

En orden a finiquitar el presente análisis y en remembranza a su principal y muy considerado destinatario – don Manuel ALBALADEJO GARCÍA, maestro de generaciones de privatistas españoles – no resultaría inoportuno traer a colación aquella frase, atribuida a Konrad Zacharias LORENZ, que evoca: «El humor y la sabiduría son las grandes esperanzas de nuestra cultura».

## 5. CONCLUSIÓN

Los institutos para solventar conflictos que suponen las ADRs o MAR (arbitraje, conciliación, mediación y transacción) aparecen caracterizados por su naturaleza potestativa al constituir, en último término, negocios o contratos a los que se anuda un *iter* procedimental más o menos detallado. Queda, por tanto, proscrita su imposición a las partes interesadas a la hora de resolver sus eventuales diferencias en aquellas materias que sean de su libre disposición. Tales mecanismos vienen aflorando con renovada energía en el marco europeo potenciándose, en particular, la mediación que ha llegado, pese a tener otros antecedentes históricos, dando un rodeo norteamericano para penetrar progresivamente en los diversos ordenamientos de nuestro entorno. En concreto, en España la mediación parece que pretende desplazar al arbitraje o, incluso, a la transacción en la posible resolución de controversias de carácter disponible, siendo ahora destinataria de enaltecimientos, unas veces, exagerados y, otras, infundados. Sea como fuere la voluntariedad para acudir a la disyuntiva que simbolizan los MAR respecto de la jurisdicción puede verse aminorada, aún de modo mediato, si los presupuestos para acceder a esta última se endurecen conllevando, *ab initio*, consecuencias patrimoniales disfrazadas de tributos respecto de personas jurídico-privadas – sobre todo, naturales – resultando, al menos, cuestionable la previa exigencia de una elevada tasa

BERENGUER, C. *El contrato de alimentos*, Madrid: Dykinson, 2012.

BRAVO, V. “El marco jurídico de los medios alternos para la solución de controversias en México”, en QUINTANA, E. A. (coord.). *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006. T. II.

CÁMARA, G. “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en BALAGUER, F. (coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2012. 7.ª e. Vol. II.

CARRASCO, A. “Artículos 1809 a 1819”, en BERCOVITZ, R. (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001.

CARRETERO, E. “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos”, en SOLETO, H. (dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011.

CASTÁN, J. “Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias” *Derecho Civil Español, Común y Foral* (revisada y puesta al día por FERRANDIS, J.). Madrid: Reus, 1981. 11.ª e. T. IV.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ):

- *Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 19

## 6. FUENTES

ABASCAL, J. M. “Los métodos alternos: Conciliación y arbitraje”, en QUINTANA, E. A. (coord.). *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006. T. II.

ALBALADEJO, M.

- *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2007. 13.ª e.  
 - *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, (puesta al día de legislación y jurisprudencia por DÍAZ, S.), Madrid: Edisofer, 2009. 18.ª e.  
 - *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer, 2003. 12.ª e.

- “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, *Revista de Derecho Privado-Dialnet*, n.º 81, 1997.

BARONA, S.

- *Derecho jurisdiccional II proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. 21.ª e.

- *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

- *Tutela civil y penal de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, 1999.

- de mayo de 2010). Madrid, 2010.
- *La Justicia dato a dato. Estadística Judicial*. Año 2009. Año 2010. Año 2011. Año 2012. Año 2013.
  - CUOMO, F. *La mediazione nel processo civile riformato*. Torino: Zanichelli, 2011. 1.ª e.
  - DE LA OLIVA, A. *et al.*
    - *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2012.
    - *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2012.  - DE LAS HERAS, M. A.
    - “Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv”. *TJSJ y AP*. Aranzadi, n.º 10, octubre 2001.
    - “Ética, Poder Judicial y su responsabilidad en España: ¿Hay necesidad real de un código ético para la judicatura?”, *Criterio y conducta*, n.º 3, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, enero-junio 2008.
    - “Otra vía para depurar eventuales responsabilidades judiciales”, en ATIENZA, M. L., EVANGELIO, R., MAS, M. D. y MONTES, M. P. (coords.). *Pensamientos jurídicos y palabras* (dedicados a Rafael Ballarín Hernández). Universitat de València, 2009.
    - *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, Tomos II (G-O) y III (P-Z). México, D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. 1.ª e.  - DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1990. Vol. II.
  - DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. 1.ª e.
  - DORADO, A. “El arbitraje y la mediación en España”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero 2013.
  - ESCRICHE, J. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Librería de la Sra. viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847. 3.ª e. T. II.
  - FEMENÍA, P. J. “Daños por violación de la intimidad en las relaciones paternofiliales”, en MORENO, J. A. (coord.). *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 2012.
  - FERNÁNDEZ, A. “El arbitraje de Derecho público en la experiencia jurídica romana”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 37, mayo de 2013 (formato pdf).
  - GÓMEZ, E. “Derecho procesal civil”. *El proceso declarativo ordinario. Parte General*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1979. 8.ª e. Vol. 1.
  - GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Thomson-Civitas, Aranzadi, 2005. 7.ª e. T. I.
  - GUTIÉRREZ, M. R. *La conciliación en la audiencia previa: Análisis y técnicas para una gestión eficaz*. Madrid: La Ley, 2010. 1.ª e.
  - HERCE, V. *Derecho procesal civil: Juicios y procedimientos especiales. Ejecución procesal. Jurisdicción voluntaria*. Madrid:

Artes Gráficas y Ediciones, 1979. 8.ª e. Vol. 2.

MARTÍ, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero 2013.

MARTÍN, F. *La mediación: Sistema complementario de Administración de Justicia*, (Premio «Rafael Martínez Emperador», 2009). Madrid: CGPJ, 2010.

MONTERO, J. *et al.*

- *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 18.ª e.

- *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. 21.ª e.

MORENO, J. A. “Resarcimiento de los perjuicios de los familiares del lesionado y su consideración por las distintas jurisdicciones”, en MORENO, J. A. (coord.). *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 2012.

PEDRAZ, E. “El proceso y sus alternativas”, en PEDRAZ, E. (dir.) *Arbitraje, mediación y conciliación*, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1995. n.º XXVII.

PERDIGUERO, E. “Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho laboral”, en PEDRAZ, E. (dir.) *Arbitraje, mediación y conciliación*, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1995. n.º XXVII.

PÉREZ, C. “La transacción. El arbitraje”, en BERCOVITZ, R. coord. *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid: Bercal,

2011.

PÉREZ, G. (coord.). Informe: “Situación actual de la Administración de Justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal”, de 15 de mayo de 2013.

PÉREZ, J. *Curso de Derecho Constitucional*, (revisada y puesta al día por CARRASCO, M.). Madrid: Marcial Pons, 2007. 11.ª e.

QUINTANA, E. A. “Marco jurídico del arbitraje nacional, regional e internacional”, en MÉNDEZ-SILVA, R. (coord). *Contratación y Arbitraje internacionales*. México: UNAM, 2010.

RAMOS, A. “La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas”, en MORENO, J. A. (coord.). *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 2012.

ROCA, J. “Disposición Final 3.ª, Reforma del Código Civil”, en COBACHO, J. A., LECIÑENA, A. (dirs). *Comentarios a la Ley del Registro Civil*. Navarra: Thomson-Reuters, Aranzadi, 2012. 1.ª e.

ROCA, J. y DE LAS HERAS, M. A. “Art. 4, Hechos y actos inscribibles”, en COBACHO, J. A., LECIÑENA, A. (dirs). *Comentarios a la Ley del Registro Civil*. Navarra: Thomson-Reuters, Aranzadi, 2012. 1.ª e.

SAIZ, A. “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO,



H. (dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011.

TARUFFO, M.

- “Racionalidad y crisis de la ley procesal” (trad. FERNÁNDEZ, M.), *Doxa*, n.º 22, Universidad de Alicante, 1999.
- “Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción” (trad. FERRER, J.), *Doxa*, n.º 31, Universidad de Alicante, 2008.

TORRENT, A. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC):

- Memoria 2012 (presentada por el Excmo. Sr. Presidente SALA, P., en fecha 14 de febrero de 2013).
- Memoria 2013 (presentada por el Excmo. Sr. Presidente PÉREZ DE LOS COBOS, F., en fecha 10 de marzo de 2014).

La edición y diseño fue cuidada por  
la Coordinación Editorial del Poder  
Judicial del Estado de Nuevo León  
en junio de 2014.





Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León  
15 de Mayo 423 Oriente entre Escobedo y Emilio Carranza  
Zona Centro Monterrey, Nuevo León.  
México, C.P. 64000

