

## OTROS TÍTULOS DE LA EDITORIAL

Teoría General del Derecho  
*Norberto Bobbio*

Responsabilidad Civil. Estudios italianos contemporáneos  
*Guido Alpa, Massimo Franzoni, Carlo Castronovo et al.*

Responsabilidad ex repto y la Distinción entre obligaciones de medios y de resultado  
*Giovanni D'Amico*

Derecho Privado Moderno  
*Cesare Massimo Bianca, Pietro Sirena, Salvatore Patti*

Derecho Privado  
*Paolo Gallo*

Aspectos comparados del fraude de valores: El caso de EEUU y Chile  
*Dante Figueroa*

Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo  
*Reynaldo Bustamante Alarcón*

Derecho y postmodernidad. Ensayos de Derecho Privado  
*Alessio Zaccaria*

Derechos fundamentales y proceso justo  
*Reynaldo Bustamante Alarcón*

Instituciones de Derecho Privado  
*Guido Alpa, Andrea Fusaro, Mauro Grondona*

Obligaciones, contratos y protección al consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros  
*Martin Ebers*

Abuso de Derecho y derechos subjetivos  
*Thiago Rodvalho*

Comparación jurídica y perspectivas de estudio del Derecho  
*Luigi Moccia*

Visite

[www.edicionesolejnik.com](http://www.edicionesolejnik.com)



Hoy por hoy, tras la pandemia que el mundo entero ha padecido, y aún padece en muchos frentes, la justicia tradicional, la que se sustancia ante el juez, está, en general, colapsada.

Después del colapso que ha padecido la Sanidad en casi todos los países del mundo tras el alud de ingresos por la pandemia, era prácticamente inevitable que algo parecido sucediera con la Administración de Justicia, por el alud de demandas de todo tipo derivadas de la pandemia.

Porque junto a los conflictos pendientes, que había antes de la pandemia, y que, mientras esta duró, habían quedado suspendidos en la mayoría de países (en que la Administración de Justicia vio cerrada sus puertas, casi a cal y canto), se han venido a sumar nuevos conflictos provocados por la crisis social y económica que después de la pandemia se han generado, así como por la propia tensión provocada por tan largo y severo confinamiento que la mayoría de los países impusieron a fin de evitar una mayor propagación del Covid-19; conflictos tales: como reclamaciones de ayudas a los Estados o impugnaciones de multas impuestas por incumplimiento del confinamiento, conflictos laborales por despidos encubiertos o por impago de salarios, conflictos penales por maltratos familiares o domésticos, conflictos fiscales por impago de impuestos, diversos conflictos civiles por impago de alquileres y préstamos, o por incumplimiento de otros contratos (muchos de ellos amparados en la —tan manida durante aquellos días— cláusula rebus sic stantibus —que con tanto pretendido uso parecía recordar al bálsamo de Fierabrás, que todo lo cura—), pero también por nuevos divorcios y separaciones, por un incremento en el número de concursos de acreedores.

**Carlo Pilia, Guillermo Cerdeira  
y Eugenio Pizarro**



Thorsten Dittrich  
“Nachsaison”



GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
CARLO PILIA (DIRECTORES)

MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA / CARLO PILIA (DIRECTORES)

BIBLIOTECA DE MEDIOS ALTERNATIVOS  
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Lex

# MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA



Ediciones  
olejnik

**Angelo Riccio**  
Investigador  
Universidad de Bolonia

**Elena Lauroba**  
Profesora Titular  
Universidad de Barcelona

**María Cristina Di Pietro**  
Profesora Titular Solución de Conflictos UCC  
Profesora adjunta Teorías del Conflicto, de la Decisión. Métodos RAC. Facultad de Derecho-UNC.  
Coordinadora de Extensión Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS- Facultad de Derecho.

**María José Moral Moro**  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

**Eugenio Pizarro Moreno**  
Titular (acred.) UPO

**Giulia Ripoli**  
Graduada en Derecho y especializada en la Escuela de Posgrado de las profesiones jurídicas de la Universidad de Cagliari

**Aldo Berlinguer**  
Catedrático de derecho comparado en la Universidad de Cagliari

**Miguel Lacruz Mantecón**  
Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

**Manuel Ridruejo Ramírez**  
Abogado y registrador

**María Inés Laverde**  
Profesora de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos  
Universidad Católica de Colombia

**Karla Annett Cynthia Sáenz López**  
Profesora Investigadora Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México. Doctora en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid.  
Líder del Cuerpo Académico UANL-CA-224 Gobierno y Gobernabilidad. Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León

**Walter A. Wright**  
Profesor de Derecho y Resolución Alternativa de Disputas, Texas State University, San Marcos, Texas

**Nuria Beloso Martín**  
Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universidad de Burgos





**BIBLIOTECA DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla  
Carlo Pilia  
**(Directores)**

Manuel García Mayo  
Carlos Antonio Agurto Gonzáles  
Sonia Lidia Quequejana Mamani  
Benigno Choque Cuenca  
**(Coordinadores Generales)**



GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
CARLO PILIA  
(Directores)

**MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN  
Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA**

Edición al cuidado de  
**Carlos Antonio Agurto González**  
**Sonia Lidia Quequejana Mamani**  
**Benigno Choque Cuenca**



**Título:** MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA

© ANGELO RICCIO / ELENA LAUROBA / MARÍA CRISTINA DI PIETRO  
MARÍA JOSÉ MORAL MORO / EUGENIO PIZARRO MORENO  
GIULIA RIPOLI / ALDO BERLINGUER-MIGUEL LACRUZ MANTECÓN  
MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ / MARÍA INÉS LAVERDE  
KARLA ANNETT CYNTHIA SÁENZ LÓPEZ / WALTER A. WRIGHT  
NURIA BELLOSO MARTÍN

**Coordinador:** EUGENIO PIZARRO MORENO

© Ediciones Olejnik  
Huérfanos 611, Santiago - Chile  
E-mail: [contacto@edicionesolejnik.com](mailto:contacto@edicionesolejnik.com)  
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición en Ediciones Olejnik: 2020

ISBN: 978-956-392-867-9

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina 2020 Printed in Argentina

## ÍNDICE

PRÓLOGO: LA JUSTICIA EN PURO ESTADO CRÍTICO: ¿REMIENDOS DE URGENCIA O REFORMA ESTRUCTURAL?	13
--------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### PARTE INTRODUCTORIA

COVID-19 Y CONTINGENCIAS CONTRACTUALES: REMEDIOS EXTRAJUDICIALES Y CONSECUENCIAS LEGALES Angelo Riccio	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

I. COVID-19: CONSECUENCIAS SOCIOECONÓMICAS .....	17
II. COVID-19: CONTINGENCIAS CONTRACTUALES. LOS PRINCIPIOS PACTA SUNT SERVANDA E REBUS SIC STANTIBUS .....	17
III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y REMEDIOS .....	31
IV. CONCLUSIONES .....	40

EL DERECHO COLABORATIVO COMO ADR Y COMO HERRAMIENTA DE LA ABOGACÍA DEL FUTURO Elena Lauroba	
---------------------------------------------------------------------------------------------------	--

I. PRESENTACIÓN .....	43
II. EL ORIGEN DEL DERECHO COLABORATIVO: DE LA OCURRENCIA TERAPÉUTICA A LA CONSOLIDACIÓN VERTIGINOSA .....	47
III. PRINCIPIOS RECTORES Y COORDENADAS DE ACTUACIÓN .....	49
3.1. Presupuesto: el consentimiento informado de los clientes .....	49
3.2. Negociación a cuatro y atendiendo a los intereses .....	50
3.3. La autoexclusión de los tribunales (la disqualification) .....	51
3.4. La confidencialidad .....	52
3.5. Equipos pluridisciplinarios .....	52
IV. EL PROCEDIMIENTO .....	53
V. UN PASO DE GIGANTE: LA REFORMA DEL CODE JUDICIAIRE BELGA	54
VI. UNA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE CALIDAD .....	56
VII. DERECHO COLABORATIVO Y NEGOCIACIÓN ASISTIDA ¿ESPECIE Y GÉNERO? .....	57
VIII. UN APUNTE TRAS LA/S PANDEMIA/S: ABOGADOS COLABORATIVOS MÁS ALLÁ DEL ADR ESTRICTO .....	..

IMPACTO DEL COVID-19 EN EL DERECHO.  
SISTEMA DE AUTOCOMPOSICIÓN Y PRUEBA  
María Cristina Di Pietro

I.	INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS Y SU EFECTIVIZACIÓN AUTÓNOMA EN TIEMPOS DE AUTOCOMPOSICIÓN .....	61
II.	NUEVAS (RENOVADAS) FORMAS JURÍDICAS HACIA PROCESOS ÁGILES .....	63
III.	LA MEDIACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL COMO OPERATIVA DE DERECHOS Y DE PRUEBAS ÁGILES .....	64
	3.1. Mediación Jurídica .....	64
	3.2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos ...	65
IV.	VIRTUALIDAD Y NUEVA PRAXIS DEL ABOGADO: PERSPECTIVAS PROBATORIAS .....	66
	4.1. Abogados en el sistema de autocomposición .....	66
	4.2. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado .....	67
V.	EL CONSENSO SUPERADOR: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ...	69

PRIMERA PARTE: ARBITRAJE

EL ARBITRAJE FRENTE A LA CRISIS SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL  
María José Moral Moro

I.	INTRODUCCIÓN .....	73
II.	PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JURISDICCIONAL .....	75
	2.1. Normativa reguladora .....	76
	2.2. Exclusión .....	77
	2.3. Intervención de las partes en la configuración del órgano decisorio	77
	2.4. Marco de actuación jurídica .....	78
	2.5. Procedimiento .....	78
	2.6. Resolución final .....	79
III.	VENTAJAS DEL ARBITRAJE RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN .....	79
IV.	COMPORTAMIENTO DEL ARBITRAJE ANTE EL ESTADO DE CRISIS .....	82
	4.1. Suspensión de plazos .....	82
	4.2. Notificaciones y traslados de escritos .....	84
	4.3. Audiencias .....	85
	4.4. Procedimientos abreviados .....	86
	4.5. Especial consideración al Árbitro de Emergencia .....	87
V.	CONCLUSIONES .....	90

ARBITRAJE Y PROCESO; OBLIGATORIEDAD Y MEDIDAS COYUNTURALES  
Eugenio Pizarro Moreno

I.	SITUACIÓN COYUNTURAL Y ARBITRAJE: EL VALOR DE LO ESENCIAL	91
II.	MOVIMIENTOS NORMATIVOS (QUE NO LEGISLATIVOS) NACIONALES E INTERNACIONALES .....	93
III.	MEDIDAS PROCESALES Y PROCESO ARBITRAL .....	94
	3.1. Claves del nuevo sistema .....	95

---

ÍNDICE

---

3.2. Premisas generales .....	96
IV. DESGLOSE Y ANÁLISIS .....	98
4.1. La difícil aspiración a una unificación de criterios .....	98
4.2. Arbitraje y mercado: lex mercatoria ratione mercaturae .....	99
4.3. El inestable ámbito de lo penal para la confirmación ante-juicio oral .....	100
4.4. Fomento en abierto (y en el ámbito social) de las ADRS .....	100
V. A MODO DE EPÍLOGO .....	102

CLÁUSULAS DE ARBITRAJE Y COLIGACIÓN CONTRACTUAL: COMPARANDO  
EXPERIENCIAS

Giulia Ripoli y Aldo Berlinguer

I. INTRODUCCIÓN .....	103
II. CONTRATO Y OPERACIÓN ECONÓMICA: UN DIÁLOGO IMPERFECTO .....	104
III. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA: ¿UN PRINCIPIO COMPARTIDO? .....	106
IV. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS CONEXOS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES .....	111
V. EL SISTEMA ARBITRAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA FORMACIÓN, MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO .....	116
VI. ACUERDO NORMATIVO Y CONTRATOS DERIVADOS .....	118
VII. ARBITRAJE, CONTRATO PRELIMINAR Y CONTRATO DEFINITIVO .....	120
VIII. OBSERVACIONES FINALES .....	125

EL RECHAZO A LOS RESULTADOS DEL ARBITRAJE EN LA LEY ESPAÑOLA

Miguel Lacruz Mantecón

I. EL RECHAZO AL ARBITRAJE .....	127
1.1. Planteamiento de la cuestión .....	127
1.2. La naturaleza del arbitraje .....	128
II. LOS REMEDIOS PREVIOS AL LAUDO .....	129
2.1. La necesidad de revisar lo actuado .....	129
2.2. La intervención judicial .....	129
2.3. La recusación del árbitro .....	130
2.4. La remoción del árbitro .....	130
2.5. La intervención de peritos .....	131
III. REMEDIOS POSTERIORES A LA EMISIÓN DEL LAUDO .....	131
3.1. La simple corrección de errores, insuficiencias o extralimitaciones .....	131
3.2. La acción de anulación del laudo .....	132
3.2.1. Planteamiento y regulación .....	132
3.2.2. Fundamentación de la acción de anulación .....	133
3.2.3. Naturaleza de la acción .....	134
3.2.4. Plazo, competencia y legitimación para su ejercicio. El procedimiento .....	136
3.2.5. Los motivos de anulación .....	138
IV. LA REVISIÓN DEL LAUDO .....	142
4.1. La cosa juzgada y la revisión del laudo .....	142
4.2. La acción de revisión .....	142

SEGUNDA PARTE: CONCILIACIÓN

CONCILIACIÓN REGISTRAL  
Manuel Ridruejo Ramírez

I.	INTRODUCCIÓN .....	147
II.	NATURALEZA Y CARÁCTERES .....	148
III.	PRINCIPIOS .....	149
	3.1. Principios de voluntariedad y libre disposición (6) .....	149
	3.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y principio de neutralidad (7 y 8) .....	149
	3.3. Principio de confidencialidad (9) .....	149
	3.4. Principios relativos a las partes (10) .....	150
	3.5. Principios relativos a la figura del Conciliador (11 a 15) .....	150
IV.	PROCEDIMIENTO .....	150
	a. Competencia material .....	151
	b. La competencia territorial .....	152
V.	TERMINACIÓN .....	153
VI.	INSCRIPCIÓN .....	154
VII.	PROYECTO DE CONCILIACIÓN HIPOTECARIA .....	155

CONTRIBUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN A LA SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS EN EL CAMPO DE FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA.  
AVANCES DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA EN CONFLICTOS DE  
CARACTER FAMILIAR  
María Inés Laverde

.....	159
-------	-----

TERCERA PARTE:  
MEDIACIÓN

LAS VIRTUDES NECESARIAS EN LA MEDIACIÓN POST DESASTRE  
Karla Annett Cynthia Sáenz López

I.	SITUACIÓN EMOCIONAL DE LOS MEDIADORES EN LA PANDEMIA ..	169
II.	VIRTUDES NECESARIAS EN EL MEDIADOR PARA AFRONTAR LA NUEVA NORMALIDAD .....	171
	2.1. Cuidado .....	171
	2.2. Desapego .....	172
	2.3. Entusiasmo .....	172
	2.4. Flexibilidad .....	173
	2.5. Enfoque .....	173
	2.6. Esperanza .....	174
	2.7. Humor .....	175
	2.8. Paciencia .....	175
	2.9. Templanza .....	176
II.	VIRTUDES SOCIALES NECESARIAS PARA LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS .....	176

3.1.	Confiar en los demás .....	176
3.2.	Diálogo intercultural .....	177
3.3.	Solidaridad .....	177
3.4.	Sentido de comunidad .....	178

LA MEDIACIÓN VIRTUAL EN LOS ESTADOS UNIDOS:  
PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Walter A. Wright

I.	CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL .....	179
1.1.	Resolución de Disputas en Línea (RDL/ODR) .....	179
1.2.	La mediación virtual .....	180
II.	HISTORIA DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL ANTES DE LA PANDEMIA ....	180
2.1.	Los inicios de la mediación virtual .....	180
2.1.1.	SquareTrade .....	181
2.1.2.	eBay .....	181
2.1.3.	Modria .....	181
2.1.4.	United States Department of Justice (Departamento de Justicia de los Estados Unidos) .....	182
2.1.5.	Elemento común de los programas iniciales de mediación virtual .....	183
2.2.	El crecimiento de la mediación virtual y su estado antes de la pandemia .....	183
III.	CRECIMIENTO RÁPIDO DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL DURANTE LA PANDEMIA: APROVECHANDO LAS VENTAJAS .....	183
3.1.	La sociedad experimentó los efectos de la pandemia de inmediato .	183
3.2.	La pandemia cambió la perspectiva de muchos mediadores individuales .....	184
3.3.	Los mediadores individuales descubrieron las ventajas de la mediación virtual .....	185
3.3.1.	Beneficios al proceso de mediación .....	185
3.3.2.	Beneficios a las partes y sus abogados y otros representantes .	185
3.3.3.	Beneficios para los mediadores .....	185
IV.	ABORDAJE DE PROBLEMAS E INQUIETUDES ÉTICOS QUE PUEDEN SURGIR EN UNA MEDIACIÓN VIRTUAL: APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES Y GUÍAS DE PRÁCTICA DE ICODR .....	186
4.1.	International Council for Online Dispute Resolution (ICODR) ..... (Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea) .....	186
4.2.	Problemas e Inquietudes .....	187
4.2.1.	Problemas e inquietudes sobre el acceso al proceso .....	187
4.2.2.	Inquietudes sobre el mantenimiento de un proceso justo e imparcial .....	188
4.2.3.	Inquietudes sobre la confidencialidad y seguridad del proceso	188
4.2.4.	Inquietudes sobre la competencia de los mediadores virtuales	189
4.2.5.	Ajustes de los convenios de mediación de los mediadores virtuales .....	190
V.	CONCLUSIONES .....	190

LA SOCIEDAD DEL POST-COVID19: OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR Y  
CONSOLIDAR LA MEDIACIÓN  
Nuria Belloso Martín

I.	INTRODUCCIÓN .....	191
II.	RAZONES SOCIOLOGICO-POLÍTICAS: LA SOCIEDAD DEL POST-CORONAVIRUS COMO OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR LA MEDIACIÓN .....	193
III.	RAZONES JURÍDICAS Y DE OPORTUNIDAD: AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD Y RESPUESTA LEGAL .....	198
	1. Estado de la cuestión .....	198
	2. Oportunidad para impulsar la mediación: un escenario propicio ....	200
IV.	REFLEXIONES FINALES .....	205

**PRÓLOGO:**

**LA JUSTICIA EN PURO ESTADO CRÍTICO:  
¿REMIENDOS DE URGENCIA O REFORMA  
ESTRUCTURAL?**

Hoy por hoy, tras la pandemia que el mundo entero ha padecido, y aún padece en muchos frentes, la justicia tradicional, la que se sustancia ante el juez, está, en general, colapsada.

Después del colapso que ha padecido la Sanidad en casi todos los países del mundo tras el alud de ingresos por la pandemia, era prácticamente inevitable que algo parecido sucediera con la Administración de Justicia, por el alud de demandas de todo tipo derivadas de la pandemia.

Porque junto a los conflictos pendientes, que había antes de la pandemia, y que, mientras esta duró, habían quedado suspendidos en la mayoría de países (en que la Administración de Justicia vio cerrada sus puertas, casi a cal y canto), se han venido a sumar nuevos conflictos provocados por la crisis social y económica que después de la pandemia se han generado, así como por la propia tensión provocada por tan largo y severo confinamiento que la mayoría de los países impusieron a fin de evitar una mayor propagación del Covid-19; conflictos tales: como reclamaciones de ayudas a los Estados o impugnaciones de multas impuestas por incumplimiento del confinamiento, conflictos laborales por despidos encubiertos o por impago de salarios, conflictos penales por maltratos familiares o domésticos, conflictos fiscales por impago de impuestos, diversos conflictos civiles por impago de alquileres y préstamos, o por incumplimiento de otros contratos (muchos de ellos amparados en la -tan manida durante aquellos días- cláusula *rebus sic stantibus* -que con tanto pretendido uso parecía recordar al bálsamo de Fierabrás, que todo lo cura-), pero también por nuevos divorcios y separaciones, por un incremento en el número de concursos de acreedores, ... En fin, todo un caos.

Cierto es que, ante tal previsibilidad, y en evitación de tal congestión de la Administración de Justicia, algunos Gobiernos tomaron algunas medidas preventivas que, sin dejar de ser muchas veces acertadas y bienintencionadas, no han sido suficientes, pues a los problemas coyunturales de la Justicia causados por la pandemia se suman los endémicos.

No bastan, pues, con tales medidas, que en su mayoría no han supuesto sino simples remiendos de emergencia. Hoy, más que nunca, se hace necesaria una reforma estructural de la Justicia, que no solo ha de hacerse *ad intra*, desde las

propias entrañas del Poder Judicial, sino *ad extra*, desde fuera de ella, mediante el recurso a otros mecanismos de resolución de conflictos que, va siendo ya hora, no deben de estimarse por más tiempo como alternativos al judicial, sino como medidas todas ellas en pie de igualdad, entre las que se mantenga, como una opción o alternativa más, la judicial.

¿No estamos, acaso, ante una óptima ocasión para la mediación, la conciliación, para el arbitraje y para tantísimos otros mecanismos de justicia -pretendidamente- «alternativa»?

Así lo intuimos, poco después de que el virus se extendiera por todo el mundo, y así lo analizamos en un Congreso Internacional online celebrado desde la Universidad de Cagliari, en Cerdeña (Italia), bajo la batuta, siempre atenta y acertada, del Profesor, abogado y mediador Carlo Pilia, quien en la tarde del 24 de abril de 2020, y con el título «*Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid-19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*», consiguió aglutinar a más de 30 expertos de más de 15 países del mundo, quienes, como si fuesen una sola voz, concluyeron en que era la hora de la verdad para esa justicia «alternativa» en post de un mundo en paz para el día después, más allá de la pandemia...

Helas aquí, precisamente, expuestas algunas de aquellas intervenciones de aquel memorable día.

En el día después, más allá de la pandemia...

CARLO PILIA, GUILLERMO CERDEIRA  
y EUGENIO PIZARRO

**PARTE INTRODUCTORIA:**



# COVID-19 Y CONTINGENCIAS CONTRACTUALES: REMEDIOS EXTRAJUDICIALES Y CONSECUENCIAS LEGALES

ANGELO RICCIO  
Università di Bologna

**SUMARIO:** I. COVID-19: CONSECUENCIAS SOCIOECONÓMICAS. II. COVID-19: CONTINGENCIAS CONTRACTUALES. LOS PRINCIPIOS *PACTA SUNT SERVANDA E REBUS SIC STANTIBUS*. III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y REMEDIOS. IV. CONCLUSIONES.

## I. COVID-19: CONSECUENCIAS SOCIOECONÓMICAS

El Covid-19 ha provocado y está causando consecuencias socioeconómicas devastadoras, con profundos cambios en la vida cotidiana y las relaciones, y evidentes desigualdades en la salud<sup>1</sup>. Las últimas estimaciones indican una caída del PIB italiano de más del 11%, la peor caída entre los países europeos, seguida de un crecimiento del 6% en 2021: por lo tanto, habrá una pérdida neta de riqueza de más del 5%. La tasa de empleo pasó del 65,2% en enero al 62,7% en mayo: se perdieron alrededor de 515,000 empleos, la mitad de los cuales eran empleados por mujeres (Istat, comunicado de prensa del 2 de julio de 2020). Ya en muchos sectores se ha informado sobre el crecimiento de la solicitud de ayuda a organizaciones que brindan apoyo económico o alimentario: Caritas italiana declaró recientemente que el número de personas que acudieron a sus centros aumentó en un 50%, y están en buena forma algunas personas que nunca antes se habían dirigido a ellos. Algunas estimaciones hablan de un millón de personas pobres nuevas, el Banco de Alimentos teme que de 5,5 millones de personas pobres absolutas puedan llegar a 10 millones<sup>2</sup>.

## II. COVID-19: CONTINGENCIAS CONTRACTUALES. LOS PRINCIPIOS *PACTA SUNT SERVANDA E REBUS SIC STANTIBUS*

En el contexto contractual, el Covid-19, que no cae dentro del alcance normal del contrato<sup>3</sup>, genera modificaciones evidentes ocurridas en la relación contractual, de modo que las partes sufren respectivamente una pérdida y una ventaja, con la consecuencia de que las cláusulas contractuales originales a efectos de su eficacia, ya no pueden tener esa

<sup>1</sup> Cfr. BENASSI, *Covid-19, povertà e disuguaglianze di salute*, in <https://fondazionefeltrinelli.it>, 21 luglio 2020.

<sup>2</sup> Cfr. SARACENO, BENASSI e MORLICCHIO, *Poverty in Italy. Features and Drivers in a European Perspective*, Policy Press, Bristol, 2020.

<sup>3</sup> Cfr. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 164 e ss.

fuerza legal vinculante entre las partes de conformidad con el art. 1321, 1372 y 1374 c.c. (llamada *pacta sunt servanda*), ya que las mismas cláusulas deben someterse a un ajuste necesario y razonable a las nuevas condiciones y necesidades del mercado, de manera similar a lo que sucede en los casos previstos en los artículos 1623 y 1664 c.c.

Por lo tanto, la regla *pacta sunt servanda* tiene un límite en el principio *rebus sic stantibus*, que hoy más que nunca puede ser reevaluado para resolver los problemas de adaptación de los contratos después de la emergencia de Covid-19.

A partir de Bartolo da Sassoferrato<sup>4</sup> y sobre todo de su alumno Baldo degli Ubaldi<sup>5</sup>, el principio de que las declaraciones de voluntad deben entenderse como *rebus sic stantibus*<sup>6</sup> se acepta en términos cada vez más generales.

En retrospectiva, esta expansión excesiva de la cláusula *rebus sic stantibus*, que tan genuinamente socavaba la certeza de las relaciones legales, ya había inducido a algunos autores desde su inicio, por un lado, como Alciato<sup>7</sup>, a identificar límites adecuados<sup>8</sup> y, por otro, como Menochio, excluirlo<sup>9</sup>.

Bajo la validez del código civil de 1865, que no contenía ninguna regla que permitiera expresamente que la terminación de los contratos fuera el servicio que resultó excesivamente gravoso para el deudor, hasta 1915<sup>10</sup>, para mitigar el rigor del principio de inmutabilidad de los acuerdos. contractual (*pacta sunt servanda*), era inválido<sup>11</sup>, con respecto a los contratos de duración<sup>12</sup>, y en particular a los contratos con ejecución continua o periódica y a los contratos con ejecución simplemente diferida<sup>13</sup>, tanto el principio de sujeción implícita de los contratos antes mencionados a la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>14</sup>, basada en la teoría subjetiva, y el principio de contingencia contractual<sup>15</sup>, basada en la teoría objetiva, y en particular en el art. 1124 del código civil de 1865<sup>16</sup>, que incorporaba el principio de equidad y buena fe en la ejecución de los contratos

<sup>4</sup> Cfr. BARTOLO, *Opera omnia*, Venetiis, 1603, II (*Dig. vet. partem*, fol. 40).

<sup>5</sup> Cfr. BALDO, *In decretalium volumen commentaria*, Venetiis, 1599, al fr. 8, D, *de cond. C.d.c.n.s.*

<sup>6</sup> Cfr. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus* (*Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 354).

<sup>7</sup> Cfr. ALCIATO, *Opera omnia*, Basileae, 1582, t. IV, col. 774.

<sup>8</sup> Cfr. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus* (*Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 355).

<sup>9</sup> Cfr. MENOCHIO, *De presumptionibus*, Venetiis, 1617, VI, XXXVII, n. 31.

<sup>10</sup> Cfr. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva* (*Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 156).

<sup>11</sup> Cfr. Cass., Torino, 16 agosto 1900 (*Foro it.*, 1901, I, 736); Cass., Torino, 19 novembre 1898 (*Foro it.*, 1899, I, 22); Cass., Torino, 26 marzo 1918 (*Giur. Tor.*, 1918, 636).

<sup>12</sup> Cfr. BARSANTI, *Risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto* (*Arch. giur.*, 1899, IV, 3 ss.); ID., *Ancora sulla risolubilità dei contratti a lungo termine per successivo mutamento dello stato di fatto* (*Foro it.*, 1901, I, 737).

<sup>13</sup> Cfr. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus* (*Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 359).

<sup>14</sup> Cfr. COGLIOLO, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti* (*Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1910, I, p. 367 ss.); OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus* (*Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss.); ID., *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno* (*Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss e 647 ss).

<sup>15</sup> Por las varias problemáticas verse OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale* (*Riv. dir. comm.*, 1924, I, 297 ss); PUGLIESE, *Laesio superveniens* (*Riv. dir. comm.*, 1925, I, 1, ss); GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)* (monografie *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 155 ss, e 1924, I, 650 ss); ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale* (*Riv. dir. civ.* 1938, p. 309 ss).

<sup>16</sup> Cfr. DI BLASI, *La clausola rebus sic stantibus nel nuovo codice civile e nelle prime applicazioni della giurisprudenza* (*Giur. it.*, 1949, IV, 132 ss.); TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva* (*Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 156).

De hecho, los principios de equidad habían sido mencionados por algunos para justificar la influencia de las circunstancias que habían surgido en el destino del contrato<sup>17</sup>, exigiendo equidad el equilibrio económico entre el desempeño y el desempeño contractual<sup>18</sup> e imponiendo el terminación o modificación del contrato para evitar consecuencias injustas<sup>19</sup>. Quienes creen que el fundamento de la teoría de la contingencia debe encontrarse en la voluntad contractual<sup>20</sup>, tienden a identificar el principio de la cláusula *rebus sic stantibus* con el de la contingencia contractual<sup>21</sup>. Según algunos autores, el principio de contingencia representaría solo el último de los logros de la cláusula *rebus sic stantibus*, reconociendo así una especie de continuidad entre uno y otro principio<sup>22</sup>.

En retrospectiva, los principios antes mencionados no se pueden identificar absolutamente, teniendo el principio de la cláusula *rebus sic stantibus* como base subjetiva y el principio de contingencia contractual como una base objetiva.

Los que incluyeron implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>23</sup> en el código civil de 1865 fueron contradichos por la adopción del decreto legislativo 27 de mayo de 1915, no. 739<sup>24</sup>, con el cual el legislador, con motivo de la Primera Guerra Mundial, sintió la necesidad de emitir una regla específica, completamente contingente<sup>25</sup>, para justificar el incumplimiento del deudor, si el estado de guerra había hecho excesivamente rendimiento oneroso debido.

A pesar de la excepcionalidad y la fugacidad de la regla antes mencionada, una parte de la doctrina<sup>26</sup>, en contraste con la opinión común, propuso una amplia

<sup>17</sup> Cfr. BRUGI, *La presupposizione e i criteri di interpretazione del contratto, formulati negli artt. 1124 e 1131 c.c.* (Riv. dir. comm., 1907, II, 46 ss.).

<sup>18</sup> Cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, Messina, 1935, p. 287. In senso contrario si v. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale* (Riv. dir. comm., 1924, I, 319);

<sup>19</sup> Cfr. PESTALOZZA, *L'eccessiva onerosità della prestazione sopravveniente per fortuito* (Foro it., 1916, I, 1127); RAMELLA, *La funzione dell'equità nel campo della esecuzione dei contratti* (Riv. dir. comm., 1922, I, 65 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza (la clausola rebus sic stantibus)* (Riv. dir. civ., 1913, p. 417 ss. e p. 664 ss.); ID., *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza* (Riv. dir. comm., 1916, I, 194 ss.). In senso contrario OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale* (Riv. dir. comm., 1924, I, 328), il quale precisa che la sopravvenienza non può trovare la sua base concettuale nella tacita volontà dei contraenti.

<sup>21</sup> Cfr. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale* (Riv. dir. comm., 1924, I, 301 s e 328), il quale, pur ritenendo che la sopravvenienza non possa trovare la sua base concettuale nella tacita volontà dei contraenti, utilizza i termini *sopravvenienza* e *clausola rebus sic stantibus* come sinonimi. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, 2.

<sup>22</sup> Cfr. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, 9. Sul punto si v. Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198.

<sup>23</sup> Cfr. BARSANTI, *Risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto* (Arch. giur., 1899, IV, 28 ss.); ID., *Ancora sulla risolubilità dei contratti a lungo termine per successivo mutamento dello stato di fatto* (Foro it., 1901, I, 737); OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico* (Riv. dir. civ., 1912, 1 ss.); PENNISI, *La sopravvenienza contrattuale* (Foro it. 1926, I, 769 ss.); BRUGI, *La presupposizione e i criteri di interpretazione del contratto, formulati negli artt. 1124 e 1131 c.c.* (Riv. dir. comm., 1907, II, 46 ss.).

<sup>24</sup> Il cui art. 1 disponeva: «a tutti gli effetti dell'art. 1226 c.c. la guerra è considerata caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione».

<sup>25</sup> La norma in questione, infatti, venne abrogata dal R.d.l. 2 maggio 1920, n. 663, dopo la cessazione dello stato di guerra e il ritorno della stabilità monetaria.

<sup>26</sup> Cfr. OSTI, *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza* (Riv. dir. comm., 1916, I, 256).

aplicación de la norma más allá del evento de guerra que condujo a su emisión<sup>27</sup>. Esta interpretación no fue aceptada. Después de 1915, de hecho, en la jurisprudencia<sup>28</sup> y en la doctrina<sup>29</sup>, la admisibilidad de la cláusula tácita *rebus sic stantibus*, fundada en teoría subjetiva, fue absolutamente negada.

Bajo la validez del código civil de 1865, después de 1915, para mitigar el rigor del principio de inmutabilidad de los acuerdos contractuales (*pacta sunt servanda*), el otro principio autónomo de contingencia contractual se mantuvo<sup>30</sup>, basado en la teoría objetiva, y en particular sobre el art. 1124 del código civil de 1865.

El código civil de 1942, al introducir la institución de la carga excesiva en general, se inspiró fundamentalmente en el principio de contingencia contractual, basado en la teoría objetiva<sup>31</sup>.

Por lo tanto, el legislador de 1942 prefirió la justicia contractual a la certeza de la negociación<sup>32</sup>. De hecho, al enfrentarse con la alternativa de considerar el princi-

---

<sup>27</sup> Cfr. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus* (*Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 359), il quale mette in evidenza l'opposta tendenza del legislatore che sentì il bisogno di intervenire in tema di contratti di appalto pubblici, ammettendo dapprima la risolubilità, sia pure con ampia facoltà discrezionale riservata all'amministrazione (D.l. 6 febbraio 1919, n. 107), e poi la revisione dei prezzi contrattuali al sopravvenire di circostanze idonee a determinarne l'aumento oltre una certa percentuale rispetto a quello corrente al tempo della stipulazione del contratto (R.d. 23 febbraio 1923, n. 422; R.d.l. 27 luglio 1927, n. 1316; R.d.l. 6 agosto 1937, n. 1896; R.d.l. 21 giugno 1938, n. 1296; R.d.l. 13 giugno 1940, n. 901). In argomento si v. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva* (*Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 157), il quale, dopo avere segnalato altro provvedimento legislativo concernente i contratti di lavoro (R.d. 1° luglio 1926, 1130), precisa che si tratta evidentemente di norme, la cui sfera applicativa era assai ristretta, ma ugualmente molto significative in quanto costituenti i prodromi più rilevanti della successiva evoluzione legislativa in materia di sopravvenienza contrattuale.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., 5 maggio 1925 (*Riv. dir. comm.*, 1926, 254); Cass., 30 giugno 1930, n. 2354, Cass., 31 gennaio 1939 (*Riv. dir. comm.*, 1939, 520); Cass., 24 giugno 1940 (*Foro it.*, 1941, 511).

<sup>29</sup> Cfr. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale* (*Riv. dir. civ.* 1938, p. 309 ss); GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, p. 32 ss.; BRACCANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Padova, 1947, 7 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, III, p. 1138 ss; MONTEL, *La revisione dei contratti ad opera del giudice* (*Giur. it.*, 1937, IV, 218 ss); CALIENDO, *Clausola rebus sic stantibus* (*Nuov. dig. it.*, Torino, 1938, III, p. 209 ss); OSILIA, *Sul fondamento della risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione* (*Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 36).

<sup>30</sup> Per le diverse problematiche si v. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale* (*Riv. dir. comm.*, 1924, I, 297 ss); PUGLIESE, *Laesio superveniens* (*Riv. dir. comm.*, 1925, I, 1, ss); GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)* (monografie *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 155 ss, e 1924, I, 650 ss); ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale* (*Riv. dir. civ.* 1938, p. 309 ss); MONTEL, *La revisione dei contratti ad opera del giudice* (*Giur. it.*, 1937, IV, 218 ss); CALIENDO, *Clausola rebus sic stantibus* (*Nuov. dig. it.*, Torino, 1938, III, p. 209 ss).

<sup>31</sup> Cfr. BRACCANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Padova, 1947, 59; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti* (*Giur. compl. Cass. Civ.*, 1946, p. 388 ss); DONADIO, *Sulla eccessiva onerosità* (*Dir. e pratica comm.* 1941, p. 344 ss); BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, III, p. 1138 ss; OSILIA, *Sul fondamento della risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione* (*Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 38 ss.), il quale ha cercato di ricostruire il pensiero del legislatore su basi oggettive.

<sup>32</sup> Sulla problematica si v. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2005, p. 509 ss.; RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Le monografie*

pio de *pacta sunt servanda* prevaleciente, según el cual no es necesario dar alivio a ninguna modificación de la realidad que ocurrió al final del contrato<sup>33</sup>, o abrir una brecha en esta rígida construcción reguladora que da acceso a una nueva herramienta que podía albergar serios factores de desequilibrio contractual no previstos o previsibles en el momento de la firma, pero que habrían afectado gravemente la seguridad y la estabilidad de las negociaciones<sup>34</sup>, prefería esta segunda vía, la de la justicia contractual.

El legislador de 1942 no transpuso la categoría de la transacción legal<sup>35</sup>, basada en la exaltación de la voluntad de crear efectos legales; teorías subjetivas repudiadas, basadas en las llamadas dogma de voluntad; ha aceptado un concepto de causa en un sentido objetivo que tiende a la objetivación del intercambio contractual<sup>36</sup>: por un lado, tiende a hacer que la declaración prevalezca sobre el testamento, cuando el destinatario del reconocimiento no reconoce la divergencia entre el primero y el segundo. declaración; por otro lado, tiende a cambiar el eje del contrato del requisito de consentimiento al de la causa<sup>37</sup>.

---

*di Contratto e impresa*, Padova, 2002, p. 179 ss.; ID., *Della rescissione del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 201 ss.; ID., *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata (Danno e resp.*, 2006, p. 424 ss); PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 346 ss.; AND. D'ANGELO, *La buona fede. Contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, Torino, 2004, p. 155 ss.; BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 556; ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XXVI, t.I, p. 699; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 32 e p. 36, nota 115; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 928 ss; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, 2004, I, p. 22 ss.; SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305 ss.; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 180 ss.; BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 11; A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storici-comparatistici di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, p. 405; ID., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263ss e p. 293 ss.; LORDI, *Il prezzo nel contratto di scambio*, Napoli, 2001, p. 105 ss.; RUSSO, *L'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 113 ss.; CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, p. 197 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 313 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.; VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 723 ss.

<sup>33</sup> Al di fuori della impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, sul punto si v. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta* (Commentario Scialoja-Branca, 2002, p. 1 ss).

<sup>34</sup> Cfr. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva* (*Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 157).

<sup>35</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 546; ID., *Il contratto*, 2007, p. 547

<sup>36</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 546; ID., *Il contratto*, 2007, p. 547, il quale precisa che il fenomeno si iscrive in un più vasto disegno, che passa attraverso l'unificazione dei codici di diritto privato e la commercializzazione dei rapporti civili che con essa si attua.

<sup>37</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 546; ID., *Il contratto*, 2007, p. 548, il quale segnala sotto questo aspetto la norma dell'art. 428, comma 2°, c.c., che considera ininfluente l'incapacità naturale di intendere e di volere del contraente se dal contratto questo non ha subito pregiudizio; e si sono altresì segnalate le norme sulla rescissione del contratto, insensibili al fatto che si sia contrattato in stato di pericolo o in stato di bisogno: sensibili solo alla sproporzione enorme fra le prestazioni, ossia ad un vizio della causa del contratto. Parla di vizio della causa nella rescissione SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, p. 165 ss.

A este respecto, las observaciones de Galgano sobre esta tendencia subyacente general del código civil de 1942 que, por un lado, despojó el acto de intercambio de muchos de los caracteres tradicionales de la voluntariedad, superando el antiguo dogma del «señorío de la voluntad». Y tendiendo, de esta manera, hacia una «objetivación» de intercambio; por otro lado, ha acentuado mucho más que en el pasado el elemento causal del contrato, y ha establecido, con las cláusulas generales de buena fe (buena fe en la formación, como en la interpretación y ejecución del contrato), y de buena fe también entendió en un sentido objetivo, la posibilidad del control judicial sobre la función económica del intercambio. La visión meramente cuantitativa de la circulación, que surge de la superación del dogma de la voluntad y el favor de la circulación de riqueza más segura, rápida y extensa, encuentra así una corrección en la adopción de los principios mencionados anteriormente, que restauran, según un aspecto diferente, una consideración cualitativa de la circulación, permite al juez verificar la adecuación causal del contrato, la justificación económica para el intercambio<sup>38</sup>.

La causa del contrato<sup>39</sup>, sin embargo, si desea calificarlo desde un punto de vista dogmático<sup>40</sup>, tiene la función práctica de permitir que los intérpretes evalúen

---

<sup>38</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 548; ID., *Il contratto*, 2007, p. 550, il quale, in questa prospettiva, segnala le norme che, in tema di risoluzione e di rescissione del contratto, pongono rimedio alla sproporzione fra le prestazioni, adottando quale parametro i valori di mercato. Appaiono rilevanti, sotto il medesimo aspetto, anche la norma sulla interpretazione del contratto, che induce a preferire il «senso più conveniente alla natura o all'oggetto del contratto», e la norma dell'art. 1349, comma 3°, che impone al terzo arbitratore di tenere conto, nel determinare la prestazione oggetto del contratto, «anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento». In questa cornice si inserisce, continua Galgano, anche l'integrazione correttiva del contratto: in particolare, quel potere correttivo dell'autonomia privata che l'art. 1384 concede al giudice, allorché gli consente di ridurre equamente la penale contrattuale, oltre che nel caso in cui l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, anche quando il suo ammontare «è manifestamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento». Nel sistema legislativo l'oggettivazione dello scambio coesiste con la sopra descritta valutazione qualitativa della circolazione G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio*, cit., p. 287 ss., per il quale i due modelli costituiscono «due «formanti» dell'intera vicenda contrattuale moderna». Sul punto si v. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim.*, 1976, p. 449 ss.; GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. del dir.*, p. 941 ss.

<sup>39</sup> In argomento si veda da ultimo ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, Padova, 2008, p. 145 ss.; ID., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta (Contratto e impresa)*, 2007, p. 416 ss).

<sup>40</sup> Cfr. Cass., sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324, la quale ha statuito che «la causa del contratto si identifica con la funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscono al negozio una funzione obbiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge». In senso contrario si v. Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, la quale ha statuito che «la causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti».

la conformidad del contrato individual con los principios e intereses dominantes de todo el sistema, excluyendo que puede considerarse válido solo porque se desea»<sup>41</sup>. Lo «deseado» no es suficiente, ni la mera legalidad de lo que desea, para que el contrato sea válido es necesario, de conformidad con el art. 1322, párrafo 2, que persigue «intereses dignos de protección»; y la orientación jurisprudencial es en el sentido de que a este respecto es necesario buscar el mérito de los intereses de una manera positiva<sup>42</sup>, atribuyendo así al juez la función de verificar la conformidad de los intereses perseguidos con el contrato a la gama de intereses que muestra el sistema legal de evaluar como digno de protección. La nueva concepción del caso en la práctica, como se verá en breve, le permite al juez sindicar los méritos de la operación contractual de una manera más incisiva.

La cláusula general de buena fe, a su vez, implica una «interferencia con las evaluaciones privadas de valores inferibles del mismo sistema (a través de los principios) o expresivos de tendencias o posiciones existentes en la sociedad», y «el contrato se convierte así en posiblemente, el punto de incidencia de varios órdenes de evaluación, incluso en conflicto con los que tienen en cuenta las partes»<sup>43</sup>.

El dogma de la intangibilidad del contrato por el juez fue definitivamente prohibido por las Secciones Unidas de la Casación<sup>44</sup>, de acuerdo con lo establecido por la primera sección de la misma Corte<sup>45</sup>, y de acuerdo con lo que había argumentado en la revista *Contract y empresa*<sup>46</sup>.

De hecho, el fallo antes mencionado reiteró que la intervención reductiva (equidad correctiva) del juez ya no debe entenderse en términos de excepcionalidad, sino como un aspecto simple del control normal, de hecho, el gobierno, de acuerdo con la expresión que ingresó al lenguaje del CAROLINA DEL SUR - reservado por ley a la autoridad judicial sobre actos de autonomía privada<sup>47</sup>.

El poder del juez para reducir equitativamente la pena manifiestamente excesiva de conformidad con el art. 1384 cc, respondiendo a una función objetiva de control de la autonomía privada - en armonía con el deber constitucional de solida-

<sup>41</sup> Cfr. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, (*Contratto e impresa*, 1985, p. 334); Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 548, nota 32; ID., *Il contratto*, 2007, p. 550, nota 32.

<sup>42</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 548, nota 32; ID., *Il contratto*, 2007, p. 550, nota 32.

<sup>43</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 206; ID., *Il contratto*, 2007, p. 141 ss.

<sup>44</sup> Cfr. RODOTA, *Il senso delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, p. 268 ss. Sulla clausola di buona fede come «strumento di controllo dell'autonomia privata» si è, fra gli altri, soffermato A. DI MAIO, *Le norme di tutela contro i cosiddetti poteri privati*, in *Foro it.*, 1980, I, c. 440 ss.; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale* (*Contratto e impresa*, 1999, 22 ss).

<sup>45</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, Pres. Carbone, Rel. Lo Piano, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985.

<sup>46</sup> Cfr. Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, Est. Morelli, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2929; in *Giur. it.*, 2000, p. 1154, con nota di GIOIA; in *I Contratti*, 2000, p. 118, con nota di BONILINI; Cass., sez. I, 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 553. Sul contrasto di giurisprudenza si v. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, I, 297.

<sup>47</sup> Sul punto si v. il mio scritto *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, cit., p. 101 ss.; MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 95 ss.

ridad, también referible a las relaciones contractuales, y con la cláusula general de buena fe y equidad, también inherente a la fase de formación del contrato - en consecuencia, debe ejercerse de oficio, incluso en ausencia de una solicitud del deudor, para la realización de un interés objetivo del sistema<sup>48</sup> y, por lo tanto, para devolver la autonomía contractual dentro de los límites en los que parece merecedor de protección, y esto con referencia a la sanción manifiestamente excesiva, y con referencia a la hipótesis en la que se produce la reducción porque la obligación principal se ejecutó parcialmente, ya que en este último caso la no provisión por las partes contratantes de una reducción de la sanción en caso de cumplimiento de parte de la obligación, sin embargo, resulta en un exceso de la penalización si se compara con la única parte que queda incumplida.

Ahora, una vez reconocida la naturaleza no excepcional del arte. 1384 c.c. lo que le otorga al juez el poder de corregir equitativamente, incluso de oficio, el monto de la pena manifiestamente excesiva, no debería ser difícil de admitir, en analogía con el art. 1384 c.c.<sup>49</sup>, un poder general del juez para dar equidad a aquellas cláusulas o contratos manifiestamente desequilibrados y, por lo tanto, no merecen protección según el sistema legal. Todo ello para no desatender el deber de solidaridad a que se refiere el art. 2 de la Constitución que, en sinergia con el canon

---

<sup>48</sup> In Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., si legge che «il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

<sup>49</sup> Si v. sul punto il mio scritto *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, cit., p. 101 s.; MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, cit., p. 54, secondo cui «è così definitivamente superata l'opinione che ravvisa nell'art. 1384 c.c. una norma che incide in via del tutto eccezionale nel campo dell'autonomia privata. Essa è infatti espressione di un principio regolare dell'intero sistema delle sanzioni private, in quanto tale suscettibile di interpretazione sia estensiva che analogica. Il meccanismo della riduzione *ex officio* sarà quindi applicabile con riferimento a tutte le ipotesi in cui la pattuizione svolta una funzione direttamente o indirettamente sanzionatoria, indipendentemente dal livello di difformità rispetto alla struttura della clausola penale»; ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, cit., p. 623, secondo cui la sentenza (Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, cit.) potrebbe preludere ad un mutamento di indirizzo anche del profilo dell'applicazione analogica dell'art. 1384; ad es., potrebbe portare ad ammettere il controllo sulla congruità della caparra confirmatoria, campo nel quale tradizionalmente si afferma che «non può essere applicata analogicamente alla caparra confirmatoria la norma che consente la riduzione equitativa della clausola penale manifestamente eccessiva, poiché tale previsione, limitando l'autonomia contrattuale delle parti, ha carattere eccezionale» (così App. Cagliari, 16 gennaio 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 399, con nota di Chelo; come Cass., 23 maggio 1995, n. 5644, in *Mass. Giur. it.*, 1995, secondo la quale «la congruità dell'ammontare della caparra confirmatoria, a differenza di quanto stabilito dall'art. 1384 c.c. per la clausola penale, non è sindacabile da parte del giudice»; nel medesimo senso App. Roma, 30 novembre 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 193, con nota di Morace Pinelli, e da ultimo Cass., 1° dicembre 2000, n. 15391).

general de buena fe objetiva y corrección (artículos 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cc), es un límite interno de cualquier situación jurídica subjetiva, activa o pasiva, asumida contractualmente<sup>50</sup>. La cláusula general de buena fe ahora tiende a entenderse no solo como una fuente de integración contractual, sino también y, sobre todo, como un límite general de la autonomía de los particulares, como una herramienta para verificar el contenido, el equilibrio y la congruencia causal del contrato<sup>51</sup>.

La cláusula general de buena fe se revela hoy como un instrumento para la racionalización general de las operaciones contractuales. Representa el medio (o instrumento) para una verificación de la razonabilidad de los actos de autonomía privada<sup>52</sup>. Si el contenido del contrato presenta cargas extraordinarias para una de las partes y el equilibrio de los intereses opuestos es visiblemente desequilibrado, irrazonable, perjudicial para ese deber constitucional de solidaridad social que la Casación ha vinculado durante mucho tiempo al deber codicista de buena fe (art.2 Const. .), entonces el juez no puede estar satisfecho con afirmar que «el contrato es el contrato», de acuerdo con el dogma del siglo XIX de la intangibilidad del contrato, sino que tendrá que intervenir en una función represiva y sancionadora de la autonomía de los individuos privados<sup>53</sup>, corrigiendo equitativamente el contrato<sup>54</sup>.

Con este nuevo concepto del contrato, que tiende a mejorar el control de la correspondencia de los contratos privados con el sistema general en la intervención del juez, nuestro sistema legal cumple con los Principios Unidroit de los contratos comerciales internacionales<sup>55</sup>.

La segunda sección de la Casación<sup>56</sup>, conforme a la decisión de las Secciones Unidas<sup>57</sup>, así como a la orientación ya seguida por la primera sección de la misma

<sup>50</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.; Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, cit.; Cass., sez. I, 23 maggio 2003, n. 8188, cit.; Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Gazz. giur.*, 1996, p. 50; Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corriere giur.*, 1994, p. 566, con nota di CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; con commento di NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 475.

<sup>51</sup> Cfr. il mio scritto: *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21. Sul punto si v., da ultimo, MERUZZI, *L'exceptio doli*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Galgano, Padova, 2005, p. 203 s.

<sup>52</sup> Cfr. il mio scritto: *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., p. 21. Sulla ragionevolezza si v., da ultimo, RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 619 ss., come già PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 223 ss.; *Ib.*, *Manuale di diritto civile*, 2005, p. 346 ss., il quale affronta anche il principio di proporzionalità, che viene considerato di portata generale.

<sup>53</sup> Cfr. il mio scritto: *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., p. 21.

<sup>54</sup> Cfr. il mio scritto: *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 103.

<sup>55</sup> Sul punto, oltre ai i miei scritti: *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Padova, 2002, p. 179 ss.; *Della rescissione del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 201 ss., si v. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2005, p. 509 ss.

<sup>56</sup> Cfr. Cass., sez. II, 28 settembre 2006, n. 21066, Est. Ebner.

<sup>57</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, Pres. Carbone, Rel. Lo Piano, da me commentata in *Contratto e impresa*, 2005, p. 927 ss., *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, e in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 424 ss., *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*.

Corte<sup>58</sup>, ha cambiato chiaramente su orientación anterior<sup>59</sup>. En particular, se ha establecido que, en términos de una cláusula penal, el poder de reducción a la equidad, atribuido al juez por el artículo 1384 del Código Civil italiano, se proporciona para la protección del interés general del sistema<sup>60</sup>, con el fin de traer la autonomía contractual dentro de los límites en los que realmente parece merecedora de protección y, por lo tanto, connotándose como un poder de ejercicio también de oficio, puede ejercerse incluso si las partes han acordado contractualmente la irreductibilidad de la sanción. El elemento significativo de la sentencia en cuestión está representado por un paso en los motivos en los que generalmente se reconoce que el juez tiene el deber general de poder de sindicar incluso de oficio, para la realización de un mayor interés del sistema legal, los actos de autonomía individuales privados manifiestamente trastornados y, por lo tanto, no merecen protección<sup>61</sup>.

El Tribunal Supremo, a la luz del mencionado principio de derecho, anuló la sentencia del Tribunal de Apelación de Messina de 23 de julio de 2002, n. 399, que había considerado erróneamente que la disposición contractual de la irreductibilidad de la sanción no permitía, por lo tanto, la reducción de la sanción de conformidad con el art. 1384 del Código Civil italiano: de esta manera, se reconoció erróneamente el derecho a paralizar el ejercicio de un poder que, en cambio, se reconoció al juez en el mejor interés del sistema. Con el fallo en el comentario, el Tribunal de Casación, por lo tanto, reguló la relación entre la autonomía privada y los poderes del juez, haciendo que prevalezca este último. Por lo tanto, la autonomía contractual encuentra un límite general en el control-juicio de mérito que el juez debe realizar incluso de oficio, para proteger el interés general del sistema legal<sup>62</sup>, en

---

<sup>58</sup> Cfr. Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, Est. Morelli, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2929, da me commentata in *Contratto e impresa*, 2000, p. 95 ss.; *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*. In senso conforme: Cass., sez. I, 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 553. In senso difforme si v.: Cass. Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., sez. II, 30 maggio 2003, n. 8813, *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., sez. lav., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1075; Cass., sez. III, 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, 104, da me commentata in *Contratto e impresa*, 2001, p. 550 ss., *Un obter dictum della Cassazione in materia di clausole penali*.

<sup>59</sup> Cfr. Cass., sez. II, 30 maggio 2003, n. 8813, *Mass. Foro it.*, 2003, la quale aveva statuito che «in tema di contratti, l'art. 1383 c.c. vieta il cumulo tra la domanda della prestazione principale e quella diretta ad ottenere la penale per l'inadempimento, ma non esclude che le parti possano, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, convenire, secondo la previsione dell'art. 1382 c.c., una penale sia per l'ipotesi di inadempimento sia per l'ipotesi di ritardo nell'adempimento, e quindi contemplare per lo stesso rapporto due diverse penali, anche cumulativamente tra loro per tali due ipotesi; in tal caso, in presenza cioè di richiesta di risarcimento per il ritardo e per l'inadempimento, il giudice ha il potere, esercitabile solo su istanza della parte interessata, di ridurre ad equità la penale, per manifesta eccessività o sopravvenuta onerosità».

<sup>60</sup> Cfr. i miei scritti: *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 939 ss.; *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 95 ss. Per una ricostruzione sistematica del mio pensiero si v. *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Padova, 2002, p. 179 ss.; *Della rescissione del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 201 ss.

<sup>61</sup> Cfr. il mio scritto su *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 424 ss. e sp. p. 428.

<sup>62</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, Pres. Carbone, Rel. Lo Piano, da me commentata in *Contratto e impresa*, 2005, p. 927 ss., *L'equità correttiva è, dunque, assurta a*

línea con el deber constitucional de solidaridad, también referible a las relaciones contractuales, y con la cláusula general de buena fe y equidad, también inherente a la fase de formación del contrato<sup>63</sup>.

Al hacerlo, el Tribunal de Casación extendió esa sentencia de verificación de mérito a que se refiere el art. 1322, párrafo 2, c.c. también a contratos y cláusulas típicas. A este respecto, las Secciones Unidas <sup>64</sup> ya habían dictaminado que el art. 1322 *bacalao* civ. - cuya sección tiene derecho precisamente a la autonomía contractual - otorga a las partes: a) el poder de determinar el contenido del contrato; b) el poder de celebrar contratos que no pertenecen a tipos que tienen una disciplina particular. En el primer caso, la autonomía de las partes debe tener lugar «dentro de los límites impuestos por la ley», en el segundo caso, la libertad está limitada por el hecho de que el contrato debe estar dirigido «a alcanzar intereses dignos de protección de acuerdo con el sistema legal». La ley, por lo tanto, al reconocer la autonomía contractual de las partes, establece que aún encuentra límites. El respeto de estos límites se confía al juez, quien no puede reconocer el derecho reivindicado, si se basa en un contrato cuyo contenido no cumple con la ley o tiene como objetivo realizar intereses que no parecen dignos de acuerdo con el sistema legal. La intervención del juez en tales casos es, sin duda, el ejercicio de un poder oficial atribuido por la ley, dada la nulidad, detectable de oficio, del contrato o de la cláusula que los defectos de causa (art. 1418, párrafo 2))<sup>65</sup>. En retrospectiva, en el presente caso, la expansión de los poderes del juez sobre los actos de autonomía privada también podría justificarse por el hecho de que la cláusula de irreductibilidad de la pena es nula, por violación del art. 1384 del Código Civil italiano, y por lo tanto el juez

---

*regola generale*, la quale ha statuito che «il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

<sup>63</sup> Cfr. il mio scritto su *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21 ss., dove sostengo che «la clausola generale di buona fede tende ormai ad essere intesa non solo come una fonte di integrazione del contratto, ma anche e soprattutto quale limite generale dell'autonomia dei privati, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto. La clausola generale di buona fede si rivela oggi come uno strumento di razionalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali. Rappresenta il tramite (o lo strumento) per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata. Ove il contenuto del contratto presenti straordinari oneri a carico di una parte ed il bilanciamento dei contrapposti interessi risulti visibilmente squilibrato, irragionevole, lesivo di quel costituzionale dovere di solidarietà sociale che da tempo la Cassazione collega al codicistico dovere di buona fede (art. 2 Cost.), allora il giudice non potrà accontentarsi di affermare che «il contratto è il contratto», in ossequio al dogma ottocentesco dell'intangibilità del contratto, ma dovrà intervenire in funzione repressiva e sanzionatoria dell'autonomia dei privati, correggendo equitativamente il contratto».

<sup>64</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

<sup>65</sup> Sulla causa del contratto si v., da ultimo, ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 145 ss.; ID., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 416 ss.

podría haber tenido que, incluso de oficio, rastrear la pena manifiestamente excesiva a la equidad. La doctrina y la jurisprudencia claramente prevalecientes, de hecho, son de la opinión correcta de que el art. 1384 c.c. Es una norma imperativa, no derogable por voluntad de las partes, tanto que la renuncia preventiva para hacer uso del art. 1384 c.c. se considera nulo<sup>66</sup>. En particular, tanto el acuerdo que tiende a limitar o excluir los poderes del juez como el acuerdo con el cual el deudor, antes de que ocurra el incumplimiento de la obligación principal, renuncia al poder de solicitar la reducción de criminal<sup>67</sup>.

Este control sobre los actos de autonomía privada se está volviendo cada vez más incisivo, como resultado de la interferencia de las reglas de comportamiento con las reglas de validez, y como resultado de la nueva concepción de la causa en la práctica.

La rigidez de las reglas consagradas en las reglas del código civil<sup>68</sup>, inspiró, según algunos, a la teoría subjetiva, el dogma de la voluntad y, por lo tanto, a la *pacta sunt servanda*, con la consecuente intangibilidad del contrato por parte del juez, por lo tanto, en oposición a una visión objetiva de las reglas del código civil,

---

<sup>66</sup> In dottrina cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, p. 515; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 150; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. del c.c.*, libro IV, tomo II, Torino, 1980, p. 262 e p. 341 ss.; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. c.c.* diretto da Schlesinger, artt. 1382-1384, Milano, 1999, p. 617; GIAMPIERI, *Clausola penale e caparra*, in Alpa-Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, III, *I requisiti del contratto, nella Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 424; MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 1788; DE NOVA, *Le clausole penali*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 381; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 927. Per altri riferimenti si v., da ultimo, i miei scritti *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 100, nota 11; *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 428. Non manca in dottrina l'affermazione che l'art. 1384 c.c. è una norma dispositiva liberamente derogabile attraverso una contraria manifestazione di volontà dei soggetti interessati, cfr. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 195; GHIRON, *Della clausola penale*, sub artt. 1382-1386, sez. II, in D'Amelio-Finzi (diretto da), *Commentario al codice civile, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 542; DISTASO, *I contratti in generale*, in Bigiavi (fondata da), *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, II, Torino, 1988, p. 790. L'inderogabilità dell'art. 1384 è affermata in giurisprudenza da: Cass., 20 febbraio 1958, n. 511, in *Giust. civ. rep.*, 1958, v. *obbl. e contr.*, n. 120; App. Bari, 16 aprile 1947, in *Foro it. rep.*, 1948, v. *obbl. e contr.*, n. 233; App. Roma, 11 novembre 1960, in *Giust. civ. rep.*, 1960, v. *obbl. e contr.*, n. 65; App. Cagliari, 20 giugno 1964, in *Foro it. rep.*, 1966, v. *obbl. e contr.*, n. 314; App. Cagliari, 23 luglio 1957, in *Giust. civ. rep.*, 1957, v. *obbl. e contr.*, n. 138; App. Bari, 20 giugno 1955, in *Foro it.*, I, c. 660; Trib. Roma, 14 aprile 1966, in *Foro pad.*, 1966, I, 835; Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, I, p. 330; Cass., sez. un., 5 dicembre 1977, n. 5261; Cass., 6 aprile 1978, n. 1574, in *Mass. Foro it.*, 1978; Cass., 7 luglio 1981, n. 4425, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Contratto in generale*, n. 236; Cass., 7 agosto 1992, n. 9366, in *Foro it. Mass.* 1992; Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1621; Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, 106.

<sup>67</sup> Cfr. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 151; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 927; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. c.c.* diretto da Schlesinger, artt. 1382-1384, Milano, 1999, p. 618.

<sup>68</sup> Cfr. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 726 ss., el cual resalta que la rigidez se presenta más evidente, es superada actualmente en base al principio de buena fe.

inspirada en la teoría objetiva, tendiente a la objetivación del intercambio, a la causa concreta, a la regla de la buena fe y, por lo tanto, a la relevancia de las contingencias (*rebus sic stantibus*), también Además de las estrictas reglas del código civil, con la consiguiente posibilidad del juez de sindicar el contrato, tanto en una función conservadora-correctiva, también a través del remedio de la revisión y renegociación a la luz del deber de buena fe, y en una función represiva (*exceptio doli generalis*), también mediante la declaración de nulidad y / o ineficacia de la cláusula o contrato<sup>69</sup>, siempre a la luz del deber de buena fe o la causa concreta de la tramo.

Al igual que a nivel genético, la intervención del juez está permitida más allá de los límites de la terminación del contrato, también en los casos de lesión infra dimidium<sup>70</sup>, de la misma manera, a nivel funcional, la intervención del juez más allá de los límites debe considerarse admisible la terminación del contrato debido a cargos onerosos excesivos<sup>71</sup>, ambos a la luz del principio más general expresado por el art. 1664 c.c.<sup>72</sup>, que permite una generalización del remedio de la revisión del contrato<sup>73</sup>,

<sup>69</sup> Con riferimento alla nullità e/o inefficacia sopravvenuta si v. RICCIO, *La nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 628 ss.; ID., *Inserzione automatica di clausole e invalidità delle clausole difformi*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 63 ss.

<sup>70</sup> Cfr. RICCIO-LANZILLO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 184 ss., p. 192 ss., p. 201 ss., p. 271 ss., ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>71</sup> Cfr. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione*, in *Enc.del dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, 2009, p. 1026 ss.; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, Padova, 2006, p. 29 ss., p. 97 ss., p. 143 ss., p. 167 ss.

<sup>72</sup> Cfr. RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 320, secondo cui l'art. 1664 c.c. costituisce una specifica applicazione dei principi generali su cui si fonda l'art. 1467 c.c.; RESCIGNO, voce *Appalto* (dir. priv.), in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1999, p. 8; TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *Appalto privato*, Trattato diretto da Maria Costanza, p. 265; MONTANARI, *La revisione dei prezzi nell'appalto*, in *Riv. trim.dir.e proc. civ.*, 2004, p. 591 ss.; MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1117 ss. In giurisprudenza si v. Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Studium juris*, 2000, p. 452, la quale ha interpretato l'art. 1664 c.c. alla luce del principio generale enunciato dall'art. 1467 c.c.; Cass., sez. un., 12 dicembre 1994, n. 10596; Cass., 5 febbraio 1987, n. 1123.

<sup>73</sup> Cfr. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 105 ss.; ID., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 243 ss.; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 239 ss.; ALMUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali*, cit., p. 151 ss.; CABELLA PISU, *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 565; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 574 s., il quale ritiene che l'art. 1664 c.c. non sia una norma eccezionale, bensì espressione di un più generale principio immanente anche nel nostro sistema giuridico. In senso contrario si v. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, II, 2003; ID., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 809, il quale, supponendo implicitamente la eccezionalità dell'art. 1664 c.c., ritiene che la possibilità di un intervento sul merito del contratto (revisione) resta quindi limitata ai soli casi espressamente previsti. Sulle diverse problematiche del rapporto tra l'art. 1664 c.c. e l'obbligo di rinegoziazione si v. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 498, il quale ritiene che nel caso di generalizzazione dell'art. 1644 c.c. l'obbligo di rinegoziazione sarebbe superfluo. In senso contrario si v. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997, p. 135 ss. In argomento si v. F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347 ss.; MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1095 ss.; P. GALLO, voce *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1998, p. 431 ss.; TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, p. 104 ss.

tanto a la luz del deber de buena fe en la ejecución del contrato, que le permite configurar una obligación de renegociar el contrato <sup>74</sup>.

Sin embargo, nuestra ley de contratos <sup>75</sup>, basada en esta interpretación nueva y razonable, ya implementada en un laudo arbitral significativo <sup>76</sup>, tiende a cumplir con los Principios de los contratos comerciales internacionales<sup>77</sup>, desarrollados por Unidroit y que constituyen la fuente de conocimiento de la *lex mercatoria*<sup>78</sup>, implementada en el párrafo 313 de la BGB<sup>79</sup>, reformado en 2002, entró en vigor el 1

<sup>74</sup> Cfr. Cfr. MACARIO, *Revisión e rinegoziazione*, cit., p. 1057 ss.; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 97 ss., p. 143 ss., p. 167 ss.; And. D'ANGELO, *Buona fede-correttezza e responsabilità contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Giovanna Visintini, Padova, 2009; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 574 s.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2005, p. 724 s.; PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 467 ss., dove con VOLPE, la rinegoziazione si configura anche come obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.) le modifiche del contratto originario dettate da proporzionalità, ragionevolezza o buona fede. In senso contrario SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 809 ss., il quale configura l'obbligo di rinegoziazione come una obbligazione di mezzi e non di risultato, con la conseguenza che tale violazione non potrà mai consentire al giudice di intervenire per rideterminare il contenuto del contratto. L'A. configura il semplice risarcimento del danno per effetto della violazione del dovere di buona fede, dato che al di fuori di tale rimedio è invece più difficilmente praticabile la risoluzione del contratto (pág. 811). In argomento si v. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2001, p. 31 ss.

<sup>75</sup> Per quanto riguarda a livello genetico, con riferimento alla tendenza conformatrice del nuovo diritto dei contratti ai Principi Unidroit e ai Principi europei, si v. RICCIO-LANZILLO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 201 ss., ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>76</sup> Cfr. Lodo arb., Alpa-Sbisà-Nanni, 19 luglio 2004, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 539, con commento di MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*.

<sup>77</sup> L'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit, rubricato *Hardship*, dispone che, in presenza di eventi tali da alterare fondamentalmente l'equilibrio delle prestazioni, la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, a condizione che la richiesta venga fatta senza giustificato ritardo ed indicando i motivi sulla quale è basata. La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione (art. 6.2.3, n. 2), ma in caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice (art. 6.2.3, n. 3). Quest'ultimo, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può: a) risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure; b) modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio (art. 6.2.3, n. 4).

<sup>78</sup> Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 40; MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi del commercio internazionale*, Padova, 2003. M. J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995, p. 264 ss.; ID., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 915; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 61 ss.

<sup>79</sup> Il paragrafo 313 del BGB, rubricato «*Turbative del fondamento negoziale*», dispone che, qualora le circostanze poste a fondamento del contratto si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione, tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un altro contenuto se avessero previsto una tale modificazione, può essere richiesto al giudice un adeguamento del contratto; perché si possa procedere alla revisione è richiesto che il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare, della ripartizione contrattuale o legale dei rischi. Il BGB, inoltre, equipare alla modificazione delle circostanze, il caso in cui le rappresentazioni rilevanti delle parti, poste a fondamento del contratto, si rivelino

de enero de 2003<sup>80</sup>, tanto para el llamado Principios del derecho contractual europeo<sup>81</sup>, hipotetizados en vista de un futuro código civil europeo<sup>82</sup>, y según la jurisprudencia más reciente de la Casación francesa<sup>83</sup>.

### III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y REMEDIOS

A nivel legal, el Covid-19 representa un evento de fuerza mayor<sup>84</sup> que, junto con las medidas de la Autoridad Pública (denominado *factum principis*), ha afectado directa y / o indirectamente las relaciones contractuales en curso, comprometiendo

---

errate. Se l'adeguamento del contratto non è possibile o sia inesigibile da uno dei contraenti in considerazione dell'interesse della controparte, la parte onerata può recedere dal contratto. Nei contratti di durata il diritto di recesso è sostituito dal diritto alla disdetta. In argomento si v. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., 95, il quale precisa che in base alla nuova normativa, la revisione (anche giudiziale) del contratto è ammessa solo in quanto: a) la circostanza venuta meno rientri nel fondamento contrattuale; b) la sopravvenienza sia tale da non rientrare nel rischio assunto dalla parte onerata e tale da rendere irragionevole (alla stregua della buona fede) l'esecuzione del contratto originario. La nuova disciplina si affida alla capacità del giudice di interpretare il contratto in modo che lo stesso possa discernere lo schema di ripartizione dei rischi (tenuto conto del tipo negoziale e del suo specifico contenuto), le circostanze effettivamente rilevanti e quindi l'assetto degli interessi contrattuali. Nell'assolvimento di tale funzione, grande importanza assumono per l'interprete lo strumento della buona fede, in virtù del quale valutare il grado di fiducia e di reciproco affidamento che i contraenti possono legittimamente attendersi con riferimento alla perfetta attuazione del contratto. Sul punto si v. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit. p. 821, la quale sottolinea che la formulazione generica della norma è stata da alcuni interpreti criticata, in quanto ridimensionerebbe in modo eccessivo il principio *pacta sunt servanda*. Al riguardo si segnala che la visione soggettivistica (fondata sul principio *pacta sunt servanda*) ha da tempo ceduto il passo alla visione oggettivistica basata non solo sul principio delle sopravvenienze (*rebus sic stantibus*), ma anche sulla clausola generale di buona fede e sulla causa oggettiva e concreto del contratto.

<sup>80</sup> Cfr. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 821 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 574; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., 95 s.; MACARIO, in *Rimedi*, in *Trattato del contratto*, vol. V, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 728; VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 727.

<sup>81</sup> L'art. 6:111 dei Principi di diritto europeo dei contratti, disciplina il tema della rinegoziazione in modo analogo ai Principi Unidroit in più si prevede che il giudice possa condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intraprendere trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza. In argomento si v. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 727.

<sup>82</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001, p. 361 ss.; ID., *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21; ALPA, *La seconda versione dei Principles of European contract law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 121 ss. In argomento M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 201 ss.

<sup>83</sup> Cfr. Cass., 16 marzo 2004, commentata da MACARIO, in *Rimedi*, cit., p. 723 ss., la quale ha affermato l'esigenza di valutare il recesso unilaterale e imprevisto, dovuto a sopravvenuti squilibri di natura finanziaria per uno dei contraenti, alla luce anche dei doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, che avrebbero imposto al recedente di offrire alla controparte la rinegoziazione del contratto. Nel sistema francese, dunque, la rilevanza dell'obbligo di rinegoziare ha avuto la sua rivincita sulla tradizione ancorata al principio *pacta sunt servanda*. In argomento si v., inoltre, VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 727 s.

<sup>84</sup> In giurisprudenza sulla definizione di forza maggiore si v. Cass., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8094; Cass., 5 marzo 2020, n. 6213; Cass., 9 marzo 2017, n. 6076.

el equilibrio contractual subjetivo original, o objetivo, con la consecuencia de que el rendimiento y / o la consideración se ha vuelto totalmente imposible (art. 1463 cc) o parcialmente imposible (art. 1258 y 1464 cc), o se ha vuelto temporal o definitivamente imposible (art. 1256 cc), o se ha vuelto excesivamente gravoso (artículo 1467 del Código Civil italiano)<sup>85</sup>.

El sistema civil italiano prepara el recurso de la extinción de la obligación en caso de imposibilidad de cumplimiento por razones no imputables al deudor (art. 1256, párrafo 1, del Código Civil italiano), excluyendo la responsabilidad por demora en caso de imposibilidad temporal, salvo extinción: a) si la imposibilidad persiste hasta que, en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto, el deudor no pueda considerarse obligado a prestar el servicio; b) si la imposibilidad continua excluye un interés del acreedor en la ejecución (art. 1256, párrafo 2, c.c.).

En términos de resolución, el sistema proporciona el remedio para la disolución del contrato debido a la imposibilidad total o parcial de ocurrencia con los consiguientes remedios restaurativos o la reducción de precios según los casos (artículos 1463-1464 del Código Civil italiano).

Sin embargo, en la resolución debido a la excesiva onerosidad, la parte que está sujeta a la solicitud de resolución puede evitarla al ofrecer cambiar las condiciones contractuales por igual<sup>86</sup>.

Después de la proclamación del estado de emergencia resultante de la pandemia de Covid-19, el estado italiano emitió varias disposiciones de emergencia, incluido el art. 91 del decreto ley 17 de marzo de 2020, n. 18, según el cual «el cumplimiento de las medidas de contención de este decreto siempre se puede evaluar con el propósito de excluir, de conformidad con y para los propósitos de los artículos 1218 y 1223 del código civil, la responsabilidad del deudor, también con respecto a la aplicación de cualquier pérdida o penalización relacionada con pagos atrasados u omitidos».

Esta disposición, expresamente referida a contratos públicos, debe considerarse aplicable, a fin de evitar una diferencia irrazonable en el tratamiento, también en relación con los contratos privados relacionados con el pago de una suma de dinero, con la consecuencia de que no puede invocarse, en este contexto de emergencia, y de la pandemia de Covid-19, el principio del género *numquam perit* y la no configurabilidad de una imposibilidad objetiva de desempeño por razones no atribuibles al deudor<sup>87</sup>.

La situación subjetiva y objetiva de las partes debe examinarse caso por caso a la luz del deber de solidaridad (artículo 2 de la Constitución) y el principio de

---

<sup>85</sup> Cfr. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* diretto da Francesco Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2010, p. 1 ss.

<sup>86</sup> Cfr. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 233 e ss.

<sup>87</sup> La Suprema Corte ritiene che l'impossibilità sopravvenuta che libera il debitore dall'obbligazione deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo ed assoluto, tale da non poter essere rimosso, a nulla rilevando comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto: cfr. Cass., 10 giugno 2016, n. 11914; Cass., 15 novembre 2013, n. 25777; Cass., 20 maggio 2004, n. 9645.

buena fe y equidad en la ejecución del contrato (artículos 1175 y 1375 del Código Civil italiano), merece el control de los actos de autonomía privada de conformidad con el art. 1322, párrafo 2, c.c.<sup>88</sup>

La Corte Suprema también reiteró un principio de derecho ya consolidado en la jurisprudencia, según el cual la cláusula general de buena fe objetiva, entendida como lealtad recíproca de conducta de las partes, debe acompañar el contrato en todas sus fases, desde la capacitación hasta las de interpretación y ejecución, lo que implica, como un corolario inevitable, la prohibición, para cada contratista, de ejercitar hacia el otro los derechos derivados de la ley o del contrato para lograr un propósito diferente al que están predeterminados estos derechos, así como el deber de actuar, también en la fase de la patología de la relación, para preservar, en la medida de lo posible, los intereses de la contraparte y, por lo tanto, en primer lugar, el interés en mantener el vínculo <sup>89</sup>.

En el contexto contractual, de hecho, en virtud del deber obligatorio de solidaridad de conformidad con el art. 2 de la Constitución, el juez puede revisar el contrato<sup>90</sup>, también en un sentido modificador o suplementario<sup>91</sup>, a través de una verificación de mérito<sup>92</sup> o razonabilidad de cláusulas individuales, de acuerdo con la conciliación de los intereses opuestos del paciente<sup>93</sup>.

El deber obligatorio de solidaridad a que se refiere el art. 2 de la Constitución, entra directamente en el contrato junto con el canon de buena fe, al que se adjunta con la legislación, «funcionalizando así la relación obligatoria para proteger también el interés del socio negociador»<sup>94</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2006, p. 424 e ss.;

<sup>89</sup> Cfr. Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208; Cass., sez. III, 11 giugno 2008, n. 15476.

<sup>90</sup> Cfr. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 7 e ss., il quale precisa che in forza delle clausole generali di buona fede, correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, nonché della nuova concezione della causa in concreto, si attribuisce al giudice, anche oltre le rigide regole del codice civile, il potere di sindacare e correggere equitativamente gli atti di autonomía privada non meritevoli di tutela. L'autonomia privada, dunque, trova un limite generale nel controllo-giudizio di meritevolezza che il giudice è tenuto a compiere, anche d'ufficio, a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento giuridico, in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti contrattuali. In questa ottica, anche il diritto potestativo, che per antonomasia veniva considerato insindacabile, è oggi ritenuto ampiamente sindacabile in base al principio di buona fede che comporta la necessità del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti: da esso discende la possibilità per il giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto. In argomento, sulle problematiche relative ai limiti derivanti all'autonomia contrattuali dai principi costituzionali si v. A. B. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4, 2019, p. 827 e ss.

<sup>91</sup> Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775; Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511; Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128.

<sup>92</sup> Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 27 febbraio 2017, n. 4907.

<sup>93</sup> Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208.

<sup>94</sup> Cfr. Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77; Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in motivazione.

Las Secciones Unidas de la Casación han limitado los efectos derivados de la nulidad de la protección, invocando a favor del intermediario el deber de buena fe para evitar abusos<sup>95</sup>.

Además, para permitir que el juez intervenga y remedie el contrato que se alteró después de Covid-19, la teoría de la causa podría invocarse en la práctica<sup>96</sup>. El concepto de una causa específica, por un lado, parece funcional para calificar el tipo contractual y, por otro, adquiere importancia como criterio para adaptar la relación contractual, considerada en su aspecto dinámico-real<sup>97</sup>. De modo que la causa, como no hemos dejado de observar por la doctrina más cuidadosa<sup>98</sup>, termina asumiendo una importancia no menos decisiva en relación con el destino del evento contractual, así como con referencia al caso contractual en su aspecto genético<sup>99</sup>), debido a eventos que tienen un impacto en el desarrollo de la relación (incumplimiento, imposibilidad, agravamiento del servicio, etc.), eventos que afectan negativamente el interés del acreedor, objetados dentro del elemento causal del contrato, y tales como hacerlo desaparecer por completo cuando, sobre la base de las normas de normalidad teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, se comprueba que la realización relativa es imposible o demasiado costosa<sup>100</sup>.

El hecho de que el interés del acreedor desaparezca objetivamente solo puede llevar a la terminación de la relación obligatoria<sup>101</sup>, debido a la existencia de un defecto en su elemento funcional (artículo 1174 del Código Civil italiano): y si, como en el presente caso, esta relación obligatoria se encuentra en un contrato, la pérdida de los intereses antes mencionados resulta en una imposibilidad superviniente de la causa concreta del contrato en sí mismo, por lo que asume importancia como causa independiente de la relativa extinción<sup>102</sup>.

---

<sup>95</sup> Cfr. Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, secondo cui «la nullità per difetto di forma scritta contenuta nell'art. 23, 3° comma, d.lgs. n. 58 del 1998 può essere fatta valere elusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio; l'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro». In argomento si v.: C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2020, p. 176 e ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2020, p. 163 e ss.

<sup>96</sup> Cfr. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 1 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786. In dottrina si v. BIANCA, *Diritto civile, III, L'obbligazione*, p. 426; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 74.

<sup>98</sup> In argomento si v. GALGANO, *Trattato di diritto civile, II*, p. 551 ss.; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, p. 75 ss.; ID., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 416 ss.

<sup>99</sup> Cfr. RICCIO-LANZILLO, *Rescissione del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* diretto da Francesco Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2005, p. 65 ss.

<sup>100</sup> Cfr. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786.

<sup>101</sup> Per le diverse problematiche si v. GALGANO, *Trattato di diritto civile, II*, p. 5 e segg.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, p. 23; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, p. 54 ss.; CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 201 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, p. 278 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III, L'obbligazione*, p. 41 ss.

<sup>102</sup> Cfr. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786.

La pérdida del interés crediticio y, por lo tanto, de la causa concreta del contrato que constituye su fuente, puede determinarse legítimamente no solo por la imposibilidad de uso del servicio por parte del acreedor ya cumplidor<sup>103</sup>, sino también por otras causas. De ello se deduce que, en aras de la coherencia, la aplicación de los artículos 1463 y 1464 del Código Civil italiano, en todos los casos en que los eventos que ocurren fuera del contrato hacen que el programa contractual y, por lo tanto, la causa concreta del contrato en varias capacidades sea irrealizable, también debido al interés objetivamente menor del acreedor<sup>104</sup>. En los contratos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos internacionales para la venta y compra de bienes (Convención de Viena), que en el art. 79 bajo el encabezado Exención establece que «Una parte no es responsable por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si demuestra que este incumplimiento se debe a un impedimento independiente de su voluntad y que no podría haberse esperado razonablemente que lo tomaría en consideración en el momento de la celebración del contrato, que previó o excedió, o que previó o excedió sus consecuencias », especificando sin embargo en los siguientes párrafos 3 y 4 respectivamente que ...» 3). La exención prevista en este artículo tiene efecto durante toda la duración del impedimento. 4) La parte que no ejecuta el contrato debe notificar a la otra parte del impedimento y sus consecuencias sobre su capacidad de ejecución. Si el aviso no llega a su destino en un tiempo razonable desde el momento en que la parte que no ejecutó estaba al tanto o debería haber estado al tanto del impedimento, este último está obligado a dar daños de no recepción».

Otras fuentes internacionales se ocupan de la cláusula en cuestión al adoptar sustancialmente los mismos conceptos, en este sentido, la Cámara de Comercio Internacional ha emitido la Cláusula Mayor de la Fuerza de la CPI 2003 (art. 1) y los Principios Unidroit de Contrato Internacional (art. 7.1.7) . Nuevamente en los contratos internacionales, la cláusula de fuerza mayor se agrega a la cláusula de fuerza mayor que en la práctica codifica las circunstancias que pueden conducir a un desequilibrio excesivo en el desempeño, obligando a las partes a remodelar la estructura de negociación. Ahora es común en la doctrina que, en caso de que ocurran eventos durante la ejecución del contrato que cambien significativamente las situaciones de hecho sobre la base de las cuales los contratistas hayan determinado el contenido del contrato, incluso en ausencia de cláusulas específicas de renegociación, existe por las partes, de conformidad con los artículos 1374 y 1375 cod. civ., la obligación legal de renegociar el contrato de buena fe<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contratti*, 2008, p. 241; Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786.

<sup>104</sup> Cfr. Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contratti*, 2008, p. 241; Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786, la quale precisa inoltre che la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione deve dunque distinguersi dalla sopravvenuta impossibilità della esecuzione della prestazione (in argomento, funditus, cfr. Cass., 2 maggio 2006, n. 10138; in *Foro it. on line*; Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, ivi; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, ivi; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.), ma, nella specie, soltanto sul piano concettuale, e non anche su quello degli effetti.

<sup>105</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, pág. 574 e segg.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, pág. 137; ID., in *Enc. del dir., Annali*, voce *Revisione e rinegoziazione*, II, 2, pág. 1077 e segg.; ROPPO, *Il contratto*, 2001, pág. 1047; VETTORI, *Contratto e rimedi*, pág. 729; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, pág. 196 e segg.; ID., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto (Contr. e Imp., 1999, 92 e segg.)*; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, pág. 725; CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto*.

La negativa injustificada a renegociar puede evaluarse como una violación del deber impuesto por el art. 1375 *bacalao civ.*, ejecutar el contrato de buena fe, y la

---

*Poteri di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) (Rass. arb., 1999, 74 e 76 e segg.); GALLO, Sopravvenienza contrattuale, pág. 381 e segg.; TERRANOVA, L'eccessiva onerosità nei contratti, pág. 248 e segg.; UDA, Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni (Riv. dir. comm., 1990, I, 330 e segg.); ALPA, Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale (Contratti, 2001, 723 e segg.). In senso contrario si veda GENTILI, La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto (Contr. e Imp., 2003, 708), secondo cui la ratio della norma sulla *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467 cod. civ. si pone contro la tesi in esame, dato che la proposta rinegoziativa è consentita solo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza, la quale ha la facoltà e non già l'obbligo di adeguamento. Al riguardo MARASCO, La rinegoziazione, pág. 117 e segg., nota n. 41, ritiene non persuasive le conclusioni di Gentili, per diverse ragioni: in primo luogo non è affatto escluso che da norme di carattere speciale possano scaturire regole e principi suscettibili di applicazione generale (in tal senso è noto l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale: cfr. per i riferimenti GALGANO, Diritto civile e commerciale, II, 1, pág. 164). L'A. quindi afferma che l'art. 1467 cod. civ., non può valere di per sé ad escludere a priori l'ammissibilità di un dovere di rinegoziare suscettibile di applicazione «generale»: se è vero, infatti, che l'art. 1467 cod. civ. contiene disposizioni aventi portata generale, è altrettanto vero che il legislatore, laddove si sono presentate esigenze di conservazione del contratto e di salvaguardia della ricchezza (intesa sia in termini di intervento sia in termini di prodotto) ha adottato soluzioni diverse da quella inserita nella disposizione in questione, privilegiando la «manutenzione» del contratto (mediante adeguamento) alla sua caducazione. Ora fermo restando il disposto dell'art. 1467 cod. civ. non si vede perché, in presenza di interessi e di esigenze (meritevoli) che la predetta norma non riesce a tutelare non possa operare la buona fede sotto forma di obbligo di rinegoziazione e di revisione del contenuto contrattuale (peraltro richiamato e previsto in numerose disposizioni codicistiche e non). È poi il caso di aggiungere che il rimedio rinegoziativo non ha portata limitata alla sola problematica delle sopravvenienze (e, quindi, alla fattispecie disciplinata dall'art. 1467 cod. civ.), ma è tale da investire anche altri ambiti, e la giurisprudenza ne ha fornito talvolta degli esempi come nel caso deciso da Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 (*Corr. giur.*, 1994, 566) (c.d. caso Fiuggi). L'A. precisa che neppure persuasiva pare la conclusione del Gentili, secondo cui un dovere di rinegoziare il contratto non sarebbe giustificato nemmeno dall'efficienza, in quanto «far sapere agli imprevidenti e agli sfortunati che la legge li trarrà dai guai scaricando sulle controparti i sovracosti, incentiva i loro azzardi e disincentiva i loro interlocutori» e che «si potrebbe al limite riconoscere, secondo il noto suggerimento, l'efficienza del criterio di riversare la perdita su chi meglio la sopporta; ma esso non ha nessun rapporto con la proposta esaminata, che seguire altre vie, e lascia perplessi anche sulla sua efficacia, visto che gli stessi suoi fautori ammettono che il più delle volte il giudice è ancora meno in grado delle parti di rifare efficientemente il contratto». Marasco osserva al riguardo che la rinegoziazione non è strumento che premia (né potrebbe premiare) l'improvvido o l'imprevidente, il quale, infatti, non potrà non pagare il prezzo della propria inavvedutezza che trova uno sbarramento nell'alea normale del contratto (dalla quale non si può prescindere e che gli addossa ogni rischio che può essere previsto tenuto conto dello specifico contratto e delle circostanze in cui lo stesso si inserisce. Secondo MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, pág. 147 e segg., 264 e segg. e 298, l'obbligo legale di rinegoziazione è riconducibile ad una interpretazione evolutiva della regola contenuta nell'art. 1467, 3° comma, cod. civ., la quale consente di configurare, anche in continuità con l'art. 1375 cod. civ., il diritto della parte danneggiata dal mutamento delle circostanze esterne, di mantenere in vita il contratto adeguato alla nuova situazione. Critica quest'ultima ricostruzione BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze (Europa dir. priv.*, 2003, 467 e segg.), secondo cui una lettura congiunta degli artt. 1467 e 1375 darebbe luogo ad una doppia forzatura del sistema normativo di gestione delle sopravvenienze, considerato che*

negociación resultó ser traviesa<sup>106</sup>. La violación del deber de renegociar el contrato de buena fe, independientemente de la existencia de reglas específicas o cláusulas contractuales, constituye en sí mismo un incumplimiento contractual que puede justificar, además de la excepción de incumplimiento de conformidad con el art. 1460 cod. civ.<sup>107</sup>, no solo la terminación del contrato de conformidad con el art. 1453 y siguientes<sup>108</sup>, con el reclamo independiente por daños y perjuicios<sup>109</sup>, de interés contractual positivo<sup>110</sup>, pero también y sobre todo la adaptación del contrato a las

---

l'art. 1467 cod. civ. ha una struttura unilaterale posta a favore della parte avvantaggiata, mentre l'art. 1375 cod. civ. ha una struttura bilaterale che legittima la parte svantaggiata a promuovere la rinegoziazione. In argomento si veda MARASCO, cit., pág. 121 e segg. Secondo ROLLI, *Causa in astratto*, pág. 79 e seg., lo squilibrio sopravvenuto che scompigli l'assetto economico originario del contratto commutativo potrà rendere ingiustificata la conservazione della prestazione pattuita se il contratto non venga rinegoziato. Ed in questa prospettiva – posto che l'assetto degli interessi negoziali costituisce la causa in concreto del contratto che altro non è se non la funzione che il singolo contratto assolve nella sostanza (nella realtà) e l'espressione dell'interesse che i contraenti materialmente intendono perseguire – la causa intesa come giustificazione dell'attribuzione e del vincolo potrà contribuire a spiegare l'obbligo di rinegoziare il contratto colpito da sopravvenuto squilibrio.

<sup>106</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, pág. 573; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, pág. 129 e segg. e 243 e segg.

<sup>107</sup> Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, pág. 395 e seg.; MARASCO, cit. alla penultima nota, pág. 168 e seg.

<sup>108</sup> Cfr. GALGANO, cit. alla penultima nota, pág. 574; MACARIO, in *Enc. del dir., Annali*, voce *Revisione e rinegoziazione*, II, 2, pág. 1061; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione*, pág. 266 e segg.; F. GAMBINO, in *Enc. giur.*, voce *Rinegoziazione (diritto civile)*, XXVII, pág. 10; MARASCO, *La rinegoziazione*, pág. 170 e segg., il quale precisa che al fine di valutare la gravità dell'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo più che considerare il rifiuto in sé della parte infedele di sedere al tavolo delle trattative o la sua scorretta condotta nella conduzione del processo di revisione, dovrà principalmente considerarsi l'entità dello squilibrio economico che la rinegoziazione è chiamata a superare. In giurisprudenza si veda Cass., 20 aprile 1994, n. 3375 (*Corr. giur.*, 1994, 566), con nota di CARBONE e con commento di NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede (Contr. e Imp.*, 1994, 475 e segg.).

<sup>109</sup> In giurisprudenza è ormai pacifico il principio di diritto secondo il quale la violazione della buona fede costituisce di per sé inadempimento contrattuale che può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato: cfr. Cass., sez. un., 18 settembre 2009, n. 20106 (*Contr. e Imp.*, 2010, 41) con nota di BARALDI; Id., 22 gennaio 2009, n. 1618 (*Foro it. on line*); Id., 6 giugno 2008, n. 21250 (*ibid.*); Id., 15 novembre 2007, n. 23726 (*ibid.*); Id., 27 ottobre 2006, n. 23273 (*ibid.*); Id., 7 giugno 2006, n. 13345 (*ibid.*); Id., 11 gennaio 2006, n. 264 (*ibid.*).

<sup>110</sup> Il risarcimento del danno, nel caso di violazione dell'obbligo di rinegoziazione, come si è già visto, può infatti essere commisurato all'adempimento del contratto che si sarebbe dovuto rinegoziare (c.d. interesse contrattuale positivo): cfr. ROPPO, *Il contratto*, 2001, pág. 1047; MACARIO, in *Enc. del dir., Annali*, voce *Revisione e rinegoziazione*, II, 2, pág. 1062; V.M. CESARO, cit. alla penultima nota, pág. 278 e segg.; MARASCO, cit. alla nota prec., pág. 174 e seg.; TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento (Riv. dir. civ.*, 2002, 637 e segg.); A. RICCIO, *Culpa in contraendo e pactum de tractando (Contr. e Imp.*, 2006, 1448 e segg.). In senso contrario si veda SICCHIERO, *La rinegoziazione (Contr. e Imp.*, 2002, 813 e segg.), secondo cui la natura di obbligazione di mezzi dell'obbligo di rinegoziare porterebbe a limitare il risarcimento del danno al mero interesse contrattuale negativo; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto (Contr. e Imp.*, 2003, 719 e segg.), il quale giunge a soluzioni diverse a seconda della fonte e della natura del dovere di rinegoziare.

situaciones fácticas cambiadas<sup>111</sup>. En caso de incumplimiento del deber de renegociar de buena fe, el juez, a solicitud de la otra parte, puede rastrear el contrato hasta la equidad, reequilibrando los servicios contractuales a las necesidades de hecho cambiadas<sup>112</sup>, en adhesión al nuevo derecho de vida que otorga al juez el poder general de equidad integradora y correctiva de la autonomía contractual<sup>113</sup>.

Digno de atención es un laudo arbitral<sup>114</sup>, extensor Alpa, que en aplicación del canon de buena fe en la ejecución del contrato, habiendo tomado nota del cambio

<sup>111</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, pág. 574 e seg.; MACARIO, *Adeguamento erinegoziazione*, pág. 737; ID., in *Enc. del dir., Annali*, voce *Revisione e rinegoziazione*, II, 2, pág. 1077 e segg.; ROPPO, cit. alla nota prec., pág. 1047; VETTORI, *Contratto e rimedi*, pág. 729; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, pág. 725; CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Poteri di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice)* (*Rass. arb.*, 1999, 74 e 76 e segg.); GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, pág. 381 e segg.; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, pág. 248 e segg.; D'ADDA, *Nullità parziale*, pág. 277 e segg.; ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità* (*Vita notar.*, 2002, 626 e segg.), il quale ritiene che il giudice possa, in forza della clausola di buona fede, riequilibrare e correggere il contratto secondo equità. Nello stesso senso si veda ROLLI, *Causa in astratto*, pág. 181, la quale ritiene che l'intervento equitativo e correttivo del giudice non sia più eccezionale, come già A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale* (*Contr. e Imp.*, 2005, 928 e segg.).

<sup>112</sup> Cfr. Autori nota precedente. In senso contrario si veda SICCHIERO, in *Digesto IV, Discipline privatistiche*, Sezione civile, voce *Rinegoziazione*, Agg., II, pág. 1214; ID., *La rinegoziazione* (*Contr. e Imp.*, 2002, 774 e segg.); GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto* (*Contr. e Imp.*, 2003, 713 e seg.); F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, pág. 55 e segg.; FICI, *Il contratto «incompleto»*, pág. 215 e segg.; RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano, in Inadempimento, adattamento, arbitrato*, a cura di DRAETTA e VACCA, pág. 304 e segg.; MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto* (*Contr. e Imp.*, 2005, pág. 573 e segg.), il quale però non esclude che in taluni casi particolari il giudice possa procedere all'integrazione del contratto. In giurisprudenza si veda Trib. Pescara, 24 gennaio 1997 (*Foro it.*, 1998, I, 613) con alcune critiche di MARASCO, *La rinegoziazione*, pág. 129, nota n. 62, la quale ha statuito che «la clausola generale di buona fede non può essere spinta fino al punto di configurare, a carico di una parte, un obbligo di rinegoziazione dell'assetto contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti»; Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 76, la quale ha statuito che «non è consentito al giudice, sia esso arbitro d'equità, di adeguare le prestazioni, contrapponendo un assetto di interessi ispirato all'equità contrattuale, a quello divisato dai contraenti».

<sup>113</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128 (*Contr. e Imp.*, 2005, 927 e segg.) con mio commento, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale e (Danno e resp.*, 2006, 424 e segg.) con mio commento, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726 (*Foro it. on line*); Id., 18 settembre 2009, n. 20106, commentata da MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività dei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione* (*Corr. giur.*, 2009, 1577 e segg.); da D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* (*Contratti*, 2010, 1 e segg.); da PALMIERI e PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa* (*Foro it.*, 2010, I, 95); da BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto* (*Contr. e Imp.*, 2010, 41 e segg.), la quale afferma che il principio di buona fede comporta la necessità del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti: da esso discende la possibilità per il giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto.

<sup>114</sup> Cfr. Arb., 19 luglio 2004 (*Contr. e Imp.*, 2005, 539), con commento di MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*. Sul punto GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, pág. 574, nota n. 33; ID., *La globalizzazione*, pág. 76.

en la base económica del contrato, que hizo que el alto precio ya no estuviera justificado originalmente acordado, y habiendo comprobado la negativa de la contraparte a renegociar el precio, procedió a reducirlo para adaptarlo a los valores actuales del mercado. El panel de arbitraje depende de la regla de buena fe «de acuerdo con la reconstrucción que ha surgido al elaborar en doctrina y jurisprudencia» la base de la obligación de renegociar el contrato en caso de alteración del equilibrio de las posiciones de las partes. En la motivación, el premio continúa<sup>115</sup>: en esta perspectiva, el comportamiento de las partes no debe violar la obligación general de cooperación, lo que se traduce en una violación del deber de cumplir la obligación de acuerdo con la corrección y la buena fe, es decir, de acuerdo con la lealtad, claridad y consistencia del comportamiento de las partes, entre otras cosas debido a un principio general que sanciona el comportamiento posterior de la parte que se pone en contraste y en contradicción con lo anteriormente sostenido.

Como es sabido, a los fines de la evaluación, tanto los comportamientos comisivos como omisivos de las partes son relevantes, también con respecto a los deberes de cooperación e información; la evaluación debe llevarse a cabo relacionando el comportamiento de las partes, junto con todos los elementos de evaluación disponibles para el intérprete, de buena fe entendida como una regla de conducta, para verificar la exigibilidad del cumplimiento o comportamiento en general, a cargo de cada uno comienza en relación con las circunstancias ocurridas y con una evaluación de la economía empresarial atenta a una distribución racional de riesgos; Desde este punto de vista, la regla de interpretación constituye una herramienta legítima encomendada al presidente, no solo para dar sentido a la regulación, sino también para equilibrar el desempeño de acuerdo con la economía interna del contrato. De esta manera, el principio de buena fe garantiza un equilibrio entre los intereses de los contratistas consecuentes con los propósitos con los cuales se llevó a cabo la negociación; y para que haya imparcialidad de buena fe en el comportamiento de las partes, cada una debe adaptarse a una consideración «justa», así como a la propia, del interés de la otra parte; en esta perspectiva, se ha afirmado recientemente que «el deber de corrección» se presenta en el sistema como un límite interno de cualquier situación legal subjetiva, activa o pasiva, atribuida contractualmente y, por lo tanto, contribuye a su conformación en el sentido de expandir o restringir su aparente fisonomía, de modo que el respeto a la legalidad formal no se traduzca en un sacrificio de justicia sustantiva y no se descuide el deber vinculante de solidaridad afirmado por la Constitución (art. 2): deber que, aplicado a los contratos, determina integralmente su contenido y efectos (art. 1374 del código civil) y debe, al mismo tiempo, guiar su interpretación (art. 1366 del código civil) y su ejecución (art. 1375 del Código Civil italiano) «de modo que» una solución correcta a la situación de hecho es decisiva cuando se trata de resolver problemas como el de la ejecución del contrato, ya que, incluso si el contrato permite un tipo de comportamiento, esto puede demostrando que no está permitido debido a sus modalidades concretas, si se implementa una ejecución de la relación contraria al deber de corrección (art. 1175 del código civil) y de ejecución de buena fe (art. 1375 del código civil) «<sup>116</sup>A partir de estas pautas,

---

<sup>115</sup> Riportato da MARASCO, *La rinegoziazione*, pág. 130 e seg.

<sup>116</sup> Nel lodo vengono richiamate le seguenti sentenze: Cass., 9 dicembre 2003, n. 18743 (*Foro it. on line*); Id., 15 marzo 2004, n. 5240 (*ibid.*); Id., 24 marzo 1999, n. 2788 (*ibid.*); Id., 8 febbraio 1999, n. 1078 (*ibid.*).

la Junta de Arbitraje pudo afirmar que la buena fe sigue siendo un límite para el ejercicio de reclamos y / o derechos contractuales en un sentido desigual<sup>117</sup>, a fin de hacernos asumir connotaciones precisas al comportamiento de las partes. La conclusión a la que llegó el panel de arbitraje es que, a la luz del principio de buena fe, a pesar de la letra del contrato, no es posible comprimir la posición contractual de la parte desfavorecida por eventos desiguales hasta el punto de hacer oponible una cláusula contractual que, si se interpreta y realizado literalmente (aunque en contraste con el espíritu de la tienda) terminaría exacerbando aún más un desequilibrio contractual que ya es notablemente gratificante para la parte ventajosa<sup>118</sup>.

La ley italiana, por lo tanto, como ya se mencionó, no está relacionada con la técnica de DIFICULTAD, expresamente prevista en los Principios Unidroit de los contratos comerciales internacionales (art. 6.2.3)<sup>119</sup>, y ahora también está codificada en el nuevo par. 313 de la BGB<sup>120</sup>. Una parte de la doctrina italiana ha mejorado la regla del arte. 1660, primer párrafo, código civ. contrato actual<sup>121</sup>, según el cual, en caso de necesidad de realizar cambios en el proyecto, si las partes no están de acuerdo, corresponde al juez determinar los cambios que se introducirán y los precios relativos. A este respecto, se ha dicho que en el art. 1660, primer párrafo, código civ. existe, aunque para una hipótesis particular, la técnica de dificultad, y que el estándar antes mencionado, si se coloca en relación con las tendencias evolutivas de nuestra jurisprudencia, puede tomarse como una expresión, en relación con un caso particular, de un principio más general inmanente también en el sistema legal nacional italiano<sup>122</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Independientemente de la adhesión a la tesis subjetivista de la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, o a la tesis objetivista de contingencias, aquí es interesante reevaluar el principio *rebus sic stantibus* a la luz del deber de solidaridad, buena fe, equidad, proporcionalidad, para configurar, también integrativamente (art. 1374

<sup>117</sup> Sulla buona fede come limite generale all'autonomia dei contraenti si veda A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale* (Contr. e Imp., 1999, 21 e segg.); ID., *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva* (ibid., 939 e segg.); ID., *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva* (id., 2000, 95 e segg.); ID., *Un obiter dictum della Cassazione in materia di clausole penali* (id., 2001, 550 e segg.); ID., *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale* (id., 2005, 927 e segg.); ID., *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata* (Danno e resp., 2006, 424 e segg.). Per una ricostruzione sistematica del mio pensiero si veda A. RICCIO, *Il contratto usurario*, pág. 179 e segg.; RICCIO, *Rescissione del contratto*, sub art. 1448, in questo *Commentario*, pág. 201 e segg.

<sup>118</sup> Cfr. MARASCO, *La rinegoziazione*, pág. 132.

<sup>119</sup> Cfr. BONELL, *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione del Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (Riv. comm. internaz., 2004, 535); MARRELLA-GALGANO, *I principi Unidroit*, passim.

<sup>120</sup> Cfr. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (Contr. e Imp., 2004, 821 e segg.).

<sup>121</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, pág. 574 e seg.; D'ADDA, *Nullità parziale*, pág. 277 e segg.

<sup>122</sup> Cfr. GALGANO, cit. alla nota prec., pág. 574 e seg.

cc), el deber de renegociar el contrato como resultado de Covid-19. La parte desfavorecida podría invitar extrajudicialmente a la contraparte, también a través del procedimiento de mediación, a renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas necesidades del mercado. Si la contraparte se niega a renegociar o ni siquiera responde a la invitación, la parte desfavorecida podría objetar la falta de renegociación y suspensión de conformidad con el art. 1460 c.c. su cumplimiento, elevando la posible nulidad de las cláusulas desequilibradas por abuso de dependencia económica, o por rescindir el contrato. Siempre la parte desfavorecida podría actuar en la corte pidiendo ex art. 2932 c.c. la emisión de una sentencia que tenga lugar sobre el contrato de renegociación no concluido en violación de la obligación de renegociación de conformidad con el art. 2 Const. y 1375 del Código Civil.



# EL DERECHO COLABORATIVO COMO ADR Y COMO HERRAMIENTA DE LA ABOGACÍA DEL FUTURO

ELENA LAUROBA\*  
Universidad de Barcelona

A los miembros de la *Associació catalana de Dret Col·laboratiu* [ACDC: un acrónimo musical feliz], entusiastas, capaces de transformarse y de transformar. Con gratitud.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN II. EL ORIGEN DEL DERECHO COLABORATIVO: DE LA OCURRENCIA TERAPÉUTICA A LA CONSOLIDACIÓN VERTIGINOSA III. PRINCIPIOS RECTORES Y COORDENADAS DE ACTUACIÓN. 3.1. Presupuesto: el consentimiento informado de los clientes. 3.2. Negociación a cuatro y atendiendo a los intereses. 3.3. La *disqualification*. 3.4. La confidencialidad. 3.5. Equipos pluridisciplinares IV. EL PROCEDIMIENTO V. UN PASO DE GIGANTE: LA REFORMA DEL *CODE JUDICIAIRE* BELGA VI. UNA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE CALIDAD VII. DERECHO COLABORATIVO Y NEGOCIACIÓN ASISTIDA ¿ESPECIE Y GÉNERO? VIII. UN APUNTE TRAS LA/S PANDEMIA/S: ABOGADOS COLABORATIVOS MÁS ALLÁ DEL ADR ESTRICTO

## I. PRESENTACIÓN

Todos somos conscientes de la necesidad de arbitrar medidas que impidan el colapso de los tribunales tras el covid-19. Se juntarán –se están juntando ya- 1. los expedientes en curso, dejados en *stand-by* durante el estado de alarma, 2. los casos pendientes que estaban en la cola, admitidos, pero apenas ojeados y 3. el alud de litigios vinculados al período de pandemia, con una taxonomía que supera nuestra imaginación. Por ello ha habido una avalancha de opiniones e informes –con diversos índices de premura, por lo general bienintencionados, a veces ingenuamente falaces (ergo peligrosos)- procedentes de las más variopintas instancias jurídicas –e incluso no jurídicas-. Aquí nos interesa una iniciativa con consecuencias efectivas previsibles: la *Consulta pública sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias*<sup>1</sup>, de 8 de junio del 2021, que busca recabar la opinión de ciudadanos, organizaciones y asociaciones potencial-

---

\* Secretaria general de la ACDC. La contribución forma parte del Proyecto DER 2017-82129-P y de la 2017 SGR 151. En el momento de concluirla (2.8.2020), todas las webs estaban operativas.

<sup>1</sup> [https://ficheros.mjusticia.gob.es/Consulta\\_publica/APL\\_MEDIDAS\\_PROCESALES\\_solucion\\_diferencias.pdf](https://ficheros.mjusticia.gob.es/Consulta_publica/APL_MEDIDAS_PROCESALES_solucion_diferencias.pdf)

mente afectados, «con carácter previo a la elaboración del AP», esto es, sin texto articulado todavía. Es –ciertamente– un estadio preliminar, pero revela que el AP pretende «potenciar la capacidad negociadora de las partes, introduciendo medidas eficaces que no acaben derivando en meros requisitos burocráticos, mediante el impulso de la mediación en todas sus formas, el fortalecimiento del arbitraje con un nuevo modelo y la introducción de otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado». Esta explicación (apartado A: Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa) se completa con la afirmación de que en muchos casos «puede ser la vía contractual la que ofrezca la mejor opción [para gestionar los problemas]» y se añade –a retener– «La elección del medio más adecuado de solución de diferencias aportar calidad a la justicia y satisfacción al ciudadano. En este contexto cobran importancia las razones de las partes para construir soluciones dialogadas en espacios compartidos» [explicación sita en el apartado B: «Necesidad y oportunidad de su aprobación»], que se completa lamentando que los objetivos fijados en la ley 5/2012 no han «logrado alcanzar toda la potencialidad augurada desde su gestación, sin duda alguna por un cierto anquilosamiento en los mecanismos de solución de conflictos»; por eso es objetivo de la [futura] norma «recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de confrontación...», para lo que «es necesario introducir medidas eficaces, complementarias y paralelas a la administración de justicia, que constituyan todas ellas sistemas de solución de diferencias a los que podrán acudir las partes antes de dar comienzo la contienda judicial. La promoción de un sistema de solución de controversias paralelo y complementario a la jurisdicción evitará la hiperjudicialización de la vida en sociedad...». El propósito se declina en preguntas muy genéricas –y en algún caso tendenciosas ¿cómo discrepar de iniciativas formalmente bellas?–, pero que responden a esa necesidad de soluciones novedosas para la mejor gestión de los conflictos innumerables<sup>2</sup>.

En síntesis, hoy los ADR parecen una –incluso «la»– solución para encarar la catástrofe. Y es una convicción generalizada, con debates parecidos en otros países. Baste mencionar el entusiasta título de un artículo francés: «*La formidable odyssee des modes amiables spécial coronavirus: entreprises, profitez des solutions négociées en temps de crise!*»<sup>3</sup> –un artículo que es una apología del ADR que abordamos aquí–.

Pero no sobreactuemos. El interés por los ADR es anterior a la pandemia – solo que entonces el equilibrio entre lo programático y lo pragmático era otro-. La UE, tras el *Libro Verde Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (2002)<sup>4</sup> –un inteligente catálogo de alterna-

---

<sup>2</sup> Nos centramos en el apartado 2 (y en la pregunta 2.1): «2. En lo relativo a la línea de trabajo dirigida a promover y reforzar todo un sistema de solución de diferencias cuyo objetivo es alcanzar una solución negociada de las mismas: 2.1. «¿Considera conveniente que se fomente e intensifique una conciencia que haga que los ciudadanos sean conscientes de las posibilidades que tienen para tratar de alcanzar, con la ayuda de los mecanismos, garantías y profesionales adecuados, una solución consensuada y negociada a sus propios problemas?»

<sup>3</sup> Abril 2020. <https://www.droit-collaboratif.org/news/la-formidable-odyssee-des-modes-amiables-special-coronavirus-entreprises-profitez-des-solutions-negociees-en-temps-de-crise-43>

<sup>4</sup> Bruselas, 19.04.2002 COM(2002) 196 final.

tivas y posibilidades a releer periódicamente- lleva veinte años incorporando en las Directivas preceptos que promueven instrumentos de resolución alternativa. Y por motivos diferentes, los países los han potenciado, al menos normativamente y/ o con programas piloto. En ocasiones para disminuir la sobrecarga de los juzgados o empoderar de manera efectiva a la ciudadanía; en otras, como en Inglaterra, para neutralizar el haber eliminado la asistencia jurídica gratuita en determinados conflictos, significativamente de derecho de familia, salvo excepciones –si concurre violencia- (2012, la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* (LASPO)<sup>5</sup>. Como alternativa se ofrecieron servicios de mediación gestionados por no juristas. Y en el ámbito del consumo, por ejemplo, cada país los adapta desde sus necesidades y carencias<sup>6</sup>.

Algunas iniciativas demuestran el asentamiento de los ADR en la práctica. La *Alternative Dispute Resolution Act 1998* americana fue un paso concluyente al imponer a cada tribunal que facilitase al menos un ADR; conllevó la consolidación de la mediación -y concebir los ADR como parte del engranaje del sistema<sup>7</sup>-. A nuestro juicio la transformación clave –al menos en un territorio *civil law*- es la reforma del *Code de Procédure* de Québec, en vigor desde el 2016, porque sitúa como punto de partida *los modes privés de prévention et de règlement des différends* (artículo 1). Esto es, el Code comienza destacando que para resolver los conflictos existen los mecanismos privados y que solo en última instancia se acudirá a los tribunales. Es un cambio de filosofía radical que obliga a que la parte y su abogado valoren cuál es el instrumento idóneo antes de recurrir al juez –el debate allí ahora es cómo averiguarlo/ intuirlo (animosos y/o eficientes, los Colegios de Abogados han puesto a disposición de sus colegiados meditadas plantillas de *checklist*<sup>8-9</sup>). Dicho esto, destacar la opción canadiense –particularmente atractiva- no obvia otras iniciativas. Basta pensar, como ejemplos próximos, en las reformas francesas (vgr. las leyes n.2016-1547, de 18 noviembre.2016, *de modernisation de la justice du XXI siècle* o n. 2019-222, de 23 marzo.2019) o en los casos de mediación obligatoria en Italia, que avaló la STJUE de 14 junio 2017.

En la apuesta comunitaria, la mediación es el ADR por antonomasia [Directiva 52/2008/CE] pese a que los conflictos de consumo oferten un abanico de ADR

<sup>5</sup> Vid. LAUROBA LACASA, M<sup>a</sup> Elena, «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *InDret*, 2018/4, pág.11.

<sup>6</sup> Vid. CORTÉS, Pablo: «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», *InDret*, 5/2015.

<sup>7</sup> <https://www.transportation.gov/civil-rights/pl-105-315-28-usc-651-alternative-dispute-resolution-act-1998> Como síntesis, BAUM, Simeon H., «The ADR of 1998 offers Opportunities For Accountants», <http://archives.cpajournal.com/1999/0399/dept/medarb399.html>

<sup>8</sup> Una constatación de hasta qué punto los tribunales pueden involucrarse en la mediación la procura tempranamente el estado de Florida, en que la ley identifica cinco tipos de mediación intrajudicial. Vid. PRESS, Sharon, «Formación de mediadores y cualificación. Tribunales del Estado de Florida», en LAUROBA, Elena- BARRAL, Immaculada- VIOLA, Isabel, *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, CEJFE, 2011, págs. 195-209.

<sup>9</sup> No procede aquí una apología de este instrumento, pero posiblemente test de este tipo podrían procurar indicios para un uso exitoso... La Cámara de Comercio de España, en el *Manual para Procedimientos de Mediación concertados en un marco judicial* (2015), presenta en el Anexo 3 un «Cuestionario de Autoevaluación para las partes en conflicto» muy interesante [https://www.camara.es/sites/default/files/2015-10-26\\_manual\\_procedimientos\\_mediacion.pdf](https://www.camara.es/sites/default/files/2015-10-26_manual_procedimientos_mediacion.pdf)

con regulación y filosofía propia [Directiva 11/2013; Reglamento 524/2013]<sup>10</sup>. Aparece entonces la *European Mediation Paradox* (¿cómo es posible que, pese a sus contrastados beneficios en términos de satisfacción, rapidez y reducción de costos, se use tan poco!<sup>11</sup>). Y por ello muy pronto es objetivo comunitario identificar medidas para desmontar la paradoja (así, el informe *Rebooting' The Mediation Directive: Assessing the limited Impact of its Implementation and proposing Measures to increase the Number of Mediations in the EU* (2014))<sup>12</sup>. También se constata a nivel estatal, con el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación (aprobado en el Consejo de Ministros de 10 enero 2019), un texto que ya en esta fase fue analizado con extenuante minuciosidad<sup>13</sup>. Pero al hablar de mediación hay que aceptar los factores adversos: 1. Junto al sector de la abogacía admirablemente entusiasta coexiste un porcentaje mayoritario de abogados indiferentes o desconfiados<sup>14</sup>. 2. La calidad profesional de muchos bienintencionados mediadores es mejorable (y si un proceso de mediación acaba en fiasco entendiendo fiasco no como falta de acuerdo, sino como episodio banal, se hace un flaco favor a su consolidación). 3. La ciudadanía sigue desconociéndola. 4. Desengañémonos: no todo conflicto es mediable.

---

<sup>10</sup> Vid. por todos BARRAL VIÑALS, Immaculada (dir.), *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Ed. Atelier, 2019 y DÍAZ-ALABART, Silvia (dir.), FUENTESECA DEGENEFÉ, Cristina (coord.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR. Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013*, Ed. Reus, Madrid, 2017.

<sup>11</sup> Parlamento Europeo (Comisión de Asuntos Jurídicos) INFORME sobre la aplicación de 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 (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)), pág.8. Según el informe, «se utiliza en menos del 1 % de los casos llevados ante los tribunales». Como scanner de las sucesivas actuaciones de la UE -y del panorama general-, MACHO GÓMEZ, Carolina, «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa», *ADC*, 2014-III, págs. 931-996, especialmente, pág.987 ss.

<sup>12</sup> DE PALO, Giuseppe - D'URSO, Leonardo - TREVOR, Mary - BRANON, Bryan - Romina CANESSA - CAWYER, Beverly - L. Reagan FLORENCE (2014), Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

<sup>13</sup> Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, Isidor, «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», en BARRAL VIÑALS, Immaculada (dir.), VIOLA DEMESTRE, Isabel -V.PÉREZ DAUDÍ (coords.), *El sistema ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 287-298; SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María, «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», *Indret*, 3/2019 y ORTUÑO, Pascual, «La abogacía y la mediación: apuntes críticos al Anteproyecto de ley de impulso», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 1, 2020, pág. 8 ss.

<sup>14</sup> Al abordar el tema en alguna exposición oral, suelo apuntar que en los últimos años hemos experimentado la siguiente evolución: frente al abogado que declaraba, contundente, no creer en la mediación, ahora tenemos abogados que se declaran firmes valedores de dicho ADR pero que consideran, desolados, que en el caso que asesoran no es factible. Y añadido un dato numérico que revela la magnitud de la tragedia. Con ocasión de un estudio sobre cómo implementar la mediación en los seguros (un proyecto que patrocinó la compañía aseguradora DAS), constituimos un *focus group* con operadores jurídicos de ese ámbito. Concluyeron que los abogados pro mediación en el sector apenas alcanzaban el 10% (vid. LAUROBA, Elena, «La mediación en el sector asegurador: mediar tras un siniestro y mucho más...», GARCÍA MAYO, Manuel, *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas*, Ediciones Olejnik, 2020, pág. 202).

Llegamos, por tanto, a otras figuras del ecosistema ADR: la conciliación, la evaluación neutral previa, el mini-trial o los sistemas híbridos. Y entre ellas destaca el derecho colaborativo, un ADR emergente de implantación meteórica (surgió hace apenas 30 años). Es el ADR con mayores posibilidades de interesar a la abogacía, porque es una herramienta óptima para el ejercicio saludable de la profesión. Sin embargo, puede malearse si se adopta atendiendo solo al *nomen* atractivo (¡un *derecho colaborativo!*) ignorando la formación y las buenas prácticas ya generadas en otros lugares.

## II. EL ORIGEN DEL DERECHO COLABORATIVO: DE LA OCURRENCIA TERAPÉUTICA A LA CONSOLIDACIÓN VERTIGINOSA

El derecho colaborativo tiene un creador, un «padre del procedimiento». Lo ideó Stuart -Stu- WEBB, en Minneapolis a finales de los años ochenta del siglo pasado<sup>15</sup>. Stuart WEBB era un abogado con una trayectoria profesional respetada y lucrativa. Pese a ello, tras diecisiete años dedicado a conflictos familiares –básicamente divorcios- se sentía profundamente desanimado (en algunas entrevistas apunta que *burnout*). Abominaba gestionar día sí día también litigios basados en la confrontación, con jueces sobrecargados de casos, abogados con tics fulleros y clientes desorientados pero hoscos, pozos de reproches sin futuro<sup>16</sup>. Ese hartazgo le llevó incluso a cuestionarse si debía cerrar su despacho y cambiar de trabajo. Y tras una serie de reflexiones, se le ocurrió un procedimiento con unos caracteres concretos: 1. Los abogados se comprometían a trabajar conjunta y cooperativamente con sus clientes de modo que los acuerdos surgían de esa colaboración entre todos, con un destacado protagonismo de los clientes 2. En caso de no obtener acuerdos, los abogados no podrían representar a sus clientes en el subsiguiente proceso judicial<sup>17</sup>.

Para muchos, la iniciativa era un desatino, pero WEBB no se amilanó. Contó con la complicidad de un juez de su jurisdicción –la carta que le escribió es la mejor presentación del derecho colaborativo: una apasionada declaración de intenciones<sup>18</sup>–.

<sup>15</sup> Una presentación sucinta en LAUROBA, Elena- TUR, Montserrat, *Món jurídic*, dic.2017-ene.2018. Para situarlo, en nuestro país, GARCÍA VILLALUENGA, Leticia- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «Editorial. El derecho colaborativo: nuevas oportunidades para la abogacía y para la justicia social», *Anuario de Mediación*, 2014, págs.18-21. ESTEVE ESTEVE, Patricia, «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos», *RJC*, 2016-1, págs.71-95 y BUENO OCHOA, Luis, «Cruce y descruce de miradas al derecho colaborativo», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2015, págs.107-121 así como el monográfico de Community of Insurance, *e-letter* n.17, junio 2015, «Derecho colaborativo: una manera eficaz e innovadora de resolver conflictos». También es útil SOLETO, Helena, *El abogado colaborativo*, Tecnos, 2014, aunque pese al título –y sin obviar el derecho colaborativo- focaliza su interesante análisis en la mediación. En derecho comparado, espléndida, BOUDART, Anne-Marie, *Droit collaboratif*, Editions Larcier, 2018. E, imprescindible, WEBB, Stuart -OUSKY, Ronald, *The Collaborative Way to Divorce: The Revolutionary Method That Results in Less Stress, Lowercosts, and Happier KI Ds – Without Going to Court*, Plume, 2007.

<sup>16</sup> [http://www.collaborativelaw.us/articles/The\\_Development\\_of\\_Collaborative\\_Law.pdf](http://www.collaborativelaw.us/articles/The_Development_of_Collaborative_Law.pdf)

<sup>17</sup> La historia en WEBB, Stu - OUSKY, Ron, «History and Development of collaborative Practice», *Family Court Review*, vol. 49-2, 2011, págs. 213–220.

<sup>18</sup> El texto es más útil que muchos minuciosos artículos sobre el ADR. Su entusiasmo es pedagógico. Transcribimos un fragmento: «Personally, about four months ago, I made the final moves to abandon my trial practice (which was already slanted toward settlement) to devote myself exclusively to a family law settlement practice. This means that I have unilaterally declared that I will not go to court in an adversarial matter. My practice is fun again!» (<https://abcfamilyblog.wordpress.com/2015/07/04/the-origins-of-collaborative-divorce-stu-webbs-letter>)

En 1990 creó el *American Institute of Collaborative Professionals*. Al inicio, solo eran cuatro abogados, pero al cabo de un tiempo se convirtió en la *International Academy of Collaborative Professionals* (IACP) para acoger profesionales de otros países, porque llovían las peticiones de ingreso. En el 2010 constaban más de 300 grupos de práctica colaborativa<sup>19</sup>. Han publicado unos *Standards and Ethics* [En adelante *Estándares*] que constituyen el material de referencia para la formación de profesionales colaborativos o las cuestiones éticas<sup>20</sup>.

Ha existido, asimismo, una progresiva implicación pública. En California se ofrecen servicios de derecho colaborativo desde 1993. En el 2000, el juez que preside la Sección de derecho de familia del TS de San Francisco estableció el departamento de derecho colaborativo (lo convirtió en una de las opciones *multidoor*). El proceso culminó con la *Uniform Collaborative Law Act* de 2009<sup>21</sup>, con precisiones en el 2010<sup>22</sup>, un modelo que integra clarificadoras *Rules* [en adelante UCLA-R]. A la hora de cerrar este texto, la han adoptado 20 estados y se discute en otros tres<sup>23</sup>.

Otros países siguen la estela. En el 2005, Canadá publicó un estudio de Julie MacFarlane<sup>24</sup>, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (dfc) : étude de cas qualitative*, que tras analizar pros y contras y fortalezas y debilidades, concluía con una relación de recomendaciones. En el 2006 el *Family Law Council* australiano presentó un informe («*Collaborative Practice in Family Law*»<sup>25</sup>) que repasaba experiencias norteamericanas y canadienses y sopesaba cómo implementarlo en el país. Y hoy ya no se circunscribe al territorio *common law*. Encontramos iniciativas parangonables en Francia, Suiza, Italia, Alemania, Países Bajos, Bélgica, Israel, Chequia o Austria. En España, el referente es la *Asociación vasca de derecho colaborativo* que goza del soporte institucional (y económico) del gobierno vasco<sup>26</sup> y hay otras asociaciones muy activas, como la madrileña. En Cataluña se constituyó en el 2017 la *Associació catalana de Dret Col·laboratiu* [ACDC], con el impulso del Departament de Justícia<sup>27</sup>.

---

<sup>19</sup> LANDE, John, «An Empirical Analysis of Collaborative Practice», *Family Court Review*, vol.49, 2011, pág.257.

<sup>20</sup> <https://www.collaborativepractice.com/sites/default/files/IACP%20Standards%20and%20Ethics%202018.pdf>

<sup>21</sup> Uniform Collaborative Law Rules and Uniform Collaborative Law Act <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-101210?CommunityKey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf&tab=librarydocuments> (en el documento consta la fecha de 24 abril 2020).

<sup>22</sup> BEREZC Deborah B.- TOWNE, Gail M., «The Uniform Collaborative Law Act. Michigan not left behind», *Michigan Bar Journal*, 2015, p.40 recuerdan que «Under the revised act, states are given the explicit option of limiting application of the rules/act to matters arising under the family laws of a state. To date, most states have only enacted the Uniform Collaborative Law Act in legislative form, and most limit it to family matters». En efecto, coexisten diferentes ámbitos/grados de implantación del derecho colaborativo.

<sup>23</sup> <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf>

<sup>24</sup> *Rapport de recherche: Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (dfc) : Étude de cas qualitative* [http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005\\_1/2005\\_1.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/2005_1.pdf)

<sup>25</sup> <http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/Collaborative%20Practice%20in%20Family%20Law.pdf>.

<sup>26</sup> <http://www.derechocolaborativo.es/>.

<sup>27</sup> Por ello, es preciso visibilizar el apoyo del director general de dret, Xavier Bernadí y el empuje non-stop de la presidenta de la ACDC, Montserrat Tur. Vid. web [www.dretcolaboratiu.cat](http://www.dretcolaboratiu.cat)

La ACDC se ha volcado en ofrecer formación siguiendo los *Estándares* de la IACP (vid. Apdo. VI)

La iniciativa de WEBB ha tenido un éxito que supera con creces las expectativas de su creador<sup>28</sup>. Su consolidación va ligada, también, a la implicación constante – incluso, en la mejor acepción del término, obstinada– de grupos de abogados coordinados que a partir de los *Estándares* organizan la formación y establecen criterios de supervisión y soporte, siempre deseosos de aparcar la beligerancia del foro. A día de hoy, en cualquier lugar del mundo, un grupo de abogados se proclama colaborativo y hace suyas esas directrices para desarrollar una formación y un modo de trabajar no adversarial. Al cabo de un tiempo, se adhieren a la IACP.

### III. PRINCIPIOS RECTORES Y COORDENADAS DE ACTUACIÓN

El derecho colaborativo participa de muchos rasgos comunes a la mayoría de ADR: la voluntariedad, el propósito de potenciar la capacidad decisoria de las partes, la atención a los intereses desplazando las posiciones, la confidencialidad. También la flexibilidad, si bien muchos ejercientes colaborativos –significativamente del ámbito francófono– defienden un proceso más estructurado/rígido, que en otros ADR (vid. apdo. IV). Como principios rectores se mencionan la buena fe, el trabajo en equipo desde la colaboración leal, la transparencia, el equilibrio, la equidad y la exclusión de los tribunales. Se definen como principios y como elementos tipificadores. Lo que está claro es que permiten individualizar el derecho colaborativo. Vamos a intentar desglosarlos, admitiendo que algunos apartados resultan permeables.

#### 3.1. Presupuesto: el consentimiento informado de los clientes

Se debe garantizar que los clientes opten por el procedimiento colaborativo con pleno conocimiento de sus características (colaboración leal, comunicación de información e imposibilidad, si la negociación fracasa, de seguir con sus abogados). De hecho, el abogado debe explicar en qué consiste el derecho colaborativo en relación con el conjunto de ADR, para garantizar que el cliente lo entiende y lo encuadra adecuadamente<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Lo apuntó FAIRMANN, Christopher, «A Proposed Model Rule for Collaborative Law», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol.21-2, 2005, pág.73, «With its meteoric ascension, in just fifteen years collaborative law has gone from an idea in the mind of a family law practitioner, burned out by the bitterness of his practice, to a virtual ADR movement with thousands of practitioners stretching across North America».

<sup>29</sup> Como ejemplo, el Protocolo de Buenas Prácticas del Consejo de derecho colaborativo de Massachusetts [*Protocols for best practices in collaborative family law, Massachusetts Collaborative law council* -revisado en junio.2015- en el apartado «Conferencia inicial entre el abogado y su cliente»] [<https://massclc.org/sites/default/files/sites/default/files/imce/Protocols%20for%20Best%20Collaborative%20Practice%20June%202015.pdf>] 1. Attorney will provide an overview of the dispute resolution options available, including Collaborative Law (CL), traditional negotiation, mediation, arbitration, and litigation. // 2. Attorney will inform prospective Client that the parties will suspend their right to use litigation in the CL process. // 3. Attorney will inform prospective Client of the relative risks and benefits of the CL process as they may pertain to the specific facts of the prospective Client's case. // 4. Attorney will explain each component of CL, as set forth in these Protocols and the model Collaborative Family Law Process Agreement (see Addendum), including that: a. The purpose of CL is to reach settlement of a dispute with dignity and

### 3.2. Negociación a cuatro y atendiendo a los intereses

Estamos ante una negociación, *ergo* el cliente ha de ser consciente de que no podrá obtener el 100% de lo que inicialmente pretendía. Como recuerda Pascual ORTUÑO, «para que el acuerdo sea un buen negocio para las dos partes, ambas tienen que sacar algún beneficio. El éxito está en el ‘equilibrio’»<sup>30</sup>. Además, es una negociación a partir de los *intereses reales* de las partes, que sus abogados habrán podido identificar, superando la rigidez de las *posiciones*. Como expone la UCLA-R, en un enfoque posicional de la negociación, las partes ven el proceso como un concurso que una parte ganará a expensas de la otra; por ello, a menudo asumen una posición inicial extrema y hacen pequeñas concesiones dentro de su rango de negociación predeterminado, generalmente como respuesta a concesiones o amenazas de la otra parte. Por el contrario, identificar y apostar por los intereses comporta satisfacer las necesidades reales de las partes en conflicto<sup>31</sup>. Es la mejor garantía de soluciones satisfactorias.

En el derecho colaborativo, los protagonistas reales son las partes, que deben implicarse desde el primer momento. Por eso se signa un contrato a cuatro. Ello no significa que en todo momento trabajen juntos (existen reuniones entre los abogados y también entre cada abogado y su cliente –vid. apdo IV-) pero sí que la construcción de los acuerdos se asienta en la participación de todos, sin olvidar nunca que son las partes las ‘titulares’ reales del conflicto (quienes viven con él...). El rol de las partes/clientes es de tal envergadura que un abogado

---

respect without litigation; b. Both Clients will engage Attorneys and a Coach (a mental health professional), as described in MCLC Membership Standards for Collaborative Practitioners, Sections 1 and 3, respectively; c. Attorneys are required to withdraw if either Client chooses to proceed with litigation; d. Complete and voluntary disclosure of all documents and facts relevant to reaching an agreement is required; e. Constructive and respectful communication is expected of all participants; 2 f. Each Client is expected to participate at scheduled meetings and to set goals, generate options, evaluate choices, and reach agreements and compromises; g. The focus is on Clients’ underlying needs and concerns, including those of the children, rather than the positions a Client may take; h. Transparency in the sharing of information and in honest and direct settlement discussions is a hallmark of CL; i. Attorney/Client privilege remains in effect in CL, but it does not negate the obligation of Client and his/her Attorney to share all relevant information in the CL process; j. Coach plays an integral role in the CL process as a neutral, who becomes informed about the Clients’ communication dynamics, facilitates the ongoing process, and manages emotional content throughout the process, k. Clients may jointly engage a Financial Professional (FP), as described in MCLC Membership Standards for Collaborative Practitioners, Section 2; l. Clients may jointly engage additional experts, such as a business valuator or real estate appraiser, as needed; and m. At the beginning of first Joint Meeting of Attorneys, Clients, and Coach, participants will sign the model Collaborative Family Law Process Agreement. // 5. Attorney will describe the fee structure and the various services that will be provided during the CL process».

<sup>30</sup> ORTUÑO, *Justicia sin jueces*, op.cit., pág. 63.

<sup>31</sup> UCLA-R, pág.2 y añade: «In contrast, parties who follow a problem-solving, or what is sometimes referred to as interest-based, approach to negotiation promoted by collaborative law view a dispute as the parties’ joint problem that needs to be solved (...) Under this approach, the negotiation process focuses on the parties’ underlying «needs, desires, concerns, and fears» and not only on the parties’ articulated positions. La referencia al libro de URY, William - FISHER, Roger- PATTON, Bruce, - *Obtenga el Sí: El Arte de Negociar sin ceder*, Ediciones Gestion 2000, 2011 –el vademécum de los ADR- es inevitable.

colaborativo debe suspender el proceso si estima que su cliente no está cualificado o no puede seguirlo...<sup>32</sup>. Son las partes las negociadoras *asistidas* (y remitimos al apdo.VII)

La negociación se asienta en los principios de la buena fe y la colaboración leal entre las partes, que no deforman ni ocultan información/documentación. Justamente, a principios de los 90 se debatió -un debate circunscrito al estado de Colorado- si el derecho colaborativo se adecuaba a los principios éticos de la abogacía dado que contestaba la imagen del abogado como celoso defensor de los intereses del cliente. La conclusión se puede leer, a día de hoy, como una relación de las bondades de la práctica colaborativa<sup>33</sup>.

### 3.3. La autoexclusión de los tribunales (la *disqualification*)

La prohibición de que los abogados representen a sus clientes en los tribunales es considerada, para la mayoría de los valedores del derecho colaborativo, la piedra angular de este ADR. Como apuntan EEKELAAR y MACLEAN, «The disqualification agreement appears to be perceived by many collaborative lawyers almost as an article of religious faith»<sup>34</sup>. Obviamente, la proscripción no afecta a las partes (restringiría su derecho a la tutela judicial efectiva), pero deben conocer esa posibilidad, de ahí la necesidad del consentimiento informado. Dado que la *ratio* de éxito del procedimiento es espectacular, esta consecuencia es, en la práctica, irrelevante: El *barreau* parisino cuantificaba en un 98 % los acuerdos alcanzados en procesos colaborativos<sup>35</sup>, ergo solo fracasa en un 2 % de los conflictos. Puede parecer una *ratio* exagerada -a interpretar pensando que los usuarios son proclives...-, pero incluso relativizándola, el fracaso se intuye residual.

La exclusión ha dado lugar a una discusión importante: ¿afecta también al resto de los abogados del despacho del abogado que ha intervenido en el proceso colaborativo? La UCLA-R así lo estima, con algunas precisiones. En la regulación belga (vid. *infra*) se excluyen. Solo lo apuntamos, porque es uno de los temas estrella en los próximos años.

<sup>32</sup> *Estándares*: «2.3 Effective Participation in Process. A Collaborative Professional must suspend the Collaborative Process or resign if the professional has a reasonable belief that a client is unable to effectively participate in the process».

<sup>33</sup> Vid. alcance del debate y superación en UCLA-R, pág. 15. Un análisis dubitativo del encaje entre el derecho colaborativo y las normas deontológicas existentes en FAIRMANN, *op.cit.* Analiza y reformula sus reflexiones uno de los máximos valedores del derecho colaborativo, LANDE (vid. LANDE, John, «Principles for Policymaking About Collaborative Law and Other ADR Processes», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol.22-3, 2007, págs. 619-706).

<sup>34</sup> EEKELAAR, John - MACLEAN, Mavis, *Family Justice. The Work of Family Judges in Uncertain Times*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pág.45. Como apuntaba el *Family Law Council Australia*, pág. 11, N. 2.8: «The disqualification clause acts as a strong disincentive for parties to terminate the collaborative process, because instructing new lawyers to litigate the matter is likely to be costly and time consuming. It also assists to reduce legal costs by eliminating the need for lawyers to undertake preparations for a trial that may never eventuate».

<sup>35</sup> «Sachez toutefois que le taux de réussite des négociations menées selon le processus collaboratif est de l'ordre de 98% .»: <http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>

### 3.4. La confidencialidad

Sabemos que la confidencialidad es uno de los beneficios de los ADR mejor valorados por los usuarios -lo avala cualquier reflexión sobre mediación<sup>36</sup>-. Es también el principio que requerirá, en los próximos años, un estudio más riguroso, para fijar adecuadamente contenido y excepciones, porque la multiplicación de ADR conlleva matices (como ejs., la coordinación parental no implica necesariamente confidencialidad y algún territorio ha abordado la *Open Mediation*<sup>37</sup>). En derecho colaborativo, se ha destacado la importancia de unos índices más estrictos -una confidencialidad cualificada- en relación con el deber derivado de los estándares de la profesión. La preocupación va ligada, en los parámetros americanos, a su relación con el funcionamiento de la prueba (*disclosure*) en el proceso, dado que aquí no existen unas reglas comunes/generales y, pese a ello, se aboga por la máxima transparencia y la máxima comunicación<sup>38</sup>. Los franceses también insisten en que el proceso es íntegramente confidencial y en la práctica estampillan los documentos compartidos -primera recomendación logística para los prácticos: disponer de un tampón que ponga 'droit collaboratif'- y determinan que se conserven en los despachos de los abogados respectivos<sup>39</sup>.

### 3.5. Equipos pluridisciplinares

Desde el inicio, un elemento característico de este ADR es la implicación de expertos que trabajan conjuntamente: los *teams* colaborativos. Pueden concurrir psicólogos, consejeros financieros, coaches, mediadores o incluso notarios en función del caso concreto. No contesta el rol de los abogados («los directores de orquesta»), sino que consolida la idea de negociación en equipo. Su protagonismo

---

<sup>36</sup> Así, CORVO LÓPEZ, Felisa M<sup>a</sup>, «El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2011 y VIOLA, Isabel, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», *IPD. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2010, n.11, UOC.

<sup>37</sup> Vid. LAUROBA, «Instrumentos...», *op.cit.*, págs. 29 (coordinador de parentalidad) y 14 (open Mediation).

<sup>38</sup> Vid. HOFFMAN, David. A. - SCHEPARD, Andrew, «To disclose or not to disclose? That is the Question in Collaborative Law», *Family Court Review*, vol.58 n.1, 2020, págs. 83-108.

<sup>39</sup> Una estupenda aproximación en la Carta de participación en el proceso colaborativo de los abogados belgas [[https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte\\_de\\_participation\\_droit\\_collaboratif.pdf](https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf)] cuyo art. 6 establece: *Confidentialité -Secret professionnel*. Sauf autre accord écrit entre parties : - Toutes les pièces communiquées dans le contexte du processus de droit collaboratif le seront exclusivement par le canal des conseils. Les pièces seront communiquées en copie et revêtues de la mention «confidentiel - droit collaboratif». Ces pièces seront strictement confidentielles et ne pourront en aucun cas être produites en dehors du processus de droit collaboratif; - Les conseils conserveront ces pièces à leur dossier et ne pourront en remettre copie à leur client qui pourra toutefois les consulter soit à leur cabinet, soit lors des réunions dans le contexte du processus de droit collaboratif.// La teneur des négociations est confidentielle et les parties s'interdisent d'en faire état et de produire les écrits communiqués dans le contexte du processus à l'exception des ententes signées qui, dès leur signature, revêtent un caractère officiel.// Les documents, informations, rapports éventuels afférents à l'intervention de tiers spécialisés dans le contexte du processus sont également couverts par la confidentialité, sauf autre accord écrit des parties.// Par ailleurs, les parties ne peuvent pas solliciter de la part des avocats ou des tiers intervenus dans le contexte du processus, un quelconque témoignage quant à des éléments se rapportant directement ou indirectement au processus (...)

es tal que los *Estándares* incorporan pautas específicas para ellos (visualizando a un tiempo su protagonismo y la necesidad de modelarlos como profesionales colaborativos)<sup>40</sup>.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO

Otro rasgo general de los ADR es la flexibilidad, referida tanto al procedimiento como a la miríada de soluciones adoptables (a menudo ni siquiera intuidas al inicio del proceso). Sin embargo, en el procedimiento colaborativo, la ductilidad se matiza. Para algunos expertos -significativamente francófonos-, es precisa una ajustada ordenación de etapas. Como muestra (la más extremada), BOUDART distingue diez: 1. Primer encuentro con el cliente 2. Primer encuentro entre los abogados 3. Reunión de preparación con el cliente 4. Reunión de los abogados previa a la primera sesión plenaria. 5. Primer encuentro plenario 6. Los *débriefings* [a caballo entre reunión/ interrogatorio] con el cliente y entre los abogados 7. Las reuniones posteriores de preparación con el cliente. 8. Los encuentros de ordenación/construcción subsiguientes 9. La redacción de los acuerdos. 10. La clausura y finalización del proceso<sup>41</sup>. Lo reproducimos porque visibiliza cómo algunos grupos despliegan una visión cartesiana que contrasta con otras iniciativas. Otros profesionales franceses, más parcos, insisten sobre todo en el primer encuentro a cuatro en que se firma el contrato colaborativo, se abordan las preocupaciones inmediatas y se fijan las fechas de los próximos encuentros y las tareas a desarrollar entre los intervalos<sup>42</sup>.

Lo que se advierte repetidamente es que las reuniones a cuatro -claves para definir el proceso- se completan con reuniones previas a dos (cliente/abogado y abogados entre sí) dirigidas a su preparación y frecuentemente con reuniones *a posteriori* para fijar lo acordado, a menudo en un acta sujeta a la aprobación común. En las sesiones de formación, los expertos insisten en esa secuencia desde la obsesión (creemos), por evitar actuaciones improvisadas de los abogados al sentarse todos alrededor a la mesa. Ahora bien, si examinamos los *Estándares* y las pautas de

---

<sup>40</sup> El apartado *Minimum Standards for Collaborative Practitioners* (págs. 14-18) distingue entre estándares mínimos de los abogados [*IACP Minimum Standards for Collaborative Lawyer Practitioners*]; de los profesionales en salud mental [*IACP Minimum Standards for Collaborative Mental Health Practitioners*] y de los expertos financieros [*IACP Minimum Standards for Collaborative Financial Practitioners*]. Y en formación, contempla los *Introductory Interdisciplinary Collaborative Practice Trainings*.

<sup>41</sup> BOUDART, *Droit collaboratif*, *ob.cit.*, págs. 151-238.

<sup>42</sup> La Orden de los abogados de París explica sucintamente que « La négociation en droit collaboratif se déroule en plusieurs étapes, prédéfinies aux termes du contrat, les avocats signataires ayant le rôle d'encadrer les étapes de la négociation », esto es, permite a los abogados diseñar la secuencia de trabajo (aunque en la praxis no se aleja de la propuesta rígida vista en el texto) <http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>. Como último ejemplo, sin compartimentación estricta: « Les étapes du processus collaboratif sont les suivantes : 1. Exposé de son récit par chacune des parties : « le pourquoi ? » de l'origine et de la nature du différend // 2. Identification des intérêts, besoins, valeurs et moteurs de chaque partie // 3. Mise en évidence des éléments objectifs // 4. Recherche des différentes options possibles, exploration du « champ » des possibles qui est plus vaste qu'on ne l'imagine // 5. Elaboration des offres // 6. Rédaction de l'accord » <https://www.graeve-avocats.fr/expertises/modes-alternatifs-de-reglement-des-differends/>.

la UCLA-R, la atención es mucho más laxa en otros territorios (en el fondo, la constatación de otra filosofía en cuanto a estructuras formales)<sup>43</sup>.

## V. UN PASO DE GIGANTE: LA REFORMA DEL *CODE JUDICIAIRE BELGA*

Bélgica incorpora el derecho colaborativo en los arts. 1738-1747 del *Code Judiciaire* [CJB] con la ley de 18 de junio del 2018 (en vigor desde 1 enero 2019)<sup>44</sup>. Es una apuesta que trae causa, creemos, del temprano conocimiento de la abogacía belga de la figura. La regulación se focaliza en el abogado colaborativo, pese a que comienza definiendo el ADR (art. 1738 §1er):

«Lorsque les parties sont assistées par un avocat collaboratif visé à l'article 1739 du Code judiciaire, les litiges mentionnés à l'article 1724 du même Code, peuvent faire l'objet d'un processus de droit collaboratif, c'est-à-dire un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable »

Sucintamente, identificamos los principios: voluntariedad, confidencialidad, negociación conjunta y mandato circunscrito a dicho procedimiento («*restreint*»). Ex art. 1739 §1er, «Seuls les avocats collaboratifs peuvent pratiquer le droit collaboratif»: puede parecer una tautología, pero dota a la etiqueta 'colaborativo' de contenido técnico. Y lo acota el art. 1739 §2, al definirlos como los abogados inscritos en un listado que fijan los colegios de abogados francófonos, valones o del ámbito alemán. Una comisión paritaria de los Colegios profesionales de los diferentes territorios decide los requisitos de formación, acceso al listado etc.<sup>45</sup>. Estamos, pues, ante la 'institucionalización' y el control público -los colegios profesionales- de la condición de abogado colaborativo.

Los siguientes artículos fijan cómo insertar el derecho colaborativo en el proceso jurisdiccional -lo que muestra que se piensa no solo en el ADR previo [autónomo], sino en el ADR «intrajudicial». Las partes pueden solicitar al juez acudir a un procedimiento colaborativo -esto es, pese a haberse iniciado el proceso, ponerlo en *stand-by* mientras negocian colaborativamente-<sup>46</sup>. Se regula el «protocolo de dere-

---

<sup>43</sup> Vid. En los Estándares, apartados II [Comencing the collaborative process, págs.9-10], III [The Collaborative process, págs.10-14, en realidad no una ordenación por fases, sino destacar, one more time, la buena fe, la transparencia y la intervención de otros profesionales] y IV [Conclusion of the Collaborative Process, págs. 14-15].

<sup>44</sup> Para toda la exposición, óptima, BOUDART, *Droit collaboratif*, cit.

<sup>45</sup> « ... Seuls les avocats ayant suivi une formation spéciale, ayant reçu l'agrément exigé d'avocat collaboratif, et ayant souscrit au règlement des avocats collaboratifs, peuvent figurer sur cette liste. // L'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies, établissent une commission paritaire commune laquelle détermine les conditions relatives à la formation spécifique, à la formation permanente, à l'agrément exigé, aux garanties en matière de négociation de droit collaboratif et au règlement qui s'applique aux avocats collaboratifs.

<sup>46</sup> Art. 1740. Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure, et ainsi qu'en référé, le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties et après avoir entendu celles-ci quant à la mesure envisagée, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré leur ordonner d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif. L'article 1734 § 1er, alinéa 1er, s'applique par analogi.

cho colaborativo» (art. 1741 §1er) que comprende –además de varios elementos del art. 1731 §2 (de nuevo, mediación)- las coordinadas de los abogados colaborativos (1º); el principio de que las partes deben comunicar todos los documentos e informaciones útiles para resolver el litigio y colaborar de manera leal en la negociación colaborativa (2º); el compromiso de las partes de no interponer o continuar el procedimiento contencioso durante el período de negociación colaborativa (3º); la provisión decidida por las partes de los costes ligados al derecho colaborativo, con exclusión de los gastos y los honorarios de los abogados colaborativos (4º) y la exclusión obligatoria de los abogados colaborativos en caso de fracaso en las negociaciones (5º).

La firma del protocolo de derecho colaborativo suspende el término de prescripción durante la negociación colaborativa (art. 1741 § 2)<sup>47</sup>. Asimismo, cualquier parte puede poner fin al procedimiento cuando lo decida, sin perjuicio (art. 1742 §1er); cabe la sustitución de un abogado colaborativo por otro (art. 1742 §2) y que un abogado colaborativo aconseje a una o más partes en ese contexto, siempre que no haya conflicto de intereses (art. 1743 §1er). El abogado colaborativo recibe de su cliente un mandato escrito y exclusivo, circunscrito a la ayuda y asesoramiento en ese proceso colaborativo dirigido a obtener un acuerdo negociado (art. 1743 §2). Se prescribe sin excepciones que no podrá intervenir en el proceso ulterior. La exclusión –uno de los aspectos más debatidos- afecta a cualquier abogado de su despacho, incluidas las personas en prácticas/ becarios... (art. 1743 §3)<sup>48</sup>. Se recoge la intervención de expertos que darán un asesoramiento neutro y objetivo, confidencial y orientado a facilitar esa solución amigable<sup>49</sup>: deberán identificarse en un anexo del protocolo. La ley insiste –pues ya se ha explicitado en el protocolo- en el deber de las partes de poner en común la documentación relativa al conflicto y de actuar lealmente (art. 1745)<sup>50</sup>. Cuando las partes alcanzan un acuerdo (total o parcial, provisional o definitivo) los abogados colaborativos lo plasman en un acuerdo de derecho colaborativo (art. 1746 §1er –cuyo contenido se detalla en el art. 1746 §2)<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> El último apartado explica cómo se pone fin a dicha suspensión § 3. Sauf autre accord contraire écrit entre les parties, la suspension du délai de prescription prend fin un mois après la notification : - par l'avocat collaboratif de la volonté de son client de mettre un terme à la négociation collaborative; - par l'avocat collaboratif de la fin de son intervention; - de l'avis d'une partie de mettre un terme à l'intervention de son avocat collaboratif. // La notification est faite par envoi recommandé (...)

<sup>48</sup> 1743. § 3. Si l'une des parties se retire du processus de droit collaboratif ou si le processus de droit collaboratif se termine, avec ou sans accord, les avocats collaboratifs sont tenus de mettre fin à leur intervention et ne peuvent plus intervenir dans une procédure contentieuse opposant les mêmes parties dans le contexte du litige ayant fait l'objet du droit collaboratif. Il en va de même de tout avocat faisant partie de leur cabinet, en ce compris les collaborateurs et stagiaires internes ou externes.

<sup>49</sup> Art. 1744 § 1er. Dans le contexte du droit collaboratif, il peut être fait appel à un ou plusieurs experts pour rapport, avis et conseil neutre et objectif. L'avis de l'expert est confidentiel et destiné exclusivement à faciliter la recherche d'une solution amiable. L'expert ne se prononce en aucun cas sur le litige qui fait l'objet de la négociation collaborative.

<sup>50</sup> Ex art. 1745 § 1er. Les parties communiquent tous les documents et informations utiles à la résolution du litige et participent de manière loyale aux négociations collaboratives. // § 2. Les parties peuvent déterminer dans le protocole de droit collaboratif, la manière dont cette obligation sera réalisée.

<sup>51</sup> Para completar la aproximación, la clarificadora *Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif*. [[https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte\\_de\\_participation\\_droit\\_collaboratif.pdf](https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf)]

## VI. UNA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE CALIDAD

Todavía -2020- en los congresos o jornadas sobre mediación dirigidos a la abogacía se oyen frases del tipo «esto es algo que los abogados llevamos haciendo desde siempre, somos negociadores natos etc.». Es un error común, pero no desterrado del imaginario de muchos profesionales. Lo menciono porque es de temer que este tipo de afirmaciones aparezcan, agravadas, en relación con el derecho colaborativo. Finalmente, en este ADR los abogados actúan implementando las habilidades que les son propias, ergo... No obstante, desde el principio pareció evidente que los abogados colaborativos debían contar con una formación *ad hoc*, que los grupos modelan con notable autonomía, aunque de acuerdo con los *Estándares* de la IAPC<sup>52</sup>. Son los propios abogados colaborativos quienes defienden la necesidad de mecanismos de acreditación. Aquí nos centraremos en la formación como tal, aunque a menudo se demandan algunos años de ejercicio efectivo.

No se trata de una formación de larga duración. Ha de centrarse en los entresijos del proceso, en las habilidades del profesional colaborativo, en las connotaciones éticas y en las peculiaridades de trabajar en equipo. A partir de aquí, la autonomía de los grupos que configuran la formación conlleva iniciativas semejantes en lo nuclear, pero al mismo tiempo con singularidades. Dos ejemplos: el Barreau de París propone una formación de 2 x 2 días con el siguiente contenido: 1. Estructura del conflicto. Herramientas de comunicación (programación neurolingüística [PNL] y comunicación no violenta [CNV]), tipos de negociación y de negociador y la elaboración de un dossier con el método del derecho colaborativo<sup>53</sup>. La ACDC ha estructurado la formación –de momento dos ediciones, prevista una tercera el primer trimestre del 2021- en tres bloques de día y medio y un cuarto de un día<sup>54</sup>. Los tres primeros atienden, tras una muy breve introducción al universo ADR –taxonomía y principios-, a la relación entre los integrantes del proceso (las competencias

---

[collaboratif.pdf](#)] Article 1: Objet de la présente charte; Article 2: Définition; Article 3: Préliminaires; Article 4: Rôle et engagements des avocats; Article 5: Droits et obligations durant le processus; Article 6: Confidentialité – Secret professionnel; Article 7: Intervention de tiers; Article 8: Succession de conseil durant le processus; Article 9: Fin et retrait du processus; Article 10: Ententes; Article 11: Obligation de formation de l’avocat collaboratif.

<sup>52</sup> Estándares: *Minimum Standards for Collaborative Practitioners* delineates essential training, licensure, and experience for professionals (págs.19-23). Nos permitimos reproducir los skills en que deben formarse (pág. 20): (b) Skills Required for the Collaborative Practice Professional. The training will include the following subjects concerning skills: (1) The professional’s responsibility to maintain a safe and productive environment for all; (2) The professional’s responsibility to educate clients how to engage in productive behavior; (3) The impact of professional language and modeling behavior to improve the clients’ ability to effectively participate in the Collaborative Practice process; (4) The professional’s duty to assist the client in developing effective communication skills to enhance the prospects for reaching agreements during the Collaborative Practice process and in the future; (5) The professional’s ability to effectively assess the capacity of the client for effective participation in the Collaborative Practice process; (6) The professional’s awareness of power dynamics and imbalances that may exist in the Collaborative Practice process, the impact on the process, and how the professionals can address such issues; and (7) The professional’s awareness of the need for assessment of coercive and violent relationships».

<sup>53</sup> <https://www.cnb.avocat.fr/fr/formation-au-droit-collaboratif>

<sup>54</sup> En total se han formado hasta ahora unos 40 abogados. Se ha contado con el soporte de la Universidad de Barcelona, que ha facilitado la logística (y específicamente la Fundación Univ.Agustí Pedro i Pons).

de los abogados colaborativos y la gestión de las emociones de las partes/clientes) y al desarrollo del procedimiento colaborativo –mediante dinámicos *role plays*-. La última sesión, una jornada completa, ensaya negociación cualificada con metodología Harvard. Paralelamente, dado que la formación continuada es una consigna internacional se han ofrecido cápsulas formativas con una cierta voluntad disruptiva, para mejorar competencias concretas<sup>55</sup>.

## VII. DERECHO COLABORATIVO Y NEGOCIACIÓN ASISTIDA ¿ESPECIE Y GÉNERO?

Aunque en abstracto el derecho colaborativo tiene un perímetro acotado, es evidente que se inscribe en la noción de «negociación asistida», concepto que sobrevuela muchas reflexiones sobre los ADR, con autonomía propia, o como soporte/fundamento de otras construcciones. No es casual que Pascual ORTUÑO, en su indispensable monografía *Justicia sin jueces*, aborde la negociación asistida en el capítulo que antecede a la relación de institutos posibles<sup>56</sup>. Frecuentemente la mediación se define como una «negociación asistida»<sup>57</sup>, porque es una negociación en que el tercero *asiste* –un juego de palabras que de tan fácil casi es inquietante-. Pero el término *asistir* también integra esa negociación en que las partes negociadoras – y protagonistas-, son asistidas por otras personas, en este caso sus abogados. Tenemos, pues, partes que negocian *asistidamente*.

La negociación *asistida* subyace en la filosofía de los ADR: partes empoderadas y triunfo de la autonomía. Se incardina en la noción de la «justicia participativa», un concepto consolidado en países como Canadá o Francia que merecería un capítulo propio. Aquí queremos mencionar las experiencias francesa e italiana, explícitamente calificadas de ‘negociación asistida’: tienen in mente el *collaborative law*, el ADR que presentamos aquí, sin ser derecho colaborativo en puridad.

En Francia, la «loi Béteille»<sup>58</sup> incorporó un proceso calificado de participativo en los arts. 2062-2068 Código civil (CCF), desde el 2010.<sup>59</sup> La reforma partía de un Informe de la *Commission Guinchard* (2008), con un título elocuente: *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée* [*apaisée*, apaciguada/apaciguante...]. La Recomendación 47 proponía crear un procedimiento de gestión amable de los conflictos: esa «procédure participative de négociation assistée par avocat». El procedimiento se ubicó tras los Títulos XV, *Des transactions* (arts. 2044-2058) y XVI: *Du compromis* (arts. 2059-2061) –y atribuyéndole naturaleza contractual-. Ex art. 2062 (en la redacción primera/inicial):

<sup>55</sup> En concreto sobre «Inteligencia colectiva», «DISC», «Lego Serious Play» o «Conversaciones difíciles». En un futuro inmediato, el reto es formación en PNL.

<sup>56</sup> ORTUÑO, *Justicia sin jueces*, *op.cit.*, págs.58-70.

<sup>57</sup> <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-61/4086-la-mediacion-una-negociacion-asistida-alternativa-a-la-jurisdccion>

<sup>58</sup> Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l’exécution des décisions de justice, aux conditions d’exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires] JO 23.12.2010. Vid. LARRIBEAU-TERNEYRE, Virginie, «Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative)», *Droit de famille*, 2012, pág.16).

<sup>59</sup> Debemos recalcar la inclusión en el CCF, si bien (art. 2068), las cuestiones procedimentales se regulan en la ley *ad hoc* (ergo debe leerse en conjunción con el Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution aimable des différends, que modifica la Ley de procedimiento civil).

« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend [\*\*\*]

Cette convention est conclue pour une durée déterminée».

Esta fue una presentación magnífica, que -desde la voluntad de anudar a la nueva gestión de la justicia- se completa por la ley 2016-1547 de 18.noviembre.2016, de modernización de la justicia, con una precisión al final del primer párrafo [\*\*\*]: «... de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou a la mise en état de leur litige». De este modo, cabe recurrir al procedimiento incluso si se está en sede jurisdiccional. Las partes deciden privatizar entonces su litigio: quizás el último esfuerzo para empoderarlas aunque implique -creemos- desnaturalizar los objetivos de la primera ley del 2010<sup>60</sup>.

La regulación del CCF no puede considerarse 'derecho colaborativo' *stricto sensu*<sup>61</sup>. Como mucho, es una *transposición edulcorada*<sup>62</sup> porque si los abogados no llegan a un acuerdo, pueden actuar en los tribunales: sólo tienen vedado el acceso durante el procedimiento (art. 2065 CCF); además, no integra la concepción de la confidencialidad del derecho colaborativo vista *supra*<sup>63</sup>. Si las partes llegan a un acuerdo, pueden presentarlo al juez para su homologación; si fracasan, no han de recurrir a conciliación o a mediación<sup>64</sup> y el procedimiento judicial se acelera. Nos

<sup>60</sup> REVERCHON-BILLOT, M., «Le modèle civiliste de justice alternative», 2018, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02098398/document>, pág.9 [imprescindible].

<sup>61</sup> Lo que no obsta para que, en los debates sobre la mejora de la justicia, el derecho colaborativo aparezca con respeto. El Informe Delmas-Goyon (entregado en diciembre 2013 al Ministro de Justicia con el sugerente título «Le juge du 21ème siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice»). [[http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport\\_dg\\_2013.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf)] se felicitaba de las iniciativas en este ámbito del barreau de París (pág.63) porque «Ils encouragent et amplifient le développement du processus collaboratif, notamment en matière familiale, auquel un millier d'avocats environ ont déjà été formés. Ce processus représente la forme la plus achevée de recherche d'une résolution amiable d'un conflit puisque, mettant en oeuvre la pratique de la négociation raisonnée, qui se distingue de la négociation de position, il suppose la renonciation à saisir le juge pendant toute sa durée et que, en cas d'échec, à vrai dire très rare, les avocats s'interdisent d'assister et de représenter leur client lors d'une action en justice». Prueba esa existencia paralela de los dos instrumentos, sin consecuencias...

<sup>62</sup> Como se ha hecho notar, <https://adpci.org/de-quoi-sagit-il/procedure-participative/> este procedimiento «est souvent confondue à tort avec le droit collaboratif de par sa dénomination parce qu'elle s'en inspire mais elle s'en éloigne en ce qu'elle constitue simplement un préalable judiciaire avec l'abandon des grands principes de droit collaboratif».

<sup>63</sup> Como apunta REVERCHON-BILLOT, *op.cit.*, pág.10 : «Dans le système collaboratif, aucun des documents échangés dans le cadre du processus et couverts par la confidentialité ne pourra être produit dans le cadre d'un contentieux judiciaire. Rien de tel dans la procédure participative ; bien au contraire. Dès lors qu'elle peut avoir pour finalité la mise en état du litige, il est évident que les éléments recueillis dans ce cadre ont vocation à être utilisés dans la phase contentieuse».

<sup>64</sup> Art. 2066 : Les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge. // Lorsque, faute de parvenir à un accord au terme de la convention, les parties soumettent leur litige au juge, elles sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue.

interesa destacar la atención concedida, pese a encorsetamientos y garantías, a la negociación, pero está clara su conexión con las servidumbres de la jurisdicción. En algún momento, el estudioso tiene la sospecha de que esta figura interesó porque permitía escenificar el protagonismo de la abogacía en algún ADR.<sup>65</sup> Y la reforma del 2016, sin menguar formalmente la *civilidad* del instituto, lo hace muy próximo a coordinadas procesalistas<sup>66</sup>.

Por su parte, Italia incorpora la negociación asistida a partir de la ley 162/14, de 10 noviembre 2014, circunscrita a unos supuestos y comparándola/deslindándola del *collaborative law* y de la fórmula francesa<sup>67</sup>. La presentación procura varias pistas:

Art. 2. [Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati]. 1. La convenzione di negoziazione assistita a *uno o più avvocati* è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati all'albo anche ai sensi dell' articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n.96. (...)

2. La convenzione di negoziazione debe precisare:

- a) Il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiori a un mese e non superiori a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti;
- b) l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibile o vetere in materia di diritto di lavoro. (...).

Baste destacar cuatro aspectos: la participación de las partes, de modo no delegado sino personal; el deber de actuar con lealtad y buena fe, la acotación del objeto y la duración<sup>68</sup>.

Dicho esto, lo que resulta incontrovertido es la institucionalización normativa de una negociación con premisas colaborativas, incluso si soslayan principios del derecho colaborativo *stricto sensu*. Por ello, y regresando al *common law*, encontramos estados americanos que optan por el *cooperative law*, un ADR asimilado en todo al colaborativo excepto en el *disqualification agreement*. De momento su implantación es mínima, pero existe: 'derecho cooperativo'. Constituye una prueba más de que el

<sup>65</sup> Y la ley añade un nuevo párrafo al art. 4 Loi n° 71-1130, *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*: «Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil».

<sup>66</sup> Ciertamente, Francia está multiplicando los esfuerzos para conciliar los dos ámbitos (también y por ello queremos mencionar, sin poder abordarla, la Loi n. 2019-222, de 23.3.2019). No hay que olvidar que la justicia *multi-door* tiene su unidad distributiva en los juzgados... pero eso puede ser incluso contraproducente... aunque quizás la respuesta es más sencilla: no coexistencia, sino secuencia.

<sup>67</sup> Vid. BONA, Marco, *La negoziazione assistita nei sinistri stradali. Come districarci tra negoziazione assistita, mediazione, procedure liquidative e conciliazioni in giudizio nelle controversie per sonno alla persona*, Maggioli Editore, 2015; también FACCINI, Giulia- FISSORE, Alesandra -NEGGAR, Magda, *Negotiazione assistita e conflitti familiari. Istruzione per l'uso*, Ed. Key, 2014. Para situar la implicación de los tribunales, [http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D\\_8499.pdf](http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D_8499.pdf).

<sup>68</sup> Inicialmente incorporaba supuestos obligatorios y facultativos, vid. FACCHINI-FISSORE-NEGGAR, *op.cit.*, pág. 20. Una reciente sentencia del Tribunal de Verona (16.enero.2020), a partir de la interpretación de la STJUE de 14.junio.2017, contesta la obligatoriedad. Dará juego...

universo ADR se halla en un estado de ebullición permanente. Y, sobre todo, demuestra que el fundamento último de la gestión de los conflictos pasa, a día de hoy, por la negociación, con todas las guarniciones posibles.

### VIII. UN APUNTE TRAS LA/S PANDEMIA/S: ABOGADOS COLABORATIVOS MÁS ALLÁ DEL ADR ESTRICTO

Pascual ORTUÑO, en *Justicia sin jueces* -de nuevo el texto imprescindible para entender dónde estamos-, dedica un capítulo a la *abogacía colaborativa*<sup>69</sup>:

«...podemos definir la ‘abogacía colaborativa’ como el ejercicio de las funciones propias del abogado focalizadas fundamentalmente en el asesoramiento legal y en la gestión de la solución de conflictos desde una actividad constructiva, pacificadora y esencialmente no litigante (...) La idea fundamental que inspira esta tendencia es que los servicios que, como profesionales de la abogacía, ofrecen a los ciudadanos se caracterizan por la priorización de la negociación positiva. En algunos casos se formaliza la renuncia del abogado o de su equipo a continuar con el asunto si, en un momento determinado, se constata que el acuerdo no será posible y el cliente opta por emprender la vía contenciosa ante los tribunales de justicia»<sup>70</sup>.

Va más allá del derecho colaborativo *stricto sensu*, desde el momento que dice «en algunos casos se formaliza la renuncia...» (*ergo* no siempre). Él lo identifica con ese abogado que despliega -vale la pena repetirlo- «una actividad constructiva, pacificadora y esencialmente no litigante». En otras palabras, ese abogado que entiende que hay que «cooperar como estrategia»<sup>71</sup>. Estamos ante un abogado *peacemaker*, adjetivo que destacó Abraham LINCOLN y por ello muy del gusto de la abogacía norteamericana<sup>72</sup>. Hoy -2020- no se corresponde con la imagen displicente del abogado *kumbayá*<sup>73</sup> sino que define al abogado que gestiona con inteligencia el conflicto de su cliente identificando qué precisa realmente y orillando la confrontación adversarial<sup>74</sup>. Ese es el tipo de abogado que deberán formar muy pronto nuestras facultades de derecho.

Repetidamente se afirma que la mediación es, además de un ADR concreto, una metodología. Adaptamos esta afirmación para concluir que en una época de multiplicación desorbitada de litigios, los abogados habrán de adquirir y ejercitar competencias colaborativas (más allá, incluso, del ADR que hemos presentado aquí). En slogan pseudopublicitario pero irrefutable: *serán colaborativos o no serán*.

---

<sup>69</sup> ORTUÑO, *op.cit.*, pág. 270.

<sup>70</sup> ORTUÑO, *op.cit.*, pág. 278.

<sup>71</sup> FAJARDO, Paulino, *Cooperar como estrategia. Mediación de conflictos empresariales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

<sup>72</sup> *Notes for a law lecture*. <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm> «Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser – in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man». No es casual que lo recuerde la UCLA-R, pág.12.

<sup>73</sup> BUENO OCHOA, «Cruce y descruce...», *op.cit.*, pág.117, recoge una afirmación de Noel Doherty, ‘el abogado colaborativo no es una ONG sino un prestador de servicios *premium*’.

<sup>74</sup> HOFFMANN, David, «Lawyers as Peacemakers. Really?!? Yes, Really», en MOSTEN, Forrest S. - CORDOVER, Adam B. (eds.), *Building a Successful Collaborative Family Law Practice*, ABA Book Publishing, 2019.

# **IMPACTO DEL COVID-19 EN EL DERECHO. SISTEMA DE AUTOCOMPOSICIÓN Y PRUEBA**

MARÍA CRISTINA DI PIETRO  
Profesora Titular Solución de Conflictos UCC

## **SUMARIO:**

I. INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS Y SU EFECTIVIZACIÓN AUTÓNOMA EN TIEMPOS DE AUTOCOMPOSICIÓN. II. NUEVAS (RENOVADAS) FORMAS JURÍDICAS HACIA PROCESOS ÁGILES. III. LA MEDIACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL COMO OPERATIVA DE DERECHOS Y DE PRUEBAS ÁGILES. 3.1. Mediación Jurídica. 3.2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos. IV. VIRTUALIDAD Y NUEVA PRAXIS DEL ABOGADO: PERSPECTIVAS PROBATORIAS. 4.1. Abogados en el sistema de autocomposición. 4.2. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado. V. EL CONSENSO SUPERADOR: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS.

## **I. INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS Y SU EFECTIVIZACIÓN AUTÓNOMA EN TIEMPOS DE AUTOCOMPOSICIÓN**

Entre la incertidumbre y la complejidad que nos plantea un virus como el Covid-19, que ha mostrado la envergadura y velocidad de la mundialidad; que puede elegirnos sin que hayamos decidido participar en el juego de repartos de supervivencia social, dos parecen haber sido las ciencias elegidas para probar la vulnerabilidad humana: la medicina expuesta al máximo rigor para salvar vidas y el derecho relegado al estupor.

Derechos sin tutelar; suspensión de tutelas efectivas; pálidas soluciones de emergencia y difusas... una praxis jurídica temerosa de actuar posicionada ante el rigor y exigencia de la seguridad jurídica; principio base en el entrecruce de defensas de derecho, que va cediendo ahora su prioritario lugar en el ranking.

Sin embargo, parece no ser ésta una novedad histórica. Toda multiplicación de epidemias a lo largo de la historia se encuentra atravesada por un patrón común: el eclipse del estado en directa relación con el combate de la peste, provocando el surgimiento de organizaciones civiles, nuevos actores luchando desesperadamente por salvar las deficiencias institucionales y combatir la peste. (Vg. viruela, sarampión, la -mal llamada- gripe española de 1918, la peste negra, el VIH)

Ante la aparición de un inédito estrago, el S. XXI embriagado de una modernidad tecnológica, demanda redimensionar y redefinir qué alcance tiene la tutela

extrajudicial de los derechos. Qué alcance le otorgan las partes y los abogados que pretendemos tutelarlos. Porque las reformas estructurales seguramente vendrán.

Entender también la magnitud y la oportunidad del cambio en el escenario jurídico. Considerar si volveremos sobre nuestros pasos después de otra histórica experiencia de vulnerabilidad, desde todo aspecto: salud, libertad, derechos, ya que no es imaginable retornar a lo que teníamos pre Covid-19 como praxis jurídica. Luego de tan prolongado tiempo de suspensión en la protección y tutela de derechos, de aplicación difusa, con imposibilidad de ejercerlos, el sistema de justicia manifiesta necesidad de adecuarse más allá de las soluciones de emergencia.

Para que haya una nueva visión del Derecho necesitamos una nueva visión de abogado. Un renovado enfoque en su perfil y función. Para posibilitar que sea artífice de la efectivización autónoma de los derechos en tiempos de autocomposición, es decir de creación de la norma particular, desde los propios involucrados dentro de los derechos disponibles y con los alcances que la legislación local determine, para que no vuelvan a permanecer suspendidos, teóricos e indefensos en situaciones de shock jurídico judicial.

El Derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas creen que es<sup>1</sup>. Esta aseveración puede parecer tan provocativa como el paradigma que vivimos. Es que, más ahora que nunca el Derecho será el artífice de soluciones integrales. Entendido desde la complejidad y la incertidumbre como elemento desestabilizante pero también comprensivo de la oportunidad de participación de los propios involucrados sujetos de derecho. De duda e inseguridad y sin disyunción entre los contrapuestos para observar, aunque sea observar cómo se compone el todo -no simplemente una parte, una porción de una realidad- desde esos opuestos, es decir desde quienes manifiestan tener razón. Si todos argumentan tenerla, es lógico pensar que entonces, están de acuerdo<sup>2</sup>; pudiendo buscar así, la forma particular de efectivizarlo; y para ello nada mejor que las formas jurídicas integrales diseñadas por los abogados.

La tendencia doctrinaria para la construcción de modelos y sistemas de justicia, considera que el ámbito dirimente en la administración judicial sólo debe estar al servicio de conflictos que, bajo ningún concepto, pudieron componerse en una instancia autocompositiva anterior. Debiéndose insistir en el logro de consensos mínimos aún durante el juicio e incluso luego de la decisión judicial.

Esta concepción central y opuesta a la regente en el siglo XX, es la reflejada en los programas de administración de justicia de estados modernos: el ciudadano como formador de decisión, con nuevas obligaciones instrumentales y procesales; teniendo a su cargo la solución primaria, la propuesta de solución del problema que plantea; sin perjuicio de la ulterior posibilidad de intervención del juez natural<sup>3</sup>. Ya que replicando el mundo jurídico en su multidimensión resulta «más im-

---

<sup>1</sup> VILAJOSANA, JOSEP M, *El Derecho en acción. -La dimensión social de las normas jurídicas-* Colección Filosofía y Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, Pág. 204.

<sup>2</sup> SCHELLIN, THOMAS C, *La estrategia del conflicto*, Traducción de Adolfo Martín, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.

<sup>3</sup> Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali? svoltosi il 24.4.2020. Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza Italia - Mediterranei Mediatori - ONLUS - Cuemyc, España.

portante que el derecho vigente, el derecho viviente. Es decir, la mentalidad de los operadores jurídicos que tienen que aplicar el derecho vigente»<sup>4</sup>.

La pandemia nos coloca en situaciones de urgencias socio-jurídicas impostergables. Luego del riesgo de vida y como próxima, se sitúa la urgencia en la atención de los derechos de la salud, de género, familiares, del trabajo, contractuales civiles y de consumo. De responsabilidad interindividual tanto como del Estado, sus organismos en atención a las imprevisiones, acción o inacción de sus funcionarios; indebidas restricciones a la libertad; excarcelaciones cuestionables. En suma, la acción del Derecho -en general- se encontró por largo tiempo en stand by; aunque visible en el escenario conflictivo a la espera de la re-apertura de los tribunales y de la superación de restricciones impuestas a los abogados, en muchas zonas y en variados casos sin fundamento. Remedios nuevos para conflictos nuevos y también viejos. Ya que no se percibió protección judicial en muchas jurisdicciones y en otras el servicio no proveyó eficacia suficiente.

Sin embargo, el planteo exclusivamente jurídico interpersonal o intergrupar resultaría un análisis parcial; apenas un recorte de la realidad surgente que no parece ya tener sentido. Porque, entre otros privilegios, somos partícipes de la aparición drástica de otro paradigma: del que emerge con claridad que, en cada caso particular, la comunidad pasó de ser involucrada genérica a actor principal. Y que detrás de este paradigma emergente ya hay otro que no alcanzamos a ver, pero existe<sup>5</sup>.

## II. NUEVAS (RENOVADAS) FORMAS JURÍDICAS HACIA PROCESOS ÁGILES

O su renovado abordaje, requieren de un requisito sustancial con antecedente secular: el cambio de mentalidad o como bien lo define Entelman, los cambios y adaptaciones...más que un problema de leyes son un problema de hombres<sup>6</sup>.

El legislador no se contenta con fórmulas compositivas ligeras que sólo abornden los intereses de las partes, sino que la ley alienta soluciones autocompuestas en el marco de la justicia oficial, con control del juez, en la antesala del proceso judicial<sup>7</sup>.

En ese entorno, no se trata «de presentar a los medios autocompositivos como una competencia del proceso (judicial), sino como dos medios interdependientes que cumplen un papel relevante en la protección de los derechos, donde el éxito de

<sup>4</sup> GEMME JIMENO, «Del Juez Juan Mejías», en *E3 -Economía 3*, Archivado en Juan Mejías, Gemme España, Junta de Jueces de Primera Instancia de la ciudad de Valencia. artículo <https://economia3.com/2020/06/07/267996-los-jueces-de-primera-instancia-utilizaran-la-mediacion-como-forma-de-justicia-sostenible/> Última consulta 8 de junio de 2020.

Esta perspectiva es abordada en Argentina desde los años '90 por los Profesores ENTELMAN, REMO F. *Teoría de Conflictos*, 1ª ed. Gedisa, España, 2002, Págs. 204/205. MARTINEZ PAZ, FERNANDO, *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, 2º Ed. Córdoba, Argentina. 1998. MORELLO, MARIO AUGUSTO. «Un nuevo modelo de justicia», *LL. T. 1986 -C- Secc. Doctrina*. MORELLO A. y ROSALES CUELLO, RAMIRO, «El movimiento de acceso a la Justicia. Etapas y futuros», *El Derecho, Revista de doctrina y jurisprudencia*, Bs. As, 2004.

<sup>5</sup> Como bien lo anticipara Ilya Prigogine, detrás de todo desorden existe un orden al acecho

<sup>6</sup> ENTELMAN, REMO F. *Teoría de Conflicto*. Ed. Gedisa, 1º Ed., 2002.

<sup>7</sup> Así, el Código Civil y Comercial de la Nación, Códigos Procesales y legislación sobre Mediación. Sobre el tema DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. «Mediación y la Eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. La Mediación en Argentina». En *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*. Grupo de Investigación Identidades Sociales y Comunicación. N° 18. 2019. ISSN-e: 1989-0494. Universidad Complutense de Madrid (España) Web: <http://revistas.ucm.es/index.php/MESO>

uno depende de la eficacia del otro... En la autocomposición estando las dos partes, titulares de los derechos frente a frente, lo pueden todo...» Aunque proceso judicial y mediación (también la negociación y la conciliación) suelen ponerse como dos mecanismos contrapuestos o «en competencia» ..., existe entre ellos una relación de dependencia mutua... La mejor forma de generar un incentivo para que las partes lleguen a un acuerdo sobre su conflicto es promoviéndolo a través del diseño de un proceso que sea un medio efectivo y real de realización de dichos acuerdos...»<sup>8</sup> De modo tal entonces, que la legislación que recoge aquella orientación doctrinaria, va imponiendo el cambio de perfiles en el abogado de parte y en los terceros neutrales.

En los procesos autocompositivos hay litigio, pero no rol de litigantes. Abogados y terceros neutrales intercambian posiciones, motivaciones, preferencias y conveniencias de los conflictuantes. A simple vista puede creerse que en los modos y métodos<sup>9</sup> para resolver conflictos se pergeñan probables soluciones. En realidad se trazan estrategias de impacto exitoso; probables cursos de acción según decisiones encadenadas hacia distintos objetivos, los que, si se reúnen o convergen culminan en acuerdo como norma especial para las partes; convención surgida así de procesos ágiles. Caso contrario, continúan hacia otra vía de superación, generalmente heterocompositiva. La elección estratégica es del abogado.

En el corazón del mapa de conflicto<sup>10</sup> -y a efectos de elegir el método adecuado de superación-, se encuentra el análisis de los actores -sujetos de derechos-, sus objetivos y para alcanzarlos, la medición de poder; su cálculo: cantidad de recursos que cada actor tiene o cree tener, para lograr su meta; para llegar concatenados a sus objetivos iniciales, medios y finales. Estos recursos son en el caso de defenderse derechos e intereses, por ejemplo, las pruebas y su alcance para obtener la cosa o derecho reclamados. Estos recursos probatorios pueden negociarse en cuanto a su producción, tiempo y posibilidades, importancia o mera dilación, valoración en función a lo que se pretende, etc. Abriendo caminos a procesos ágiles y satisfactorios de superación de controversias articulados estratégicamente, por los que no necesariamente el abogado deberá recurrir a tribunales para obtener la realización de los derechos de sus clientes<sup>11</sup>.

### III. LA MEDIACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL COMO OPERATIVA DE DERECHOS Y DE PRUEBAS ÁGILES

#### 3.1. Mediación Jurídica

Uno de los métodos que se anticipó en tiempos de Covid-19 a la defensa extrajudicial de los derechos, es la mediación jurídica<sup>12</sup>. Entendemos por mediación

---

<sup>8</sup> PRIORI POSADA, GIOVANNI. «Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos». En *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019, Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, San Juan, Argentina 2019. Págs. 80/81. (Frasas entre paréntesis me corresponden)

<sup>9</sup> Acerca de la diferencia entre modos y métodos, véase ENTELMAN, REMO, Ob. Cit. Notas 5 y 7, Pág. 201/206.

<sup>10</sup> Diseño que estudiamos en Teoría del Conflicto de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina

<sup>11</sup> Infra pto. 4.1. Abogados en el sistema de autocomposición. Véase también MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Formación de los Operadores Jurídicos*, Ed. Librería Editora Platense. La Plata, Argentina, 2005.

<sup>12</sup> Resolución 121/2020 y Disposición 7/2020 Ministerio Justicia de la Nación Argentina, Resolución 02/2020-Dimed. Ministerio de Justicia de la Prov. de Córdoba, Acordada AR1625 «A», 10/5/2020, Tribunal Superior de Justicia de la Prov. de Córdoba, Argentina.

jurídica al proceso de negociación desarrollado con la asistencia y orientación de un tercero experto en leyes carente de *iurisdictio*, estando las partes asistidas por sus abogados, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos, a efectos de lograr en su caso, la conformidad y validación judicial. Convirtiéndose así esta especie de mediación, en un verdadero equivalente o concurrente jurisdiccional, tal como lo refiriera Carnelutti<sup>13</sup>.

La mediación jurídica puede ser judicial o extrajudicial<sup>14</sup>, dependiendo de la judicialización previa del conflicto y del ámbito en donde se desarrolle. Es convocada cuando las partes enmarcan a su conflicto dentro del Derecho, eligiendo a la par del proceso de solución - mediación, conciliación o al mixto med-conc-, al neutral abogado conforme el tipo de solución acordada que requieren para ellas.

La mediación jurídica extrajudicial puede realizarse en dependencias públicas o privadas (centros privados de mediación), a veces fuera de ámbito jurisdiccional y no conectado a él. La mediación jurídica judicial es convocada y se desarrolla en centros judiciales de mediación<sup>15</sup>.

El mediador judicial o con orientación jurídica, -previsto en las leyes de mediación conectadas a los tribunales- es un tercero neutral con intereses precisos, lo que llamamos multipartialidad<sup>16</sup>. No es ajeno al juego litigioso ni al probatorio. Conduce el proceso de mediación con parámetros de Derecho y de ley. Su tarea y rol es dirigir el modo distinto de ver el conflicto con el abordaje jurídico de solución; propender a su re-significación sin perjuicio de su contextualización y encuadre adecuado a la experiencia general, a los usos de cada persona y a las costumbres y reglas de su grupo de pertenencia.

El mediador detenta poder jurisdiccional en inversa proporción a su dominio en técnicas conciliadoras ya que, por la tipicidad de su función, logra alto nivel de comunicación -y por ende de confianza- en contextos de confidencialidad, asumiendo mayor autoridad autocomponedora vs. ningún poder jurisdiccional.

### 3.2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos

Para abundar sobre el impacto del COVID-19 en el Derecho argentino, diremos que aceleró la probabilidad de realizar procesos autocompositivos a través de

<sup>13</sup> CARNELUTTI, FRANCISCO, *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

<sup>14</sup> Leyes 8858 y 10543 Prov. de Córdoba. Ley Nacional 26589

<sup>15</sup> DÍ PIETRO, MARÍA CRISTINA. «Impacto del Covid-19 en el Derecho. Sistema de autocomposición y prueba», Disertación/Ponencia: En *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* svoltosi il 24.4.2020. Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza. Todas las grabaciones en video de las contribuciones están disponibles en las siguientes direcciones web de la Universidad de Cagliari [https://www.unica.it/unica/page/it/le\\_tutele\\_s\\_tragiudiziali\\_dei\\_diritti\\_durante\\_la\\_pandemia\\_covid\\_soluzioni\\_emergistici\\_o\\_riforme\\_strutturali?con2ltrutturali?coni](https://www.unica.it/unica/page/it/le_tutele_s_tragiudiziali_dei_diritti_durante_la_pandemia_covid_soluzioni_emergistici_o_riforme_strutturali?con2ltrutturali?coni) (<https://www.mediatorimediterranei.com/video-convegno-internazionale-a-distanza-del-24-04-2020/>

<sup>16</sup> COOB, Sara, «Hacia un nuevo discurso para la mediación. Una crítica sobre la neutralidad», *The Social Construction of Neutrality - The Fundo of Research in Dispute Resolution. Seminario avanzado en mediación*, Santa Bárbara, EE.UU. (1995). Buenos Aires, Argentina, 1996.

medios online, y a través plataformas que proveen a la presencia virtual. Porque ése es uno de los costados que el paradigma emergente estaba marcando y no podíamos ver: el arrollador impulso de la virtualidad mundializada a la par de la brecha en el acceso y uso tecnológico y el efecto que ello produce en la protección de los derechos.

Nuevas formas vendrán para reemplazar a las anteriores al C-19. Lo seguro: estas últimas ya empiezan a colorearse como material en desuso...

Para que aquellos renovados procesos compositivos transiten un camino con un mínimo de seguridad jurídica, se ensayan a nivel mundial, a velocidades inusitadas y como escoltas del principio de buena fe, pautas y protocolos que permitan la efectiva identificación de los participantes y letrados; perfilando reglas de actuación y praxis; de inscripción de acuerdos ejecutables; firmas digitales; además de normas de actuación e intervención para mediadores.

#### **IV. VIRTUALIDAD Y NUEVA PRAXIS DEL ABOGADO: PERSPECTIVAS PROBATORIAS**

##### **4.1. Abogados en el sistema de autocomposición**

Los hechos se traducen en narrativa diferente o divergente según quien los relata; adquiriendo máxima diferencia en boca de los abogados. Entonces en cómo se los plantea y cómo se buscan modo y método de solución, insistimos, redundará en la mentalidad del letrado, ya que -según vimos- más que un problema de leyes la cuestión de cómo enfocar la solución, es un problema de hombres y su elección de formas jurídicas. En tiempos pandémicos -de cualquier índole- y en lo que queda después, el trabajo y rol del abogado presentan cambios ostensibles, por ejemplo, en la escala de los principios jurídicos en punto a su verdadera realización en la que vemos ceder al de seguridad jurídica ante el de colaboración en tándem con la confiabilidad y confidencialidad, que caracteriza al abogado que persiga hoy la satisfacción de los derechos e intereses de su cliente que incluye, por paradójico que suene, a los del adversario... Así esta época pos...

Porque el foco desde el interés y el foco desde el derecho componen el cálculo costo-beneficio de estrategia ganadora. Porque lo que subyace al derecho es el interés y en éste subyace el costo-beneficio que inclina a la parte a decidir y también a su abogado. Son tiempos de intensificar al abogado como artífice del Derecho y co-constructor social.

Lejos de proteger al débil, la prolongación del debate judicial y la lucha jurídica como hábito profesional ahondarán beneficios para el deudor consuetudinario y falaz -de cualquier orden y nivel-, perdiendo el abogado su rol de referente social, al recalitrarse desigualdades que volverán como boomerang contra la sociedad.

Claramente existe una marcada diferencia entre la misión del abogado litigante, la del abogado negociador y la del abogado mediador. Y los tres coadyuvan al proceso ágil contemporáneo<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> PILLIA, CARLO. «La sperimentazione delle tutele agili dei diritti durante la pandemia Covid-19», *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace. Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* svoltosi il 24.4.2020, cit. nota 15.

El abogado litigante, letrado de parte, perfila su rol como luchador a ultranza porque su escenario es el litigio. El abogado negociador, es también letrado parcial, pero su función es obtener a través del intercambio negociador el mayor beneficio para su cliente a través de modelos de estrategias de negociación tomando al derecho y a las consecuencias del juicio (o a la imposibilidad de litigar) como parámetros. El negociador más duro como experto litigante en el campo de la negociación y en la mediación, ocupa un escenario de genuina negociación, es decir, de intercambio productivo. Viendo en el conflicto una oportunidad de negociación. Para el abogado es ésta una renovada forma de estrategia jurídica, en la que descubre o redimensiona las trampas que aguardan en los pasillos de los tribunales, por ejemplo: creer que se negociará de la misma manera en mediación que como se negocia en el ámbito de tribunales; o considerar que mediar es atravesar un proceso menos legal, con un tercero neutral que aunque abogado, no debe invocar ni respaldarse en la ley; perdiendo así, la oportunidad de evidenciar el conflicto desde otra perspectiva; perdiendo la posibilidad de resolverlo jurídicamente con técnicas menos invasivas que las obligadamente aplicables en los procesos judiciales, de vía única ganar-perder o perder -perder que es la ecuación en la que se convirtió el litigio<sup>18</sup>. «...es muy conveniente en materia jurídica cobrar conciencia de la controversia, adoptar una actitud respecto de ella y, sobre todo, apreciar lealmente las razones (¿los motivos? ¿las causas?) que nos conduzcan a adoptarla»<sup>19</sup>

#### 4.2. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado

Entonces estos procesos autónomos, más aún la mediación, son juegos de reparto distintos en el que las partes no tienen como foco primario la verdad o la razón; fincándose en las narraciones, armando y desarmando posibilidades que permitan coincidir; más que en una prueba puntual, en el todo que arroje conveniencia de acordar. En este contexto, la prueba como recurso de poder que sostiene la tarea del abogado, hace a la confianza, no a la verdad. Al abandonar el costado meramente litigioso de la disputa (verdad-razón) la prueba puede enfocarse con alcance diferente. Tiene importancia fundante pero otra significación. Otro valor estratégico: cuánto vale para parte y contraparte; es o no un recurso de poder; cómo impacta en los intereses y derechos de cada uno y del conjunto (desde los principios de buena fe y de colaboración); cuánto hace variar el escenario de decisión, etc. Porque en estos escenarios la prueba abre diferentes probabilidades, eligiendo las partes entre ellas la que más se acerque a su máxima satisfacción o preferencia. Es que la preferencia en definitiva proveerá a la decisión biparte.<sup>20</sup>

Para el abogado negociador, las pruebas son también, advertencias que le permiten administrar el caso y su solución sin necesidad de pérdidas imprevistas. Constituyen oportunidades de negociación procesal a través del intercambio de pruebas que puedan neutralizarse entre sí, evitando costos innecesarios. Para el

---

<sup>18</sup> DI PIETRO, MARÍA CRISTINA, «La Estrategia Probatoria: La prueba en la mediación - proceso autocompositivo- y en juicio -proceso heterocompositivo-», *Anuario XVIII. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. CIJS*. Ed. CIJS - Advocatus. ISSN 1667-6122. 2019. Pág.263.

<sup>19</sup> GUIBOURG, RICARDO A. «El control social», *LA LEY 04/06/2012*, 04/06/2012, 1

<sup>20</sup> DI PIETRO, MARÍA CRISTINA, «La cuantificación del daño en procesos autocompositivos», *La Ley Online*; Cita Online: AR/DOC/1172/2020. Ed. Thomson & Reuters.

mediador y conciliador, son parámetros que clarifican las posiciones de las partes; son fuente de hipótesis y de aval de una tercera vía que permita acceder a una solución viable.

Anticipar el cálculo costo-beneficio de los recursos probatorios, proporciona una aproximación a la conveniencia de solución consensuada o heterocompuesta.

La relevancia del aporte de la prueba en contextos de autocomposición, radica entonces en actuar para que los agentes decisores encaminados por sus abogados, lleguen al convencimiento del mejor camino a elegir. La decisión de las partes resulta así en estos procesos, un apasionante torneo de elecciones basado en pruebas e información jurídica, probabilidades e incertidumbre. Intercambios de conveniencia o de preferencia. Negociación y proceso litigioso como incentivos para fomentar acuerdos.

El rol del abogado, su experticia en negociación y estrategia probatoria autocompositiva definen la suerte de la causa. Siendo que la estrategia probatoria en un diferendo no se agota hoy con la prueba que se tiene o se cree tener; se guarda o exhibe; sino que su mayor trascendencia focaliza en la que procesalmente se negocia en punto de producción y oportunidad. En consecuencia, el sujeto con mayor fortaleza en estos procesos es el abogado de parte, artífice de las formas jurídicas quien diagrama la estrategia como negociador en este ámbito y como litigante después, trazando sin embargo caminos de ida y vuelta. Sin perder de vista que es extremadamente más difícil cooperar -autocomponer a medida- que competir<sup>21</sup>.

Porque en lo que vendrá, creemos advertir, además, una propensión hacia las etapas pre: preparación con el cliente -no del cliente- pre-negociación, pre-mediación. Y estas etapas serán mediadas por recursos tecnológicos para la presencialidad virtual, para las diversas comunicaciones entre partes, abogados y terceros, etc. Es ésta y se incrementará, la tarea relevante y sustancial del abogado con su cliente: el asesoramiento puntual y manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas. La praxis en la participación virtual, el hábito en el manejo de la conjunción de las razones de cada parte; la diferencia surgida desde la comparación probatoria, generando acuerdos procesales, negociando la prueba. En síntesis, entrenándolo para la toma de decisión final. Ya que habiendo parámetros jurídicos es probable acercarse al resultado por sentencia<sup>22</sup>, conformando ello la base de la negociación -de fondo- operativa bilateral, sin abandonar -aunque morigerando- las preferencias subjetivas, que se trabajan con el cliente en la etapa de pre-negociación.

En suma, todo ello hará a la nueva perspectiva de la responsabilidad profesional del abogado y a su principal función: la defensa extrajudicial de los Derecho, el Derecho viviente -más que vigente- como justicia sostenible.

---

<sup>21</sup> Véase en Teoría de Juegos, juegos colaborativos de suma variable; entre otras en NASH, JOHN. «Equilibrium points in N-Person Games», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, USA, 1950.

<sup>22</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, «Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)», Sup. Act 10/06/2004, 10/06/2004, 1 - LA LEY2004-D, 1181 - LA LEY, boletín del 22.02.2008. CHAUMET, MARIO EUGENIO, «Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles», en *Cartapacio*: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44>, 9-1-2003. Universidad Nacional de Rosario. Argentina. 2003

## V. EL CONSENSO SUPERADOR: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Dos aspectos sustanciales sobresalen en esta pandemia:

Toda esta vida en virtualidad es posible y hasta es posible hacerla un hábito, un mecanismo de remplazo... Y ése es el extremo preocupante<sup>23</sup>. La deshumanización del Derecho. La mutación hacia la realidad plana de la virtualidad. Casi el terror cósmico que bien caracteriza Zygmunt Bauman; el miedo cósmico de Mijail Bajtin: la vulnerabilidad del cuerpo humano inminentemente mortal que se revela ante intensiones desconocidas, acciones incomprensibles, imposibles de resistir por los seres humanos...

El otro, surge casi como un grito de auxilio: No es sólo un problema médico! la vida es tema social y por ende jurídico. Estando indiscutiblemente en manos del abogado los remedios de protección de los Derechos, en tanto su proyección social; por su necesario renovado protagonismo; por la responsabilidad que le cabe en el proyecto social del que es referente prioritario; porque es la voz ante la impotencia del desprotegido, de la desigualdad ante la ley; porque articula los Derechos de la comunidad en hora de consensos normativos autoconstruidos.

Es hora Son momentos de co-construir responsabilidad social desde la individual. El abogado es -no será- su artífice de mayor rango en la construcción de ese enfoque de responsabilidad en el orden jurídico que aparece para la renovada y efectiva protección de los Derechos.

Que, sin embargo, la transformación en la reforma estructural que se presenta inminente, como dominio de una litis diferente, nos permita, además, volver enriquecidos desde nuestro secular bagaje jurídico hacia una humanidad más sabia.

---

<sup>23</sup> Véase HAN, BYUNG- CHUL, *En el Enjambre*. Ed. Herder. 1ª. Edición. 2014. AGAMBEN, GIORGIO y otros. *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. Ed. ASPO. 2020.



**PRIMERA PARTE:**  
**ARBITRAJE**



# EL ARBITRAJE FRENTE A LA CRISIS SANITARIA, ECONOMICA Y SOCIAL

MARÍA JOSÉ MORAL MORO  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. DIFERENCIAS CON LA JURISDICCION. 1. Normativa reguladora. 1.1. Exclusión. 1.2. Intervención de las partes en la configuración del órgano. 1.3. Marco de actuación jurídica. 1.4. Procedimiento. 1.5. Resolución final. II. VENTAJAS DEL ARBITRAJE. III. COMPORTAMIENTO DEL ARBITRAJE ANTE EL ESTADO DE CRISIS. 3.1. Suspensión de plazos. 3.2. Notificaciones y traslado de escritos. 3.3. Audiencias. 3.4. Procedimiento abreviado. 3.5. Especial consideración al árbitro de emergencia. IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria, económica y social producida por la pandemia del Covid 19, por la que estamos atravesando, está adquiriendo gran repercusión en el ámbito legal suscitando numerosos conflictos jurídicos. Estos conflictos, originados en distintos sectores, han dado lugar a diversas tipologías de reclamaciones, afectando una gran parte de ellas a las relaciones contractuales entre empresas y/o particulares.

El Real Decreto 463/2020, por el que se declara el Estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada en España por el Covid-19, conllevó, además de restricciones a la libertad de movimientos de las personas, la paralización de la mayor parte de procesos judiciales (acordada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder judicial) no pudiéndose presentar durante un determinado espacio de tiempo demandas de curso ordinario ante los Juzgados. Por ello, la reciente reanudación de la actividad habitual en la Administración de Justicia ha conllevado que se vislumbren no pocas dificultades a la hora de procurar la ágil resolución de las múltiples controversias jurisdiccionales acumuladas en los juzgados, pues a las no resueltas hasta la suspensión de actuaciones judiciales y aquellas surgidas en el tráfico ordinario durante este tiempo, se unen las surgidas por el incremento de la litigiosidad derivada de la propia emergencia sanitaria y del impacto socioeconómico de las medidas adoptadas durante el estado de alarma.

Toda esta situación obviamente conlleva una sobrecarga relevante y generalizada en el sistema judicial y un incremento del colapso ya sufrido por los Órganos Judiciales a la hora de resolver las referidas controversias. La Administración de

Justicia, ante esta circunstancia de fuerte incremento en la litigiosidad, se encuentra así en gran medida desbordada, no estando preparada para afrontar esta situación, al disponer de una estructura limitada y, en ocasiones, marcadamente insuficiente de medios para todo ello.

Evidentemente, la introducción de rápidas y profundas modificaciones legislativas y organizativas en el modelo judicial sería el mejor remedio para atajar la referida situación de sobrecarga en la Justicia pero, sin embargo, la experiencia nos enseña que tales reformas no son siempre fáciles de implementar y, en la práctica, no cabe esperar que éstas se produzcan ni con la agilidad ni con el alcance necesarios.

Ante este nuevo panorama los sistemas ADR (acrónimo término anglosajón *Alternative Dispute Resolution*, usado en la regulación europea y traducido en español por sistemas alternativos de resolución de conflictos), se muestran como un remedio de carácter extrajudicial muy eficaz y extremadamente conveniente para resolver más rápidamente y, en definitiva, mejor gran parte de estos conflictos, convirtiéndose en factores idóneos no sólo para descongestionar unos tribunales saturados sino para una mejor defensa de legítimas posiciones jurídicas de partes en conflicto, incluso para aquellos que cuentan con menos tiempo y/o recursos económicos para ello.

Dentro de los ADR, o sistemas alternativos de resolución de conflictos, cabe diferenciar a) los métodos autocompositivos de resolución de conflictos (negociación, conciliación y mediación) y b) los heterocompositivos (arbitraje).

Su carácter extrajudicial (y por tanto no sujeto a las limitaciones propias del ámbito público) asegura, como veremos, la posibilidad de resolver de un modo más eficaz, flexible y rápido las controversias surgidas entre las partes, ahora bien, mientras que en la negociación, conciliación y mediación, serán los propios afectados quienes voluntariamente busquen y alcancen una solución mediante un consenso mutuo, con el apoyo, en su caso, de un mediador o conciliador (cuya tarea consistirá, simplemente, en facilitar un mejor diálogo y entendimiento entre las partes, para que estas puedan llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia); en el arbitraje, por contra, será un tercero el que imponga su decisión, siendo ésta vinculante para las partes.

Dentro de los posibles modos alternativos de resolución de conflictos, los métodos autocompositivos se muestran sin duda como el camino preferible para la resolución de conflictos. En ellos prima la voluntad y libre decisión de las partes a la hora de resolver sus controversias. La negociación o mediación entre las partes, como es sabido, casi siempre proporciona soluciones más ventajosas y rentables para las mismas frente a la imposición de un tercero.

Indudablemente, los métodos autocompositivos exigen una predisposición relevante de las partes hacia el acuerdo. Pero incluso en aquellos casos en que ésta no sea -a priori- identificada inicialmente existe cauce para la resolución autocompositiva de la controversia.

Así, la mediación se perfila como una herramienta de favorable aplicación ante la situación actual de crisis sanitaria<sup>1</sup> pues dadas las características de las insti-

---

<sup>1</sup> El art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, define la mediación *como modo de resolución de controversias en el que dos o más partes intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*

tuciones civiles comúnmente en juego (fuerza mayor, cláusula *rebus sic stantibus*, etc.), la inicial situación de disputa entre las partes puede rápidamente tornar hacia una sensibilidad proclive al pacto y a la autocomposición.

El Consejo General de la Abogacía en «la respuesta legal e institucional al Covid.19», abogaba por la mediación como instrumento conveniente para paliar los efectos generados por esta situación y poder solucionar los conflictos que puedan surgir de las relaciones entre las partes afectadas por esta crisis logrando así soluciones prácticas, efectivas, rápidas y rentables<sup>2</sup>.

En el mismo sentido se posiciona un sector relevante de la doctrina, al considerar que la mediación habría de tener un carácter, incluso, obligatorio *ex lege* para resolver los conflictos en materia contractual en momentos de absoluta excepcionalidad y urgencia como los que surgen a raíz del alzamiento del estado de alarma por la crisis del coronavirus<sup>3</sup>.

Solo si los métodos autocompositivos de resolución de conflictos fueran ineficaces al no haber sido posible un acuerdo entre las partes para la resolución de la controversia; es decir, si la negociación o mediación no resultarán fructíferas, entonces habría que acudir a un tercero que impusiera su decisión entre las partes y, previo proceso, resolviera el conflicto surgido entre las misma. Es decir, solo previo intento y fracaso de los métodos autocompositivos surgiría la necesidad de acudir a los métodos heterocompositivos de resolución de controversias.

Pero incluso en ese escenario, contamos como sabemos con una opción alternativa y extrajudicial para la resolución de las controversias: el arbitraje, que una vez más puede servir como mejor opción (frente a la limitada jurisdicción ordinaria) para solucionar rápidamente y de manera más eficaz los litigios ocasionados durante este periodo de crisis, como veremos a continuación.

En definitiva, el Consejo General del Poder Judicial, desde el primer momento, elaboró un plan de choque implementando una batería de medidas a fin de evitar el colapso en los tribunales una vez finalizado el estado de alarma, y entre sus propuestas mostró su deseo de impulsar la resolución extrajudicial de conflictos, a través de métodos alternativos.

En este trabajo se analizarán las diferencias y ventajas de estos sistemas de resolución de conflictos con respecto a la jurisdicción ordinaria, así como la actividad desarrollada durante el periodo de pandemia particularmente por el arbitraje y los mecanismos a su alcance para poder afrontar de un modo más rápido y eficaz la resolución de controversias en esta situación de crisis.

## II. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JURISDICCIONAL

Sabemos que el arbitraje es un método de resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, por el que uno o varios terceros desig-

<sup>2</sup> ABOGACIA ESPAÑOLA. CONSEJO GENERAL, «La respuesta legal e institucional al Covid.19», *Manual para abogados y abogadas*, 14 de abril de 2020, pág. 201.

<sup>3</sup> Entre otros MAGRO SERVET, V., «La ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el coronavirus», *Diario la ley*, número 9614, de 6 de abril, Madrid, 2020, especialmente pág. 3.

nados por ellas directamente o siguiendo el procedimiento referido en el convenio arbitral suscrito entre ambas, resuelve la controversia surgida en aquellas materias de su libre disposición.

Supone, pues, la resolución de un conflicto por un tercero, elegido -ya sea de manera directa o indirecta- por la voluntad de las partes, lo que conlleva que el sometimiento a dicho sistema de decisiones siempre sea voluntario y haya de responder a un acuerdo previo entre las partes. Por eso el funcionamiento del sistema descansa, principalmente, en la credibilidad y confianza (*auctoritas*) que las partes han depositado bien en el árbitro directamente elegido o bien en la institución designante. La exclusión de la jurisdicción ordinaria que comporta el sometimiento a arbitraje exige, de ese modo, el consentimiento previo de las partes.

Así, como señala MORENO CATENA, a pesar de ser (arbitraje y jurisdicción) métodos, ambos, en los que un tercero situado suprapartes pone fin al litigio, mientras que el árbitro se encuentra investido de sus facultades por la voluntad de las partes, que lo designan, proviniendo su legitimación de su *auctoritas*, por el contrario el juez es instituido por el Estado de su potestad jurisdiccional y por tanto de las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, gozando así de *imperium*<sup>4</sup>.

El arbitraje a pesar de actuar fuera del ámbito jurisdiccional, guarda muchas semejanzas con el proceso judicial al que sustituye como método heterogéneo de resolución de controversias. En ambos obviamente tenemos dos partes enfrentadas, un tercero ajeno a la controversia que decidirá la controversia de manera obligatoria para las partes previa administración de una fase alegatoria y probatoria de la que podrán hacer uso éstas.

No en vano el arbitraje ha sido considerado por la doctrina<sup>5</sup> y jurisprudencia<sup>6</sup> como un auténtico equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada y con todas las garantías legales oportunas.

Apuntado lo anterior, resulta necesario hacer una comparación entre ambos y analizar cuáles son sus principales diferencias:

### 2.1. Normativa reguladora

El proceso judicial se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, mientras que el instituto arbitral está contemplado, como es sabido, en la Ley

---

<sup>4</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Valencia, 2019, págs 356-357.

<sup>5</sup> Entre otros, MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Madrid, 1990, pág. 24. MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLON MEDINA, J.M., *Tratado de Arbitraje interno e internacional*, 3ª ed., Navarra, 2006, pág. 107. MALUGER DE MOTES I BERNET, C.J., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje* (Director Vicente Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, pág. 48. DE ALFONSO OLIVÉ, J. M., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral* (director VAZQUEZ ALBERT y TUSQUET TRIAS DE BES), Valencia, 2013, pág.22.

<sup>6</sup> La consideración del arbitraje como un equivalente jurisdiccional tiene su origen en nuestro Tribunal Constitucional, entre otras: SSTC 43/1988, que introdujo esa expresión; 15/1989, 62/1991, 174/1995, 176/1996, 352/2006, 1/2018 etc. Sobre este particular, puntualiza MERINO MERCHAN, J. F., «Similitud y disimilitud entre juzgar y laudar: sentencia vs laudo», *Diario la Ley*, 19 de junio de 2020, pág.2, que el TC se refería a la actividad sustantiva que el arbitraje representa respecto a la función jurisdiccional, no a que exista igualdad entre arbitraje y proceso judicial o entre juez y árbitro, o entre laudo y sentencia.

de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre; regulación esta última basada en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUD/UNCITRAL), modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, con la que se trata de unificar las normas reguladoras de los arbitrajes internacionales, de superar lagunas e imperfecciones de la norma anterior así como de impulsar los medios alternativos de solución de conflictos, en especial el arbitraje.

Ambas normas aun cuando tratan de regular, desde dos perspectivas distintas, similar fenómeno (resolución heterogénea de disputas) fluyen en paralelo, siendo conocida la tradicional aversión arbitral a atender, siquiera analógicamente, la normativa procesal general.

## 2.2. Exclusión

Arbitraje y jurisdicción son dos términos que se excluyen. Cuando la partes deciden someter la cuestión litigiosa a arbitraje están excluyendo la jurisdicción de los tribunales en la tarea resolutoria, como así lo establece el art. 7 de la LA («en los asuntos en que se rijan por esa ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esa así lo disponga<sup>7</sup>»), lo que no significa, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, que sea una renuncia a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE<sup>8</sup> sino meramente la exclusión de un sistema de resolución del conflicto ante los tribunales. Es una opción que tiene el justiciable a la hora de dar solución a sus litigios, y como tal no supone una renuncia a la tutela constitucional sino su elección del mejor sistema para llevarla a efecto, obviamente manteniendo todas las salvaguardas y asistencia judiciales que la propia LA establece.

## 2.3. Intervención de las partes en la configuración del órgano decisorio

En la Jurisdicción ordinaria, el poder de juzgar así como ejecutar lo juzgado corresponde, según preceptúa el art. 117.3 CE, a los juzgados y tribunales, únicos órganos investidos de potestad jurisdiccional, y, por tanto, facultados para resolver los conflictos surgidos entre las partes. Estas no tienen decisión alguna en el nombramiento del órgano que va a enjuiciar su controversia, al encontrarse predeterminado. Existe, pues, el derecho fundamental a un juez ordinario predeterminado por la ley, que proclama el art.24 CE, que supone, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>, que el órgano judicial ha sido creado y provisto de un sistema específico de designación por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial. Por ello el órgano judicial decisorio podrá ser nunca otro sino el objetiva, funcional y territorialmente competente para ello.

<sup>7</sup> Los casos a los que la ley de arbitraje no excluye a la jurisdicción son los relativos a la supervisión o control y apoyo judicial al arbitraje. Dentro de los primeros se encuentran los relativos a nombramiento y terminación del mandato de los árbitros (arts 15 y 19); la competencia del tribunal arbitral (art. 22.2) y la anulación del laudo (art. 40). Los de apoyo judicial comprenden: la asistencia de los tribunales a la práctica de las pruebas (art. 33), la adopción de medidas cautelares (art. 11.3) declinatoria de parte (art. 11.1.2) reconocimiento y ejecución del laudo (arts 23.2,44, 46).

<sup>8</sup> En este sentido, vid. STS 174/1995 de 23 de noviembre; 75/1996, de 30 de abril; 8/2015 de 22 de enero; 1/22018, de 11 de febrero.

<sup>9</sup> Entre otras resoluciones: STC 47/1983, de 31 de mayo; AATC 42/1996, de 14 de febrero y 102/2004, de 13 de abril; y STC 210/2009, de 26 de noviembre.

Sin embargo, el origen de la facultad decisoria en el arbitraje es muy diverso, no deriva inmediatamente de la Ley (como la del juez) sino de la libertad que la Ley concede a los ciudadanos a la hora de pactar esta forma de resolución de disputas, de ahí que el principio básico en el arbitraje sea el de que las partes pueden designar de común acuerdo el árbitro u árbitros que van a decir la cuestión o el método para elegirlos. Así, éstas podrán acordar bien el sometimiento de sus controversias a la resolución de un árbitro sin más (arbitraje *ad hoc*) en cuyo caso serán ellas las que escojan los árbitros (o lo órganos jurisdiccionales, en su defecto), las reglas y la legislación que regirá el procedimiento arbitral, o acordar someterse al arbitraje según las normas establecidas por una Corte o Institución concreta (arbitraje institucional) que se encargará de administrar el procedimiento arbitral, cuidando de que el mismo se ponga en marcha, se designe al o a los correspondientes árbitros y el arbitraje se desarrolle conforme a las su reglas de procedimiento<sup>10</sup>.

#### 2.4. Marco de actuación jurídica

Mientras el proceso judicial sirve para la resolución de toda clase de conflictos derivados de cualquier relación jurídica, a través del arbitraje solo podrán resolverse aquellas cuestiones o materias que resultan de libre disposición entre las partes, según lo dispone el art. 2.1 LA («son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»), excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero<sup>11</sup>. Por ello, el arbitraje sólo tiene sentido esencialmente en el derecho privado mientras que el proceso judicial también abarca el derecho público; conflictos entre los ciudadanos en relación con *res privata* no en relación con *res pública*.

#### 2.5. Procedimiento

En la jurisdicción son las leyes procesales las que determinan y detallan el procedimiento específico al que se tendrán que sujetar las partes a la hora de dar solución a sus controversias, mientras que en la Ley de Arbitraje rige la voluntad de las partes también en este punto<sup>12</sup>. Efectivamente, la autonomía de la voluntad de las partes resulta capital en el arbitraje pues éstas no sólo pueden convenir el tipo de arbitraje al que someterse, sino que también podrán determinar de común acuerdo la práctica totalidad de las fases o trámites procedimentales e incluso pueden pactar, en ocasiones, diversamente a lo que establezcan los reglamentos institucionales aplicables, imponiendo su específica voluntad en determinados extremos del procedimiento. No es casualidad, pues, que la ley de arbitraje española contenga reiteradamente la dicción «salvo acuerdo de las partes»<sup>13</sup> (igualmente identificable en la práctica totalidad de normas

---

<sup>10</sup> Solo a falta de acuerdo por las partes en el nombramiento de árbitro se realiza por la Sala de lo civil y penal del TSJ de la Comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje (arts. 8.1º y 15 LA).

<sup>11</sup> Sin embargo es posible, el arbitraje sobre otras cuestiones, como el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art. 10 LA), o el arbitraje en materia de impugnación de acuerdos societarios (art. 11.bis LA).

<sup>12</sup> Un análisis acerca de las materias arbitrales puede verse en CREMADES SANZ-PASTOR, J.A., *El Arbitraje en Derecho Privado en España*, Valencia, 2014, págs.68 y ss.

<sup>13</sup> Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (entre otras, SSTC 15/1989; 62/1991; 174/1995) la autonomía de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vida judicial.

arbitrales, tanto extranjeras como internacionales), adaptando la regulación por la norma sustantiva al mecanismo prevalente de la voluntad de las partes<sup>14</sup>.

Los procedimientos arbitrajes, a diferencia de los judiciales, se caracterizan normalmente por su tremenda flexibilidad, sencillez y -frecuente- brevedad en su tramitación. Asimismo, en materia de prueba resultan ser mucho más generosos y flexibles que los procedimientos judiciales, donde resulta algo más frecuente la denegación de medios de prueba y su limitación a ciertas figuras específicas de las legalmente tasadas (sin mucho margen de variación). El arbitraje, sin embargo, es más proclive a la admisión de medios de prueba y a su más que generosa extensión, siquiera en aras de garantizar el derecho de defensa de las partes frente a un eventual intento de anulación del laudo por tal motivo.

## 2.6. Resolución final

El laudo definitivo en el arbitraje pone fin a la controversia como la sentencia judicial. Sin embargo, existe una diferencia significativa entre ambas resoluciones y es que el laudo es firme y definitivo desde el momento en que es notificado a las partes, de manera que frente a este no cabe interponer recurso alguno. Contra el laudo o resolución definitiva de la controversia por los árbitros sólo cabe, por motivos muy limitados y de carácter esencialmente formal, interponer acción de anulación ante los tribunales ordinarios, para obtener la nulidad del laudo, pero nunca abrir un proceso de plena *congnitio*. El art. 7 de la LA impide, así, que los órganos jurisdiccionales se constituyan en segunda instancia, no dando a estos la posibilidad de poder revisar la actuación de los árbitros en cuanto al fondo del asunto. No hay pues un segundo conocimiento del fondo del asunto (recurso ordinario), como tampoco cabe interponer recursos extraordinarios de casación o de infracción procesal ante los Tribunales.

La decisión del laudo sobre el fondo del asunto se equipara sin embargo a la sentencia al tener fuerza de cosa juzgada, siendo sus efectos vinculantes y de obligado cumplimiento para las partes. Esto supone que, en caso de incumplimiento del laudo, las partes podrán acudir directamente a un proceso de ejecución ante los tribunales ordinarios, al carecer los árbitros de potestad ejecutiva. El órgano competente, objetiva y territorialmente, para ello será el Juez de primera instancia del lugar del laudo<sup>15</sup>.

Todo ello se traduce en que el arbitraje no se trata de una mera figura contingente sino que se trata de una verdadera herramienta permanente y necesaria, con su propia autonomía institucional de medios y fines, en la resolución de controversias que guardando importantes y esenciales similitudes con la jurisdicción ordinaria, sin embargo va a tener un comportamiento ante situaciones de crisis, como la actual crisis sanitaria, totalmente diferente gracias a sus orígenes y características estructurales diversas.

## III. VENTAJAS DEL ARBITRAJE RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN

De lo expuesto anteriormente podemos extraer ciertas ventajas generales del arbitraje con respecto de la jurisdicción, ventajas que como veremos han sido con-

---

<sup>14</sup> Arts: 5, 13, 15, 17.4, 21.2, 16, 27, 28, 30, 31,32, 35, 37, de la Ley de Arbitraje.

<sup>15</sup> DE ALFONSO OLIVÉ, J. M., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral* (director Vázquez Albert y Tusquets Triás de Bes), Valencia, 2013, pág.25.

sideradas de gran utilidad especialmente en situaciones excepcionales, como la que actualmente nos afecta, pues las partes cuentan con mecanismos suficientes para garantizarlas. Entre dichas ventajas cabe señalar las siguientes:

*Rapidez:* Se trata de una de las principales ventajas del arbitraje, como ha sido puesto de manifiesto no sólo por la doctrina sino en reiteradas ocasiones también por la jurisprudencia<sup>16</sup>. Frente a los procedimientos judiciales (que ya en primera instancia resultan largos y, a veces, interminables, más aún si a ello se suma la posibilidad de recurso en segunda instancia y, eventualmente, con posterioridad ante Tribunal Supremo -recurso extraordinario de casación o infracción procesal-), el arbitraje se caracteriza por su agilidad y rapidez procedimental, al proporcionar resoluciones finales generalmente más rápidas que la jurisdicción. El procedimiento arbitral concluye con una decisión sobre el fondo del asunto, siendo lo habitual que los árbitros dicten estas resoluciones en un plazo de seis meses desde la contestación a la demanda. Este límite general de duración del arbitraje (seis meses después de la contestación o el vencimiento del plazo para presentarla) lo establece el art. 37.2 LA, si bien, este artículo permite a los árbitros prorrogar, mediante decisión motivada, este plazo por otro no superior a dos meses, a no ser que la partes hubieran convenido otra cosa. Esta ampliación normalmente es debida a la complejidad del asunto o a las necesidades intrínsecas de la defensa y, como dice ALONSO OLIVÉ, no puede suponer una desventaja para el arbitraje sino un reto y una oportunidad para la habilidad y disponibilidad de quienes en él participan<sup>17</sup>.

*Flexibilidad:* En el arbitraje prevalece la voluntad de las partes. Estas, si lo desean, tienen amplias facultades para diseñar un procedimiento que se adopte mejor a sus necesidades, atendiendo a las características del litigio; así lo proclama el art. 25.1 LA *las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones*. La Ley de Arbitraje solo establece unas pequeñas reglas procedimentales que podrían englobarse dentro de las llamadas mínimas garantías del orden público. En el arbitraje institucional el procedimiento arbitral se encuentra diseñado por los Reglamentos de la Cortes Arbitrales, pero siempre jugando un papel decisivo la voluntad de las partes. Por ello, todos los trámites procedimentales en el arbitraje (escritos alegatorios, audiencias, prueba, etc.) pueden programarse en función de las necesidades y disponibilidad de los implicados.

En el proceso judicial, sin embargo, todos los procedimientos están sujetos al rigor y rigidez propias de la jurisdicción, debiendo tramitarse en la forma y en los plazos preceptivamente establecidos.

El arbitraje, pues, se adapta a las peculiaridades de cada procedimiento y a las necesidades de cada controversia, evitando así dilaciones y actuaciones innecesarias que puedan afectar negativamente a la resolución de la controversia planteada por las partes. De ahí que algunos autores hayan calificado el arbitraje como el reino de la libertad y flexibilidad<sup>18</sup>.

*Especialización arbitral:* Mientras que en la jurisdicción el órgano que va resolver no tiene especialización alguna en la materia, excepto, por ejemplo, en determi-

---

<sup>16</sup> Entre otras, STC 1/2018; ATS 958/2005, de 15 de noviembre; STSJ Asturias 3/2017, (ECLI: ES: TSJAST1017:1416).

<sup>17</sup> DE ALFONSO OLIVÉ, J.M., ob. cit., pág.38.

<sup>18</sup> ALONSO PUIG, J. M., «El arbitraje es el reino de la libertad y la flexibilidad», *otrosí, revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 13 de julio de 2018.

nados ámbitos, los Juzgados de lo Mercantil, etc., en el arbitraje la proximidad de los árbitros a la materia en discusión puede ser (y de hecho suele ser) mayor. La complejidad que, en múltiples ocasiones, conlleva la resolución de determinadas controversias sometidas a arbitraje aconseja (y en muchas ocasiones requiere) que sean analizadas por árbitros conocedores del concreto sector de actividad en que ésta se incardina y de su problemática habitual. Un árbitro especializado (en posesión de una preparación y experiencia adecuadas para resolver la específica controversia surgida entre las partes) supone una garantía de que la controversia se va a resolver de un modo más eficiente ya que la especialización implica que el árbitro esté en mejores condiciones para entender rápidamente el conflicto, los motivos de su generación y los argumentos y propósitos de las pretensiones de las partes<sup>19</sup>. Por ello, el art .15.2 de la LA permite a las partes acordar libremente, siempre que no se vulnere el principio de igualdad, el procedimiento para la designación de árbitros, pudiendo éstas designar a uno varios árbitros especialistas, con el conocimiento específico necesario para pronunciarse sobre el tema que les es sometido, pudiendo, de ese modo, acercarse mejor a la realidad que soporta y a la que va a afectar su decisión.

En muchas ocasiones, la designación de árbitro especializado no resulta tarea fácil para las partes, pero si se trata de un arbitraje institucional, son las propias instituciones las encargadas de realizar su búsqueda y selección, siempre respetando el acuerdo que sobre ese particular los principales han adoptado. Si el árbitro designado no se ajusta a lo acordado por las partes, estas contarán con la garantía que les proporciona la eventual acción de anulación del laudo, pues tal y como establece el art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, si esta designación no se ajustara a lo pactado constituiría un motivo de anulación, a no ser que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de la citada Ley.

*Confidencialidad:* Esta se manifiesta expresamente en el artículo 24.2 LA, que obliga tanto a los árbitros como a las partes y a las instituciones arbitrales a guardar la confidencialidad acerca de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones, desarrolladas a lo largo de todo el arbitraje, desde su inicio hasta su finalización con el laudo arbitral. Este es uno de los motivos que comúnmente lleva a los litigantes más sensibles en términos de imagen a optar por el arbitraje como modo de resolución de conflictos, al poder ver garantizado antes, durante y después del procedimiento, cualquier información allí revelada, viéndose ésta debidamente protegida de una publicidad no deseada evitando posibles perjuicios colaterales<sup>20</sup>. Evidentemente esta limitación a la publicidad de las actuaciones solo se refiere con respecto a terceros, es decir, se trata de una publicidad en sentido amplio, puesto que, para los árbitros, instituciones y las partes intervinientes el procedimiento arbitral nunca pueden ser secreto en cuanto que tienen que conocer necesariamente todos los datos del litigio arbitral si tanto árbitros e instituciones quieren desempeñar adecuadamente sus funciones y respetar el derecho de defensa de las partes. La confidencialidad se centra generalmente en la debida reserva en cuanto a los datos aportados, audiencias y pruebas prácticas y laudo dictado, sin perjuicio de medidas adicionales controversias donde la información que se maneja es muy sensible. Esto supone una ventaja singular con respecto de la jurisdicción

<sup>19</sup> En este sentido, DE ALFONSO OLIVÉ, ob. cit., pág.42.

<sup>20</sup> Vid. MARTINEZ GARCIA, E., *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*, Madrid, 2001, pág. 168.

donde la publicidad de las resoluciones impera como uno de los principios inspiradores del proceso, practicándose sus sesiones además en audiencia pública. Solo por los motivos excepcionales, establecidos en el art. 138.2 LEC (protección del orden público, protección privada de las partes, protección de los intereses de menores, en interés de la justicia), se celebrarán los juicios a puerta cerrada.

Por todo ello, en un contexto como el actual de paralización o ralentización de procedimientos, de especial acumulación de asuntos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, con pocas probabilidades de contar con un tiempo suficiente para el estudio y preparación de los juicios, la rapidez, flexibilidad y la posibilidad de contar con árbitros especialistas, hacen que el arbitraje se muestre como un método recomendable para paliar los efectos producidos por esta nueva situación.

#### **IV. COMPORTAMIENTO DEL ARBITRAJE ANTE EL ESTADO DE CRISIS**

La crisis sanitaria económica y social producida por la Covid 19 ha tensionado enormemente las relaciones contractuales, induciendo frecuentemente a las partes a tener que acudir a la modificación (o incluso resolución) de sus condiciones contractuales para evitar incumplimientos no deseados, generando discrepancias que pueden desembocar en litigios ante los órganos jurisdiccionales con procesos largos y costosos, en ocasiones inasumibles por las partes. La jurisdicción a su vez se puede ver expuesta a otro sobreesfuerzo adicional al que ya venía asumiendo en términos de volumen de disputas pendientes de resolución. Por ello, esta crisis podría convertirse en una oportunidad para promover el arbitraje como método alternativo de resolución de disputas frente a la jurisdicción estatal. El arbitraje se muestra, así, como un método flexible y dinámico idóneo para coadyuvar en situaciones de especial desafío para la jurisdicción, capaz de solventar las disputas entre las partes de un modo más rápido y eficaz frente a la saturación de esta última.

El arbitraje y las diversas instituciones dedicadas a su impulso, ante los cambios producidos por esta situación excepcional, no se ha aislado ni mantenido ajeno, sino que han buscado las herramientas procedimentales necesarias para alcanzar una mayor eficiencia en todas las etapas del procedimiento. Esa flexibilidad y no formalidad que rige al arbitraje han provocado que esas adaptaciones hayan sido rápidas y eficaces, demostrando que acuerdo de las partes en estos puntos es la mejor solución para dirigir las actuaciones del modo más apropiado, evitando así demoras y gastos innecesarios. Por ello, durante este tiempo, apenas se han visto alteradas sus actuaciones normales, encontrando solución a los diversos retos que la situación comporta. Así:

##### **4.1. Suspensión de plazos**

Como es sabido, en España ante la crisis sanitaria producida por la pandemia se decretó el estado de alarma, en virtud del art. 116.2 CE y el art. 4.B9 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio. Mediante el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo se acordó la suspensión e interrupción de los plazos procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, salvo para la adopción de medidas cautelares u otras actuaciones que resultaran inaplazables y cualquier otra actuación judicial que, de no practicarse, pudiera causar un perjuicio irreparable. Esto conllevó no solo el que las partes durante este periodo no pudieran acudir a los tribunales para resolver sus conflictos sino que además que, con posterioridad, éstos se encontraran con un gran atasco de asuntos, provocando un retraso, aún mayor de lo habitual, en la Administración de la justicia. Sin embargo, el mencionado Real Decreto no hizo referencia alguna al arbitraje

Al no ser de aplicación la Disposición Adicional segunda del citado Real Decreto al procedimiento arbitral, el art. 5 de la LA («*Los plazos establecidos en esta ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales*»), se mantuvo en vigor durante todo el periodo de suspensión de plazos procesales. De manera que solamente se vieron paralizadas durante el estado de alarma por ley, aquellas actuaciones de apoyo y control judicial a los árbitros (procedimiento para nombramiento y remoción judicial de árbitros; asistencia judicial en la práctica de pruebas; ejecución, anulación), salvo que la asistencia judicial al arbitraje fuera necesaria para la adopción de las medidas esenciales no suspendidas por el citado Real Decreto.

Durante este tiempo, algunas Instituciones Arbitrales, amparándose en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020, por el que se declara el Estado de Alarma, barajaron la posibilidad de suspender todos los plazos y procedimientos arbitrales que estuvieran en curso, aplicando análogas medidas de suspensión que las utilizadas para los procedimientos jurisdiccionales. Tal es el caso, por ejemplo, de la Corte Española de Arbitraje (en adelante CAE) que para garantizar los derechos de sus usuarios acordó, el 16 de marzo de 2020, la suspensión general de plazos de todos los procedimientos arbitrales en curso. No obstante, siguió prestando sus servicios a usuarios y personas interesadas en el arbitraje. La Asociación Catalana de Arbitraje, en atención al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, actuó en el mismo sentido y el 15 de marzo de 2020, decidió suspender todos los procedimientos arbitrales con independencia de su situación procedimental, hasta el 31 de marzo, prestando sus servicios de atención no de manera presencial pero si telemática. Igualmente lo hizo la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (en adelante CIMA), con la publicación, el 16 de marzo de 2020, de un comunicado estableciendo el sistema de teletrabajo para sus empleados y la suspensión de los plazos procedimentales y de las audiencias previstas, permitiendo no obstante que las partes y el tribunal acordaran su celebración telemáticamente. Sin embargo, en estas instituciones la reapertura e impulso de los procedimientos suspendidos ha sido mucho más vigorosa que en la jurisdicción ordinaria organizando rápidamente todo tipo de sistemas y protocolos de actuación telemática que ha permitido un relanzamiento ágil y con mínimos retrasos.

Por otro lado, otras instituciones internacionales, tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), o el London Court of International Arbitration (en adelante LCCIA), entre otras, o en el ámbito nacional la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (en adelante CAM) adoptaron un enfoque más flexible y pragmático, propio del arbitraje, desde un primer momento dejando en manos de las partes y los árbitros la decisión sobre la suspensión de los procedimientos o, en su caso, adaptación a esta nueva realidad empleando, a tal efecto, todos aquellos medios tecnológicos que estaban a su alcance para seguir adelante con los procedimientos arbitrales, es decir, promovieron el contacto entre las partes y de estas con el personal encargado de la tramitación de cada arbitraje para abordar individualmente las cuestiones más adecuadas al caso concreto.

Vemos, pues, como cada Institución Arbitral adoptó sobre esta particular las medidas que consideró oportunas, tratando de perjudicial lo menos posible a sus

usuarios y pudiendo seguir adelante con un desarrollo normal de los procedimientos en no pocas ocasiones al no verse entorpecidos por la suspensión de los plazos procesales o mitigando sus efectos con un relanzamiento de las mismas ágil y a través principalmente de los medios tecnológicos.

#### 4.2. Notificaciones y traslados de escritos

Para evitar desplazamientos físicos (tanto de personas como de documentos) el arbitraje viene utilizando desde hace tiempo las nuevas tecnologías. Así, en lo referente a las notificaciones, el art. 5. a) de la LA, autoriza, salvo pacto en contrario, junto con la notificación mediante entrega personal al destinatario en su domicilio o residencia habitual, la efectuada 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. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario. Este precepto, con buen criterio, hace empleo de las nuevas tecnologías para llevar a cabo las notificaciones, imponiendo solo para su utilización el cumplimiento de dos exigencias: a) que el sistema deje constancia de su remisión y recepción y b) que el empleo de esos medios haya sido designado por el interesado. Las normas arbitrales permiten que los procedimientos se desarrollen sin tener que suspender o demorar cualquier actuación.

En la actualidad la práctica habitual en los procedimientos arbitrales es que las notificaciones se realicen siempre por correo electrónico y, solamente, ante situaciones que lo justifiquen en soporte papel.

Desde hace mucho tiempo en el arbitraje cabe la posibilidad de eliminar los expedientes físicos y muchos centros de arbitraje cuentan con potentes sistemas organizados de expediente electrónico invitando a sus usuarios a eliminar la copia física.

Así, lo habitual en el procedimiento arbitral es que los escritos de demanda y contestación, o en su caso los de réplica y de duplica, etc. junto con sus documentos se presenten exclusivamente por vía electrónica (ya sea mediante correo electrónico o a través de sistema de plataforma de descarga de archivos). No solo nada impide que todos estos escritos se puedan presentar *on line*, sino que lo cierto es muchas Cortes Arbitrales, entre ellas, la Internacional de Arbitraje de París han alentado a las partes, en estos momentos de crisis, a emplear exclusivamente los medios electrónicos para la presentación de escritos y pruebas.

Lo mismo sucede con el laudo arbitral. El art. 37.3 LA dispone asimismo que el laudo ha de constar por escrito y firmado por los árbitros. Entendiéndose tal escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Por consiguiente, teniendo en consideración la tecnología de la que actualmente se dispone y la predisposición que el arbitraje ha tenido desde el primer momento a esta, nos encontramos con que no existen problemas para en momentos excepcionales, como los que nos afectan, poder completar toda la fase escrita de los procedimientos sin dilaciones. Pero es más incluso si la utilización o incorporación

de esas herramientas tecnológicas no estuviese prevista desde el inicio en las normas de procedimiento del arbitraje en cuestión, cabría incorporarlas con el simple acuerdo de las partes y los árbitros, pues como ya hemos dicho el arbitraje es sumamente flexible y antiformalista pudiendo tramitarse del modo que las partes acuerden. Esta flexibilidad del arbitraje faculta que las partes adopten el procedimiento más idóneo para solventar las dificultades surgidas en situaciones materiales extraordinarias y difíciles como la de esta crisis sanitaria, económica y social.

#### 4.3. Audiencias

A menos que las partes hayan pactado expresamente disposición al respecto, serán los árbitros quienes decidirán sobre la conveniencia de la celebración de audiencia/s para la presentación de alegaciones, la práctica de las pruebas o la emisión de sus conclusiones o bien si todas estas actuaciones se sustanciarán solamente por escrito.

Por regla general las audiencias en el arbitraje, sobre todo en materia de práctica prueba, se vienen celebrando de modo presencial, al igual que ocurre con las vistas judiciales. Resulta indiscutible que la intermediación de los tribunales y árbitros a la hora de practicar la prueba testifical y pericial conlleva un estudio y análisis más directo de sus gestos, dudas, respuestas y otros matices que no es posible percibir adecuadamente (o al menos no con tanta intensidad) cuando se utilizan medios telemáticos, de ahí la importancia de la presencialidad de la audiencias y el motivo principal por el que algunas Instituciones Arbitrales decidieran su suspensión durante el periodo de estado de alarma.

No obstante, como se ha indicado los medios audiovisuales no eran ajenos al arbitraje, al ser utilizados ya, antes de la pandemia, de manera recurrente por las Instituciones arbitrales, sobre todo en el ámbito del arbitraje internacional. De ahí que en gran parte de estas instituciones se dispusiera ya de sistemas adecuados para la celebración de audiencias no presenciales con las debidas garantías para la salvaguarda de los principios de audiencia, igualdad y contradicción. Así, la reacción y adaptación de estas instituciones a la nueva situación provocada por la crisis sanitaria ha resultado extremadamente ágil. En base a ello muchos arbitrajes se han tramitado durante este periodo de modo totalmente virtual.

Sobre este particular, por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje fue consciente desde el primer momento que la crisis sanitaria podía afectar muy significativamente a las conferencias y audiencias e incluso hacer imposible reunirse físicamente, por eso ha orientado y aconsejado a las partes para la organización de las audiencias de modo telemático. Obviamente serán los sujetos implicados: partes, abogados y tribunales arbitrales los que deberán considerar si las audiencias deben posponerse o realizarse a través de medios virtuales, para evitar atrasos y demoras injustificadas, pero con carácter general el principal interés de todos ellos será el del avance del procedimiento.

El art. 25 del Reglamento CCI dispone así, en términos generales, que el tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera *medios apropiados*. Este contexto está estructurado para otorgar la posibilidad al tribunal de que puede resolver la controversia únicamente con los escritos o celebrar, también, oralmente una audiencia. La Guía de la Secretaría sobre notas del arbitraje CCI señala que el tribunal arbitral podrá interpretar el art. 25 del reglamento en sentido de requerir una audiencia presencial, o mediante el uso de la video conferencia o teleconferencia dependiendo de las circunstancias del caso. Cualquier audiencia virtual obviamente requerirá de una

consulta entre el tribunal y las partes con el objetivo de implementar medidas - a menudo protocolo telemático- suficientes para cumplir con cualquier normativa de privacidad de datos aplicable. Dichas medidas también deben ocuparse de la privacidad de la audiencia, la independencia de los testigos y de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas dentro del procedimiento arbitral y a través de cualquier plataforma de celebración de videoconferencias o transmisión de documentos electrónicos. Será así el tribunal, entre otras cuestiones, quien autorice la grabación del acto o cualquier otra medida precisa a tal fin.

Por ejemplo, la Cámara de Arbitraje de Madrid acordó la suspensión de las audiencias o comparencias presenciales durante el periodo de la pandemia pudiéndose celebrarse éstas, no obstante, por vía de conferencia telefónica o videoconferencia, siempre que así lo acuerden las partes y el Tribunal arbitral correspondiente, oída la Secretaria de la Corte.

Por lo que respecta otras instituciones como la CIMA, a pesar de haber acordado la suspensión de actuaciones, al igual que ocurre con la CCI, tenía ya previsto en el art.32.5 de su Reglamento de procedimiento la posible utilización de medios audiovisuales en la celebración de audiencias, siendo muy fácil adoptar dicha previsión tan pronto ha sido alzada dicha suspensión habiendo sido muy frecuentes los supuestos en los que, tras ello, los testimonios de testigos se han realizado por esa vía, sin por ello menoscabar las debidas garantías del procedimiento.

Como vemos, ha sido precisamente la situación derivada de la Covid la que ha hecho a la CIMA como a otras instituciones plantearse la conveniencia de utilizar generalizadamente los medios electrónicos -ya permitidos en su regulación procedimental-, al objeto de facilitar la tramitación de los arbitrajes ante las graves consecuencias que pudiera conllevar su paralización o retraso. No obstante, esta institución reconoce la conveniencia y utilidad, como regla general y siempre que fuera posible, de que las audiencias para la práctica de las pruebas testificales y periciales se lleven a cabo de manera presencial, y que sólo se utilice el sistema audiovisual para supuestos especiales en los que la dificultad, tanto física como económica, de las audiencias presenciales así lo aconsejaran.

#### **4.4. Procedimientos abreviados**

Otro instrumento ideal para la rápida resolución de disputas mediante arbitraje lo constituye los denominados procedimientos abreviados; procedimientos en que la discusión y resolución de la controversia se produce en un término mucho más limitado. Este tipo de procedimientos ya se encontraba en la regulación de muy diversas instituciones arbitrales y otras han aprovechado para incorporarlo recientemente o apoyarse singularmente en él. Así, para proporcionar una solución rápida a la gran multitud de litigios surgidos como consecuencia del coronavirus, algunas Cortes Arbitrales impulsaron estos procedimientos rápidos, sobre todo en materia contractual. Así, por ejemplo, el Tribunal Arbitral de Barcelona (en adelante TAB), órgano construido por la Asociación Catalana para el arbitraje (a su vez integrada por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, el Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña y el Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña, con el objetivo de gestionar y coordinar institucionalmente la administración de todo tipo de arbitrajes, esencialmente en materia civil y mercantil) contempló un procedimiento rápido de resolución de conflictos entre empresas y particulares por la Covid 19,

denominado *fast track*, con el que trata de responder al incremento de la litigiosidad como consecuencia de la pandemia. Dicho procedimiento permite a los usuarios obtener una resolución del conflicto en un plazo mucho menor al habitual en la justicia ordinaria, ya que establece un máximo de 36 días de media desde la presentación de la solicitud del arbitraje, para dar por finalizado éste.

Se trata de un procedimiento eficaz y *on line*, plenamente garantista al que pueden acudir los interesados incluso sin haber formalizado antes de la controversia un específico convenio arbitral siempre y cuando obviamente acepten su tramitación tras el surgimiento de la controversia.

En este sentido, el procedimiento *fast track* cuenta con todas las ventajas del arbitraje convencional y además aprovecha las posibilidades que ofrecen los entornos virtuales, velando en todo momento para que la tramitación del procedimiento a distancia responda a los principios de confidencialidad y seguridad durante todas las fases del mismo. La presentación de documentos, pruebas y alegaciones se efectúa exclusivamente a través de correo electrónico y la celebración de la vista por medio de videoconferencia.

El procedimiento está dirigido por un árbitro que es no solo jurista sino además especialista en el ámbito sectorial donde se inserta el objeto del contrato; elemento de suma trascendencia para aquellos que buscan soluciones rápidas pero que se adapten realmente a las necesidades y naturaleza propias de su negocio<sup>21</sup>.

Similar solución a adoptado la Asociación Europea de Arbitraje (en adelante AEA), consciente de esta situación excepcional por la que se está atravesando, y en colaboración con el Centro de Mediación y Solución de Conflictos, ha diseñado un procedimiento para la solución de conflictos ajustando los tiempo y costes del mismo de cara a minimizar las consecuencias derivadas de posibles controversias entre las partes. Se trata de un procedimiento *express* de mediación y arbitraje, extraordinario durante el estado de alarma; un procedimiento especial, con una reducción de un 30 por ciento en los costes. En los casos en los que no exista cláusula arbitral, las partes podrán manifestar su voluntad de someterse al arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje presentando una solicitud específica, bien de mutuo acuerdo o bien a instancia de una de ellas que necesitará del consentimiento de la otra<sup>22</sup>.

#### 4.5. Especial consideración al Árbitro de Emergencia

Figura relativamente nueva y de gran relevancia es el árbitro de emergencia. La primera institución arbitral que introdujo reglas sobre árbitro de emergencia fue el Centro Internacional para la Resolución de Disputas en el año 2006<sup>23</sup>. Esta innovación fue seguida, en 2010, por el Centro de Arbitraje Internacional de

<sup>21</sup> TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA, «Vía rápida *fast track* de resolución de conflictos a consecuencia del covid-19», disponible en: <https://www.icaba.es>. Vid. Art. 14 del Reglamento de arbitraje del TAB.

<sup>22</sup> ASOCIACION EUROPEA DE ARBITRAJE, «Procedimiento de mediación y de arbitraje extraordinario durante y /o consecuencia del estado de alarma, procedimiento *express*», disponible en <https://asociacion.europdearbitraje.org/b@asociacioneuropdearbitraje>. Vid. art. 5 del Reglamento de arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje.

<sup>23</sup> Art. 37 (medidas urgentes de protección) del Reglamento del Centro Internacional de Disputas, 2006.

Singapur<sup>24</sup> y por la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>25</sup>. Posteriormente, en 2012, es introducido por la Cámara de Comercio Internacional de París<sup>26</sup>, por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong<sup>27</sup> en 2013, y un año más tarde por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres<sup>28</sup>. En España esta figura tampoco pasa desapercibida y enseguida aparece regulada en las instituciones arbitrales más importante de nuestro país, entre otras, por la Corte Española de Arbitraje, en 2011<sup>29</sup>, por el Tribunal Arbitral de Barcelona, en 2014<sup>30</sup> y por la Corte de Arbitraje de Madrid<sup>31</sup> y Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, en 2015<sup>32</sup>.

El árbitro de emergencia surge con el objeto de que la parte que necesite solicitar una medida cautelar urgente pueda hacerlo de manera rápida sin tener que esperar a la constitución de un Tribunal Arbitral. Actúa para resolver una medida cautelar urgente, siempre y cuando se solicite con anterioridad al inicio de un procedimiento arbitral o cuando, una vez iniciado éste, todavía no se haya constituido el Tribunal arbitral.

La constitución del Tribunal arbitral precisa de un determinado tiempo, aspecto éste que resulta ser de gran trascendencia cuando se trata de controversias que requieran cierta urgencia. Con anterioridad a la creación de la figura del árbitro de emergencia, para solicitar medidas cautelares era necesario habitualmente acudir a los Tribunales de Justicia (aunque no por ello el interesado contravenía el acuerdo de arbitraje ni constituía una renuncia al mismo), sino que una vez se resolvía la petición medida cautelar, éste podía acudir a los árbitros para la resolución del conflicto principal, como, lógicamente, era el deseo de las partes al haber celebrado un convenio arbitral para evitar la justicia ordinaria. Ante esta situación surge la figura del árbitro de emergencia que pretende, desde el primer momento, mantener al margen de los tribunales ordinarios todos los aspectos de la controversia (incluidas las peticiones cautelares urgentes) y ofrecer a las partes la posibilidad de hacer plantear ante un árbitro una medida cautelar o provisional antes de la constitución del tribunal arbitral en forma rápida y eficaz, y protegiendo los derechos fundamentales de las partes en conflicto. Para garantizar esa celeridad es por lo que la mayoría de los reglamentos arbitrales optan habitualmente por la fórmula del *opt out*, es decir, cuando las partes suscriben esa cláusula arbitral están aceptando que se pueda nombrar un árbitro de emergencia salvo que lo excluyan expresamente.

Por su naturaleza, el papel propio del árbitro de emergencia es el de ofrecer una solución temporal a la disputa con la única finalidad de resolver sobre la petición

---

<sup>24</sup> Normas SIAC, art. 26.2 anexo 1.

<sup>25</sup> Art. 32 y Anexo II del Reglamento de arbitraje de la Cámara Comercial de Estocolmo (CEE).

<sup>26</sup> Art. 29 del Reglamento de Arbitraje Cámara Comercio Internacional (CCI).

<sup>27</sup> Art. 58 del Reglamento para el Arbitraje administrado del centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC).

<sup>28</sup> Art. 9. B del Reglamento de The London Court of International Arbitration (LCCIA).

<sup>29</sup> Epígrafe noveno (árbitro de emergencia) del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje.

<sup>30</sup> Reglamento Arbitro de emergencia de 2014, del Tribunal Arbitral de Barcelona.

<sup>31</sup> Art. 37 del Reglamento Corte de Arbitraje de Madrid.

<sup>32</sup> FERNANDEZ MASÍA E., «La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional», *Cuaderno de Derecho transaccional*, vol.9, nº 1, 2017, págs.82-98.

<sup>33</sup> FIGUEROA VALDÉS, J.E., «El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras», *Revista Argentina de arbitraje*, nº 1- octubre 2017.

cautelar planteada por alguna de las partes. Se le nombra únicamente con ese fin y sus funciones cesan tras la decisión que adopte al respecto. Inmediatamente después, el árbitro o el tribunal arbitral, llamado a resolver el fondo de la controversia, es el que se hace cargo del procedimiento, pudiendo modificar o revocar, a petición de una de las partes, la resolución inicial del árbitro de emergencia<sup>33</sup> y no pudiendo éste, en la mayoría de los casos, formar parte del Tribunal que va a dictar el laudo.

A pesar de las diferencias de los distintos Reglamentos en la regulación del arbitraje de emergencia, todos han tratado de diseñar un procedimiento que logre la rápida y eficiente resolución de las solicitudes que se presenten para la adopción de medidas cautelares. Las notas comunes a todos ellos, siguiendo principalmente los Reglamentos de la CCI y de la Cámara de Madrid son las siguientes:

- El procedimiento se inicia a través de solicitud que deberá presentarse con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral o de su llegada ante el mismo del expediente.
- Dicha solicitud deberá incluir entre otras cosas: la identificación de las partes; breve descripción de la controversia, relación de las medidas urgentes que se solicitan, el convenio o convenios arbitrales que se invocan, etc<sup>34</sup>.
- A continuación, en la mayoría de los Reglamentos institucionales, se establece el deber de dar traslado la misma a la parte contraria, para que ésta se defienda, no pudiéndose nunca tomar medidas cautelares *inaudita altera pars*.
- Tras el examen de la solicitud se efectuará el nombramiento del árbitro de emergencia, normalmente por el presidente de la Institución arbitral, en el menor tiempo posible, habitualmente dentro de un plazo de dos días desde que la Secretaría de la Institución haya recibido la petición<sup>35</sup>.
- Este no podrá ser designado con posterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral definitivo que se pronuncie sobre el fondo del asunto, evitando, así, un conflicto de competencia entre estos dos árbitros.

El árbitro de emergencia podrá ser recusado dentro de los dos o tres días siguientes a la recepción, por la parte que efectúa la recusación, de la notificación de dicho nombramiento o desde la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y circunstancias en que funda su solicitud, si dicha solicitud fuera posterior a la recepción de la mencionada notificación de designación<sup>36</sup>. El árbitro de emergencia no podrá actuar en ningún arbitraje posterior relacionado con la controversia que haya dado origen a dicha petición.

La sede del procedimiento será la acordada por las partes, en caso de no ser lo así, será determinada por la institución arbitral<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Art. 1 del Apéndice V- Reglas del Árbitro de Emergencia- del Reglamento de arbitraje de la CCI y art. 2 del Reglamento de arbitraje de la CIMA.

<sup>35</sup> Art. 2 del Apéndice V- Reglas del Árbitro de Emergencia- del Reglamento de arbitraje de la CCI y art. 4 del Reglamento de arbitraje de la CIMA.

<sup>36</sup> Arts. 2 y 3 del Apéndice V- Reglas del Árbitro de Emergencia- del Reglamento de arbitraje de la CCI y art. 2 del Reglamento de arbitraje de la CIMA.

<sup>37</sup> Art. 4 del Apéndice V- Reglas del Árbitro de Emergencia- del Reglamento de arbitraje de la CCI y art. 5.1 del Reglamento de arbitraje de la CIMA.

El árbitro de emergencia establecerá un calendario procesal para el desarrollo del procedimiento en el menor tiempo posible, normalmente dentro de los dos días siguientes al de haberse entregado el expediente. Conduciendo éste el procedimiento de la manera que considere más apropiada en atención a la naturaleza y urgencia de la petición<sup>38</sup>.

El árbitro de emergencia finalizará su misión con resolución final en un plazo no superior a 15 días o plazo que establezca la institución. Dicha decisión adoptará la denominación de laudo o de orden (dependiendo de los reglamentos de cada institución arbitral) siendo ésta vinculante para las partes, quienes están obligadas a cumplirla sin demora<sup>39</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La crisis mundial derivada de la propagación del virus Covid-19 ha propiciado numerosos cambios en nuestra vida y realidad socio-económica. Además de limitaciones en los movimientos y distanciamiento social, etc. en el ámbito judicial esta crisis ha provocado el surgimiento y acumulación de un elevado número de controversias. La suspensión de actuaciones judiciales y la saturación de la jurisdicción ordinaria han provocado una ralentización y mayor colapso de nuestros tribunales que no benefician al justiciable. Ante esta situación, la rapidez, flexibilidad y especialización del arbitraje hacen que éste se muestre como un método de resolución de conflictos especialmente apto para paliar los efectos producidos por esta desgraciada situación.

El arbitraje, frente a estos cambios, no se ha aislado sino que, bien al contrario, ha buscado las herramientas necesarias para adaptarse a la nueva situación y alcanzar una mayor eficiencia en todas las etapas de los procedimientos. Gracias a ello durante este tiempo apenas se han visto alteradas las actuaciones arbitrales. Con carácter general, la mayoría de las Cortes Arbitrales han continuado desarrollando su función, si bien adoptándose a las actuales circunstancias; con personal trabajando en remoto; fomentando el envío de notificaciones y traslado de escritos y documentos por correo electrónico y pudiendo celebrar las audiencias y sesiones normales a través de videoconferencias u otros medios telemáticos. Las restantes han procurado un relanzamiento de procedimientos inmediata tras la suspensión, tratando de compensar cualquier retraso acumulado. Al mismo tiempo diversas instituciones han puesto en marcha y utilizados procedimientos rápidos y han contado con la figura especial del árbitro de emergencia para adoptar medidas cautelares urgentes.

Pero, sin duda la ventaja más importante con que cuenta el arbitraje es su plena adaptación a la voluntad -en ocasiones cambiante- de las partes, de manera que, en todo caso, si la utilización e incorporación de todas estas herramientas no estuviera prevista en las normas de procedimiento arbitral o convenio arbitral previo, cabría incorporarlas por acuerdo entre las partes y los árbitros sobrevenidamente, pues como hemos dicho el arbitraje resulta una herramienta especialmente flexible y antiformalista, con lo que se configura como el procedimiento más idóneo para solventar las dificultades surgidas en situaciones de crisis como la presente.

---

<sup>38</sup> Art.4 del Apéndice V- Reglas del Árbitro de Emergencia- del Reglamento de arbitraje de la CCI y Art.5 Reglamento de arbitraje de la CIMA.

<sup>39</sup> La resolución final del árbitro de emergencia tanto para la CCI como la CIMA adopta la forma de orden: art.29.2 del Reglamento de arbitraje de la CCI y art. 6.2 del Reglamento CIMA.

# ARBITRAJE Y PROCESO; OBLIGATORIEDAD Y MEDIDAS COYUNTURALES

EUGENIO PIZARRO MORENO  
Titular (acred.) UPO

**SUMARIO:** I. SITUACIÓN COYUNTURAL Y ARBITRAJE: EL VALOR DE LO ESENCIAL. II. MOVIMIENTOS NORMATIVOS (QUE NO LEGISLATIVOS) NACIONALES E INTERNACIONALES. III. MEDIDAS PROCESALES Y PROCESO ARBITRAL. 3.1. Claves del nuevo sistema. 3.2. Premisas generales. IV. DESGLOSE Y ANÁLISIS. 4.1. La difícil aspiración a una unificación de criterios. 4.2. Arbitraje y mercado: *lex mercatoria ratione mercaturae*. 4.3. El inestable ámbito de lo penal para la confirmación *ante-juicio oral*. 4.4. Fomento en abierto (y en el ámbito social) de las ADRS. V. A MODO DE EPÍLOGO.

## I. SITUACIÓN COYUNTURAL Y ARBITRAJE: EL VALOR DE LO ESENCIAL

Y sin embargo..., se mueve; habría que parafrasear a GALILEO aunque solo sea para no olvidar que, a pesar de todo, el mundo se mueve..., avanza, evoluciona -sin que esto suponga necesariamente algo bueno-. Por una simple idea darwiniana, también deberíamos pensar que todo lo que mata, muere. Y esto ha de servir también para los virus multiplicados y sus consecuentes pandemias.

Sí tienen estos procesos la cualidad de recordarnos el valor de lo esencial, y de ahí es muy probable que tengamos que recurrir a tópicos que encierran, permítase la licencia, verdades como puños. Habría entonces que apelar a la idea de que la impartición de justicia, en un escenario extremo, no alcanza ese marchamo, porque lo determinante tiene que ver con el estado de salud, y habrá que reconocer que eso es cierto; pero, superado ya ese estadio primero de respaldo sanitario (con unos resultados catastróficos, hay que reconocer, por causas imputables a la propia enfermedad sobre todo, y a otros imponderables después), no queda más remedio que reactivar la economía y lo social hasta sus confines. Ello ha de incluir también, por lo que a nosotros interesa, el reinicio de las decenas de miles de procedimientos que habían principiado o que estaban a punto de hacerlo antes de esta odiosa marabunta contra la que aún seguimos luchando<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Otros compañeros analizarán, en el marco de esta macro obra colectiva, la adecuación constitucional de los límites y limitaciones que una declaración de Estado-estado de alarma sin precedentes ha generado en la ciudadanía, que, sintiéndose en un semi-estado de libertad y bienestar, pasó a ser confinada sin más opciones que el abastecimiento del mínimo vital alimenticio y sanitario.

Dos de las instituciones más importantes, en lo que toca a nuestro sistema, han reaccionado con prontitud, a pesar de lo que pueda pensarse: una ha sido la clásica Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por su acrónimo CNUDMI), y que es una referencia en materia de arbitraje nacional e internacional; la otra institución ha sido nuestro Consejo General del Poder Judicial, que a fecha de 16 de junio de 2020 tiene aprobado un Plan de Choque (más un Anexo) para la reactivación del sistema ordinario tras el Estado de alarma. De ambos documentos daremos buena cuenta en este trabajo.

Antes, procede incidir en que estas circunstancias nos devuelven a una cruda realidad, atizada por pérdidas humanas inconmensurables, por sentimientos de desazón, estrés y tristeza que tienen que ver con la falta de capacidad del sujeto para afrontar una plaga de semejante calibre, que hace tambalearse todos los cimientos de la cultura, la convivencia social y las relaciones de puro tráfico económico.

Con un retorno incierto, los peligros se ciernen sobre el completo universo jurídico (entre otros), y las miradas se vuelven hacia las ADRs<sup>2</sup> en busca, una vez más, de alivio de la carga jurisdiccional. Me temo que no se va a producir un efecto redentor; el arbitraje y el proceso seguirán siendo alternativas descompensadas. Sí, me alinee con los que piensan que la profunda y mortífera época que hemos vivido, estamos viviendo y –muy probablemente- revivamos, no va a hacer cambiar muchos de los estereotipos, clichés y modismos que habíamos adquirido: es más, esta pandemia ha venido a consolidar un modelo donde la máquina ha transformado la forma de actuar del ser humano, donde la digitalización ha alcanzado máximos irrefutables (teletrabajo, teleformación, etc.), donde los límites se han movido y removido hasta hacer depender nuestra vida del contacto digital, online, etéreo, vacío, superficial y automática; el escenario es desolador, y el aprendizaje postpandemia, relativo.

Por consiguiente, no puede uno más que reafirmarse en la idea<sup>3</sup> de que el arbitraje, como la mediación, solo puede hallar la vía de un despliegue efectivo y exponencial, a través de la merma de uno de sus principios fundamentales: el de voluntariedad. Pero, sobre esto, referido a la mediación, ya hemos ahondado bastante<sup>4</sup>; me quedo, en estos momentos, con las reflexiones del profesor PILIA<sup>5</sup>, que abogaba por la supresión de una superabundancia legislativa en pro de la autorregulación, como mecanismo de fomento, además del establecimiento de los supuestos tasados de la mediación obligatoria.

---

<sup>2</sup> Es conocido ya este acrónimo anglosajón: *Alternative Dispute Resolutions*, expresión un tanto díscola, pues los conocidos tradicionalmente como mecanismos alternativos de resolución de conflictos deberían ya, de una vez por todas, invertir los términos: no estamos ante una alternativa a la justicia, sino ante una justicia alternativa.

<sup>3</sup> Me refiero, sobre todo, dentro de las ADRs, a la mediación y al arbitraje, porque entiendo que son auténtica justicia alternativa; el resto –conciliación, pacificación– se ha venido fomentando y practicando con mayor o menor rigor, sobre todo en función de los intereses de los despachos de abogados que, en muchas ocasiones, no querían ni quieren renunciar a un proceso jurisdiccional que ya tienen minutado.

<sup>4</sup> Vid., en este sentido, cualquiera de las publicaciones de Olejnik coordinadas por el profesor Manuel GARCÍA MAYO y dirigidas por el catedrático de Derecho civil, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. En Italia, que ha tomado la delantera en lo relativo al establecimiento del principio llamado de <<obligatoriedad mitigada>>, son indiscutibles las aportaciones del profesor Carlo PILIA.

<sup>5</sup> En la obra colectiva, *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, ed. Wolters-Kluwer, Madrid, 2020.

Téngase en cuenta, además, que, como ha de ser el objetivo de esta macroobra colectiva, hemos de centrarnos en el arbitraje en relación con los efectos que en el marco judicial ha originado la pandemia, por lo que necesariamente hemos de obviar tratar las cuestiones generales relativas al arbitraje (cláusulas, convenio arbitral, laudo y fuerza ejecutiva, etc.)<sup>6</sup>, salvo las que tengan una relación directa con la materia.

## II. MOVIMIENTOS NORMATIVOS (QUE NO LEGISLATIVOS) NACIONALES E INTERNACIONALES

No debe olvidarse que el contenido de recomendaciones, normas éticas, de uso, de derecho no vinculante, soft law, etc., no impelen el establecimiento de normas de obligada observancia. Vinculadas a la pandemia, ha habido mucho movimiento, normativo, que no legislativo, relativo, sobre todo –en la sede en que nos encontramos– a medidas de aclaración, prevención, promoción y desarrollo del arbitraje. Hagamos un breve recorrido por las más determinantes.

En España, la *Corte Española de Arbitraje* (en acrónimo, CEA) hace mucho ya que habilitó la posibilidad de llevar a cabo procedimientos telemáticos, y, en tal sentido, la pandemia puede venir a consolidarlos. No nos estamos refiriendo aún a medidas que, en el título del trabajo, hemos denominados coyunturales. También la *Corte Civil y Mercantil de Arbitraje* (CIMA) ha optado por fomentar el teletrabajo, así como la suspensión de audiencias y comparecencias presenciales; junto a ello, se ha decidido por una clara apuesta por el empleo de medios audiovisuales para practicar actos procesales de ineludible interrelación (interrogatorio, testificales, confirmaciones de periciales, etc.). De otro lado, la *Corte de Arbitraje del ICAM*, también ha anunciado la posibilidad de realizar las audiencias por medios telemáticos.

Dentro aún del ámbito nacional, ha sido siempre encomiable la labor desempeñada por el *Tribunal Arbitral de Barcelona* (en adelante, TAB), habilitando una vía rápida o abreviada, que ha denominado «Fast track» de resolución de conflictos durante el COVID-19 en el que las audiencias procesales se celebrarán con preferencia por videoconferencia, que será grabada para la factibilidad de su consulta posterior.

En el ámbito internacional y dentro de medidas que podríamos denominar <<precursoras>>, resalta el Protocolo de Seúl, que se adelantó varios meses<sup>7</sup> a las circunstancias pandémicas de la actualidad, articuló la 7ª Conferencia de ADR de Asia Pacífico, celebrada en Seúl en 2018, había ideado ya mecanismos para hacer efectiva y segura la videoconferencia (que podía utilizarse para cualquier acto procesal presencial), del mismo modo que la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* que tenía publicado de forma abierta al público y con anterioridad a la crisis, un reglamento de arbitraje online.

Dada la diversidad de organismos internacionales que ofrecen la resolución de sus conflictos a través de órganos ad hoc de arbitraje, es conveniente citar algunos de alcance universal, como la *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (ICC), que ha publicado una especie de nota-guía sobre medidas encami-

<sup>6</sup> Para ello, hay excelentes trabajos; citaré solo a los que, con mayor fruición, se han dedicado de forma tradicional a la materia. Han de surgir ahí los nombres de CORDÓN MORENO, FERNÁNDEZ ROZAS, CALVO CARAVACA, MERINO MERCHÁN, CREMADES,

<sup>7</sup> Noviembre de 2018.

nadas a solventar las dificultades que plantean los nuevos escenarios derivados de la pandemia, y ha reaccionado con dos anexos: un *checklist* para la adopción de protocolos que favorezcan la celebración de audiencias virtuales, así como cuestiones procesales relacionadas con éstas, y otro sobre cláusulas arbitrales pensadas para articular los procesos digitales de resoluciones arbitrales de conflictos.

La *American Arbitration Association* (en anagrama, AAA) hace expresa mención al hecho de que no celebrará audiencias presenciales en sus órganos de Nueva York, Chicago, San Francisco y Los Ángeles, y sitúa una fecha<sup>8</sup> a principios de otoño, que, ahora mismo, se nos antoja excesivamente optimista, y promociona los diferentes recursos no presenciales u online que ofrece a fin de agilizar los trámites, como pueden ser –al igual que los organismo que ya hemos citado– la realización de audiencias virtuales, la presentación de formularios en línea o desarrollando, incluso, una aplicación ágil e intuitiva para llevar a cabo tanto la presentación de procesos digitales de arbitraje como la gestión de trámites procesales y su conclusión. Por último, aunque la lista podría continuar, la *London Court of International Arbitration* (LCIA) se ha ido centrando en lo que genéricamente se ha dado en denominar arbitraje digital, porque parece enfatizar las afamadas ventajas del arbitraje<sup>9</sup>, entre ellas, la flexibilidad y agilización del procedimiento dirimente.

### III. MEDIDAS PROCESALES Y PROCESO ARBITRAL

Dice PÉREZ GONZÁLEZ<sup>10</sup> que «el concepto jurídico de «proceso» admite dos lecturas, no excluyentes, de distinto enfoque sobre la naturaleza del mismo; de este modo, podemos señalar la existencia de las nociones rígidas del proceso, que enfatizan la consideración del mismo como una sucesión lógica de trámites; y, por otro lado, cabe aludir a las concepciones finalísticas que, con una mayor dimensión, atienden al propósito del proceso, es decir, a lo que tratamos de obtener a través del mismo: una sentencia, la verdad...Piero Calamandrei y su obra son exponentes de esta última teoría conceptual.

Puede parecer una discusión ociosa, caprichosa, estéril...inútil a toda pretensión y huérfana de valor, sin embargo, la reflexión sobre el concepto del proceso, y más allá de ella, sobre la importancia del trámite, es esencial y determinante para no convertir al mismo en terreno infecundo al legítimo objetivo de las partes de encontrar con él la respuesta a la controversia que paradójicamente las une.

Se desconoce con demasiada y censurable habitualidad, pero la relevancia de un proceso –y de sus trámites– no es dada por la noción ontológica del propio proceso sino –visión de finalidad– por la utilidad que el mismo ofrece para acercar una aspiración específica. Por ejemplo: nadie recurre a un proceso monitorio para deleitarse en la exactitud del requerimiento de pago al deudor, en las precisiones o advertencias de éste; se acude a un proceso de esta índole porque

<sup>8</sup> 1 de octubre de 2020.

<sup>9</sup> «El convenio arbitral», Pizarro Moreno E., Aitor Navarro Ibarrola; *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, José Manuel Almudí Cid, Miguel Ángel Martínez Lago, Vol. 7, 2014 (Contratos dirigidos a solucionar controversias jurídicas).

<sup>10</sup> PEREA GONZÁLEZ, A., en «Justicia, proceso y rigidez: una reflexión sobre el trámite», *Diario La Ley*, N° 9665, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 2 de Julio de 2020, Wolters Kluwer.

existe un derecho de crédito defraudado (presupuesto objetivo previo) y una expectativa que desea ser satisfecha (cobrar). En suma, la existencia y vigencia del proceso es puramente instrumental; sólo hay proceso porque hay una realidad conflictiva que necesita ser resuelta o, al menos, decidida. Sin ella, el proceso y su virtualidad se mantienen disipados por la niebla de la indiferencia».

Creo que son las mejores palabras de este breve análisis sobre el llamado Plan de Choque de la justicia para atender a las consecuencias de, por una parte, el contenido «no presencial» del proceso (y aquí se incluyen presentación de documentos, notificaciones, decisiones jurisdiccionales sin previa audiencia –que no sin audiencia previa-, etc.) y, de otra, el contenido «presencial» del proceso (principalmente, acto de la vista, pero también, apoderamientos apud acta, interpelaciones de gestión procesal, etc.). Un apunte más: conviene deslindar que el CGPJ, junto al Plan de Choque, ha elaborado y publicado un Anexo-Fichas que actúa –permítase la odiosa comparación- como reglamento del Plan y es, como ocurre tantas veces, más explícito que el Plan de Choque en la medida que traduce y desarrolla desde un enfoque práctico, las medidas establecidas en el Plan.

### 3.1. Claves del nuevo sistema

No se pretende una relación exhaustiva, quizá porque las variables serían agotadoras para un artículo de este calibre, de todos los aspectos que conforman lo que acabamos de denominar claves del nuevo sistema. Por ello, del conjunto de medidas, va de suyo que debemos centrarnos en las que establecen una relación de afectación en el binomio arbitraje-proceso. Dejaremos identificadas, en este momento, las medidas predichas para desarrollarlas luego en epígrafes posteriores:

- a. MEDIDA Nº: 2.10 (BLOQUE I): IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA: Promover el uso intensivo y organizado de las herramientas existentes para la unificación de criterio y prácticas (art. 170 LOPJ) y de los plenos no jurisdiccionales en las Audiencias Provinciales (art. 264 LOPJ), con las que evitar, en la medida de lo posible, el dictado de sentencias contradictorias ante casos similares.
- b. MEDIDA Nº: 3.4 (BLOQUE I): IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA: Creación de una oficina judicial común en los Juzgados de lo Mercantil con especial carga de trabajo en la materia, dotada de suficiente personal y letrado o letrados de la Administración de Justicia en la que se integrarían jueces de refuerzo en régimen de comisión de servicio sin relevación de funciones o JATS, que se encargaría de resolver todos los asuntos que actualmente se acumulan en dichos juzgados sobre materias relacionadas con el transporte aéreo... También sería positivo establecer mecanismos obligatorios o disuasorios de mediación o arbitraje para la resolución del conflicto evitando así que el mismo recaiga en unos ya saturados órganos judiciales. En este sentido en el informe 942/2020 de 30 de marzo se proponía la introducción de un requisito de admisibilidad de la demanda consistente en haber realizado la reclamación previa ante AESA, de no ser así y con arreglo a lo establecido en el art. 439.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se daría curso a la demanda, lo que seguramente reduciría drásticamente los asuntos de esta naturaleza que se tramitan en los juzgados de lo mercantil<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Vid. pág. 27 del Anexo-fichas.

- c. MEDIDA Nº: 4.1 (BLOQUE I): IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA: Fomentar las conformidades previas al acto de juicio oral. Esta medida aparece prevista para el orden jurisdiccional penal.
- d. MEDIDA Nº: 6.1 (BLOQUE II): IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA: Reforzamiento de los servicios y órganos de mediación y conciliación. Esta medida aparece prevista para el orden jurisdiccional social.

### 3.2. Premisas generales

Una ya antigua sentencia Tribunal Constitucional<sup>12</sup> contiene la siguiente declaración: «...la naturaleza del arbitraje, que es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada».

En el contexto actual, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la realidad del binomio arbitraje-Covid. El Tribunal Constitucional ha dado un espaldarazo al arbitraje español, y por extensión al resto de procedimientos de resolución de conflictos extrajudiciales. Ha sido el 15 de junio de 2020: se recurría en amparo una sentencia del TSJ de Madrid, de 4 de mayo de 2017, además del Auto del mismo órgano y del día anterior<sup>13</sup>, donde se instaba la acción de nulidad del laudo arbitral por la parte demandada en el arbitraje, al considerar un eventual desequilibrio en el contrato de arrendamiento que estaba de base, «dado que se considera acreditado, tanto la labor de asesoramiento de la Corte de Arbitraje a una de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, como la identidad de intereses entre dicha Corte de Arbitraje y la entidad comercializadora de los contratos de adhesión con cláusula de sumisión a arbitraje, de tal modo que se deducía una falta la imparcialidad objetiva y la apariencia de falta de neutralidad de la Corte de Arbitraje, con la consiguiente lesión del orden público por el laudo dictado en esas condiciones y, con directa incidencia en la validez misma del convenio arbitral, y que era el único motivo de nulidad alegado».

Como resume Gema MURCIANO<sup>14</sup>, en líneas generales, ocurrió que, durante la tramitación del procedimiento, las partes alcanzaron un acuerdo cuya homologación fue solicitada al Tribunal, quién la rechazó por entender que la disponibilidad del objeto litigioso quedaba limitada por razón de orden público. Las partes de manera conjunta insistieron en el desistimiento, la pérdida de interés en el objeto del pleito y no acudieron a la vista señalada. Pese a ello, se dicta sentencia conociendo el fondo y estimando la acción de nulidad. Ante esta tesitura, se solicita amparo debido a la vulneración de la tutela judicial efectiva por varios motivos, siendo el principal y el que ha servido de base a su estimación, la tesis de que debería haberse atendido a la autonomía de las partes respecto a la disponibilidad de un procedimiento civil, en el que las cuestiones debatidas corresponden a la esfera patrimonial y privada, y por lo tanto ninguna transcendencia en cuanto al interés general existía.

---

<sup>12</sup> STC de 4 de octubre de 1993.

<sup>13</sup> Es obvio que por aquel entonces no existía ni la más mínima premonición de lo que esta maldita -permítase la licencia- pandemia traería consigo, pero lo que no se pudo tener en cuenta para el debate ante el TSJ, sí ha podido tenerse en cuenta -y así creemos que se ha hecho- para la solución tan definitiva dada por el TC.

<sup>14</sup> Gema MURCIANO: «Arbitraje y Covid», *blog jurídico de SEPÍN*, consultado a fecha de 25 de julio de 2020.

La argumentación del TC es, además de interesante, muy contundente: «la decisión impugnada es, cuando menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). En efecto, las partes en litigio solicitaron de consuno el archivo del procedimiento -con efectos equivalentes al desistimiento por pérdida sobrevenida de interés en continuar con el mismo-, dado que se había alcanzado un acuerdo de satisfacción extrajudicial cuya homologación igualmente se solicitó. La sentencia rechaza la solicitud de archivo al entender, primero, que no cabe aplicar el art. 22 LEC en el procedimiento de anulación de laudos arbitrales; dado que el procedimiento concluyó ya con el laudo, siendo el objeto del proceso de anulación del laudo otro distinto al procedimiento arbitral, en sentido estricto (que es al que alcanzaría en su caso el pacto logrado entre las partes)».

La premisa básica se condensa en la idea de que «el proceso civil regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, se inspira en el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados o, lo que es lo mismo, para iniciar la actividad jurisdiccional, determinar el objeto del proceso y ponerle fin en el momento que estimen conveniente, sin necesidad de esperar a la sentencia y siempre que la relación jurídica discutida responda únicamente a una naturaleza subjetiva-privada...», a pesar de tratarse de un principio básico que rige el régimen jurídico del proceso civil, las decisiones recurridas (especialmente el auto de 4 de abril de 2017, FJ 2) parten del error de entender que la voluntad de las partes se dirigía a disponer del objeto del procedimiento de anulación (que se integra por las causas de nulidad invocadas), del cual las partes no pueden disponer libremente cuando está presente un elemento de orden público -lo cual es un argumento correcto-, y así, «con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, es lo cierto que la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que, en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten su interés en litigar»<sup>15</sup>.

Y, sobre todo, lo que comporta una argumentación usada en otras ocasiones por el propio TC, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno

<sup>15</sup> Viene a decir, en este sentido, el TC que el ensanchamiento del concepto de «orden público» que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia sólo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso; también dedica unas palabras a la acción de nulidad, recordando que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo. En este sentido, no cabe duda de que una mera revisión formal sólo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido éste como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y al laudo que se obtenga. Así, y esto es muy interesante, la acción de anulación debe ser entendida como un mecanismo de control externo sobre la validez del laudo, que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo».

Con esto, termina diciendo Gema MURCIANO, el Tribunal entiende que debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que intervenga norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa; en concreto, el principio dispositivo<sup>16</sup>.

#### IV. DESGLOSE Y ANÁLISIS

##### 4.1. La difícil aspiración a una unificación de criterios

Entre las medidas que hemos resaltado, se encuentra la determinada en el núm. 2.10, del Bloque I, consistente en promover el uso intensivo y organizado de las herramientas existentes para la unificación de criterio y prácticas (art. 170 LOPJ) y de los plenos no jurisdiccionales en las Audiencias Provinciales (art. 264 LOPJ), con las que evitar, en la medida de lo posible, el dictado de sentencias contradictorias ante casos similares.

Quizá extrañe a alguno la traída a colación de esta medida, y su relación con la ambivalencia de procesos -el proceso civil propiamente dicho, y al que se refiere la medida, y el proceso arbitral-, pero siendo la unificación de criterios una medida delicada y comprometida (viene a afectar la línea de flotación de la independencia judicial), no vemos por qué no ha de predicarse para el *stare decisis* de la argumentación arbitral, y ello con independencia de que nos encontremos en los márgenes del laudo de derecho o de equidad. La apelación (en sentido no jurídico) a razonamientos *ex iuris* o a razonamientos según el leal saber o entender del juez-árbitro, en la práctica, no obsta a la aplicación de principios de profundo carácter jurídico o jurisprudencial<sup>17</sup>. Pero, curiosamente, la jurisprudencia menor sobre arbitraje no hemos de encontrarla solo en las Audiencias Provinciales, sino también en las salas de los Tribunales Superiores de Justicia, mientras que la jurisprudencia en sentido pleno no está en la Sala Primera o de lo Civil del Tribunal Supremo, sino también en la Sala 3ª o de lo Contencioso-Administrativo. Esta situación provoca que, si es prácticamente una ilusión jurídica plantearse una unificación de criterios al margen de la jurisprudencia del TS, en el ámbito arbitral esta percepción es más difícil de atemperar. Bien es verdad que el documento del CGPJ no se refiere a unificación de doctrina jurisprudencial (ésta, va de suyo, no precisa unificación cuando se consolida), sino a que, con esta medida, el Consejo parece pretender que jueces y tribunales tomen de la jurisprudencia criterios que son comunes en la resolución de los casos judiciales.

Ello requiere, parece obvio, un alto compromiso de los operadores jurídicos (jueces y tribunales también, pero no sólo: fiscales, letrados de la administración de justicia, etc.; y, dentro del arbitraje, por los árbitros, fundamentalmente), para recoger los criterios asentados por la jurisprudencia. Pero ocurre que la línea divisoria entre el criterio y el argumento jurisprudencial es demasiado ambigua y confusa, incluso en el sentido etimológico del término. Basta con acudir a algún trabajo<sup>18</sup> de

<sup>16</sup> MURCIANO, *ib.*

<sup>17</sup> Así lo he podido comprobar personalmente; el establecimiento de un arbitraje de derecho o de equidad no excluye -es más; suele ser habitual- el recurso de acudir a la normativa o a la jurisprudencia sobre la materia u objeto del litigio.

<sup>18</sup> Por todos, MUNNÉ CATARINA, F.: «Jurisprudencia arbitral comentada», en *Anuario de Justicia Alternativa*, desde 2001 a 2008, por ello no fijamos los números de cada año ni las páginas en las que aparecen comentadas.

la doctrina más autorizada para advertir dos peculiaridades: la primera, es que la doctrina y los pretendidos criterios unificadores están la mar de dispersos; la segunda, es que la jurisprudencia no suele ser de arbitraje, sino sobre arbitraje. Es decir, entendemos que la unificación de criterios busca la argumentación jurídica de la sentencia para facilitar la resolución judicial, y esto no se obtiene con la jurisprudencia sobre arbitraje, sino de la que emana de los laudos.

#### 4.2. Arbitraje y mercado: *lex mercatoria razione mercaturae*

Como ya escribíamos en otra sede, y en otro contexto<sup>19</sup>, desde la consagración del Código de comercio<sup>20</sup> (primer tercio del siglo XIX), las incursiones societarias en el arbitraje no han hecho sino crear enfrentamientos. Parece chocante que una jurisprudencia que estaba pensaba para convertirse en jurisprudencia y foro jurídico de los mercaderes, de la *Lex mercatoria razione mercaturae*<sup>21</sup>, se haya visto cuestionada ahora precisamente en ese ámbito,

La medida se centra en la creación de una oficina judicial común en los Juzgados de lo Mercantil con especial carga de trabajo en la materia, dotada de suficiente personal y letrado o letrados de la Administración de Justicia en la que se integrarían jueces de refuerzo en régimen de comisión de servicio sin relevación de funciones o JATS, que se encargaría de resolver todos los asuntos que actualmente se acumulan en dichos juzgados sobre materias relacionadas con el transporte aéreo... También sería positivo establecer mecanismos obligatorios o disuasorios de mediación o arbitraje para la resolución del conflicto evitando así que el mismo recaiga en unos ya saturados órganos judiciales. En este sentido en el informe 942/2020 de 30 de marzo se proponía la introducción de un requisito de admisibilidad de la demanda consistente en haber realizado la reclamación previa ante AESA, de no ser así y con arreglo a lo establecido en el art. 439.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se daría curso a la demanda, lo que seguramente reduciría drásticamente los asuntos de esta naturaleza que se tramitan en los juzgados de lo mercantil.

En general, es factible desconfiar de medidas que supongan aumento de medios materiales y/o humanos, pues la realidad suele desdejar la buena voluntad de este tipo de planteamientos. Lo que sí nos parece cierto, y lo veremos en el epígrafe subsiguiente, es que dicho fomento pasa por atemperar el principio de voluntariedad de la cláusula arbitral, a favor de mecanismos obligatorios o disuasorios<sup>22</sup>. Ya en su día, siglos XVIII y XIX, se habló de <<arbitraje forzoso>><sup>23</sup>, aunque ambos instrumentos legislativos produjeron ya entonces una grave perturbación en el instituto al aludir a la obligatoriedad o carácter forzoso del arbitraje, interrumpiendo así una larga tradición basada en el principio de autonomía de la voluntad. Esta

<sup>19</sup> Convenio y laudo arbitrales: estudio sobre su validez e inscripción registral, tesina de investigación para la obtención de la suficiencia investigadora, dir. por el prof. Ángel M. LÓPEZ y LÓPEZ, Sevilla, 2005.

<sup>20</sup> Y, en menor medida, de las Ordenanzas de Bilbao.

<sup>21</sup> Vid. el clásico de d. Federico DE CASTRO: «El arbitraje y la nueva *Lex Mercatoria*», en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, fasc. 4, págs. 619 a 72.

<sup>22</sup> En los países de corte anglosajón, es habitual que, como efecto disuasorio para evitar que las partes no acudan a las ADRs, suelen endosar las costas del procedimiento a la parte que haya obstado la celebración de una mediación o de un arbitraje.

<sup>23</sup> Vid. Código de comercio del alcaíno Pedro SÁINZ DE ANDINO, 1829, y la Ley procesal de 1830.

inclinación, que se mantuvo durante más de medio siglo (ya que se instituyó en 1829 y fue modificada por el Código de comercio de 1885), se instauró proclamando la ley la obligatoriedad -carácter forzoso- de acudir al arribaje entre sociedades mercantiles. Los conceptos viven en la Historia. Y no se aprecia por qué este sistema haya de ser más perjudicial para el ordo jurídico que el acogimiento absoluto de una voluntariedad que es, las más de las veces, interesada.

#### **4.3. El inestable ámbito de lo penal para la confirmación *ante-juicio oral***

Es sabido que el ámbito de lo penal no encaja con una eventual disponibilidad del proceso y que el contenido penal es materia legalmente excluida del arbitraje; por otra parte, la conformidad penal es una indeseable figura que precisa de una reformulación completa, porque coloca al elector en una encrucijada abrumadora. Puede calificarse como <<paradoja diabólica>><sup>24</sup>.

Sí podemos estar de acuerdo en que, si sustituimos las conformidades previas al acto de juicio oral por las conformidades en el amplio espectro del juicio civil, esta medida encuentra un notable sentido y alcance; y si es dable en el orden jurisdiccional penal, cuánto no ha de serlo en el civil, sector del Derecho privado que es donde el arbitraje encuentra su crecimiento exponencial, por razones ya apuntadas.

#### **4.4. Fomento en abierto (y en el ámbito social) de las ADRS**

Abordaré poco de esta medida; gran parte de las aportaciones de este Volumen II sobre mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia, se centra sobre

---

<sup>24</sup> Desconozco que esta expresión haya sido utilizada en la doctrina para designar la situación del que se encuentra ante la disyuntiva de un resultado cierto que es peor que un resultado incierto. Sí ha sido estudiada la paradoja de la negación o paradoja de Hempel: «Si se observa un caso particular X consistente con la teoría T, entonces la probabilidad de que T sea cierta aumenta».

Propone como teoría «todos los cuervos son negros». Si se examina a un millón de cuervos, y se observa que todos son negros, la creencia en la teoría «todos los cuervos son negros» crecerá ligeramente con cada observación. En este caso, el principio de inducción parece razonable. Ahora bien, la afirmación «todos los cuervos son negros» es equivalente en lógica a la afirmación «todas las cosas no-negras son no-cuervos» (vid. Wikipedia, consultado a fecha de 31.07.2020).

Este principio, también llamado de equivalencia, ha sido cuestionado por los trabajadores de la metafísica: Esta sugerencia también ha sido cuestionada, sin embargo, con el argumento de que no se puede tener distinto nivel de creencia en dos afirmaciones si se sabe que ambas son o ciertas o falsas al mismo tiempo. GOODMAN, y más tarde, QUINE, usaron el término predicado proyectable para describir las expresiones, como cuervo y negro, que sí permiten el uso de generalizaciones inductivas. Los predicados no proyectables son aquellos como no-negro y no-cuervo, que aparentemente no lo permiten. QUINE sugirió que es una cuestión empírica cuáles, si alguno, de los predicados son proyectables, y observa que en un universo de infinitos objetos, el complemento de un predicado proyectable debe ser siempre no proyectable. Esto tendría la consecuencia de que, a pesar de que «todos los cuervos son negros» y «todas las cosas no-negras son no-cuervos» deben ser validados al mismo tiempo, ambos derivan su apoyo de cuervos negros, y no de no-cuervos no-negros.

Esta argumentación, un tanto farragosa, sirve para comprender que el alcance de una disyuntiva entre malo y peor es una alternativa que no se debe ofrecer en el ámbito del Derecho penal, por razones que afectan al sustrato del principio de certeza y seguridad jurídicas.

todo en la definición de un statu quo de las medidas de reforzamiento de las ADRs como mecanismo para alentar un avance seguro y cierto en la resolución de conflictos judicializados, por lo que a estos trabajos me remito.

Sí habrá de hacerse una breve referencia a lo que me parece una de las medidas más efectivas de refuerzo real -discúlpese la aliteración, pero la erre da cobertura y sensación de robustez-. Me refiero a la eventualidad, que debería volverse estructural, de generar una serie de procedimientos de obligatoriedad mitigada de arbitraje<sup>25</sup>.

En resumidas cuentas, se trataría de incorporar al ordenamiento las siguientes medidas:

a. Primero, establecimiento de un *numerus clausus* de procedimientos del ámbito del Derecho privado que deben acudir al arbitraje. Insistimos en que no es momento ahora de analizar el encaje legal de medidas de este tipo que, para los autores puristas, estarán cerca de socavar los principios básicos del arbitraje, principalmente la voluntariedad. No se olvide, no obstante, que el propio CGPJ en la medida que hemos analizado antes, habla expresamente de «mecanismos obligatorios o disuasorios de mediación o arbitraje para la resolución del conflicto evitando así que el mismo recaiga en unos ya saturados órganos judiciales». Es decir, no ha de haber complejos jurídicos por unir las expresiones arbitraje y obligatoriedad. Las posibilidades son innúmeras:

- Jurisdicción mercantil: algunos procedimientos donde las partes sean empresarios (se refuerza así uno de los principios del arbitraje, como es el mantenimiento a futuro de las relaciones comerciales), algunos concursos (sobre todo de persona física), sobre marcas, etc.
- Jurisdicción civil: solo citar los arrendamientos y las comunidades de propietarios, o testamentos, sería un ahorro considerable de procedimientos civiles propiamente dichos.
- Jurisdicción social o laboral: recuperar la conciliación y, en su defecto, el arbitraje laboral. Soy consciente de que en la dogmática española y foránea ha habido notables pronunciamientos en contra de esta posibilidad, pero acotando el número de supuestos es más que viable que algunos de los conflictos laborales puedan ser resueltos por un juez-árbitro.

b. Segundo, la confección de un marco teórico y práctico para el establecimiento de cláusulas arbitrales implícitas, que han sido poco o nada tratadas en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>26</sup>.

c. Tercero, la extensión objetiva y subjetiva del convenio arbitral a terceros aparentes, como forma de atraer al procedimiento arbitral cuestiones concomitantes que pudieran derivarse a juicios civiles tradicionales.

Sin duda, podría haber más y mejores medidas, pero, en un rápido recorrido, éstas podrían ser incluso suficientes para conseguir un fomento y refuerzo real de la ADR arbitral, como pretende el Consejo General del Poder Judicial.

<sup>25</sup> Hemos escrito mucho sobre esto: vid., sobre todo de quien suscribe, cualquiera de las obras publicadas en esta misma editorial.

<sup>26</sup> Nada mejor que leer con atención a URÍA&MENÉNDEZ, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf%3Fid%3D2104>, consultado a fecha de 31.07.2020.

## V. A MODO DE EPÍLOGO

Llegamos al fin a esta fase del artículo de investigación que, deliberadamente, he llamado de epílogo, en lugar de usar la más común terminología asociada a unas conclusiones. Creo que la primera expresión induce más a un pensamiento permeable, coyuntural, cinético, adaptable a las inefables circunstancias que hemos vivido y seguimos viviendo.

Nunca he estado convencido de que las denominadas ADRs, así, en plural, deban servir necesariamente a la noble causa de reducir la carga judicial, porque creo con firmeza que ese no es su objetivo; yo pondría el acento en la calidad de las resoluciones que se obtienen debido a la idoneidad de un mecanismo que nace para responder a un conflicto concreto: usemos dos ejemplos.

En el primer caso, pensemos en una ruptura matrimonial con menores: como ya he escrito en otras ocasiones, si conseguimos desjudicializar el conflicto e introducirlo en los amplios márgenes de la mediación, no vamos a encontrar un impacto reseñable en unos resultados estadísticos<sup>27</sup>, pero es probable que, al atraer a la solución final los deseos, miedos e inquietudes de la pareja, consigamos una solución más ajustada, más humana, de más calidad y que, en lo futuro, evitaría que la recidiva del conflicto.

En el segundo caso, pensemos en que dos entidades mercantiles acuerdan la celebración de un contrato para la fabricación de maquinaria en una fábrica de cualquier consumible. Repárese ahora en que la máquina no ofrece las prestaciones previstas y por las que fue remunerado la contraparte; una solución judicial va a dar la respuesta (es probable que ponga en marcha los mecanismos del art. 1124 del Código civil), pero lo va a hacer sin miras a futuro, sin calidad, sin reparar en que puede haber una resolución del caso que permita que las entidades mercantiles puedan seguir operando desde el laudo en adelante. Recuerdo cuando realicé la TFM de investigación que, hablando de las bondades del arbitraje (reducción de tiempo, especialización, etc.) se mencionaba el <<mantenimiento de las relaciones comerciales>>: esto es, la posibilidad de que ese contrato fuese fallido, sí, pero también la posibilidad de que esas empresas pudieran seguir operando a corto, medio o largo plazo porque el laudo arbitral evitaba dar la razón (hablo, una vez más, desde el saber que da la experiencia) a destajo a una de las partes en detrimento de la otra, y se afanaba más en buscar una solución (por ejemplo, si existía mora, ofreciendo un nuevo plazo para cumplir a cambio de rebaja del precio) de calidad que no un fallo que cerrara las puertas de la negociación e interacción futuras. Se trata, en resumen, de incorporar sensatamente los deseos solutorios de las partes a la hora de dictar sentencia... o, por mejor decir, laudo.

---

<sup>27</sup> Mi maestro me enseñó que la estadística es la ciencia que dice que si tu vecino tiene dos coches, y tú no tienes ninguno, ambos tenéis uno.

# CLÁUSULAS DE ARBITRAJE Y COLIGACIÓN CONTRACTUAL: COMPARANDO EXPERIENCIAS

GIULIA RIPOLI<sup>1</sup> Y ALDO BERLINGUER<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONTRATO Y OPERACIÓN ECONÓMICA: UN DIÁLOGO IMPERFECTO. III. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA *COMPROMISORIA*: UN PRINCIPIO COMPARTIDO? IV. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS CONEXOS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES. V. EL SISTEMA ARBITRAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA FORMACIÓN, MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. VI. ACUERDO NORMATIVO Y CONTRATOS DERIVADOS. VII. ARBITRAJE, CONTRATO PRELIMINAR Y CONTRATO DEFINITIVO. VIII. OBSERVACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente jurisprudencia vuelve a plantear la cuestión de la eficacia de las cláusulas de arbitraje en caso de una pluralidad de contratos. En particular, se trata de comprender si el acuerdo de arbitraje pueda producir efectos, frente a las mismas partes, también en los contratos conexos o contratos derivados, incluso en forma de cumplimiento, del acuerdo principal.

Por lo tanto, es necesario, en primer lugar, recuperar las opciones básicas que los distintos ordenamientos jurídicos comparten con respecto a la coligación contractual y de relación entre contrato y operación económica, al menos en sus características esenciales. También merece ser citado el principio de la autonomía de la cláusula *compromisoria*, como es, connatural al de la coligación contractual. Se puede entonces tratar de identificar algunas soluciones que los diferentes sistemas jurídicos ofrecen con respecto a estos problemas, intentando de percibir al menos las líneas de tendencia y compararlas entre sí. Todo esto mediante una investigación, por así decirlo, horizontal, por temas.

De hecho, no parece posible aquí llevar a cabo una evaluación comparativa entre ordenamientos. Lo mejor sería hacer un examen de los diferentes problemas que el tema plantea para ver cómo se han resueltos, o por lo menos, cómo han sido abordados en las diferentes experiencias.

---

<sup>1</sup> Graduada en derecho y especializada en la Escuela de Posgrado de las profesiones jurídicas de la Universidad de Cagliari.

<sup>2</sup> Catedrático de derecho comparado en la Universidad de Cagliari.

Gran parte de la información proviene de la experiencia italiana, en la que se ha desarrollado, sobre el tema, un amplio debate, doctrinal y jurisprudencial. Otras novedades significativas provienen de la experiencia española, inglesa, francesa, suiza, estadounidense y de algunos países de América latina.

## II. CONTRATO Y OPERACIÓN ECONÓMICA: UN DIÁLOGO IMPERFECTO

Como se sabe, la elección del arbitraje tiene carácter contractual y es principio compartido, en todos los ordenamientos jurídicos, que debe basarse en el consentimiento de las partes interesadas<sup>3</sup>. Excepto de ciertos experimentos de arbitraje o mediación, por así decirlo, obligatorios, que algunos ordenamientos han querido promover sin resultados particulares<sup>4</sup>, al menos dos supuestos especialmente relevantes se derivan del corolario antes mencionado.

El primero es que, al menos en teoría, cada contrato arbitral da lugar a un procedimiento correspondiente. Lo cual implica que, en el contexto de una pluralidad de contratos, cada cláusula de arbitraje, en cada uno de ellos, dará lugar a un procedimiento autónomo, salvo que, en tal caso, se intente una reunión de ellos.

El segundo es que, si un solo contrato contiene el acuerdo de arbitraje, este último difícilmente podrá dar origen a un procedimiento relativo a las disputas surgidas en torno a otras convenciones.

Esto, también se debe a que, como se sabe, la coligación contractual constituye una categoría que reúne fenómenos profundamente diferentes<sup>5</sup>. Ésta abarca la lla-

<sup>3</sup> Como se ha dicho emblemáticamente: <<like consummated romance, arbitration rests on consent>> W. PARK, *Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*, Oxford, 2009, p. 1. Sobre la naturaleza contractual (o puramente negociadora) del arbitraje, a pesar de sus efectos procesales, permítanme recordar A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. Vol. I. La nozione di compromettibilità*, Torino, 1999, 23 ss., con amplias referencias a la experiencia italiana, francesa y estadounidense; Id, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, en L. MEZZASOMA - L. RUGGERI (cur.) *L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale*, Collana delle lezioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2013, págs. 25-45; Id, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, en E. GABRIELLI, F.P. LUISO, *I contratti di composizione delle liti*, Milano, 2005, págs. 711-843.

<sup>4</sup> Emblemática es la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, n. 221, de 8 de junio de 2005, que estableció la inconstitucionalidad de una ley que imponía el arbitraje como medio de solución de controversias en la construcción de obras públicas. La disposición impugnada - aclaró el Tribunal - viola la libre elección de las partes, entendida como una de las posibles formas de disponer, incluso en sentido negativo, del derecho contemplado en el artículo 24, párrafo 1, de la Constitución italiana. El Tribunal se pronunció de nuevo en la sentencia n. 123 de 2018 declarando, por las mismas razones, la ilegitimidad constitucional de los párrafos 7 y 8 del artículo 24 del real decreto n. 2578, de 15 de octubre de 1925 (Texto único de la ley sobre la contratación directa de los servicios públicos por los municipios y las provincias), en la medida en que asigna a una comisión de arbitraje la determinación del importe de la indemnización de readquisición de las instalaciones para la explotación de los servicios públicos locales. Al respecto se acuerden P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, en G. ALPA - V. VIGORITI (cur.), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, en *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Assago, Milano, 2013, 36 ss.; E. FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, en *Riv. Arb.*, 1993, 215.

<sup>5</sup> Véase, entre distintos, AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, p. 59 ss.; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 10 ss.

mada coligación necesaria o típica, establecida «*ex lege*» que se presenta cuando un contrato deriva del contrato «tipo» previsto por el legislador<sup>6</sup> y la llamada coligación voluntaria, que se produce cuando las partes utilizan varios contratos para realizar una única operación económica<sup>7</sup>.

La doctrina tradicional considera como unitario el contrato con una sola estructura (aunque sea mixta o compleja), aunque pueda tener múltiples finalidades. Por el contrario, si hay estructuras contractuales múltiples, aunque exista una función unitaria, habrá coligación contractual, no un contrato unitario<sup>8</sup>.

Sin embargo, no faltan avances culturales significativos en la materia que tienden a hacer prevalecer la función sobre la estructura: de modo que los fragmen-

<sup>6</sup> Como en el caso de las instituciones de garantía o de transacción.

<sup>7</sup> Véase, en particular, D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, en *I contratti in generale*, dirigido por Alpa e Bessone, I, Torino, 1999, p. 257 ss.; para diferentes plantamientos sobre la diferencia anteriormente mencionada CHINÈ, *Il collegamento contrattuale fra tipicità e atipicità*, en *Giust. civ.*, 1996, p. 1093 ss.; SCOGNAMIGLIO, rúbrica *Collegamento negoziale*, en *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 375 ss.; IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 78; FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 324 ss. y también, de la misma a., *I contratti collegati*, en *Trattato dir. priv., I contratti in generale*, a cura de Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 571 ss.; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 10 ss.; Rapazzo, *I contratti collegati*, Milano, 1998, passim; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, en *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 317; AMENDOLAGINE, *La compensazione legale delle reciproche posizioni debitorie in fattispecie negoziali collegate*, en *Corr. giur.*, 2006, p. 979.

<sup>8</sup> El Tribunal Supremo italiano afirma que: «...le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto, dar vita a più negozi distinti ed indipendenti ovvero a più negozi tra loro collegati. Le varie fattispecie in cui può configurarsi un negozio giuridico composto possono così distinguersi in contratti collegati, contratti misti (quando la fusione delle cause fa sì che gli elementi distintivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi di un negozio unico, soggetto alla regola della causa prevalente) e contratti complessi (contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico). Il collegamento negoziale [...] nei suoi aspetti generali non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi». En la medesima sentencia se afirma que: «...in caso di collegamento funzionale tra più contratti, non dando essi luogo ad un contratto unico, ma, conservando la propria individualità giuridica, gli stessi restano conseguentemente soggetti alla disciplina propria del rispettivo schema negoziale, mentre l'interdipendenza si risolve nel principio di una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui «simul stabunt, simul cadent»», así Casación civil, sez. III, 22 de marzo de 2013, n. 7255, p. 9, en *Dejure*. Sobre el tema se recuerden GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, en *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 57 ss.; Véase también COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 145 ss.; PALAZZO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale in una recente ricostruzione*, en *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 287 ss.; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, en *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 436; MESSINEO, rúbrica *Contratto collegato*, en *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 48 ss.; ADDANTE, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, cit., p. 1038 ss.

tos contractuales individuales se reconduzcan a un programa unitario, cuando éste resuelta como absorbente<sup>9</sup>.

Esto también puede aplicarse a las diversas cláusulas de arbitraje incluidas en varios contratos conexos<sup>10</sup>. Si el programa general consiste en delegar las controversias resultantes a los árbitros, debería imaginarse un procedimiento único, no una multiplicidad de procedimientos diferentes. En efecto, no han faltado quien, en este sentido, sostuvieron que no es tanto el consenso al que debe hacerse referencia, sino la controversia. Así pues, si el acuerdo de arbitraje se ha incluido en una operación económica hay que suponer que es el conjunto de los conflictos que pueda generar lo que se atribuirá a los árbitros, y no las controversias individuales derivadas de porciones de la operación total<sup>11</sup>.

La posición es ciertamente estimulante y tiene la ventaja de simplificar muchas situaciones a veces extremadamente complejas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que muchos sistemas jurídicos, como el italiano, exigen el consentimiento explícito para la elección del arbitraje ya que puede derogar el sistema de jurisdicción<sup>12</sup>.

En definitiva, es necesario proceder con cautela, evitando considerar ciertas soluciones resolutorias para todos los sistemas y por el contrario, valorando las tendencias comunes, especialmente cuando han encontrado una respuesta positiva por parte del legislador.

### III. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA: ¿UN PRINCIPIO COMPARTIDO?

Una de las opciones más compartidas es la de la autonomía de la cláusula compromisoria, que implica su separabilidad abstracta del contrato al que accede (principio de separabilidad, *severability doctrine*, *autonomie de la clause compromissoire*).

<sup>9</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto* 4, Torino, 2016, p. 81 ss.

<sup>10</sup> Sobre el arbitraje en los contratos conexos véase, entre los más recientes, CARBONE, *Arbitrato unico in presenza di più contratti collegati*, en *Corr. Giur.*, 2007, 7, 899 ss.; CONSOLO - MURONI, *Contratti collegati con clausole arbitrali identiche: sempre unica la potestà (e così il processo) arbitrale*, en *Corr. Giur.*, 2008, 9, 1269; LUISO, *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, en *Riv. Arb.*, 2006, 537 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La clausola compromissoria nei contratti collegati fra le stesse parti*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 3.1, 827 ss.; Id., *Collegamento negoziale e arbitrato*, en *AAVV*, I collegamenti negoziali e le forme di tutela, cit., 59 ss.

<sup>11</sup> BREKOULAKIS, *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, en *The evolution and future of international arbitration*, a cura de Brekoulakis - Lew-Mistelis, The Hague, 2016, p. 119 ss. Según este autor, el consentimiento explícito no encuentra confirmación en muchos contratos, nacionales e internacionales; el implícito sería una paradoja, una especie de *legal fiction*; mejor, por tanto, adoptar un enfoque «intelectualmente honesto» e imaginar extender los efectos de la opción compromisoria a los contratos conexos imaginando un vínculo arbitral que se entrelaza con el contractual.

<sup>12</sup> En este sentido, también las últimas decisiones de la jurisprudencia sobre el tema del arbitraje: «...la volontà di devolvere ad arbitri le controversie deve essere espressa in maniera esplicita ed univoca, non essendo sufficiente un generico rinvio ad altro documento che eventualmente contenga la clausola compromissoria, poiché soltanto il richiamo espresso e specifico di detta clausola, con i caratteri della «*relatio perfecta*», assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione». Así establece el Tribunal de Pisa, 3 de marzo de 2020, n. 249, p. 4, en Dejure.

El principio, que en teoría parece sólo contiguo a la cuestión que estamos abordando, en realidad se revela interdependiente, ya que el acuerdo de arbitraje, como contrato con efectos procesales, se une a la convención sustancial a través de una conexión destinada a extender el dominio del contrato también a la resolución de conflictos, que generalmente se reserva al Estado. Por lo tanto, la hipótesis, bastante frecuente, de una cláusula de arbitraje introducida en un acto separado, obliga al intérprete a tratar los problemas de la coligación contractual, tanto en el plano interno: es decir, la relación entre los acontecimientos que afectan a la cláusula y aquellas que afectan al contrato al que accede. Tanto en el plano exterior: cómo la cláusula de arbitraje se relaciona con los acuerdos sucesivos a su vez vinculados al principal.

Si entonces quisiéramos enmarcar todo el caso, con todas sus implicaciones teóricas y prácticas, tendríamos que encontrar también en el contrato partes-árbitros otra hipótesis de coligación contractual<sup>13</sup> con la cláusula de arbitraje, de modo que todo el perímetro de los asuntos relativos a la interpretación, validez y eficacia del contrato, así como los relativos al funcionamiento del mecanismo de arbitraje en su conjunto, quedan enmarcados en una cadena contractual<sup>14</sup>.

Empecemos desde los cimientos, para coger al menos una orientación general. La autonomía de la cláusula de arbitraje es un principio sobre el cual gran parte de los ordenamientos jurídicos encontró una posición vagamente común.

El principio, que en la experiencia italiana es atribuible al pensamiento clarividente de Francesco Carnelutti<sup>15</sup>, se desarrolló en toda la zona continental sobre supuestos análogos, a saber, que el contrato de compromiso (según algunos negocios) no compone el equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes, sino que favorece un interés común, de contenido no patrimonial, que corresponde a la elección de un juez privado como alternativa al público, proporcionado por el Estado. La elección de las partes, que produce efectos procesales, muestra, por tanto, una extrañeza objetiva a la adoptada por los mismos contratantes en el plano sustancial. Por lo tanto, resulta ser independiente del contrato en el que está contenida<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Aunque con una asimetría subjetiva evidente.

<sup>14</sup> Sobre el tema, véase A. DARAMI ZADEH, S. FARHANGPUR, *A comparative study of separability of arbitration clause under main contract of ICA and the UNCITRAL model law*, en *Revista de Derecho*, vol. 7, 2018, págs. 37-52; J. MURILLO GONZÁLEZ, *Efectos de la cláusula compromisoria en los arbitrajes internacionales: caso del Ciadi*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 118, 2009, págs. 125-140; C.A. SOTO COAGUILA, *Tratado de derecho arbitral*, Bogotá, 2011, p. 746 ss.; R. VACCARELLA, *La convenzione di arbitrato: le obbligazioni delle parti e la responsabilità civile degli arbitri*, en G. Alpa – V. Vigoriti (cur.), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, en *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Assago (MI), 2013, 602 ss.; A. DIMUNDO, *Il mandato ad arbitrare*, *ibidem*, 460 ss.

<sup>15</sup> F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenze degli arbitri*, en *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 327 ss. A continuación, entre las numerosas contribuciones, se vea G. LIOTTI, *La convenzione di arbitrato: compromesso, clause arbitrali e risvolti sull'attività notarile*, en *Notariato*, n. 4, 2013, págs. 410-412; ROPPO, *Il contratto*, en *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 433; G. CASSANO, M.E. DI GIANDOMENICO, *Il diritto dei consumatori*, Pavia, 2010, págs. 1220-1227; C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale, clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009, 69-70; G. CASSANO, M. NISATI, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 2006, 143; IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, en *Riv. arb.*, 1994, 651 ss.; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, en *Riv. arb.*, 1991, 23 ss.; ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 425 ss.

<sup>16</sup> Sobre el tema, se vea, además de la bibliografía citada *supra*, la nota 3, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 23 ss.

Sobre este punto, los argumentos utilizados por el Tribunal de Casación frances, en el conocido caso Gosset, donde se adoptó el principio, son emblemáticos: «*en matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclus éparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*»<sup>17</sup>.

Igualmente, exhaustivas fueron las adoptadas, unos años más tarde, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Prima Paint, en el que se aclaró que, cuando el juez encuentra una cláusula compromisoria, éste: «*may not consider a claim of fraud in the inducement of the contract generally, but may consider only the issues relating to the making and performance of the agreement to arbitrate*»<sup>18</sup>.

Sobre las mismas bases, conceptuales y dispositivas, se fundan hoy muchas de las análogas previsiones normativas adoptadas por los legisladores de países europeos y no europeos, como en el caso de España<sup>19</sup>, de Suiza<sup>20</sup>, de Italia<sup>21</sup>, del Reino Unido<sup>22</sup>, de

<sup>17</sup> Casación civil, 7 de mayo de 1963, *Établissements Raymond Gossetos. Société Carapelli*, en *Rev. Crit. Dr. Privé*, 1963, 615 con una nota de Motulsky.

<sup>18</sup> *Prima Paint Corp. v. Flood Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967), págs. 402-404. El Tribunal añadió que: «*Since the claim of fraud here relates to inducement of the consulting agreement generally, rather than in the arbitration clause, and there is no evidence that the parties intended to withhold this issue from arbitration, there is no basis for granting a stay under § 3 (of the FAA)*», Id, págs. 406-407.

<sup>19</sup> En España, el artículo 22, párrafo 1, de la Ley n. 60 de 23 de diciembre de 2003 de Arbitraje establece que: «*Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral*». Con el tema, véase R. J. CAIVANO, *La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene*, en *Revista de Derecho Privado*, 2012, págs. 3-53.

<sup>20</sup> El párrafo 3, del artículo 178 del «*Federal Act on Private International Law*» de 18 de diciembre de 1987 establecía que: «*The validity of an arbitration agreement cannot be contested on the ground that the main contract may not be valid...*». Más Adelante, el artículo 21, párrafo 2, de las «*Swiss rules of international arbitration*» de junio de 2012 establece que: «*The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms part. For the purposes of Article 21, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause*».

<sup>21</sup> En Italia el artículo 808, párrafo 2, del código de procedimiento civil establece que: «*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria*».

<sup>22</sup> En el Reino Unido el artículo 7 del *UK Arbitration Act* de 17 diciembre de 1997 establecía que: «*Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement*». Además, el artículo 5 del «*Arbitration (Scotland) Act*» de 5 de enero de 2010 establece que: «*An arbitration agreement which forms (or was intended to form) part only of an agreement is to be treated as a distinct agreement. An arbitration agreement is not void, voidable or otherwise unenforceable only because the agreement of which it forms part is void, voidable or otherwise unenforceable. A dispute about the validity of an agreement which includes an arbitration agreement may be arbitrated in accordance with that arbitration agreement*».

la misma Francia<sup>23</sup> o de los ordenamientos norte<sup>24</sup> y sudamericanos<sup>25</sup>. China también parece estar avanzando permanentemente en esta dirección, con una importante confirmación reciente de la jurisprudencia<sup>26</sup>. Así como son unánimes las decisiones adoptadas por los organismos internacionales de arbitraje<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> El artículo 1447, párrafo 1, del código de procedimiento francés establece que: <La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci>.

<sup>24</sup> «The United States Arbitration Act», aprobado el 12 de febrero de 1925, conocido más comúnmente como *Federal Arbitration Act* (FAA) es una ley federal que se aplica tanto en los tribunales federales como en los estatales, como se reiteró en el caso *Southland Corp. v. Keating* 465 U.S. 1 (1984), pero que, arraigada a la llamada Cláusula de Comercio constitucional, sólo se refiere a los casos capaces de producir efectos en el comercio entre los estados federales.

<sup>25</sup> El artículo 1653 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que: <El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones>. En doctrina, v. R. J. CAIVANO, *El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene*, en *Derecho y Ciencias Sociales*, 2015, n. 13, págs. 13-39. En Perú el artículo 41, párrafo 2, del decreto legislativo que norma el arbitraje, n. 1071 de 1 de septiembre de 2008, establece que: <El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene el convenio arbitral>.

<sup>26</sup> El artículo 19 del «The Arbitration Law of China» establece que: <An arbitration agreement shall exist independently. The amendment, rescission, termination or invalidity of the contract shall not affect the validity of the arbitration agreement>. Recientemente, el Tribunal Supremo de China ha adoptado tres importantes decisiones sobre la autonomía de la cláusula de arbitraje, en los que se afirma su existencia, validez y eficacia incluso en el caso de que el contrato al que accede no haya establecido plenamente debido a la falta de acuerdo de las partes tras una fase de negociación preliminar. Véase (2019) ZUI GAO FA MIN TE, en <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/211/223/1540.html>. El Tribunal reiteró eso: <The separability of arbitration agreement is a widely accepted fundamental legal doctrine, which means that the arbitration agreement and the main contract are separable and independent - their existence, validity and applicable law are all separable. Since an arbitration clause is the principal type of arbitration agreement, the emphasis of the separability of an arbitration clause from other contractual clauses in the same document has more practical significance than stressing the separability of an independent arbitration agreement. It can be even said that the separability of the arbitration agreement mainly refers to the fact that the arbitration clause and the main contract are separable. The separability of arbitration agreement is addressed in the laws of the People's Republic of China and this Court's judicial interpretation>. El párrafo 1 del artículo 19 del «Arbitration Law» establece que: <An arbitration agreement shall exist independently. The modification, rescission, termination or invalidity of a contract shall not affect the validity of the arbitration agreement>. Leído en contexto, ese artículo [19] estipula que una vez que se determina que una cláusula es un acuerdo de arbitraje en virtud del artículo 16, prevé la separabilidad del acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, una cláusula de arbitraje es independiente del contrato. En cuanto a la posibilidad de establecer una cláusula de arbitraje completamente independiente de un contrato, parece que la Ley de Arbitraje no define con especial claridad, a diferencia de las disposiciones claramente definidas, que toda modificación, rescisión, terminación o invalidez de un contrato existente no afectará a la validez de la cláusula de arbitraje. En la práctica judicial, las cuestiones de si el contrato está establecido o no y de

Sin embargo, ante la aparente homogeneidad, no todos interpretan el principio de manera unánime y siguen manifestándose muchas críticas, especialmente por parte de la doctrina.

En este sentido, las críticas de Pierre Mayer tras el caso *Gosset*, en este punto, no se pueden olvidar, al considerar que la cláusula compromisoria: *<serait inconcevable en l'absence du reste du contrat. On ne peut prévoir le recours à l'arbitrage in vacuo. (...) L'objet même de la clause compromissoire est constitué par le reste du contrat>*<sup>28</sup>.

Críticas similares hizo B. Llopis-Llombart afirmando que: *<.si el pacto compromisorio fuera completamente autosuficiente, no podría, en puridad, ser transmitido automáticamente. Por el contrario, la separabilidad, entendida correctamente como una consecuencia de la accesoria de la cláusula, explica de forma natural por qué en esos casos el*

---

si la cláusula de arbitraje en él está establecida o no, a menudo se enredan entre sí. Sin embargo, la frase *<an arbitration agreement shall exist independently>* que figura al principio del párrafo 1 del artículo 19 de la Ley de Arbitraje es una expresión amplia y general que abarca la cuestión de si el acuerdo de arbitraje existe o no. En la declaración que figura a continuación se hace hincapié además en varios tipos de circunstancias que no afectarán a la validez del acuerdo de arbitraje. El párrafo 2, del artículo 10, de la Interpretación de la Ley de Arbitraje especifica además que: *<Where the parties reach an arbitration agreement when entering into a contract, the validity of the arbitration agreement shall not be affected even if the contract is not established>*. Por consiguiente, al determinar la validez de una cláusula de arbitraje, incluida la existencia o no de una cláusula de arbitraje, se podría determinar en primer lugar la validez de la propia cláusula de arbitraje; sólo cuando sea necesario, se deberá considerar la validez de todo el contrato, incluido el establecimiento o no del contrato. La misma regla se aplica a este caso, es decir, la existencia de la cláusula de arbitraje debe determinarse en primer lugar de acuerdo con las circunstancias específicas de este caso>. En argomento, véase también WEXIA, *China's Search for Complete Separability of the Arbitral Agreement*, en *Asian International Arbitration Journal*, (2007) 3(2), 163-75; YEOH AND FU, *The Peoples Courts and Arbitration - A snapshot of recent and judicial attitudes on arbitrability and enforcement*, en *International Arbitration*, 2007 24, 635-649, 638.

<sup>27</sup> El artículo 21, párrafo 2, de las «UNCITRAL Rules (1976)» establece que: *<An arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under the Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. In tune with the UNCITRAL Rules>*; el artículo 16, párrafo 1, de la «UNCITRAL Model Law (1985)» establece que: *<The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the exercise or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause>*. Análogamente, el artículo 23, párrafo 2, de las «London Court of International Arbitration (LCIA) Rules» (revisadas en 2014) establece que: *<..For that purpose, an arbitration clause which forms or was intended to form part of another agreement shall be treated as an arbitration agreement independent of that other agreement. A decision by the Arbitral Tribunal that such other agreement is non-existent, invalid or ineffective shall not entail (of itself) the non-existence, invalidity or ineffectiveness of the arbitration clause>*. El artículo 6, párrafo 9, de las «Rules of Arbitration» de la International Chamber of Commerce (ICC), revisadas en 2012, establece que: *<..Unless otherwise agreed, the arbitral tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any allegation that the contract is non-existent or null and void, provided that the arbitral tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The arbitral tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the parties' respective rights and to decide their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void>*.

<sup>28</sup> P. MAYER, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, en *Revue de l'arbitrage* 1998, p. 364.

*pacto compromisorio permanece inseparable, como lo que es: una más de las estipulaciones del contrato como unidad negocial*><sup>29</sup>.

Una crítica también proviene de la doctrina norteamericana, que considera la *Severability doctrine*: <One of the most confounding doctrines in federal arbitration jurisprudence><sup>30</sup>.

Este, en particular, cuando los árbitros son llamados a juzgar la validez (o la existencia misma) del contrato por vicios de la voluntad de los contratantes. En tal caso, se objetó: <Under the contractual approach to arbitration law, the right to litigate (like other rights) would be alienable through an enforceable contract, but not a contract that is unenforceable due to misrepresentation, duress, illegality, or any other contract-law defense. By contrast, the separability doctrine holds that a party alienates its right to litigate when that party forms a contract containing an arbitration clause even if that contract is unenforceable.....The separability doctrine separates arbitration law from an important part of contract law—the defenses to enforcement—and thus fails to provide the right to litigate with the protection of those defenses><sup>31</sup>.

En definitiva, la doctrina, refiriéndose a una orientación jurisprudencial aún no del todo unívoca sobre el punto, afirma: *ex nihilo nihil fit*. Para apoyar la autonomía y la eficacia de la cláusula de arbitraje, será necesario que preexista un contrato de referencia. En su defecto, la cláusula no podría «separarse» de un acto que no existe<sup>32</sup>.

#### IV. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS CONEXOS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Un caso relativamente frecuente es cuando las mismas partes, para realizar una operación económica global, utilizan varios contratos. En este caso, pueden darse tres situaciones diferentes. En primer lugar, las partes no consideran, en ninguno de los contratos, recurrir al arbitraje. En segundo lugar, las partes sólo incluyen una cláusula de arbitraje en un contrato. En tercer lugar, las partes incluyen más de una cláusula de arbitraje en varios contratos.

<sup>29</sup> Así De Benito Llopis-Llombart, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Madrid: Civitas/ Thomson Reuters 2010, p.55.

<sup>30</sup> L. KRAMER - R. SCHERF, *Severability Doctrine: Scotus (and Others) Offers a Refresher on Defeating a Motion to Compel Arbitration*, 2018, en <https://www.arbitrationnation.com/severability-doctrine-sends-two-disputes-arbitration/>.

<sup>31</sup> S.J. WARE, «*Arbitration Law's Separability Doctrine after Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*» en *Nevada Law Journal* (2007) 8, 107, 120-122. Véase, también, FRANCIS A. OKANIGBUAN JNR, *Revisiting the separability doctrine and parties' rights to litigation in commercial transactions* en *International Company and Commercial Law Review* (2015) 255-257; R. ISLAM, *Autonomy of the Arbitration Clause and Invalid Contracts: Allis Fair in Arbitration?*, en *Jahangirnagar University Journal of Law*, Vol. V, 2017, 142 y en M. VIRGÓS, *El convenio arbitral en el arbitraje internacional*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006, 15.

<sup>32</sup> El mismo argumento atribuíle a la opinión disidente del juez Black en la decisión «*Prima Paint*» ha sido utilizada eficientemente por parte de la US Court of Appeal of the Southern District of New York, en el caso *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219 (SDNY, 1978). Posteriormente, adoptaron la misma línea, otros tribunales federales de apelación en los casos *Republic of Nicar. v. Standard Fruit Co.*, 937 F.2d at 476, *Heinhuis*, No. CIV.A.90-2148, 1991 WL 111011 (E.D. La. June 10, 1991), *Three Valleys Mun. Water Dist. v. E.F. Hutton & Co.*, 925 F.2d 1136, 1140 (1991). Algunas reconstrucciones sobre el tema han sido efectivas: J. BAGWELL, *Enforcement of Arbitration Agreements: The Severability Doctrine in the International Arena - Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 927 F.2d 469 (9th Cir. 1991), 22 GA. J. INT'L & COMP. L. 487 (1992).

Tratemos el segundo y tercer escenario, que son también los más problemáticos. En el segundo caso, será necesario comprobar si la cláusula de arbitraje cubra o no los litigios derivados de otros contratos. En el tercer escenario, en vez, será necesario comprobar si las cláusulas de arbitraje sean completamente idénticas o si cubran procedimientos diferentes (arbitraje ritual o irritual, de equidad, de derecho, voluntario, administrado<sup>33</sup>).

Obviamente, la mejor solución sería la inclusión, en la convención principal o en una de ellas, de una cláusula de arbitraje denominada «ad ombrello»<sup>34</sup>, que reconozca la pluralidad de los contratos celebrados, la unidad de la operación económica y de la necesidad, contemplada por las partes, de atribuir a los árbitros cualquier litigio. Esto impediría que el demandado pudiera impugnar la falta de tal elección o la existencia de un acuerdo de arbitraje diferente dentro del contrato del que surge la controversia y daría lugar a que el demandado se viera obligado a presentar una eventual demanda reconventional ante el mismo árbitro.

En caso contrario, nos encontraríamos ante un defecto de elección del arbitraje, para los litigios no contemplados en la cláusula arbitral, o (por así decirlo) un exceso, con múltiples cláusulas arbitrales, de la necesidad de evaluar la conexión contractual específica y la esperanza de llegar, así, a un único panel arbitral que sea expresión de las mismas.

*Pues bien*, también el escenario más simple de la cláusula «ad ombrello», no encuentra una disciplina homogénea en los diferentes sistemas. De hecho, el legislador francés, en el artículo 1442, párrafo 2, del código de procedimiento civil francés, establece que: < *La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* ><sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Como se sabe, el artículo 808 *ter* del Código de procedimiento civil italiano prevé ahora la posibilidad de que las partes puedan, por escrito: < *stabilire che la controversia sia definita mediante determinazione contrattuale* >. En el arbitraje irritual, por lo tanto, las partes < *...intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà* >, así, por último el Tribunal de Potenza, n. 21, 8 de enero de 2020. Sobre el tema, para todos, véase G. ALPA, *L'arbitrato irrituale*, en G. Alpa - V. Vigoriti (cur.), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, en *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Assago, Milano, 2013, 321 ss. Sobre el arbitraje de equidad, para todos, véase F. GALGANO, *Diritto ed equità nei giudizi arbitrali*, *ibidem*, 434 ss.; sobre el arbitraje administrado, véase A. BERLINGUER, *L'arbitrato amministrato*, en M. Rubino Sammartano (cur.) *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, págs. 405-429.

<sup>34</sup> Así la define B. HANOTIAU, *Complex arbitration*, The Hague, 2005, 226. Véase también ZUCCONI GALLI FONSECA, última citada.

<sup>35</sup> La versión actual de la norma fue introducida por el decreto n. 48, de 13 de enero de 2011, sobre la reforma del arbitraje, en vigor desde el 1º de mayo de 2011. En el «*Rapport au Premier Ministre*» se especificó que < *le décret consacre également la jurisprudence, désormais majoritaire, en vertu de laquelle la clause compromissoire a vocation à s'appliquer dans le cadre de groupes de contrats, dès lors que les contrats en cause ont un caractère de complémentarité (Cass. Com., 5 mars 1991) ou que les parties ont accepté d'exécuter l'accord, en ce compris la clause compromissoire (Cass., 1re civ., 25 juin 1991) (article 1442, al. 2)* >. Sobre este tema se recuerden las contribuciones de COHEN, *Arbitrage et groupes de contrats*, en *Revue de l'arbitrage*, 1997, 471 ss.; Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, Paris, 2003.

Por el contrario, el legislador italiano no prevé expresamente la pluralidad de los contratos. Se limita a prever (art. 808 *del código de procedimiento civil*) que la cláusula de arbitraje esté contenida en <nel contratto> o en un <atto separato>; permite al árbitro conocer de forma incidental (y por lo tanto sin autoridad de cosa juzgada) <...delle questioni rilevanti per la decisione della controversia...> (art.819 c.p.c.), haciendo entender que entre éstas se encuentran también cuestiones no contempladas por el acuerdo arbitral al que se refiere la cláusula de arbitraje. Considerando que, el art.808 *quater* c.p.c. establece que: <...la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce><sup>36</sup>.

Sin embargo, es evidente que la inclusión de esta última norma, en 2006, en el código de procedimiento civil italiano<sup>37</sup>, responde a un fin basado en las siguientes directrices: la jurisdiccionalización y *favor* por el arbitraje.

La primera orientación, que deriva de una conocida sentencia del Tribunal Constitucional italiano<sup>38</sup>, ha resuelto definitivamente la antigua disputa entre los partidarios de la naturaleza eminentemente contractual del arbitraje y los defensores de la tesis jurisdiccionalista, por así decirlo<sup>39</sup>. El Tribunal optó por esta segunda tesis y desde este momento ha desaparecido la razón por la cual los jueces adoptaban en el pasado una interpretación restrictiva del arbitraje como alternativa a la jurisdicción.

La segunda orientación, ampliamente compartida también en otras experiencias jurídicas, llevó a expresar un favor por el arbitraje, que permite interpretar extensivamente la elección de la vía arbitral de las partes también en el contexto de los contratos conexos<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Como se sabe, el legislador italiano también prevé que el acuerdo de arbitraje pueda tener por objeto las controversias derivadas también de las relaciones no contractuales que se determinadas (art. 808 *bis* c.p.c.).

<sup>37</sup> La norma se ha introducido con el D. lgs. n. 40/2006.

<sup>38</sup> Trib. Const. Italiano de 19 de julio de 2013, n. 223. Se unió inmediatamente a esta orientación la Casación S.U., 25 de octubre de 2013, n. 24153.

<sup>39</sup> Bien conocido por los procesionistas italianos, el debate se desarrolló, en los años 90, en particular entre E. Fazzalari, partidario de la tesis contractual, por un lado, y E.F. Ricci y F. Tarzia, partidarios de la tesis jurisdiccional, por otro.

<sup>40</sup> Este punto ha sido efectivamente aclarado por la jurisprudencia italiana en la conocida sentencia del Tribunal de Casación, Sección Civil, VI, 14 de octubre de 2016 n. 20880, en *Riv. arb.*, 2017, 101 y ss., donde se explica cómo la reforma de 2006 n. 40 adoptó un verdadero *favor arbitrati* que puede resumirse en la afirmación de que la jurisdicción de los árbitros ya no es una excepción o una derogación de la jurisdicción estatal, sino un recurso perfectamente alternativo a ésta. En el mismo sentido, en la doctrina, véase F. P. LUISO, *Clausola compromissoria e clausola di deroga alla competenza territoriale*, en *Riv. arb.*, 2003, 77 y ss., que, incluso antes de la última reforma, recordaba que la equiparación del arbitraje con la jurisdicción había sido el leit-motiv de las anteriores reformas de 1983 y 1994, que pretendían potenciar el arbitraje como precedente privado de la jurisdicción en virtud del principio de subsidiariedad. Tras la reforma de 2006, la jurisprudencia y la doctrina tienden a dar prioridad a la cláusula de arbitraje, aplicando el art. 808-*quater* c.p.c., que ha transpuesto a nivel legislativo un *favor* para el arbitraje que ya era ampliamente compartido anteriormente. Véase, por ejemplo, la sección II del Tribunal de Casación civil, 3 de febrero de 2012, n. 1674, en *Riv. arb.*, 2014, 589, según la cual la cláusula compromisoria que se refiere genéricamente a las controversias derivadas del contrato al que se refiere debe interpretarse, en ausencia de una voluntad expresa en contrario, en el sentido de que todas las controversias que tienen causa petendi en el mismo contrato (y no las que no

Por consiguiente, el Tribunal de Casación italiano consideró que la intención del demandado de impedir la apertura de un arbitraje único en caso de litigios sobre una misma operación de adquisición de terrenos para la construcción de un edificio<sup>41</sup> era contraria a la buena fe, identificando así este principio como el medio de la conexión, no sólo entre contratos, sino también entre cláusulas compromisorias.

El mismo Tribunal hizo consideraciones similares con respecto a un caso relativo a una cláusula compromisoria contenida en una transacción realizada en relación a un contrato de arrendamiento de inmuebles. De hecho, consideró que todas las controversias derivadas de ese contrato estaban comprendidas en la competencia de los árbitros, determinando así una especie de «camino de regreso» de la elección de la vía arbitral<sup>42</sup>.

La orientación italiana responde a una dirección más amplia, compartida también en otros países.

Así, el *Privy Council Appeal* del Reino Unido llegó a conclusiones similares y, en el caso de *Cukurova v. Sonera*, lo admitió abiertamente: <When parties to international commercial contracts include in the contract an arbitration clause, they normally wish to have all disputes related to the transaction resolved in the same proceedings. Dividing a dispute between the same parties and relating to the same transaction into several proceedings is costly and inefficient; it cannot be assumed to have been the intention of the parties to have intended such a separation of the proceedings><sup>43</sup>.

De manera similar, la *High Court* de Singapur<sup>44</sup> compartió en parte la decisión de un panel de arbitraje que había determinado que las cláusulas contenidas en dos

---

tienen relación con él) son competencia de los árbitros. En términos similares, véase la sección III de la casación civil, 30 de marzo de 2018, n. 7891, en *Riv. arb.*, 2018, 543, y la sección VI de la casación civil, 15 de febrero de 2017, n. 4035, en [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), destinada a excluir del arbitraje las controversias extracontractuales no indicadas anteriormente por las partes. En cuanto a la doctrina, véase G. RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i dubbi della Suprema Corte e l'art. 1367 cod. civ.*, en *Riv. arb.*, 1999, 56 y ss.; ID., *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, Informe realizado en la XXXI Conferencia Nacional de la Asociación Italiana de Estudiosos del Proceso Civil, Padova, 29-30 de septiembre de 2017, en *Riv. dir. proc.*, 2018, 1 y ss.; C.E. MEZZETTI, M. DI TORO, *La coesistenza nel medesimo contratto di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del foro al vaglio della corte di cassazione*, en *Riv. arb.*, 2017, 105 ss.; R. TUCCILLO, *Note sulla struttura e sull'interpretazione della clausola compromissoria di fonte statutaria*, en *Riv. arb.*, 2012, 660 ss.; M. COMASTRI, *Favor arbitrati e art. 808-quater c.p.c.*, en *Riv. arb.*, 2012, 81 ss.

<sup>41</sup> Casación civil, 25 de mayo de 2007, n. 12321, en *Corr. giur.*, 2008, p. 1271 ss., con nota de Consolo e Muroni. Se trataba de varios contratos preliminares relativos a edificios en el mismo terreno, cada uno de los cuales contenía una cláusula compromisoria compatible. El demandado se había quejado de la ilegalidad de un único procedimiento de arbitraje en la impugnación del laudo arbitral. El Tribunal de Casación, por su parte, legitimó la instauración de un único procedimiento de arbitraje, independientemente de la demanda de la parte.

<sup>42</sup> Sobre este punto, véase, en particular, F. LOCATELLI, *Contratti collegati ed arbitrato: principio di ambulatorietà della clausola compromissoria anche «a ritroso» se il secondo contratto è integrativo di quello originario*, comentando Casación civil, 26 de octubre de 2015, n. 21709, en *Riv. arb.* 2016, p. 317 ss.

<sup>43</sup> Uk Privy Council Appeal, n. 0096 de 13 de mayo de 2013, (Tribunal de Apelación de las British Virgin Islands), anotada de Henke, en *Int'l Lis*, 2013, p. 76 ss.: las cláusulas previeran los arbitrajes administrados por diferentes organismos.

<sup>44</sup> En el caso *Sanum v. ST. Group Co. Ltd et al*, de 18 de junio de 2018 (2018) SGHC 141.

contratos relacionados, si bien presentaban algunas discrepancias en cuanto a la designación de los árbitros (dos y tres respectivamente), debían interpretarse de forma unitaria, debido a la unidad del programa contractual. Sin embargo, los jueces especificaron que esta integración sólo puede operar en un sentido (es decir, del contrato marco al ejecutivo y no al revés). Por lo tanto, puesto que la controversia surgió del contrato marco, se debería haber seguido el procedimiento de nombramiento que figura en él. En cambio, el Tribunal de Apelación, que intervino recientemente, se negó a ejecutar el laudo debido a la identificación errónea del lugar del arbitraje<sup>45</sup>.

En cambio, la *High Court Inglés* en relación con varios contratos que contienen otras tantas cláusulas arbitrales para el arbitraje administrado, compatibles todas, estableció que el reglamento de la *London Court of International arbitration* prevea la necesidad de una solicitud de arbitraje específica para cada contrato y, por consiguiente, un procedimiento autónomo ante un panel de arbitraje igualmente autónomo, independientemente de que en los distintos procedimientos los árbitros sean los mismos<sup>46</sup>.

El Tribunal Supremo suizo, en el caso *Ferrotitanium*, adopta un enfoque restrictivo, aunque, en ese caso, se trataba de acuerdos de arbitraje con cierto grado de incompatibilidad<sup>47</sup>. En efecto, el razonamiento de los jueces para excluir el arbitraje unitario parte del dato objetivo de la inserción de cláusulas separadas, para extraer de él la voluntad de arbitrajes separados, considerando que no hay suficientes elementos para sugerir lo contrario<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Véase [2019] SGCA 65 Civil Appeals No 113 and 114 of 2018 [«*Sanum Investments*»]. La decisión ha sido comentada recientemente por N. FITZ-SIMON, *Choice of Arbitral Seat is Not a Game of Musical Chairs: Singapore Court of Appeal Rules Against Enforcement of Award Granted by Wrongly-Seated Arbitration* (disponible en <https://www.mccarthy.ca/fr/node/62016>) como sigue: <The decision is notable for its affirmation of the principles of free choice and party autonomy. Commercial parties should find comfort in this decision, which recognizes parties' need for certainty in their arbitration agreements>.

<sup>46</sup> High Court [2017] EWHC 3417 (Comm.). El demandante había presentado una única solicitud de arbitraje respecto de los dos contratos y el demandado había impugnado el laudo basándose en que no podía haber un único procedimiento, dada la existencia de cláusulas separadas. Según el juez: <it is entirely plain that the LCIA Rules treat a single request as giving rise to a single arbitration, the payment of fees for one arbitration and the formation of a single arbitral tribunal [...] >; a la objeción del resistente, en relación al encuadramiento del caso en dos procedimientos separados pero combinados, respondió que <it is (a) inconceivable that the LCIA Rules could be read as permitting a party to pay only one fee when commencing multiple arbitrations and (b) undoubtedly impermissible to read the misgiving rise to consolidated proceedings without the consent of all parties>. Por lo tanto, parece que son las normas detalladas del reglamento de arbitraje las que están obstaculizando la armonización. El Tribunal se refiere al caso *Easy biz Investments v. Sinograin & Chinatex* («The Biz») [2010] EWHC 2565 (Comm.).

<sup>47</sup> Trib. fed., 29 de febrero de 2008, n. 4a-452/2007. En ese caso, el *exclusive agreement* preveía el arbitraje según las Swiss rules y, para los contratos de suministro posteriores, el arbitraje regulado por la *International Commercial Arbitration Court* (ICAC).

<sup>48</sup> El Tribunal se basa en el principio de la buena fe para interpretar la voluntad de las partes, pero luego considera que no hay una intención definida de incluir en la cláusula de arbitraje introducida en el *exclusive agreement* los otros contratos de suministro, eliminando el efecto de las cláusulas contenidas en ellos, incluso por razones cronológicas (la inclusión de esa cláusula se produjo después de la celebración de los contratos de suministro); tampoco la redacción amplia de la cláusula (controversias «conexas» con el contrato) puede superar, según los jueces, la validez de las otras cláusulas compromisorias.

Por último, la Corte Suprema de la India, en el caso *M/S. Duro Felguera, S.A. v. M/S. Gangavaram Port Limited*, consideró que la pluralidad de acuerdos de arbitraje era una expresión de una clara intención de división<sup>49</sup>. En ese caso, se trataba de un primer acuerdo general y cinco contratos posteriores. El Tribunal consideró que las partes hubieran querido sustituir el primero por los segundos, aunque había previsto la continuación de los efectos del contrato originario.

## V. EL SISTEMA ARBITRAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA FORMACIÓN, MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Los acontecimientos que contribuyen a la formación, modificación y terminación del contrato incluyen: la fase precontractual, con los actos preparatorios y las actas; el acuerdo marco y el acuerdo normativo; el contrato preliminar y el contrato definitivo; la modificación, terminación y transacción. El conjunto de los actos preparatorios y de las negociaciones constituyen un paso prodrómico a la celebración del contrato y, en general, no tienen un efecto dispositivo propio.

De hecho, las partes pueden llegar a la definición de un acuerdo a través de un proceso de negociación en el que añaden una serie de documentos preparatorios, como cartas, notas y cartas de intenciones, mediante los cuales fijan algunos elementos útiles para la celebración del contrato, incluso para su interpretación o para configurar una posible responsabilidad precontractual. Estos actos, también llamados *heads of agreement*, no contienen acuerdos vinculantes en sí mismos, salvo disposiciones particulares contenidas en ellos (por ejemplo, en relación con la confidencialidad de la información intercambiada o la prohibición de entretener relaciones de competencia).

Por lo tanto, las dudas de interpretación relacionadas con su ambigüedad o falta de claridad podrán ser subsanadas remitiéndose a la voluntad ya expresada por las partes, de modo que, en caso de que surjan dudas sobre su elección de arbitraje, la presencia de la cláusula arbitral en el acto precontractual podrá constituir un elemento a favor del recurso a los medios alternativos de resolución de la controversia.

Sustancialmente, la función de los actos preparatorios es preparar el desarrollo gradual de las negociaciones entre las partes, que deben tener lugar de acuerdo con el principio de buena fe<sup>50</sup>.

Así pues, en caso de que una parte se niegue a incluir la cláusula de arbitraje en el acuerdo final, sin una razón justificada - hecho que inhibe la continuación de las negociaciones - podrá surgir una responsabilidad precontractual, con una indemnización limitada al llamado interés negativo<sup>51</sup>, correspondiente a los gastos incurridos durante los actos preparatorios y la pérdida de oportunidades relacionadas con la posibilidad de concertar otros acuerdos ventajosos<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Supreme Court of India, 10 de octubre de 2017 (9SCC729).

<sup>50</sup> El artículo 1337 del código civil italiano establece que: *<Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede>*.

<sup>51</sup> Así, Casación civil sección III, 4 de marzo de 2002, n. 3103, págs. 7-8 en Dejure y Casación civil sección III, 14 de febrero de 2000, n. 1632, págs. 9-10, en Dejure.

<sup>52</sup> Recientemente, véase G. DI GARBO, *Il preliminare del preliminare: da «inutile complicazione» a contratto meritevole di tutela*, 2018, en <https://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2018-06-25/il-preliminare-preliminare-inutile-complicazione-contratto-meritevole-tutela-115854.php>.

Si, por el contrario, los actos preparatorios indican la consecución de una voluntad contractual ya completa y exhaustiva, las hipótesis de indemnización, en caso de incumplimiento, incluirán el interés positivo: es decir, el interés para el cumplimiento del contrato ya formado. Por consiguiente, habrá que prestar atención al hecho de que las partes han adoptado, por ejemplo, no una mera puntuación de cláusulas, de la cual deducir una presunción inicial de la falta de acuerdo, sino una puntuación completa, que ya adopta la forma de un acuerdo de negociación en preparación del mismo. En este último caso, de hecho, la jurisprudencia italiana encuentra una simple presunción de perfección contractual con la posibilidad, para la parte que tiene interés en probar que el acuerdo no se ha formado, de proporcionar prueba en contrario<sup>53</sup>.

La evaluación se reserva al juicio del juez que reconstruye la voluntad de las partes recurriendo a los criterios de interpretación previstos en los artículos 1362 y siguientes del código civil. El Tribunal de Casación, por ejemplo, señaló que, a pesar de la inclusión en el acto del título carta de intenciones, el complejo de intereses que surgía del acuerdo preparatorio y la presencia de una cláusula compromisoria, condujeron a la celebración del contrato; también porque en ningún acuerdo las partes habían excluido o suspendido su eficacia<sup>54</sup>. Así, la elección del arbitraje ya formalizada en la cláusula, se consideró como una indicación de que la voluntad contractual había madurado hasta el punto de concluir el acuerdo.

Se trata, como ya se ha dicho, de elementos, actos y acuerdos contenidos en un proceso de negociación que conduce a un contrato. Por lo tanto, no de una hipótesis de coligación entre contratos ya formados, en la cual se trata de evaluar la ultraactividad de una o varias cláusulas, contenidas en un único acuerdo, con respecto a los demás.

Por último, en relación con la hipótesis de evaluar la extensión del acuerdo de arbitraje a los contratos en los casos de extinción o de novación con respecto a aquel al que accede, la jurisprudencia italiana no parece del todo inequívoca. Si se trata de novación modificativa, habrá que hacer una evaluación precisa de las cláusulas que el contrato de novación ha decidido superar y suprimir<sup>55</sup>. Si, por el contrario, la novación es extintiva la orientación predominante es en el sentido de excluir la operatividad de la cláusula de arbitraje<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Casación civil, sección II, 30 de enero de 2020, n. 2204, p. 8, en Dejure.

<sup>54</sup> Así Tribunal de Apelación de Firenze, sez. II, 19 de septiembre de 2012, n. 1164, p. 10-11, en Dejure. Antes se pronunció, también, la Casación civil sección I, 4 de febrero de 2009, n. 2720, págs. 14-15, en Dejure.

<sup>55</sup> Se estableció que: <...la clausola compromissoria riferita ad ogni controversia inerente l'interpretazione od esecuzione del contratto non trova limitazioni o deroghe per il fatto che, nel corso del rapporto, siano intervenuti accordi transattivi, ove questi, riguardando specifiche questioni...non siano tali da stravolgere il suddetto contratto>, así la Casación civil, 25 de enero de 1968, n. 216, en *Giust. Civ.*, 1968, I, p. 182.

<sup>56</sup> De hecho, se afirmó que: <Il principio di autonomia della clausola compromissoria non può evidentemente essere applicato alla diversa fattispecie in cui l'eliminazione della clausola è conseguenza dell'eliminazione del contratto per opera delle parti che, nel ridisciplinare integralmente i loro rapporti, non prevedono nuovamente la deroga alla competenza del giudice ordinario>. Así la Casación civil, 15 de septiembre de 2000, n. 12175, en *Giur. It.*, 2001, p. 2035, con nota de NELA. En la doctrina, BOVE lo cuenta entre las causas de la extinción del pacto de compromiso, en *Riv. Arb.*, 1998, p. 693.

Esto también se aplica, por similitud, al caso de una transacción. Si la transacción, con carácter de novación, haya alterado la estructura de las obligaciones anteriores entre las partes, se ha considerado que la cláusula de arbitraje no se puede más activar<sup>57</sup>.

## VI. ACUERDO NORMATIVO Y CONTRATOS DERIVADOS

El contrato normativo es una figura de matriz doctrinal particularmente desarrollada en Italia, donde, desde los años sesenta, varios autores han dedicado grandes estudios a la autonomía contractual marcada por el art. 1321 del código civil<sup>58</sup>. Recientemente, el caso encontró un reconocimiento normativo parcial sólo con respecto al sector de las inversiones<sup>59</sup>. La jurisprudencia también empezó a hacer uso de esta noción hasta algunas recientes intervenciones, útiles para el tema que estamos tratando.

La opinión mayoritaria califica como contrato normativo un acuerdo marco, que tiene por objeto una operación económica o una relación de mayor duración, en el cual se encuentran los principales rasgos de los acuerdos posteriores, destinados a regular aspectos o acontecimientos individuales del programa contractual. Así se distingue de las cláusulas contractuales generales que se elaboran unilateralmente en vistas de sucesivos acuerdos en serie que se desarrollarán con múltiples sujetos<sup>60</sup>.

Sin embargo, puede ocurrir que los acuerdos posteriores no se celebren en la práctica o que el contrato normativo no pueda determinar el contenido de cada uno de dichos acuerdos. En consecuencia (salvo acuerdo explícito en sentido contrario) las partes contratantes siguen siendo libres de concertar cualquier acuerdo posterior. Esto hace que el contrato normativo sea muy diferente del contrato preliminar. De hecho, la opinión compartida es que, si una parte se niega a celebrar contra-

<sup>57</sup> Así se pronunció el Tribunal de Taranto: <...una clausola compromissoria, apposta ad un contratto, è inidonea ad attribuire agli arbitri la cognizione sulle obbligazioni originarie dal contratto di transazione, con il quale il primo sia stato consensualmente risolto e siano stati diversamente regolati i rapporti fra le parti senza richiamare il precedente contratto, in quanto il principio dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al negozio in cui è stata inserita ne comporta l'estensione alle sole cause di invalidità di questo, purché ad esso non esterne, mentre ne esclude l'ultrattività in ordine al rapporto derivante da contratti successivi, neppure indirettamente menzionati nella clausola stessa e di cui il precedente negozio costituisca ormai soltanto un mero antecedente storico>, Tribunal de Taranto, sección lav., 1 de diciembre de 2017, p. 5, en Dejure. Véase también Casación civil sección II, 13 de diciembre de 2010, n. 25159, en Riv. Arb., 2011, IV, p. 641 ss., con nota de M.C. SERRA, *Contratto con clausola compromissoria e successiva transazione: se la clausola compromissoria fonda la competenza arbitrale a decidere controversie derivanti dalla transazione* y Casación civil, sección I, 23 de diciembre de 2010, n. 26046.

<sup>58</sup> Entre los más antiguos, véase BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960, 114; DOSSETTO, *Contratto normativo*, en *Nuovo Dig. It.*, IV, Torino 1959, 663 ss.; GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, Padova 1969; Id., *Contratto normativo*, en *Enc. Giur.*, VIII, Roma 1988, 1 ss. Más recientemente, véase GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova 1994; D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, en *Obbl. e Contr.*, 2008, 1 ss.

<sup>59</sup> En virtud del artículo 1, letra i) d.lgs. n. 11 de 2010 el contrato normativo se definió como: <contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento>.

<sup>60</sup> Sobre el punto, véase en particular GUGLIEMMETTI, último trabajo citado.

tos sucesivos, no podrá ser sustituida por la intervención del juez ex art. 2932 del c.c., pero podrá responder de responsabilidad precontractual ex art. 1337 del c.c. No es casualidad que la mejor doctrina haya estigmatizado que el contrato normativo: no es un «*pactum de contraendo*, sino un *pactum de modo contrahendi*»<sup>61</sup>.

Sin embargo, siguen existiendo diferentes opiniones sobre el tema. De hecho, hay quienes dudan del carácter contractual de este caso, ya que el contrato normativo no está generalmente destinado a «...establecer, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»<sup>62</sup>.

A este respecto, cabe señalar que el Tribunal Supremo italiano, tras la reforma de 2006 (que modificó el artículo 808 c.p.c.), traspuso plenamente el principio según el cual el requisito de la forma escrita *ad substantiam*, exigido por la ley para la validez de la cláusula compromisoria, no implica necesariamente que la voluntad contractual deba expresarse en un único documento. Por lo tanto, la elección arbitral podría ser adoptada *aliunde*<sup>63</sup>.

Actualmente esta orientación sigue siendo unánimemente compartida. De hecho, la jurisprudencia más reciente *reafirmó* el principio de la ultraactividad de la cláusula compromisoria, contenida en el contrato normativo, con respecto a los consiguientes contratos ejecutivos, lo que permite mantener la forma escrita *ad substantiam* de la cláusula aunque no se haya incluido en cada uno de estos contratos<sup>64</sup>. En ese caso, se trataba de un acuerdo marco, con una entidad de crédito, útil para permitir sucesivos contratos de *interest swap rates*. El Tribunal Supremo y la doctrina que comentó la decisión, pusieron de manifiesto que la reforma del arbitraje, introducida en el código de procedimiento civil italiano en 1994, había previsto que la cláusula compromisoria pudiera incluirse en un acto separado del contrato al que se refiere modificando la frase anterior «acto posterior», reforzando así el principio de autonomía de la cláusula misma y la relación funcional entre los diferentes contratos<sup>65</sup>. De hecho, se añadió, que no parece necesario que el siguiente contrato se refiera textualmente a la cláusula compromisoria contenida en el contrato normativo, configurando así una *relatio perfecta*; debiendo considerarse que la elección de la vía arbitral, también en caso de silencio, pueda extenderse a todos los litigios que surjan dentro del perímetro del contrato normativo.

Las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia italiana parecen ser similares en materia de concesión de venta y de *factoring*, los cuales vienen incluidos en el caso del contrato normativo<sup>66</sup>.

Otros ordenamientos adoptaron directrices similares, pero llegando a excluir que en la tensión de la elección del arbitraje sea multidireccional. Ésta, en efecto,

<sup>61</sup> En estos términos, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., Napoli, 2019, 892 ss.

<sup>62</sup> Como lo exige expresamente el artículo 1321 c.c. En este sentido recuerde, en particular, MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, en *Enc. Dir.* X, Milano, 1962, 120 ss.

<sup>63</sup> En este sentido Casación civil sección I, 24 de julio de 2007, n. 16332, 4-6, en *Dejure*.

<sup>64</sup> Sentencia de 18 de abril de 2017, en *Riv. Arb.* 2018, 2, 237 ss., con una nota de LOCATELLI, *Patto compromissorio e contratti normativi: handle with care*.

<sup>65</sup> Así LOCATELLI, *Patto compromissorio e contratti normativi*, cit., 257.

<sup>66</sup> En este sentido, véase, Casación civil, 26 de julio de 2010, n. 17528, en *Dejure*; DE NOVA, *partida Factoring*, en *Dig. it., disc. priv., sección comercial*, V, Torino, 1990, p. 536 ss.

funciona en el caso de un contrato modificativo: como lo que afronta el problema de determinadas prestaciones, ya previstas en el contrato marco, que den lugar a problemáticas en la fase de ejecución<sup>67</sup>.

Funciona en el caso de una cláusula de arbitraje contenida en un *memorandum of agreement*, en el que dos multinacionales establecen la creación de una *service company* para la distribución conjunta de sus productos. En efecto, se consideró que, en ese caso, la elección del arbitraje debería ser extendida a los contratos sucesivos, con los que las mismas partes intercambiaron servicios para la distribución, incluido un contrato de subarrendamiento<sup>68</sup>.

En cambio, la extensión no opera cuando el acuerdo de arbitraje está incluido en uno o más contratos de ejecución y no en el contrato marco<sup>69</sup>.

En fin, parece una orientación generalmente compartida la de admitir la extensión de la elección del arbitraje sólo si el contrato (normativo) principal tenga efectivamente carácter de marco inmanente, que prevé la celebración de acuerdos posteriores y establece normas generales para ellos. En efecto, el contrato normativo está si está destinado a durar y sigue existiendo tras la estipulación de contratos sucesivos, a diferencia de lo que ocurre con el contrato preliminar<sup>70</sup>.

## VII. ARBITRAJE, CONTRATO PRELIMINAR Y CONTRATO DEFINITIVO

A veces ocurre que, en el curso de una negociación destinada a una compraventa, las partes incluyan la cláusula compromisoria en el contrato preliminar y omitan de incluirla en el contrato definitivo<sup>71</sup>. En ese caso, se plantea la cuestión de si las posibles disputas deben ser atribuidas a los árbitros en lugar del juez estatal.

El tema se desarrolló, en toda su complejidad, en la experiencia italiana, donde el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria se comparó con la estructura peculiar de los efectos de negociación que derivan de la dinámica contrato preliminar - contrato definitivo.

Después de una sentencia única y aislada del Tribunal de Casación que, hace más de treinta años, afirmó la prevalencia, sobre el contrato definitivo, de la disciplina del preliminar<sup>72</sup>, hoy la orientación unánime es de signo opuesto. El contrato definitivo prevalece sobre el preliminar, salvo que las partes contratantes manifiesten

---

<sup>67</sup> Véase el Caso ICC. 5759 de 1989, publicado en *Yearbook of int.arb.*, 1993, p. 34 ss.

<sup>68</sup> Véase el Caso ICC n. 7305 del 1993, ined., cit. da Train, obra citada, p. 53.

<sup>69</sup> En este sentido es Tribunal de Apelación, 12 de julio de 1984, en el conocido caso *Plateau des Pyramides*, en *Journal de dr. internat*, 1985, p. 129, con nota de GOLDMAN y en *Riv. arb.*, 1986, p. 75, con nota de Lebolulanger.

<sup>70</sup> En este sentido, se expresa el Tribunal de Casación que exige para la extensión acuerdo de arbitraje, que los contratos ya se hayan previstos en el original. Véase Tribunal de Casación, sección I, 7 de febrero de 2006, n. 2598, en *Dejure*.

<sup>71</sup> Otro caso es cuando se inserte una cláusula compromisoria en el contrato preliminar al que no siga la celebración del contrato definitivo. En tal caso, la cláusula compromisoria resolverá todos los litigios relativos a la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato preliminar. Esto también después de la expiración del plazo para la conclusión del contrato definitivo. Así Tribunal Supremo, sección I, 11 de abril de 2011, n. 8216 en *Dejure*, págs. 3-5.

<sup>72</sup> En cuanto al contrato definitivo se limitaría a dar cumplimiento a los intereses ya regulados por el preliminar, así Tribunal Supremo, n. 8486, de 18 de noviembre de 1987.

ten expresamente otra intención<sup>73</sup>. Se argumentó, ex artículo 1322 código civil, que si las partes son libres de determinar el contenido del contrato -sin perjuicio de los límites impuestos por la ley - la circunstancia de que hayan establecido, con un acuerdo preliminar, la regulación de sus contenidos, no les impide decidir, con una posterior expresión de voluntad, de modificar dicha regulación.

Por lo tanto, si las partes hayan aplicado el contrato preliminar, incluyendo en el definitivo todas las obligaciones acordadas en él, prevalecerá este último, según la teoría de la <absorción del acuerdo preliminar en el definitivo><sup>74</sup>. Además, la jurisprudencia está orientada a presumir que las partes hayan considerado exhaustiva y omnicomprendensiva la regulación adoptada en el contrato definitivo, eliminando la eficacia de todos los acuerdos del preliminar. Esto es, a menos que las partes contratantes pongan de manifiesto una diferente voluntad<sup>75</sup>.

¿Qué sucede si la cláusula de arbitraje está insertada en el contrato preliminar y no en el definitivo? ¿Especialmente si las partes no han contraído la obligación de volverla a proponer en ese contexto?<sup>76</sup>

En este caso, la orientación jurisprudencial cambia de nuevo, habiendo afirmado la prevalencia del principio de la autonomía de la cláusula compromisoria sobre el de la absorción del preliminar en el contrato definitivo. Se dice, en otras

---

<sup>73</sup> Por último v. Tribunal de Casación, sección II, 2 de septiembre de 2019, n. 21.951, p. 4, en Dejure.

<sup>74</sup> En estos términos véase Tribunal de Casación, secciones un., 21 de enero de 2020, n. 1181, p. 5, en Dejure; Tribunal de Casación sección VI, 22 de enero de 2020, n. 1439, págs. 5-6 en Dejure; Tribunal de Casación, sección II, 2 de septiembre de 2019, n. 21.951, p. 4, en Dejure; Tribunal de Casación, Sección VI, 4 de septiembre de 2019, n. 22.111, p. 4, en Dejure; Tribunal de Apelación de Brescia, sección I, 10 de octubre de 2019, n. 1474, págs. 5-7 en Dejure; Tribunal de Casación, sección II, 14 de marzo de 2018, n. 6223, p. 7, en Dejure; Tribunal de Casación, sección II, 29 de enero de 2015, n. 1677, p. 5, en Dejure; Tribunal de Casación, sección I, 16 de abril de 2014, n. 8868, p. 4, en Dejure; Tribunal de Casación, sección II, 30 de abril de 2013, n. 10.209, págs. 4-5 en Dejure; Tribunal de Casación, sección I, 26 de julio de 2013, n. 18.134 p. 4, en Dejure; Tribunal de Casación, sección II, 5 de junio de 2012, n. 9063, págs. 7-8, en Dejure; Tribunal de Casación, sección II, 11 de julio de 2007, n. 15.585, p. 10, en Dejure; Tribunal de Casación, sección III, 14 de abril de 2000, n. 4842, p. 5, en Dejure.

<sup>75</sup> El Tribunal Supremo habla de una <presunzione di conformità del nuovo accordo alla volontà delle parti>, sosteniendo que <può, nel silenzio del contratto definitivo, essere vinta soltanto dalla prova - che deve risultare da atto scritto, ove il contratto abbia ad oggetto beni immobili - di un accordo posto in essere dalle stesse parti, contemporaneamente, alla stipula del definitivo, dal quale risulti che altri obblighi o prestazioni, contenuti nel preliminare, sopravvivono al contratto definitivo>. Así, Tribunal de Casación, sección II, 14 de marzo de 2018 n. 6223, 6, en Dejure, cit.

<sup>76</sup> Desde siempre la doctrina italiana está dividida sobre la configuración de un contrato preliminar de arbitraje. Los que están en contra son, en primer lugar, aquellos que niegan la patrimonialidad del acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, que sea un verdadero contrato. Otros consideran no merecedora de protección la asunción de una obligación de remitir las futuras controversias a los árbitros, cuyo incumplimiento obliga la parte a recurrir a la jurisdicción para <.ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso> (artículo 2932 c.c.). El debate está totalmente reconstruido por F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 23 ss. y incluso antes por A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., 23 ss.; Id, *E pluribus unum: ovvero, della natura dicotomica e ambivalente dell'arbitrato*. Notas sobre el laudo y su impugnación, en *Riv. giur sarda* 1999, 2, págs. 361-369. Por último, sobre el tema, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, última obra citada, p. 19.

palabras, que: *<la validità e, quindi, anche l'efficacia, della clausola compromissoria devono essere valutate in modo autonomo rispetto al contratto al quale essa si riferisce. Ne consegue che la clausola compromissoria contenuta in un preliminare di compravendita sopravvive, sebbene non riprodotta nel contratto definitivo, trattandosi di contratto autonomo avente funzione distinta dal contratto preliminare>*<sup>77</sup>.

Por consiguiente, el acuerdo de arbitraje sigue siendo autónomo con respecto al contrato preliminar, aunque esté contenido en el mismo acto. Por lo tanto, si el contrato preliminar se absorba en el definitivo, la autonomía de la cláusula compromisoria hace que sean los árbitros quienes decidan las controversias que se derivan de éste, también porque el *favor* expresado por el legislador italiano hacia el arbitraje permite hoy afirmarlo: *<Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce>*<sup>78</sup>.

En el ordenamiento italiano, si no surjan diferencias entre el contrato preliminar y el definitivo, los acuerdos del primero se absorben en el segundo<sup>79</sup>. Si, por el contrario, surjan claras diferencias, podría suponerse una coligación contractual entre los dos contratos o - en caso de manifiesta incompatibilidad - una posible novación (modificativa o extintiva<sup>80</sup>) del segundo con respecto al primero.

En la primera hipótesis, la cláusula compromisoria sigue siendo ajena a la absorción, por tanto, si no se vuelve a proponer en el contrato definitivo, continúa a ser plenamente eficaz y tiende a incluir todas las controversias derivadas del programa contractual en su conjunto. En la segunda, será necesario, verificar si la competencia arbitral se refiere sólo a los litigios derivados del primer contrato y

<sup>77</sup> Entre las últimas decisiones, véase el Tribunal de Apelación de Brescia, sección I, 10 de octubre de 2019, n. 1474, págs. 7-8, en <https://www.arbitratoitalia.it>; Tribunal de Casación, Sección I, 16 de abril de 2014, n. 8868, págs. 4-5 en Dejure; Tribunal de Casación, Sección I Civ., 31 de octubre de 2011, n. 22.608, págs. 4-5 en Dejure.

<sup>78</sup> Así, el artículo 808 *quater* del código de procedimiento civil italiano.

<sup>79</sup> En estos términos, entre tantos, véase E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, Turín, 2011, p. 1351.

<sup>80</sup> Como es sabido, en el ordenamiento italiano (como en muchos otros) la novación permite a las partes de una relación obligacional extinguir la obligación original sustituyéndola por una nueva. El código civil italiano prevé la novación subjetiva, en el artículo 1235 c.c., en la que la sustitución se refiere a la persona del acreedor o del deudor, y la novación objetiva, en el párrafo 1 del artículo 1230 c.c., en la que la sustitución se refiere al objeto o al título. La jurisprudencia consolidada considera que: *<..la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un diverso rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente, con nuove ed autonome situazioni giuridiche. Di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'animus novandi, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'aliquid novi, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto>*, así Casación Civil, sección II, 18 de septiembre de 2019, n. 23.267, p. 9, en Dejure, Casación Civil, sección trabajo, 29 de octubre 2018, n. 27390, p. 6, en Dejure, Casación Civil, sección III, 14 de marzo de 2017, n. 6474, p. 5, en Dejure, Casación Civil, sección III, 10 de junio de 2015, n. 12.083, p. 7, en Dejure, Casación Civil, sección trabajo, 14 de julio de 2015, n. 14712, p. 6, en Dejure, Casación Civil, sección VI, 5 de junio de 2014, n. 12.655, p. 4, en Dejure, Casación Civil, sección trabajo, 4670, p. 6, en Dejure. En doctrina v. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2019, págs. 435-437.

no al segundo<sup>81</sup> y también en este caso la cláusula de arbitraje seguirá siendo autónoma y producirá sus efectos procesales. Queda excluida la otra posibilidad de que las partes, en el definitivo, hayan dispuesto la derogación de la cláusula de arbitraje contenida en el preliminar. Sobre está *nulla quaestio*: cualquier controversia se someterá a la jurisdicción ordinaria.

Recientemente en España se ha examinado una cuestión análoga en cuanto es bien conocida la disputa doctrinal sobre la naturaleza jurídica del contrato preliminar<sup>82</sup> en la que también la jurisprudencia más acreditada ha mostrado, a lo largo de los años, notables oscilaciones<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> En tal caso, de hecho, podría existir una coligación contractual entre dos contratos diferentes y autónomos. En ese caso, el Tribunal de Casación italiano tuvo la oportunidad de: <[...] *escludere che, tramite la clausola compromissoria contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice ordinario e il deferimento agli arbitri si estendano a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola*>, en Casación Civil, sección I, 7 de febrero de 2006, n. 2598, p. 5, en Dejure.

<sup>82</sup> La figura del precontrato se reconduce fundamentalmente a dos tesis: la teoría clásica y la teoría moderna. Lo explica bien Alfonso De Cossío: <Toda la discusión doctrinal producida en torno a esta materia gira entre dos puntos de vista extremos: o bien se parte de la base de que es posible, lógica y jurídicamente, distinguir un consentimiento de presente de un consentimiento de futuro, y que, por tanto, se quiere una cosa cuando se promete consentir más adelante un determinado contrato, y otra distinta cuando se quiere este contrato, o bien estimar que no existe diferencia laguna entre estos dos consentimientos, y que la promesa de contrato sería el mismo contrato prometido, cuya ejecución, sin embargo, se difiere a un tiempo futuro>, De Cossío, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, Ed. Civitas, Madrid 1988, 393. Los defensores de la tesis clásica afirman que hay dos contratos: el precontrato («*pacta de contrahendo*») en el cual se contrae la obligación de manifestar la voluntad para la celebración de un nuevo futuro; el contrato (contrato preparado, proyectado o futuro) que será el nuevo contrato. Entre otros, véase Cástan, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Ed. Reus, Madrid 1988, 28, nota 2; Así también ya ROCA SASTRE, *Contrato de promesa y contrato de opción. Estudio de Derecho Privado*, I, Madrid, I, 1948, 331. Según la segunda tesis, sostenida por De Castro, en la relación jurídica se distinguen: la promesa de contrato, que constituye un mero paso preliminar, en la que se conviene la celebración del futuro contrato y la posibilidad de establecer su exigibilidad; el cumplimiento de la promesa de contrato para originar la vigencia del contrato convenido. Véase DE CASTRO, *La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio*, en A.D.C. 1950, tomo III, fascículo 4, págs. 1160-1170. En otros términos, la primera tesis considera el contrato preliminar y definitivo como contratos autónomos y, en particular, en el preliminar se conviene la obligación de dar el consentimiento para el segundo contrato mientras en la segunda tesis se considera un sólo un contrato en que el definitivo constituye el cumplimiento del preliminar. Todo este debate ha sido muy bien reconstruido por J. M. ALEGRE ÁVILA, L. M. RODRÍGUEZ, J.A. ÁGUILA-REAL, *Escritos jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, pág. 384-386. En la doctrina, véase también M.G. ALTAVA LAVALL, *Lecciones de derecho comparado*, Castelló de la Plana, 2003, págs. 119-132, R. BERNAD MAINAR, *Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 743, 2014, págs. 1233-1263, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 485, 1971, págs. 1005-1011, V. TORRALBA SORIANO, *Eficacia del contrato preliminar de arbitraje*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 453, 1966, págs. 309 ss. A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho europeo de contratos*, Barcelona, 2012, p. 256.

<sup>83</sup> En principio, el Tribunal Supremo ha aclarado que la naturaleza jurídica de los contratos preparatorios, o precontratos, es la de un «*pactum de contrahendo*» es decir, un contrato <...por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado

Con referencia específica a la eficacia de una cláusula compromisoria incluida en un contrato preliminar de compraventa de bienes inmuebles, y no en el definitivo, los jueces han recién adoptado una orientación aparentemente obvia, al considerar que, de la no re-proposición del acuerdo de arbitraje, no se pudiera deducir la existencia de una novación (extintiva o modificativa) del contrato definitivo en perjuicio del preliminar<sup>84</sup>. En este sentido, se ha argumentado que la novación, también aquí, debe surgir de una indicación explícita de las partes o de una incompatibilidad objetiva entre contrato preliminar y definitivo<sup>85</sup>. Sin embargo, no se ha hecho referencia, a este respecto, al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria.

En otras palabras, según los tribunales españoles, la cláusula arbitral no incluida en el contrato definitivo sigue explicando sus efectos, ya que el preli-

*contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un «quedar obligado a obligarse»>, Tribunal Supremo, sala primera, 24 de julio de 1998, n. 751 en vlex. Posteriormente, con una decisión de 14 de diciembre de 2006, el propio Tribunal ha tenido ocasión de precisar que, en el curso de la negociación de la compraventa: <..la relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado; por tanto, se distinguen dos fases, la primera es el precontrato en que se concreta el contrato comprometido y las partes tienen la obligación y el derecho de ejecutarlo y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior. El precontrato bilateral implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. El precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado y así, en el precontrato de compraventa conste la cosa vendida y el precio: si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional..>, Tribunal Supremo, sala primera, 14 de diciembre de 2006, n. 1325, en vlex. En la sentencia de 30 de enero de 2008 el Tribunal Supremo trata de un modo concreto el concepto de precontrato y la procedencia de la culpa in contrahendo. Se dice en tal sentencia que: <el precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro, conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan; es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo; la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado. Siendo de destacar que es esencial, en su concepto, el que «no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del pactum de contrahendo. La culpa in contrahendo, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura de la obligación de repararlo, basada en el artículo 1902 del código civil, siempre que le sea imputable la misma>, Tribunal Supremo, sala primera, 30 de enero de 2008, n. 726, en vlex. La jurisprudencia posterior, también, dejó al intérprete deducir de la exhaustividad del contrato preliminar, de la estipulación posterior del contrato definitivo y de sus intenciones concretas, la posibilidad de una absorción del primero en el segundo.*

<sup>84</sup> Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) Auto, 7 de febrero de 2019, n. 43, págs. 5-6. En doctrina v. P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *La jurisprudencia sobre el animus novandi en la novación objetiva*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1994.

<sup>85</sup> Por otra parte el artículo 1204 del código civil español establece que: <Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles>. La jurisprudencia es totalmente coherente en este punto. Véase SSTs 14 de febrero de 2005; SSTs 23 de marzo de 2001; SSTs 20 de noviembre de 2000; SSTs 6 de noviembre de 1998; SSTs 17 febrero de 1987.

minar (donde estaba contenida) no habría sido novado; no porque, en relación a este último, la cláusula arbitral era autónoma (y por lo tanto ajena a la novación).

Tal afirmación hace, por tanto, que la orientación española, que se desprende de las últimas resoluciones de fondo, sea muy diferente de la italiana, al menos en lo que se refiere a la naturaleza y eficacia de la cláusula compromisoria con respecto a la convención a la que se accede.

### VIII. OBSERVACIONES FINALES

El tema objeto de trato se caracteriza particularmente por el grado de evolución que ha alcanzado la disciplina del arbitraje en cada uno de los sistemas examinados y por el *favor* que el instituto recibe en ellos. Al examinar detenidamente algunas de las cuestiones planteadas por el tema, la orientación general es positiva: la tendencia a la aplicación al arbitraje de las normas propias del derecho contractual y un amplio y extendido reconocimiento del principio de la autonomía de la cláusula compromisoria, que implica un importante salto cultural, reservar al *pactum arbitrati* una disciplina en sí mismo, en virtud de los efectos procesales que produce.

En este perfil específico, las elegias de los ordenamientos, *prima facie* unívocas, de hecho, asumen diferente intensidad, con la tendencia, especialmente acentuada en los Estados Unidos, de no reconocer la eficacia de la cláusula compromisoria adjunta a un contrato cuya existencia se discute, especialmente cuando adolece de un error, violencia o dolo del contratante, según el principio de *nihil ex nihilo fit*. Por lo tanto, esto también pone en duda la aplicación del principio de la *Kompetenz-Kompetenz* a los árbitros.

Por otra parte, las elegidas relativas a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los contratos conexos suelen ser favorables al arbitraje, especialmente después de una negociación, que ha alcanzado un grado suficiente de maduración, o de un contrato marco concebido para regular la formación de acuerdos posteriores. También en el ámbito de los contratos de formación progresiva o de las relaciones entre el contrato preliminar y definitivo de venta aparecen respuestas favorables al arbitraje, con una amplia producción de efectos determinados por la cláusula de arbitraje.

Cuando las reglas sustanciales se entrelazan con las normas procesales, se producen otros efectos favorables a la vía arbitral, habida cuenta de las preclusiones y decadencias que muchos ordenamientos prevén para la posibilidad de alegar la invalidez de la constitución del tribunal arbitral y de los efectos de su actuación, con restricciones considerables al recurso del laudo arbitral.

En este último ámbito, resulta significativa la última orientación adoptada en algunos ordenamientos, entre ellos Italia, donde la opinión predominante considera que la vía arbitral pueda consolidarse también en ausencia de un acuerdo previo a tal efecto y únicamente como consecuencia de la solicitud de arbitraje, del contextual o posterior nombramiento de los árbitros y de la conducta procesal de la parte que, en la primera defensa, omite de alegar la inexistencia o la nulidad de la cláusula compromisoria<sup>86</sup>. Lo que conduce a un resultado sorprendente: las normas sobre la

<sup>86</sup> En la jurisprudencia italiana baste con citar Tribunal de Casación, sección I, 11 de julio de 2014, no. 15.993, en *Giust. Civ. Mass.* 2014, rv 632076; Tribunal de Casación, sección I, 8 de

formación del contrato, en el ámbito del arbitraje, se sustituyen implícitamente por las relativas al desarrollo del proceso. Por lo tanto, es irrelevante si se haya incluido el acuerdo de arbitraje y en qué contrato (especies si hay varios). La formación del acuerdo de arbitraje tiene lugar mediante *facta concludentia processus*.

---

mayo de 2014, n. 10.000, en *Giust. Civ. Mass.*, 2014, rv 631080; Tribunal de Casación, sección I, 2 de febrero de 2007, n. 2256, en *Riv. Arb.*, 237, con nota de D'ALESSANDRO, *Conclusioni dell'accordo mediante atti di nomina degli arbitri?*. En doctrina, véase PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012, 351; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 92, 154 ss.; AMADEL, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, en *Riv. Arb.* 2002, 305; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, secondo comma e 829, n.1 c.p.c.*, en *Riv. Arb.* 2006, 769, 691. Por último, sobre la importante difusión de las cláusulas de opción de arbitraje asimétricas y sus importantes implicaciones, véase G. CANALE, *Option to arbitrate: le clausole c.d. ibride o asimmetriche*, en *Riv. Arb.* 2019, 2, 273 ss.

# EL RECHAZO A LOS RESULTADOS DEL ARBITRAJE EN LA LEY ESPAÑOLA

MIGUEL LACRUZ MANTECÓN  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. EL RECHAZO AL ARBITRAJE. 1.1. Planteamiento de la cuestión. 1.2. La naturaleza del arbitraje. II. LOS REMEDIOS PREVIOS AL LAUDO. 2.1. La necesidad de revisar lo actuado. 2.2. La intervención judicial. 2.3. La recusación del árbitro. 2.4. La remoción del árbitro. 2.5. La intervención de peritos. III. REMEDIOS POSTERIORES A LA EMISIÓN DEL LAUDO. 3.1. La simple corrección de errores, insuficiencias o extralimitaciones. 3.2. La acción de anulación del laudo. 3.2.1 Planteamiento y regulación. 3.2.2 Fundamentación de la acción de anulación. 3.2.3 Naturaleza de la acción. 3.2.4 Plazo, competencia y legitimación para su ejercicio. El procedimiento. 3.2.5 Los motivos de anulación. a) Enumeración y clasificación. b) Motivos de anulación afectantes al convenio arbitral en sí. c) Motivos afectantes al negocio de recepción del arbitraje. d) Motivos referidos al procedimiento arbitral. IV. LA REVISIÓN DEL LAUDO. 4.1. La cosa juzgada y la revisión del laudo. 4.2. La acción de revisión.

## I. EL RECHAZO AL ARBITRAJE

### 1.1. Planteamiento de la cuestión

Como se expone en otros trabajos reunidos en este volumen, la realidad del atasco judicial provocado por la pandemia va a conferir máximo protagonismo a los medios alternativos de resolución de conflictos, y, por ende, entre otros, al arbitraje. Habrá que contar, en los años venideros, con una extensa aplicación de este medio de solución de diferencias, posiblemente en un ámbito mundial.

La innegable utilidad del arbitraje para aportar soluciones justas, o por lo menos rápidas, aunque no tan justas, choca sin embargo con la peculiar eficacia de la institución en nuestro sistema, que une al efecto positivo o fuerza vinculante del acuerdo el efecto negativo del cierre de la vía procesal judicial. Esta imposibilidad de acudir al Juez y la falta de un sistema de recursos para que las partes descontentas del resultado del arbitraje –como inevitablemente las habrá– puedan, eventualmente, acudir a una instancia superior en búsqueda de lo que dicha parte estima una mayor justicia, pueden determinar una merma del derecho a la protección judicial efectiva. Nuestra Ley de Arbitraje (LA) niega de plano esta intervención judicial en su art. 7: *En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.* Idea en la que abunda el art. 11.1

de la misma: *El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.* SERRANO GÓMEZ<sup>1</sup> nos recuerda que el art. 7 es una transcripción literal del 5 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), norma imperativa que no admite pacto en contrario.

## 1.2. La naturaleza del arbitraje

Esta falta de acceso a los tribunales se justifica en la naturaleza del arbitraje y su especial fuerza ejecutiva, naturaleza que en la doctrina se ha visto como de carácter mixto, privado o contractual y jurisdiccional o procesal, cuyo resultado se concreta en excluir las decisiones arbitrales al régimen normal de recursos judiciales, para asegurar así su efectividad. Señaló en cuanto a esta naturaleza BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>2</sup> que «En la doctrina se mantienen dos tesis fundamentales en relación con la naturaleza jurídica del arbitraje. Una de ellas (la teoría contractualista) considera que el arbitraje es un contrato por el que se delega en un tercero el arreglo de un litigio existente entre las partes de aquél. ...Frente a ella, la teoría procesalista destaca como elementos esenciales del arbitraje el procedimiento seguido por los árbitros y el laudo que pone fin a aquél, de modo análogo a como sucede con respecto al proceso y a las resoluciones judiciales». Y LACRUZ BERDEJO<sup>3</sup> (sobre la Ley de Arbitraje de 1953) precisaba que «la condición de instituto de Derecho civil del arbitraje resulta modalizada por la especial fuerza ejecutiva y probatoria del laudo, que no se encuentra en ningún otro contrato de Derecho privado. La ley, a lo resuelto por los árbitros, le reconoce ...la eficacia que llevan consigo las sentencias, siéndole aplicable, en su consecuencia, la presunción de cosa juzgada».

Precisa todavía más el origen de esta peculiar eficacia del arbitraje y del laudo arbitral DE CASTRO<sup>4</sup>, por influencia de los mercantilistas, que a su vez recogían las tendencias jurídicas internacionales impuestas por las grandes empresas y el comercio internacional, que buscaban la configuración de un arbitraje que no precisara de su validación por los tribunales de justicia, con lo que se obtenía la seguridad de una decisión no dependiente de la justicia de cada país. Concluía DE CASTRO advirtiendo que el Derecho mercantil había logrado imponer al arbitraje sus actuales características, «...con el resultado de hacer del arbitraje un mito respecto del que parece sacrilegio cualquiera consideración crítica». Este origen mercantil del arbitraje es reafirmado en la doctrina, así PIZARRO MORENO<sup>5</sup>, que nos señala que es la

---

<sup>1</sup> SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «Art. 7», en *Comentarios Breves a la Ley de Arbitraje*, E. Díaz-Bastian coord., Reus, Madrid, 2007, pág. 36.

<sup>2</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «art. 1º», en *Comentarios a la Ley de arbitraje. R. Bercovitz (coord.)*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 17. Sin embargo en la actualidad se dice que, si bien la Ley de arbitraje de 2003 recoge esta concepción mixta, predomina en ella la visión contractualista: vid. PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio arbitral*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 72.

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de Derecho civil - II*, vol. 3º, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 573.

<sup>4</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*», en *Anuario de Derecho Civil*, oct.-dic. 1979, págs. 619-738.

<sup>5</sup> PIZARRO MORENO, Eugenio, «Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 25, 2010, págs. 25-45.

propia dinámica del mercado la que recurre al arbitraje como juzgador «ágil, reservado y especializado», señalando los inicios de la figura en nuestro Derecho en las Ordenanzas de Bilbao (1737) y en el Código de Comercio de 1829. Para LORCA NAVARRETE<sup>6</sup>, esta inexistencia se debe a dos causas: La primera se hallaría en la *estructura no jurisdiccionalizada* de la LA que, de entrada, niega la regulación de un sistema de recursos, como regla general, en el artículo 7 LA. «La segunda justificación de una ausente sistematización de los recursos en la LA se hallaría, en cambio, en la siguiente interrogante: ¿realmente es preciso un sistema de recursos en el arbitraje? La respuesta obviamente ha de vincularse con la actividad interlocutoria del árbitro y si la misma es susceptible de recurso. En la LA, el sometimiento de la actividad interlocutoria del árbitro a recurso no existe, por lo que al final sólo queda la denuncia de la posible impugnación interlocutoria a través de la petición de anulación que se regula en el Tít. VII LA».

## II. LOS REMEDIOS PREVIOS AL LAUDO

### 2.1. La necesidad de revisar lo actuado

En cualquier caso, la necesidad de revisar, eventualmente, los resultados de un arbitraje, que puede estar tan sometidos al error (o a la mala intención) como cualquier otra actividad humana, se deja sentir, pues no se puede dejar una zona sin protección frente a los errores, omisiones, injusticias o abusos que se puedan producir.

Conviene no obstante diferenciar los remedios anteriores de los posteriores al laudo, es decir, las posibilidades que existen para realizar «ajustes» para evitar que la actuación de los árbitros desemboque en una solución que no satisfaga a una de las partes (si es insatisfactoria para las dos, no hay caso, pues mediante mutuo disenso pueden apartarse del arbitraje y de sus consecuencias, pactando otra solución) mediante la utilización de recursos simultáneos al procedimiento arbitral; y por otro lado tenemos la impugnación del resultado final del procedimiento, el laudo arbitral. En el momento anterior a la emisión de la decisión final, del laudo, contamos con varios instrumentos para lograr que tal laudo sea aceptable, al poder implicar la intervención del Juez para asegurar el resultado final con medidas cautelares, asegurar la imparcialidad e idoneidad de los árbitros, y en caso de que haya alguno que no deba decidir, que sea oportunamente removido del cargo, así como asegurar también que se practican las pruebas necesarias para que todos los extremos fácticos y técnicos lleguen al conocimiento de quienes han de decidir, y que eventualmente se informe de estos extremos por especialistas.

### 2.2. La intervención judicial

En este momento anterior a la decisión cabe implicar en contadísimos casos la intervención de los tribunales de Justicia, más en una actuación con fines de control y vigilancia que propiamente decisionales. Para empezar, cualquiera de las partes puede solicitar del órgano judicial la adopción de medidas cautelares si se trata de asegurar el resultado del arbitraje o evitar daños irremediables, así el art. 11.3 LA: *El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.* Poniendo el precepto en relación con el art. 23, cabe igualmente

<sup>6</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio M<sup>º</sup>, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pág. 350.

la adopción alternativa de medidas cautelares por los propios árbitros. Mediante estas medidas se lleva a cabo la tutela cautelar *ante causam*, siempre por razones de urgencia o necesidad.

Asimismo, y en evitación de futuros males, cabe implicar a los tribunales en la designación y eventual remoción de los árbitros, conforme a los arts. 15 y 19 LA (Art. 19: *Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento ...a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal*).

Cabe también recurrir al auxilio del órgano jurisdiccional para la práctica de pruebas, conforme al art. 33 LA: *Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas...* Asistencia ésta que puede consistir la práctica directa de la prueba ante el tribunal o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. Se trata de un auxilio al arbitraje que remedia la falta de *imperium* de los árbitros.

### 2.3. La recusación del árbitro

Asimismo, en este momento previo a la actuación que culminará en la decisión arbitral, encontramos un remedio para evitar la injusticia de dicha decisión, por causa de la parcialidad, incapacidad o ineptitud de los árbitros, en el procedimiento de recusación de los mismos. Se ocupa del asunto el art. 18 LA, que se remite ante todo al procedimiento de recusación pactado, y a falta de acuerdo, *la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.*

Como vemos, la eficacia de la alegación se matiza porque no interviene un órgano judicial, como sucedía en los supuestos anteriores, para decidir la relevancia del motivo. Esto contrasta, nos señala REMÓN<sup>7</sup>, con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley Modelo UNCITRAL, que en caso de rechazo del motivo de recusación permite acudir al Juez.

### 2.4. La remoción del árbitro

Tal medida aparece contemplada en el art. 19 LA para el caso en que un árbitro, por motivos de hecho o de derecho, no pueda ejercer sus funciones, determinando dicha inactividad un perjuicio a los intereses de los sometidos al arbitraje, y determinando la remoción de su cargo. Dicho procedimiento será el pactado, y en su defecto, según dicho precepto *...a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal...* *Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno. b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior*, es decir, que se recurre al juicio verbal. Apunta REMÓN (loc. cit.) a la posibilidad de que, omitiéndose el nombramiento de un sustituto para el árbitro removido, pueda el tribunal arbitral continuar su labor como *tribunal truncado*, especialmente si el trabajo realizado se acerca ya a la emisión del laudo.

---

<sup>7</sup> REMÓN, Jesús, «Art. 18», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, C. González-Bueno coord., Consejo General del Notariado, 2014, pág. 362.

## 2.5. La intervención de peritos

Un remedio que cualquiera de las partes puede utilizar para asegurar la justicia de la decisión y que sus pretensiones sean, al menos, tenidas en cuenta, consiste en la utilización de peritos que informe sobre los aspectos que les interesen. Si bien el nombramiento de peritos es competencia de los árbitros, como señala el art. 32 LA, tal nombramiento se produce tanto de oficio como a instancia de parte, pudiendo también *requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos. Añade el párrafo 3º del precepto que además todo esto es sin perjuicio ...de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.*

## III. REMEDIOS POSTERIORES A LA EMISIÓN DEL LAUDO

### 3.1. La simple corrección de errores, insuficiencias o extralimitaciones

Justo antes de ocuparse de la anulación del laudo, la Ley prevé en su art. 39 la rectificación de los errores evidentes del laudo, como cuestión de resolución inmediata. Se trata en concreto de los casos de corrección y aclaración de errores o expresiones oscuras, de complemento de lo demasiado sucinto y, como cuestión de mayor importancia, extralimitación del laudo. Para todos estos casos se prevé un plazo breve, el de los diez días siguientes a la notificación del laudo (y salvo que las partes hayan acordado otro plazo), en el que cualquiera de las partes, con notificación a la otra, puede solicitar a los árbitros: *a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar. b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo. c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él. d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.*

Los plazos para la resolución de estas peticiones son también breves, de diez días para la corrección de errores y aclaraciones, y de veinte días para el complemento y la rectificación de la extralimitación del laudo. Los plazos se amplían en el arbitraje internacional a uno y dos meses, respectivamente. Los árbitros también pueden proceder de oficio a la corrección de errores en los diez días siguientes a la fecha de emisión del laudo.

La redacción actual del art. 39 supuso novedad respecto a la anterior Ley de 1988, y a su vez es retocada por la Ley 11/2011. En general, propone un procedimiento sencillo para remediar los defectos evidentes de un laudo y evitar así un posterior procedimiento de anulación. Se trata en definitiva de permitir, sin alterar el principio de invariabilidad o intangibilidad del laudo, parejo al de las sentencias judiciales, corregir errores menores que no alteran la decisión del laudo ni la argumentación que la sostiene. Estamos en un campo en el que por un lado pugna la necesidad de las correcciones o aclaraciones, y por otro el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, que impide que mediante procedimientos de corrección, complemento o aclaración pueda alterarse la decisión (arbitral o judicial) en perjuicio del citado principio de intangibilidad o invariabilidad, como señalaban HERMOSILLA MARTÍN y RUBIO ESCOBAR<sup>8</sup>, y como recoge la Sentencia del Tribunal

<sup>8</sup> HERMOSILLA MARTÍN y RUBIO ESCOBAR, «Art. 39», en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, coordinadores, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 501.

Constitucional de 13 marzo 2000: «Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en relación con el empleo del recurso de aclaración... El derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley».

En lo que se refiere al complemento del laudo, señala DÍVAR BILBAO<sup>9</sup> que se dirige a remediar patentes olvidos (SAP Madrid 24 septiembre 2002), y que el ejemplo habitual suele ser la omisión del pronunciamiento sobre las costas ex art. 37 LA. En definitiva, con este procedimiento se trata de evitar la existencia de algún tipo de incongruencia, ya sea *extra petita*, cuando los árbitros deciden en el laudo cuestiones no sometidas por las partes, *ultra petita* si conceden más de lo solicitado, o *infra petita* si dejan de pronunciarse sobre alguna de las cuestiones sometidas a su decisión por las partes.

### 3.2. La acción de anulación del laudo

#### 3.2.1. Planteamiento y regulación

El intento de accionar frente a un arbitraje cuyo resultado se rechaza siempre se ha regulado de un modo restrictivo. Cuenta REGLERO CAMPOS<sup>10</sup> que en la Ley de 1953 se establecía un doble sistema de recursos según si el laudo había sido dictado en un arbitraje de Derecho o en uno de equidad. Si era de Derecho, sólo cabía el recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma ante la Sala 1ª del TS, mientras que contra el segundo sólo era posible el recurso de nulidad, por los motivos y según el procedimiento establecido en la antigua LEC (arts. 1691.3º y 1774 a 1780), ante la misma Sala. La Ley de 1988 estableció un sistema de anulación del laudo así como un recurso extraordinario de revisión, regulando la posibilidad del recurso extraordinario de revisión contra el laudo en su art. 37, y estatuyendo un recurso de nulidad contra el mismo en los arts. 45 y ss. La actual Ley de Arbitraje sigue esta misma línea. La acción viene anunciada por el art. 8.5 LA, al señalar la competencia para la misma, que hoy es de la *Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado*. La regulación específica de los procedimientos de invalidación de la decisión arbitral aparece en el Título VII, que trata *De la anulación y de la revisión del laudo*, nulidad o «anulación» a la que dedica los artículos 40 a 42, y revisión que se menciona en el artículo 43. Los preceptos contenidos en este breve título fijan el cauce para la impugnación de los laudos, cauce que necesariamente ha de seguirse, señalando el primero de los artículos del mismo que la anulación puede pedirse *en los términos previstos en este título*. ¿Supone este mandato que, en materia de arbitraje, a la hora de impugnar la decisión arbitral, hay que ceñirse a este título, exclusivamente? No por cierto, pues para empezar existen otros preceptos de la LA fuera de dicho título que también se ocupan de la materia, como el referido art. 8.5, el art. 18.3 (recusación no efectiva de un árbitro, puede alegarse al impugnar), el 22.3 (el conocimiento de las excepciones por los árbitros se discute también mediante acción de anulación), el 45 (suspensión de la ejecución) y la Disp. Trans. Única (aplicación de la nueva ley para la anulación de laudos dictados después de su entrada en vigor).

---

<sup>9</sup> DÍVAR BILBAO, Luis, «Art. 39», en *Comentarios Breves a la Ley de Arbitraje*, E. Díaz-Bastian coord., Reus, Madrid, 2007, pág. 201.

<sup>10</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El arbitraje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 227 y ss.

Y por otro lado, el laudo es el resultado final de la actividad arbitral cuya intervención se pacta en el convenio arbitral, contrato a fin de cuentas (nos lo recuerda ROGEL VIDE<sup>11</sup> con cita de la STC 174/1995, de 23 de noviembre, y en contra de posiciones que lo califican de «contrato procesal» o de «negocio jurídico bilateral de justificación impropia»), y por tanto inevitablemente sujeto a las normas que se ocupan de la invalidez de los contratos en el Código civil (como se recoge en la primera de las causas de anulación del art. 41 que luego veremos). La propia Exposición de Motivos de 2003 señala la aplicabilidad de las normas generales de los contratos: (III) *El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley.* Insistiendo en la concepción contractualista, podemos considerar así que el objeto de la impugnación lo será el resultado del convenio arbitral, el laudo, en base a los motivos legales que luego se expondrán y entre los cuales están los afectantes a la validez del contrato de arbitraje. No lo será por tanto la actividad arbitral y sus decisiones concomitantes, no siendo posible un sistema de recursos en el arbitraje análogo al que existe en cualquier proceso, como se ha visto.

### 3.2.2. Fundamentación de la acción de anulación

La fundamentación de esta acción parte de la esencia contractualista del arbitraje y se fundamenta en los principios de la tutela judicial efectiva y en el de legalidad, como vamos a ver. En cuanto a la tutela judicial efectiva, y sobre la Ley de 1988, decía CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>12</sup> que «Es lógico que, cuando el nacimiento, el desarrollo y la conclusión del arbitraje no se ajusten a lo prescrito en la ley, quepa el recurso dirigido a anular el laudo emitido por los árbitros, que necesariamente ha de instrumentarse a través de la vía judicial. Si esto no aconteciera, existiría una auténtica denegación del derecho fundamental de las partes a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución». Esta fundamentación en el derecho constitucional a la tutela judicial se reitera por ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN<sup>13</sup>, y para la Ley de 2003, aunque la Exposición de motivos no lo concreta, considera HINOJOSA SEGOVIA<sup>14</sup> que la razón de ser del recurso de anulación sigue siendo la misma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, a lo que añade la de servir de instrumento de control de la legalidad de las actuaciones arbitrales, es decir que también garantiza el principio de legalidad.

El principio de legalidad que rige en la materia aparece en el actual art. 40, inspirado, como gran parte de la Ley de 2003, en la Ley Modelo UNCITRAL (art. 34.1), y consagra la legalidad procesal en materia de impugnación del laudo arbitral: *Acción de anulación del laudo. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.* En referencia a esta acción, la Exposición de Motivos de la LA, en su número VIII, concreta que *Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo.*

<sup>11</sup> ROGEL VIDE, Carlos, «El convenio arbitral y el arbitraje testamentario», RGLJ, nº 3 - 2006, pág. 468.

<sup>12</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Título VII», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, R. Bercovitz coordinador, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 689.

<sup>13</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La anulación del laudo arbitral*, Comares, Granada, 1996, pág. 60.

<sup>14</sup> HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, «Art. 40», en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, coordinadores, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 514.

El artículo 40 nos dice, sencillamente, que para que el laudo arbitral sea anulado es necesario que la parte a quien la nulidad interese la alegue y pruebe apoyándola necesariamente en los motivos tasados que el posterior artículo 41 recoge. Se trata de una regulación de carácter restrictivo, como si se tratara de una facultad excepcional, y esto tiene explicación en la idea contractual que inspira la institución, puesto que las partes han querido, precisamente a través del arbitraje, sustraer su querrela a la vía judicial. Como dice CLAROS ALEGRÍA<sup>15</sup>, «...algunos autores han defendido que contra el laudo arbitral no debe darse ninguna posibilidad de impugnación judicial, en cuanto la mera sumisión de las partes a arbitraje supone una completa exclusión de cualquier vía jurisdiccional y un total acatamiento del sistema elegido para solución de disputas. Si el mecanismo del arbitraje está dirigido precisamente a excluir la vía de la jurisdicción y facilitar la solución de disputas, se entiende mal que quepa ulteriormente una vía de judicialización de la decisión que hayan adoptado los árbitros, que además prolonga la litigación».

Estamos por tanto ante el procedimiento a seguir para la impugnación del laudo, a través del cual se hace efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, lo que ya fue puesto de relieve por la Exposición de motivos de la anterior Ley de 1988, y como ratifica la STC de 11 de noviembre de 1996. Es decir, que a través de este procedimiento referido al laudo, se lleva a cabo en realidad el control de legalidad de todo el arbitraje, como dice BARONA VILAR<sup>16</sup>, «...abarcando dicho control el sometimiento de las partes al arbitraje desde la base del convenio arbitral...».

### 3.2.3. Naturaleza de la acción

Como señala XIOL RÍOS<sup>17</sup>, ya la Ley de 1988 suprimió el sistema de recursos frente al laudo arbitral y lo sustituyó por una acción autónoma, que se sigue llamando de nulidad pero que tiene que basarse en los motivos tasados que enseguida veremos. Estamos ante una acción especial que se diseña en el ámbito del arbitraje internacional y que toma como punto de partida al art. 34 de la Ley Modelo UNCITRAL, precepto que recoge una acción de anulación por los motivos tasados a los que alude: 1. *Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.* 2. *El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal... cuando...* Seguidamente el art. 34 expone los motivos tasados de anulación, paralelos a los que recoge nuestra Ley en su art. 41. Señala el autor citado que esta acción no es ni una nueva instancia ni un recurso, ni ordinario ni de carácter especial o extraordinario, similar a la casación. No lo es porque en él no se lleva a cabo un nuevo conocimiento del asunto y de su fondo fáctico o argumental, eventualmente dando lugar a la nulidad, pero por motivos ajenos al acierto de la decisión arbitral. Insisten en que no puede considerarse recurso, LETE ACHIRICA<sup>18</sup>, porque el control jurisdiccional sobre la validez del laudo

---

<sup>15</sup> CLAROS ALEGRÍA, Pedro, «Artículo 40», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coord. Rafael Hinojosa Segovia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Barcelona, 2004, pág. 215.

<sup>16</sup> BARONA VILAR, Silvia, «Arts. 40-43», en *Comentarios a la ley de arbitraje*, coord. Silvia Barona, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.344.

<sup>17</sup> XIOL RÍOS, Juan Antonio, «Art. 40», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, C. González-Bueno coord., Consejo General del Notariado, 2014, pág. 790.

<sup>18</sup> LETE ACHIRICA, Javier, «Arts. 40-41», en *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*, dir. Vicente Guilarte, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 651 y ss.

no puede reexaminar la decisión de la controversia (ni la parte demandante solicitar dicho nuevo examen), MONTESINOS GARCÍA<sup>19</sup> y LORCA NAVARRETE<sup>20</sup>. Pese a lo cual FERNÁNDEZ ROZAS denuncia diversas sentencias recientes que quieren efectuar una revisión de lo arbitrado<sup>21</sup>.

Como nos dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2003 (VIII), en la regulación se evita la expresión *recurso* y se recoge una *acción de anulación* que se dirige a la *impugnación de la validez* del laudo. Luego, también en la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley 11/2011 se confirma (en III) esta terminología, *acción de anulación*, señalando además que la reforma afecta al procedimiento, eliminándose la distinción entre laudo definitivo y firme, y reiterando que produce los efectos de cosa juzgada, conllevando ejecución forzosa, aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o revisión. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN<sup>22</sup>, en relación a la Ley de 1988, calificó esta acción como *acción impugnativa*. De ahí la especial naturaleza de esta acción, que es conforme con el efecto negativo del arbitraje reflejado en el art. 7 LA (*En los asuntos que se rijan por esta ley no interviene ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga*) y que limita las intervenciones judiciales a cumplir funciones de apoyo (como las vistas anteriormente) o de control del arbitraje. Se cita en este sentido el Auto del Tribunal Supremo de 21 febrero 2006 que afirma: «Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resuelve en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad... de la materia... y de la regularidad del procedimiento de arbitraje».

Un problema relacionado con la naturaleza de esta acción es el de la posibilidad de su renuncia, mediante el «pacto de no recurrir». HINOJOSA SEGOVIA<sup>23</sup> estima que el silencio de la Ley 2003 y su regulación válida tanto para el arbitraje interno como el internacional apoyan la renunciabilidad. También MONTESINOS GARCÍA<sup>24</sup>, que aporta el ejemplo del artículo 28.6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en la ley francesa (art. 1482 *Code de Procedure civile*), y añade su opinión favorable a la renuncia. CLAROS ALEGRÍA<sup>25</sup>, advirtiendo que la Ley no resuelve el problema, se inclina por la admisibilidad de la renuncia que no sea «preventiva», y en particular que no se detecten motivos de impugnabilidad apreciables de oficio conforme al art. 41.2 de la Ley (orden público y no arbitrabilidad de la controversia), pues en estos casos no cabe renuncia. XIOL RÍOS<sup>26</sup>, pese a que leyes como la Ley Federal suiza para el Dere-

<sup>19</sup> MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 373: «La posición sostenida en la jurisprudencia menor ha sido punto de referencia para consolidar que la anulación no es un recurso, sino una acción de anulación frente a la cosa juzgada del laudo. Es copiosa la doctrina y jurisprudencia que recuerdan que no procede examinar el fondo de la cuestión sometida a la decisión arbitral al limitarse la misión de los tribunales en los recursos contra el laudo a dejar sin efecto lo que puede, por ejemplo, constituir un exceso del fallo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones».

<sup>20</sup> LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje ... cit.*, pág. 361.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, N° 8537, 2015.

<sup>22</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La anulación del laudo arbitral*, cit., pág. 45.

<sup>23</sup> HINOJOSA SEGOVIA, «Art. 40», en *Comentario a la Ley de Arbitraje...cit.*, pág. 514.

<sup>24</sup> MONTESINOS GARCÍA, *Arbitraje y nuevas tecnologías*, cit., pág. 386.

<sup>25</sup> CLAROS ALEGRÍA, «Artículo 40», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, cit., pág. 215.

<sup>26</sup> XIOL RÍOS, «Art. 40», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pág. 802.

cho internacional privado admiten la renuncia anticipada a la acción de anulación, estima que dicha renuncia no es posible en nuestro sistema, primero por dar lugar a una exclusión voluntaria de la ley aplicable que prohíbe el art. 6.2 del Código civil, por tratarse de una ley imperativa, y segundo, por ser esta acción una de las garantías a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental y por tanto irrenunciable, consagrado por el art. 24 CE, como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional. Y añade que no se puede basar la posibilidad de renuncia en la renuncia abdicativa del art. 6 LA, que cumple una funcionalidad distinta.

Recientemente CAMPO CANDELAS<sup>27</sup> apoya la renunciabilidad a la acción en razones del mantenimiento de la privacidad de esta institución y la confidencialidad de los datos que se manejan, y si bien decisiones judiciales como la SAP Zaragoza 11 octubre 2006 niegan la posibilidad, estima que el silencio de la legislación al respecto no puede impedir la renuncia, pactada por las partes, a invocar alguno de los motivos de anulación del art. 41 LA que no sean apreciables de oficio, siempre que se haga de forma expresa, clara, terminante y limitada.

### 3.2.4. Plazo, competencia y legitimación para su ejercicio. El procedimiento

Entrando en la regulación sustancial de la acción, el plazo aparece en el art. 41.4 LA que señala como plazo de la acción de anulación del laudo el de los *dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla*. Dice FERNÁNDEZ BALLESTEROS<sup>28</sup> que «tradicionalmente, la jurisprudencia ha entendido que el plazo de dos meses es preclusivo, de caducidad, una vez pasado, convalida cualquier eventual causa de nulidad (SAP Palma de Mallorca, S. 3<sup>a</sup>, 13 de noviembre 1995)».

Precisa la competencia el artículo 8.5 LA: *Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado*. Se reforma por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, la redacción originaria del precepto, que concedía la competencia objetiva para conocer del recurso de anulación a las Audiencias Provinciales, siendo la competencia territorial de la Audiencia en cuyo territorio se hubiera dictado el laudo.

La legitimación para el ejercicio de la acción es ante todo de las partes del arbitraje, estando legitimadas para interponer dicha acción cualquiera de las partes que celebró el convenio arbitral sin necesidad de que hayan intervenido en el procedimiento arbitral, siempre y cuando el conflicto jurídico que se pretende resolver sea de su interés. Como la Ley guarda silencio sobre la capacidad para interponer la acción de anulación, habrá que acudir a las normas generales de la LEC en lo referente a capacidad para ser parte y capacidad procesal (arts. 6, 7 y 8 LEC). Mantiene COULLAUT<sup>29</sup> que también hay legitimación en favor de terceros interesados, aunque de manera restrictiva: Sólo en cuanto se cumplan las condiciones

---

<sup>27</sup> CAMPO CANDELAS, Jesús, *La anulación del laudo por infracción del orden público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 139.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, «Artículo 40», en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 411.

<sup>29</sup> COULLAUT, Ana María, «Art. 40», en *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, coord. David Arias Lozano, Editan Pérez-Llorca Abogados y Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 383 y ss.

de que el tercero se viera directamente afectado por la relación material debatida y que probara que desconocía la existencia del procedimiento arbitral. Por su parte, en base a la literalidad del art. 41.1 LA (*El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe...*) BARONA VILAR<sup>30</sup> estima (siguiendo a ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, que a su vez sigue a CABANILLAS SÁNCHEZ) que la legitimación activa es amplia, no restringiéndose a las partes en el arbitraje, sino extendiéndose a quienes tengan interés legítimo suficiente en la anulación del laudo, lo que se justificaría con el reiterado derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

La legitimación pasiva corresponde a la otra parte implicada en el arbitraje que no ha ejercitado la acción de anulación y frente a la cual se dirige la demanda. Si es un tercero con interés legítimo quien interpone la demanda, se dirigirá contra ambas partes, si ambas han intentado una maniobra defraudatoria, o contra la parte contraria a la que es su deudor si este tercero es un acreedor de dicha parte. Ambas partes deberán acudir representadas mediante abogado y procurador. Advierte XIOL RÍOS<sup>31</sup>, en cuanto a la postulación, que es aplicable lo dispuesto en el art. 23.1 LEC que establece que las partes comparecerán preceptivamente *por medio de procurador, que habrá de ser Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente, habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del juicio*, señala el precepto tras la última reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

En cuanto al procedimiento, aparece en el art. 42, que señala específicamente el trámite del juicio verbal, con las siguientes especialidades: *a) La demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor. b) El Secretario Judicial dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días. En la contestación, acompañada de los documentos justificativos de su oposición, deberá proponer todos los medios de prueba de que intente valerse. De este escrito, y de los documentos que lo acompañan, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba. c) Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el Secretario Judicial citará a la vista, si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación. Si en sus escritos no hubieren solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o en el caso de los informes periciales no sea necesaria la ratificación, el Tribunal dictará sentencia, sin más trámite. 2. Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno.*

La redacción originaria del precepto se reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y luego otra vez por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, reforma de mayor calado que separa en distintos párrafos los trámites y prevé mejor la práctica de la prueba y el traslado de los escritos. Tras la reforma se elimina la distinción entre laudo definitivo y firme, pues produce los efectos de cosa juzgada y es ejecutable, aunque se haya ejercitado la acción de anulación o la de revisión, como ya se ha considerado. Destaca SENES MOTILLA<sup>32</sup> la carencia de efecto suspensivo de la interposición de la acción de anulación, que se extiende a las medidas cautelares: «... la

<sup>30</sup> BARONA VILAR, *op. cit.*, pág. 1.453.

<sup>31</sup> XIOL RÍOS, «Art. 42», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pág. 849.

<sup>32</sup> SENES MOTILLA, Carmen, *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 104.

acción de anulación carece del efecto suspensivo, siendo ejecutable el laudo condenatorio no obstante la pendencia de la anulación. Por extensión de la remisión de la ley a las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos...la privación del efecto suspensivo aflora también respecto de la decisión arbitral de medidas cautelares, que se llevarán a efecto a pesar de la anulación ejercitada por el demandado (art. 23.2 LA)».

### 3.2.5. Los motivos de anulación

**a) Enumeración y clasificación.** Como se ha anticipado, la especialidad de la acción de anulación estriba, entre otras cosas, en la restricción de causas o motivos de necesaria alegación y prueba para la interposición de la misma. La enumeración de los mismos aparece en el art. 41 de la Ley, que continúa en su redacción originaria de 2003 y que en buena parte repite la de la anterior Ley de 1988. Son los siguientes: *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. f) Que el laudo es contrario al orden público.*

Los motivos recogidos en este art. 41 LA pueden clasificarse, según SAMANES y GASPAS<sup>33</sup>, en dos grupos: el de las causas materiales, que comprende aquéllas «...que traen causa en el convenio de arbitraje -inexistencia o invalidez del convenio e inarbitrabilidad de la materia controvertida objeto del mismo-»; y, de otro lado, las procesales, «...que suponen una infracción de las reglas esenciales del procedimiento arbitral -indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, designación de los árbitros o desarrollo del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley-».

Otra posibilidad, que expuse en otro trabajo<sup>34</sup>, consiste en la diferenciación de tres distintos elementos o momentos en la institución arbitral: el convenio arbitral, el negocio de dación y recepción del arbitraje y el procedimiento arbitral, y diferenciar los motivos de impugnación según afecten a cada uno de dichos elementos, o más bien según se originen o más propiamente se detecten en cada uno de estos momentos o actividades jurídicas: el otorgamiento del contrato de arbitraje, ya individualizado, ya como cláusula contractual, su formalización tras la aceptación por los árbitros y finalmente la labor procedimental y resolutoria de éstos que culmina en el laudo.

Antes de entrar en un somero examen de estos motivos, hay que dar cuenta de la desaparición de un motivo específico de anulación que existía en la anterior Ley de 1988: el de extemporaneidad del laudo o *laudo dictado fuera de plazo*. Aun así, advierte LETE ACHIRICA<sup>35</sup>, que la nulidad del laudo dictado hoy fuera de plazo podría

---

<sup>33</sup> SAMANES ARA, Carmen y GASPAS LERA, Silvia, «La anulación del laudo arbitral en la Ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», *Poder Judicial*, nº 75, 2004.

<sup>34</sup> LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *La impugnación del arbitraje*, Reus, Madrid, 2011, págs. 74 y ss.

<sup>35</sup> LETE ACHIRICA, *op. cit.*, pág. 654.

declararse al amparo del motivo d) del art. 41, relativo a las infracciones del procedimiento arbitral. Sin embargo, hay que tener presente que según el actual art. 37.2.2 LA, *Salvo acuerdo en contrario de las partes, 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*, lo que significa la eficacia del laudo fuera de plazo, salvo acuerdo en contrario y sin perjuicio de la responsabilidad que proceda.

**b) Motivos de anulación afectantes al convenio arbitral en sí.** Aquí tendríamos en primer lugar el caso de la inexistencia o invalidez del convenio, supuesto referido en el art. 41.1.a) *Que el convenio arbitral no existe o no es válido*. Para saber cuándo el convenio arbitral no existe o no es válido hay que acudir a las categorías generales de la ineficacia contractual, y por eso CORDÓN MORENO<sup>36</sup> nos advierte que este precepto es de los pocos que revelan la aplicación en la materia de los requisitos generales del contrato en todo lo no específicamente previsto en la ley, posibilidad a la que alude la Exposición de Motivos de esta Ley de 2003: *El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley...* Bien es verdad que este recurso a las categorías de la nulidad y la anulabilidad contractuales no significa convertir la acción de anulación del laudo en una acción de impugnación del convenio arbitral: la inexistencia o invalidez del convenio es sólo el motivo legitimador de una acción especial, que no muta de naturaleza y cuyo objeto es la anulación del laudo arbitral, no del convenio del que trae causa.

Dentro de este primer motivo hay que ubicar los supuestos de inexistencia y vicios del consentimiento en el convenio. La inexistencia o falta absoluta de consentimiento necesariamente deriva en la inexistencia o nulidad absoluta del convenio: No existe consentimiento alguno, o si lo hay no es real, sino fingido. En cambio, la intervención de vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación y dolo de los arts. 1.265 y 1.301 Cc.) se traduce en la anulabilidad del convenio. Lo ratifica CORDÓN MORENO (loc. cit.): «Por supuesto, es aplicable en bloque al convenio arbitral la doctrina de los vicios del consentimiento (arts. 1.265 y ss. Cc.), que pueden ser autónomos o los mismos que afecten al contrato principal, en el caso –que será el más frecuente– de dicho convenio esté incorporado al mismo como una cláusula o estipulación más».

En segundo lugar, podemos distinguir los casos de ineficacia del convenio por causas relacionadas con el objeto. Si por objeto del contrato debemos entender la prestación, el objeto del convenio arbitral es la controversia y su solución (o al menos el intento). Dicho objeto ha de ser, además, posible, lícito y determinado. En suma, estas consideraciones permiten ubicar en este punto los motivos, según el art. 41 LA, que van referidos a c) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión*, es decir, fuera del ámbito de la controversia, e) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*, lo que se traduce en idoneidad del objeto, y finalmente f) *Que el laudo es contrario al orden público*, motivo que se relacionaría con la ilicitud del objeto. No se hace referencia a motivos relacionados con la causa pues este elemento, por la peculiar naturaleza mixta del arbitraje, se confunde con la inexistencia o ilicitud del objeto, en los supuestos de simulación o falsedad de la causa, mientras que la causa como contraprestación no encuentra aplicación en este ámbito.

<sup>36</sup> CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje de Derecho privado (Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje)*, Aranzadi, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 113.

Finalmente estarían los motivos relacionados con los defectos de forma del convenio arbitral. Es cierto que la Ley de 2003 partió de una base antiformalista, como detallaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial (sobre el texto del Anteproyecto), y que la Ley en este punto suprime la exigencia de que la declaración de voluntad sea «inequívoca» y de que las partes manifiesten su voluntad de «obligarse a cumplir tal decisión», que se contenía en la anterior Ley de 1988. Antiformalismo que se recoge en la Ley Modelo UNCITRAL, art. 7, y en los convenios internacionales en materia de arbitraje internacional ratificados por España. Pero también es cierto, dice CADARSO PALAU<sup>37</sup>, «...que el artículo 9.3 mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito, y no vemos la razón para variar la conclusión, compartida bajo la Ley anterior por la doctrina más autorizada y extendida, de tratarse de una exigencia de carácter sustancial cuya omisión acarrea la nulidad». Efectivamente, si leemos el art. 9.3 LA vemos cómo la forma se exige imperativamente: *El convenio arbitral deberá constar por escrito, 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*. En consecuencia, los defectos de forma acarrearán la invalidez del convenio, siendo así incardinables en el motivo a) del art. 41.1: a) *Que el convenio arbitral... no es válido*.

**c) Motivos afectantes al negocio de recepción del arbitraje.** Se trata de motivos que aparecen directamente relacionados con el objeto del arbitraje, o con el desarrollo procedimental del mismo, pero cuyo nacimiento jurídico tiene lugar más propiamente en el momento de la aceptación del arbitraje, pues deben ser detectados como tales motivos y por tanto ser rechazados por los árbitros, pues conforme al art. 22.1, que lleva por título *Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia*, vemos que *Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*. Y esto sin necesidad de denuncia o alegación previa de las partes.

Se podría invocar los motivos 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*, por ejemplo, en casos en que no se notifica a la parte, o a su representante, o si el arbitraje está fuera de sus poderes. Asimismo, las vulneraciones de los límites del art. 1255 CC., o los defectos procedimentales en cuanto al nombramiento o remoción de árbitros, en base al motivo 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*. También es en este momento cuando los árbitros pueden detectar la inarbitrabilidad de la materia, conforme a la letra e), manifestando que la cuestión no es susceptible de arbitraje. También puede suscitarse en este momento el motivo de anulación de la letra f) del art. 41.1: f) *Que el laudo es contrario al orden público*. Advierte ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN<sup>38</sup> que la mención al orden público resulta obligada en la Ley de 2003, toda vez que el legislador se había fijado como esquema a seguir el de la Ley Modelo UNCITRAL, cuyo artículo

---

<sup>37</sup> CADARSO PALAU, Juan, en, «Artículo 41», en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 419.

<sup>38</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, «Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje», *Diario La Ley*, nº 6108, año XXV, 18 octb. 2004, ref. D-208, pág. 1965.

34.2 prevé que el laudo pueda ser anulado si el tribunal competente comprueba que *es contrario al orden público de este Estado*. Sin embargo, y al igual que el motivo e), se trata de un supuesto de inidoneidad del objeto, por ilicitud o inercialidad del mismo, resultando la invalidez de dicha ineptitud del objeto para serlo propio del arbitraje. Incluso estiman SAMANES y GASPAS<sup>39</sup> que cualquiera de las infracciones recogidas en este art. 41 LA constituyen vulneración del orden público, por lo que el legislador podría haber prescindido de este motivo como fundamento específico de anulación del laudo, y que la alegación de este motivo se hace (salvo raras excepciones) como argumento de refuerzo añadido a otra y otras causas determinantes de anulación.

Precisa CAMPO CANDELAS<sup>40</sup>, para deslindar la posible aplicación de este motivo, que el concepto de orden público admite las dimensiones de orden público procesal, dirigido fundamentalmente a evitar la indefensión y mantener los principios de audiencia, contradicción e igualdad; orden público sustantivo, identificado con los derechos y libertades fundamentales del Cap. II, Tít. I CE e incluyendo la proscripción de la arbitrariedad; y como categoría propia, la de orden público económico, concepto que se concreta en la libertad de empresa y de mercado matizada por el intervencionismo estatal en lo necesario.

**d) Motivos referidos al procedimiento arbitral.** Aquí se contempla el carácter interrelacional de los motivos de anulación del laudo, pues en realidad tales argumentos pueden hacerse valer como afectantes al convenio, al negocio de recepción o al procedimiento, indistintamente.

Así, para empezar, en cuanto a la extemporaneidad del laudo, que aparecía con entidad propia en la Ley de 1988, aparece ahora comprendida en el motivo más general del actual 41.1.d) de irregularidades en el procedimiento arbitral: *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: ...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*. También coincidentes como afectantes al convenio en sí tendríamos los motivos de las letras c) (*Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión*), determinante de incongruencia *extra* o *ultra petitum*, y e) (*Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*) del art. 41, ahora referidos estos motivos al procedimiento de decisión arbitral. También habría incongruencia si las partes llegan a un acuerdo y los árbitros vulneran dicho convenio, como exige el art. 36 LA: *1. 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...*

Tiene una concreta aplicación en este momento el motivo de la letra 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*. Advierte XIOL RÍOS<sup>41</sup> que esta falta de notificación o la imposibilidad de hacer valer los derechos por la parte, dan lugar a una situación de indefensión que justifica su virtualidad para la anula-

<sup>39</sup> SAMANES Y GASPAS, op. cit., pág. 11.

<sup>40</sup> CAMPO CANDELAS, *La anulación del laudo por infracción del orden público*, cit., pág. 177.

<sup>41</sup> XIOL RÍOS, «Art. 43», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pág. 873.

ción del laudo. Dada esta fundamentación, se justifica la aplicación de la doctrina constitucional sobre la indefensión.

#### IV. LA REVISIÓN DEL LAUDO

##### 4.1. La cosa juzgada y la revisión del laudo

Tras ocuparse los arts. 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje de la acción de anulación, queda el último artículo del Título VII, el 43, referido a estos extremos de la cosa juzgada y la posibilidad de revisión: *El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*. La redacción se reforma por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, en el único sentido de suprimir el calificativo «firme» que adjetivaba al laudo, y que para muchos constituía un inaceptable pleonismo, y para otros establecía una diferencia entre laudo definitivo y laudo firme.

Dejando aparte el efecto de cosa juzgada, y centrándonos en la revisión del laudo, vemos que al igual que frente a las sentencias firmes, cabe frente al laudo firme una especial acción resolutoria -que tampoco es un recurso, sino un medio de «rescisión» (al igual que la acción de anulación) como lo califica BARONA- por motivos excepcionales, la acción de revisión. Aparece regulada en los artículos 509 a 516 LEC a los que se remite la referencia general a la revisión que hace el art. 43 LA.

Se dirige esta acción frente a laudos firmes, pero no frente a los dictados por acuerdo de las partes del art. 36 LA, ni frente a los que no han adquirido firmeza por no haber transcurrido el plazo para la acción de anulación (TORIBIOS FUENTES<sup>42</sup>). Los motivos para pedir la revisión nos indica XIOL RÍOS que están igualmente tasados, son los del art. 510 LEC: 1.º *Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer...* 2.º *Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal...* 3.º *Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio...* 4.º *Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta*<sup>43</sup>.

##### 4.2. La acción de revisión

El plazo máximo para solicitar la revisión es de cinco años desde la notificación del laudo a las partes siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el descubrimiento de los documentos, de la falsedad, cohecho, violencia o fraude, con arreglo al art. 512 LEC y entendiendo la «publicación» de que habla el precepto como la mencionada notificación. Para el cómputo del plazo habrá que tener en cuenta lo prescrito en el art. 5 LA. La legitimación corresponderá al perjudicado,

---

<sup>42</sup> TORIBIOS FUENTES,, Fernando «Art. 43», en *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*, dir. Vicente Guilarte, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 688 y ss.

<sup>43</sup> A estos motivos añade la LO 7/2015, de 21 de julio, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, un párrafo 2º con un motivo de difícil aplicación a nuestro campo: 2. *Asimismo se podrá interponer recurso de revisión ... cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo ...*

según el art. 511 LEC, salvo el improbable caso en que se alegue el motivo fijado en el art. 510.2 LEC, caso en que según el 511.2, *la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

El efecto de la sentencia, si prospera la revisión, es rescindir el laudo, aplicándose lo dispuesto en el 516 LEC: *1. Si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindiré la sentencia impugnada. A continuación, mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente... 2. Si el tribunal desestimare la revisión solicitada, se condenará en costas al demandante y perderá el depósito ... 3. Contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno.* Esto nos lleva a un resultado bien conocido, como es que la sentencia que se dicta en el proceso de revisión sólo rescinde el laudo, sin decidir la cuestión debatida. Con lo cual se deja la vía expedita a la jurisdicción ordinaria, o, subsistiendo el convenio arbitral, pero no el laudo, debe comenzarse un nuevo procedimiento arbitral (y entendiéndose vinculados quienes tengan que decidir, tanto en uno como en otro caso, por los pronunciamientos de la sentencia de revisión). Contra la sentencia del TS. (o del TSJ. en su caso) cabrá recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.



**SEGUNDA PARTE:**  
**CONCILIACIÓN**



# CONCILIACIÓN REGISTRAL

MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ  
Abogado y registrador

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA Y CARACTERES. III. PRINCIPIOS. 3.1. Principios de voluntariedad y libre disposición. (6) 3.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y principio de neutralidad. (7 y 8). 3.3. Principio de confidencialidad (9). 3.4. Principios relativos a las partes (10). 3.5. Principios relativos a la figura del Conciliador (11 a 15). IV. PROCEDIMIENTO. V. TERMINACIÓN. VI. INSCRIPCIÓN. VII. PROYECTO DE CONCILIACIÓN HIPOTECARIA.

## I. INTRODUCCIÓN

Esta figura ha sido introducida por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio (en adelante LJV). En la misma se establece la posibilidad de acudir en conciliación a tres funcionarios distintos:

- a. Secretarios Judiciales, hoy Letrados de la Administración de Justicia, O Juez de Paz, pudiendo denominarse conciliación judicial, regulada en los artículos 139 a 148 de la LJV.
- b. Notarios, llamada conciliación notarial, regulada en los artículos 81 a 83 de la Ley del Notariado, redactados por la Disposición Final Undécima de la LJV.
- c. Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, con una escasa regulación en el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) introducido por la Disposición Final Duodécima de la LJV.

El preámbulo de la LJV destaca dos características comunes a Letrados, Notarios y Registradores:

- a. La primera que son profesionales del derecho
- b. La segunda, que son funcionarios públicos

Estas dos características van a marcar las notas esenciales que distinguen a la conciliación de la mediación, de cuya naturaleza participa.

Centrándonos en la conciliación ante el registrador, de cuya ponencia tratamos, reproducimos literalmente el artículo 103 bis de la LH:

«1. Los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse

sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. La conciliación por estas controversias puede también celebrarse, a elección de los interesados, ante Notario o Secretario judicial.

Las cuestiones previstas en la Ley Concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.

2. Celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia.»

## II. NATURALEZA Y CARÁCTERES

Siguiendo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, establecida en distintas resoluciones como la de 31 de enero de 2018, la de 26 de junio de 2019 o la de 24 de julio de 2019, podemos ver la conciliación desde distintos puntos de vista:

a. Como un procedimiento de resolución alternativa de conflictos que pretende dar solución a una controversia entre las partes intentando lograr el acuerdo entre las mismas y sin que tenga que intervenir un juez.

b. Como un medio para evitar un litigio en que interviene un funcionario público que concilia, puede aproximar las posiciones de los interesados para conseguir que lleguen a un acuerdo, incluso formulando una propuesta de solución.

En la conciliación, además de evitar un pleito, puede poner fin a uno que ya haya comenzado, pues el 103 Bis de la Ley Hipotecaria y 81 de la Ley del Notariado hablan de alcanzar un acuerdo extrajudicial y no sólo de evitar un pleito.

c. Como un proceso dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

d. Como un auténtico contrato, el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de noviembre de 1976 ha declarado que se muestra como un negocio particular, semejante a la transacción, cuya validez intrínseca está condicionada a la concurrencia de los requisitos de todo contrato. De hecho, la regulación se inclina por la tesis contractualista, así el artículo 147 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que lo establecido tiene el valor y eficacia de un convenio y el 148 que contra lo contenido sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

En definitiva, es una mediación que participa de dos características añadidas en la persona del mediador a que alude el preámbulo de la LJV:

a. Profesional del derecho- juristas

b. Funcionario público-titulares de fe pública

c. No investidos de potestad jurisdiccional con objeto de desjudicializar supuestos sin contenido jurisdiccional.

Podemos concluir que la mediación es un ADR (*Alternative Dispute Resolution*), un medio alternativo de resolución de conflictos (MASC).

Dentro de los ADR forma parte de los métodos autocompositivos o no vinculantes, aquellos en los que las partes en conflicto se dotan a sí mismas de la

solución a través de un acuerdo negociado. Su carácter fundamental es, por tanto, el control absoluto de las partes, tanto del proceso como de su solución.

Reúne características de la mediación que es también un método autocompositivo de resolución de controversias que las partes eligen libremente, con carácter preventivo, para solucionar un eventual conflicto o cuando este ya ha nacido.

Su característica fundamental es la presencia proactiva de un tercero neutral que colabora con las partes para facilitar que éstas lleguen, por sí mismas, a uno o varios acuerdos que pongan fin al conflicto o mejoren su relación.

Los mediadores, en principio, no tienen por qué ser expertos en la materia objeto del conflicto, sin embargo, en la conciliación se acude a profesionales expertos en determinadas materias del derecho. Así lo apunta el preámbulo de la LJV como hemos indicado anteriormente, valorando esa condición junto con la de ser titulares de fe pública.

### **III. PRINCIPIOS**

Como hemos indicado anteriormente, en esencia, la conciliación es una especie de mediación con particularidades. Podemos hacer un paralelismo de los principios de la mediación y tratar de adaptarlos a la conciliación registral respetando los principios hipotecarios.

Siguiendo los artículos 6 a 15 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles 5/2012 de 6 de julio:

#### **3.1. Principios de voluntariedad y libre disposición (6)**

La conciliación es un método alternativo de resolución de conflictos autocompositivo en el que en todo momento tienen las partes a su disposición la materia objeto del mismo, tanto en el inicio, pues el procedimiento ha de ser rogado, como al final, ya que éstas son las que llegan a un acuerdo o no. El Registrador llevará a cabo una función de información, asistencia y colaboración con las partes limitándose a certificar el contenido del acuerdo o, en su caso, la no avenencia de las partes.

#### **3.2 Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y principio de neutralidad (7 y 8)**

Neutralidad e imparcialidad vendrán dadas por la propia configuración y esencia de la función del registrador, la protección del tráfico jurídico velando por la protección del tercero. El principio de independencia en la calificación reiterado muchas veces por la DGRN y por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Todo asentado en el principio de competencia territorial del artículo 1 de la LH que parece también sancionado en materia de conciliación en el artículo 103 bis y así parece interpretarlo también la DGRN (R.31-1-2018)

#### **3.3. Principio de confidencialidad (9)**

El hecho de que el Registro de la Propiedad tenga por finalidad garantizar la seguridad jurídica a través de la publicidad formal y material de los asientos del registro publicando las situaciones jurídico-reales que afectan a los bienes no debe

desnaturalizar este deber en el ámbito de la conciliación. Así, en materia de protección de datos, deben velar por el cumplimiento de la normativa de protección dentro del tratamiento profesional del contenido del Registro. (vid artículo 222 LH).

De igual modo, la conciliación no constituye la función principal del Registro sino una de aquellas funciones que se atribuyen aprovechando la figura de funcionario público y profesional del derecho que recae en el Registrador de la Propiedad como sucede en materia de gestión de impuestos de sucesiones y donaciones y de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados, la gestión del impuesto de plusvalía municipal o la tramitación de expedientes de nacionalidad.

#### **3.4. Principios relativos a las partes (10)**

El principio de buena fe y lealtad en el procedimiento puede venir manifestado por el hecho de que debe tratarse realmente de una controversia y no se admite el fraude de ley o procesal. Este aspecto debe ser calificado por el Registrador, pues requisito esencial para aceptar la mediación será la de que exista un verdadero conflicto.

En este sentido podemos citar las Resoluciones de la DGRN de 31 de enero de 2018 o la de 24 de Julio de 2019.

#### **3.5. Principios relativos a la figura del Conciliador (11 a 15)**

Para la conciliación ante el registrador será necesario el acceso a la función de Registrador de la Propiedad a través del sistema de oposición regulado en la legislación hipotecaria y estar en posesión del registro competente al solicitar el inicio de la conciliación sin que se exija, en este punto, formación específica para ejercer la mediación.

De un lado será necesario una formación profesional muy específica y, de otro, no se exige, en cambio, formación en materia de mediación como resulta de la Ley 5/2012.

En cuanto a la responsabilidad civil, el registrador estará sujeto a la misma en el ejercicio del cargo como resulta de la LH en sus artículos 18 y 296 entre otros.

En cuanto a la posibilidad de renuncia prevista en la Ley 5/2012 citada, en materia de conciliación, el registrador no podrá negarse a celebrarla como no puede negarse a realizar las demás funciones inherentes a su cargo. Deberá calificar la oportunidad o no de la mediación y su competencia, estando sujeto a recurso dicha decisión como ha establecido la DGRN en su Resolución de 24 de Julio de 2019, pero no cabe la renuncia injustificada.

En cuanto al régimen de incompatibilidad previsto para la mediación, en la legislación hipotecaria, el artículo 102 del Reglamento Hipotecario regula supuestos de incompatibilidad del registrador por razón de parentesco o en asuntos en que el Registrador esté especialmente interesado. En este caso, a diferencia de la mediación, el registrador deberá abstenerse por este motivo no siendo suficiente ponerlo en conocimiento de las partes como parece eximir de este impedimento la Ley 5/2012 en el artículo 13.5 después de establecer la prohibición en el punto anterior del mismo.

### **IV. PROCEDIMIENTO**

Falta regulación legal, sería deseable un desarrollo reglamentario del precepto. En este aspecto hay que destacar la remisión que hace la DGRN a ciertos artículos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En cuanto sea compatible con la particular regulación del procedimiento registral y del estatuto del registrador podrían aplicarse algunos preceptos de la Ley 5/2012 como hemos visto en ciertos aspectos de compatibilidad en los principios expuestos anteriormente.

Sí se pueden tener en cuenta ciertos aspectos, no está previsto el asiento de presentación, aunque a la solicitud de conciliación que se presente se le dará la correspondiente entrada. En cualquier caso, el procedimiento debe iniciarse a solicitud de las partes. En este aspecto rige también el principio de rogación para el procedimiento registral del artículo 6 de la LH. El artículo 103 bis no establece el contenido de dicha solicitud. La Resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018, remite en cuanto al contenido de la instancia, a los artículos 14 y 139 de la LJV en materia de solicitud de conciliación. Relativos a la identificación de las partes, objeto de la conciliación y aportar cualquier documento que estimen oportunos. La presentación de la solicitud podrá ser en formato electrónico.

Una vez recibida la solicitud, la propia DGRN señala que el Registrador debe calificarla. La calificación deberá versar sobre la oportunidad de acudir al procedimiento de conciliación previsto en la Ley Hipotecaria. Para ello deberá atender a los siguientes aspectos de competencia:

**a. Competencia material**

El artículo 103 bis se refiere a las siguientes materias: «... cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible...»

En general está claro que deben quedar fuera de la materia de conciliación todas aquellas que son de derecho indisponible. En este sentido el artículo 139 de la LJV en número 4º cuando excluye de la conciliación en general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

El artículo 103 bis establece una clara exclusión para las cuestiones previstas en la Ley Concursal: «...Las cuestiones previstas en la Ley Concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite».

Dicho artículo, centra el contenido de la conciliación registral en una controversia inmobiliaria, urbanística o mercantil. Está en consonancia con el grado de conocimiento técnico que se busca en el conciliador como así expresa la LJV en su preámbulo.

El problema se plantea en si debe circunscribirse o no a actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia (caso del Registro de Bienes Muebles). Si bien se han mantenido ambas posturas, la predominante, que parece seguir la DGRN en sus resoluciones, es la de mantener que, siguiendo la dicción literal del artículo, la conjunción disyuntiva «o» debe entenderse como alternativa a poder extenderse a materias inscribibles y no como ser un requisito añadido a las materias citadas anteriormente. Por tanto, el objeto de la conciliación registral podrá versar sobre materia inmobiliaria, urbanística y mercantil, sean o no inscribibles, y sobre cualquier controversia que pudiera ser objeto de inscripción. En cualquiera de los dos casos habrá de distinguirse el acuerdo que conste en la certificación del registrador de su propia inscripción, pues,

aunque sea un acuerdo objeto de inscripción ésta es voluntaria y podrá o no presentarse el acuerdo para la práctica de la misma.

**b. La competencia territorial**

También ha sido cuestión discutida si la conciliación debe presentarse ante el Registro que resulte competente por razón del lugar en que radiquen los inmuebles objeto de la controversia o en el Registro Mercantil competente por razón del domicilio de la sociedad o sociedades implicadas.

En definitiva, si en materia de conciliación también deben organizarse los registros siguiendo el principio de competencia territorial.

Hay quién ha defendido que la conciliación puede llevarse a cabo en cualquier Registro con independencia del principio de competencia territorial sin perjuicio que, si el acuerdo fuera inscribible, éste deba presentarse a inscripción el Registro competente por razón del territorio.

La postura más seguida actualmente y también defendida por la DGRN en la Resolución de 31 de enero de 2018 es la de que rige el principio de competencia territorial en materia de conciliación y que ésta debe ser calificada por el registrador ante quien se solicite. Esta postura es congruente con el preámbulo de la LJV en la que una de las características que aprecia en la figura del registrador, además de especialista en derecho, es la de su carácter de funcionario público, que es titular de fe pública. En este sentido, dado el principio de competencia territorial de donde deriva el ejercicio de función pública del registrador, además de donde radica la base para la independencia en el ejercicio de la misma, parece buscar el legislador un resultado al término de la conciliación obteniendo un documento público que acredite fehacientemente el acuerdo o la falta del mismo.

En cualquier caso, deberá comprobar el registrador en su calificación de que se trata de una verdadera controversia impidiendo el fraude procesal de cualquiera de las partes. Así, como hemos indicado anteriormente, lo ha declarado la DGRN en consonancia con el principio de buena fe que informan todo tipo de mediación. Por otra parte, el artículo 7 del Código Civil también sanciona los principios de buena fe y prohibición del abuso del derecho.

Una vez aceptada la conciliación será en el desarrollo del procedimiento cuando puedan entrar en juego las distintas técnicas de mediación que podrá usar el conciliador. Bien sea del tipo de la escuela de Harvard en la que se busca, ante todo, la consecución de un acuerdo o del tipo de la circular narrativa más orientada a restablecer los lazos personales entre las partes. Siguiendo las dos características que marcan la diferencia en la conciliación parece que el objetivo del legislador es la desjudicializar la resolución de conflictos buscando un acuerdo documentado en forma pública. Sería más próximo a la finalidad perseguida por el legislador una técnica más cercana a la escuela de Harvard tendente a la obtención de un acuerdo.

Tampoco se dice nada en cuanto a la duración de la conciliación en la LH, ni en la LJV. Como sucede en la mediación, no hay un tiempo limitado establecido, aunque deberá ser un tiempo prudencial. Suficiente para poder llevar a cabo las reuniones o citas necesarias para intentar lograr el acuerdo entre las partes pero que no sea abusivo. Ha de ir en consonancia con la prohibición del fraude procesal y el ejercicio de los derechos conforme a los principios de la buena fe antes aludidos.

## V. TERMINACIÓN

También aquí podemos señalar escasez en la regulación legal. En el artículo 103 bis únicamente se establece en su párrafo segundo:

«2. Celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia.»

Caben dos posibilidades de terminar el procedimiento, con o sin acuerdo.

En caso de terminar sin acuerdo, el registrador certificará que se intentó sin efecto. Este certificado tendrá el valor de un documento público pues reúne los requisitos del artículo 1216 del Código Civil en cuanto que es un documento autorizado por un funcionario público con las solemnidades requeridas por la ley. En este sentido ya hemos hecho las consideraciones precisas acerca de la intención del legislador en la LJV, la condición de funcionario público del registrador establecida en el artículo 274 de la LH y sobre la conveniencia de mantener el principio de territorialidad en la conciliación a los efectos de hacer valer esta condición.

La certificación de que se intentó sin efecto podrá tener el valor de acreditar fehacientemente que se ha intentado la conciliación y esto cobra importancia en todos aquellos supuestos en que podría ser necesaria acudir a una previa mediación para interponer una demanda judicial. Así está previsto en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de 11 de enero de 2020 en la reforma prevista para la Ley 5/2012 en donde se establecen ciertas materias en las que se obliga a acudir a una mediación previa a la vía judicial. En la reforma del artículo 6 prevista en el Anteproyecto tendrían importancia en materia de conciliación registral las controversias relativas a sucesiones, división de patrimonios, conflictos entre socios o con órganos de administración de sociedades mercantiles, propiedad horizontal y comunidades de bienes, derechos reales sobre cosa ajena, contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes en cuanto afecten a bienes registrables, defectos constructivos o arrendamientos. Todos estos asuntos forman parte de aquellas materias que, con arreglo a lo estudiado en materia de competencia, pueden ser sometidas a conciliación ante el Registrador de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles competente por razón del territorio.

En caso de avenencia, como establece el 103 bis, el registrador certificará el acuerdo. En este punto cabe recordar que una cosa es el acuerdo y su certificación, que dotará de fe pública a su contenido, de la inscripción del mismo.

Otro efecto que se discute es el valor de título ejecutivo de la certificación que documenta el acuerdo. En el ámbito de la conciliación ante Letrados de la Administración de Justicia se establece expresamente el carácter ejecutivo en el artículo 147 de la LJV. Hay quien defiende que deba tener la fuerza de título ejecutivo también en el ámbito de la conciliación ante el Registrador ya que sería lógico pensar que, aunque no lo establezca expresamente la Ley, el legislador hubiera querido este efecto al acudir a un funcionario público que sea titular de fe pública. Sería coherente con el procedimiento establecido que la certificación contenga algún efecto más que un mero contrato o convenio privado entre las partes a la hora de hacer valer los efectos del acuerdo. No obstante, debemos señalar que no hay ningún precepto legal que sancione tal carácter a la certificación del acuerdo expedida por el Registrador. No viene recogido así en el artículo 147 citado, previsto para los Letrados de la Administración de Justicia, ni tampoco en el artículo 517 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil. Si se puede apuntar que, una vez inscrito el acuerdo documentado, tendrá los efectos materiales y procesales propios de la inscripción en el Registro derivados del artículo 38 y 34 de la LH y la posibilidad de ejercitar la acción real en defensa de los derechos inscritos como previene el artículo 41 de la misma.

## VI. INSCRIPCIÓN

Una vez producido el acuerdo y documentado en la certificación, para su inscripción sería necesario iniciar el correspondiente procedimiento registral, previa calificación del documento por el Registrador, para la inscripción del mismo.

Se ha planteado el valor de dicha certificación como documento apto para la inscripción de los actos jurídicos contenidos en el acuerdo. Existen pronunciamientos de distinto tipo en este caso. Aquellos que, como título público, han defendido la inscripción y en este sentido se puede citar alguna sentencia como la del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zaragoza (sentencia nº 627 de 21-13-2017) o la del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Sevilla (sentencia 152/2018 de 27-6-2018) en las que declararon inscribible el auto de homologación de acuerdos transaccionales por tener el carácter de documento público.

La postura de la DGRN viene recogida, entre otras, en la Resolución de 31 de Enero de 2018 en la que declara: «...el hecho de que el acta de conciliación que recoja el acuerdo alcanzado tenga la condición de documento público, tal y como sucede en el caso del auto que homologa la transacción, no significa que el acta o certificación expedida sean títulos inscribibles de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por cuanto no todo documento público de manera indiscriminada e intercambiable es título formal inscribible en los términos exigidos en el citado artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento, debiendo cumplirse los requisitos sustantivos y formales del título inscribible, así como los exigidos para la inscripción en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.»

Fiel a su doctrina tradicional de que la exigencia al título público lo es a un título apto y adecuado para practicar la inscripción en el Registro. En esta misma Resolución sí admite la inscripción en base a la certificación registral «a título de ejemplo los del artículo 199 referente a completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie; el del artículo 209 referente a doble o múltiple inmatriculación; 210 relativo al expediente de liberación de cargas o gravámenes; o de rectificación de errores en los asientos en los términos del Título VII de la Ley Hipotecaria, que son plenamente inscribibles por disposición de la propia ley exceptuando por tanto la norma general de su artículo 3.»

A estos casos podríamos añadir todos aquellos en que la legislación hipotecaria admite, excepcionalmente, la inscripción de un documento privado con firma legitimada notarialmente o firmado ante el registrador, incluso en aquellos casos que no suponga una alteración del sistema causalista de transmisión de derechos reales, título y modo.

Como conclusión podemos decir que, dependiendo del contenido del acuerdo, podrá ser directamente inscribible con la propia certificación del mismo expedida por el Registrador o necesitará formalizarse en el correspondiente documento público apto para producir esa inscripción.

## VII. PROYECTO DE CONCILIACIÓN HIPOTECARIA

En la presente ponencia hemos pensado que era oportuno presentar un breve esbozo de lo que puede ser un proyecto para impulsar la mediación hipotecaria. Este impulso viene marcado por la reciente experiencia que hemos tenido de saturación en los juzgados en materia hipotecaria. Primero como consecuencia del aumento de ejecuciones hipotecarias derivadas de la crisis financiera arrastrada desde el año 2008 y, en segundo lugar, en materia de cláusulas abusivas, como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo declarando nulas por abusivas determinadas cláusulas como la de intereses de demora abusivos, la cláusula suelo, la multividiva, en materia de vencimiento anticipado, o todas aquellas en que no se informó debidamente al consumidor. Esto ha provocado una multitud de demandas con la consecuente saturación de tribunales y juzgados. Recientemente debemos añadir los efectos económicos que puede producir la pandemia mundial originada por el COVID-19. Ya en el Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 adopta una medida dirigida a asegurar la protección de deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad tras la aprobación del Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma. En el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de Marzo se amplían estas medidas no sólo en el supuesto de vivienda habitual sino que también extiende las moratorias a autónomos, empresarios y profesionales respecto de los inmuebles afectos a su actividad profesional, de un lado, y a las personas físicas que tengan arrendados inmuebles por los que no perciban la renta en aplicación de las medidas en favor de los arrendatarios como consecuencia del estado de alarma. Estas medidas, junto con las consecuencias económicas del estado de alarma, sin duda van a generar un enorme aumento de controversias entre acreedores y deudores. Se une, por tanto, a la necesidad de buscar medios alternativos a la vía jurisdiccional para resolver estos conflictos. Pero entendemos que no es suficiente con establecer obligaciones para acudir a estos medios alternativos con carácter previo a la demanda como previene el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación de 11 de Enero de 2020 en la reforma que contiene de los artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a efectos de que en las ejecuciones hipotecarias sobre inmuebles que constituyan la vivienda habitual del deudor sea necesario acompañar a la demanda un certificado de haber acudido a un intento de mediación, sino que es necesario incentivarla, motivarla. En este sentido, este proyecto iría dirigido a establecer efectos con relación a la inscripción en el que de la resolución del conflicto por la vía de la conciliación resulten beneficios en favor de ambas partes derivadas de la celeridad y de la seguridad de sus derechos frente a terceros. El proyecto iría encaminado también a la modificación de los artículos 688 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar, podríamos distinguir entre un supuesto de conciliación potestativo, en cualquier caso de controversia relacionada con la hipoteca entre el deudor y acreedor hipotecario; o un supuesto de conciliación obligatoria como paso previo necesario a iniciar una ejecución hipotecaria. En este caso podría exigirse en cualquier supuesto de ejecución y no sólo en los de vivienda habitual del deudor como previene el Anteproyecto citado.

Otra posible distinción será entre un procedimiento general de conciliación ante el Registrador, cuando no resulte de aplicación la legislación de defensa de consumido-

res y usuarios, o un procedimiento especial cuando el deudor reúna la condición de consumidor, por la especial protección que debería procurarse al mismo.

El procedimiento podría ser presencial o por medios electrónicos.

Se iniciaría con una instancia presentada por cualquiera de las partes siguiendo el principio de rogación sancionado en el artículo 6 de la LH. Esta instancia sí generaría un asiento de presentación con los efectos de prioridad derivados del mismo.

El registrador calificará la legitimad y el objeto de la controversia a efectos de comprobar su competencia material y territorial. La conciliación deberá llevarse a cabo en el registro en el que radique la finca hipotecada respetando el principio de competencia territorial sancionado en el artículo 1 de la LH y 1,2 y 3 de su Reglamento.

En caso de calificación positiva, se iniciaría la conciliación debiendo establecerse un plazo suficiente y flexible para realizar todas las actuaciones tendentes a llegar a un acuerdo, pero limitado a efectos de evitar una dilación excesiva.

El procedimiento se iniciaría con una expedición de certificación de dominio y cargas en la que se insertase literalmente la hipoteca objeto de la controversia. De la expedición de dicha certificación se tomará razón en el registro mediante nota al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente a fin de dar publicidad a terceros que la hipoteca se encuentra en una fase previa a una posible controversia judicial, bien sea una ejecución, bien cualquier tipo de reclamación que pueda dar lugar a una modificación de la misma como puede ser el caso de alguna alegación de abusividad de una cláusula.

La expedición de certificación con motivo del inicio de la conciliación se notificaría a los titulares de derechos inscritos posteriores a la hipoteca que pudieran verse afectados.

Durante el desarrollo, en el caso que estuviéramos ante un procedimiento especial ante consumidores, debería darse un trámite de información previa a los mismos sobre los derechos que les asistan. Recordemos en este punto el artículo 258 de la LH que establece las funciones de información al consumidor, así como la denegación de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o que hubieran sido declaradas nulas por abusivas.

El procedimiento terminaría bien ante la falta de acuerdo, transcurrido el plazo máximo del mismo, o manifestada de manera expresa, o bien mediante acuerdo. En cualquiera de los casos el Registrador certificará del resultado de la mediación. En caso de falta de acuerdo, el Registrador cancelaría de oficio la nota marginal de expedición de certificación.

En caso de acuerdo, éste puede consistir en cualquier tipo de modificación de la hipoteca. Desde una quita, la modificación de cualquier cláusula, ampliación de plazo, hasta una dación en pago.

Respecto a la documentación necesaria para la inscripción del acuerdo nos remitimos a lo comentado en la presente ponencia en materia general de conciliación. Baste recordar que no debería suponer una modificación del sistema tradicional causalista de nuestro derecho cuando el acuerdo comporte una modificación jurídica real que deba documentarse en un título formal al efecto.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la inscripción, es donde encontramos el estímulo para acudir a esta vía de resolución de conflicto. Pues la inscripción podrá perjudicar a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la nota de expedición de certificación que deben entenderse informados de los posibles efectos a través de la publicidad del Registro de la Propiedad. En cuanto a los anteriores a la práctica de la nota, pero posteriores a la hipoteca inscrita, los efectos dependerán del contenido del acuerdo que se pretenda inscribir. Si se trata de una mera modificación hipotecaria que no suponga un aumento de la responsabilidad hipotecaria, ni una pérdida del rango hipotecario, como puede ser una modificación del plazo de la obligación, la inscripción se podría llevar a efecto sin necesidad de consentimiento de los mismos. En caso de tratarse de una modificación de la hipoteca que suponga aumento de responsabilidad hipotecaria o una transmisión dominical que pudiera afectar a los titulares de derechos posteriores a la hipoteca y anteriores a la nota de expedición de certificación sólo podría perjudicarles previo consentimiento de los mismos que podrán prestarlo durante el procedimiento de conciliación en el cual hubieran sido notificados.

Por último, para concluir como indicábamos anteriormente, no es suficiente con establecer la mediación como un trámite obligatorio previo a la presentación de una demanda, sino que debe, además, incentivarse dotándola de una serie de efectos que la hagan atractiva.



## **CONTRIBUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CAMPO DE FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA.**

### **AVANCES DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA EN CONFLICTOS DE CARACTER FAMILIAR**

MARÍA INÉS LAVERDE

Profesora de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos  
Universidad Católica de Colombia

La aplicación del Derecho de Familia en Colombia se desarrolla en un ambiente con alto grado de informalidad: muchísimas uniones de hecho, y una muy deficiente educación para la convivencia, abundante y oculta violencia intrafamiliar, que da como resultado un panorama familiar con muchos problemas por resolver y con una frecuencia que supera rápidamente la aplicación de la Justicia Ordinaria. En estas circunstancias se vuelve indispensable la aplicación de métodos alternativos que ayuden en la solución de los problemas consecuentes. Es por esto que a nivel internacional se está creando la conciencia necesaria para tratar de solucionar los conflictos de una forma pacífica y negociada que preserve la dignidad de las personas. Considero importante analizar y resaltar qué significan estas dos figuras que son parte de los denominados medios (métodos, mecanismos, medidas) alternativos (alternos, adecuados, apropiados) de resolución (solución) de conflictos (disputas) o MARC. Se caracterizan por contar con un tercero denominado mediador o conciliador que conduce el proceso para que dos o más partes en conflicto busquen una solución de común acuerdo. Lo que hacen tanto la conciliación como la mediación es que se logre un acceso a la justicia. La mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y \* Universidad Católica de Colombia M.I. Laverde 160 que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado<sup>1</sup>.

Igualmente, la Corte Constitucional hace una descripción de estos mecanismos teniéndolos como instrumentos que contribuyen enormemente a que los particulares tengan un acceso a la justicia para resolver sus conflictos: «Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos<sup>2</sup>».

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1196 de 2001, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

En América Latina existen escuelas y tratadistas donde se investiga y profundiza en esta disciplina a nivel del viejo continente también, pero encontramos que se trata no solo de la conciliación, sino diversos métodos de solución de conflictos y observamos que se tiene la conciliación en Colombia, mientras en Italia tiene este mismo MASC como la mediación. La conciliación ya se ha venido posicionando como una disciplina importante a nivel universal para solucionar los conflictos. El ser humano por naturaleza es conflictivo, como se afirma en la revista de filosofía *ekasia*<sup>3</sup>, este conlleva algo positivo, que puede reaccionar, reconocer que existe y finalmente puede intentar buscar una solución.

Es así, que ya crea conciencia para combatirlo. Tratar de solucionar los conflictos de una forma pacífica, dialogada y negociada. En Colombia encontramos el MASC mediación y aunque tiene similitudes con la conciliación no es lo mismo, pero considero que lo importante es que los dos buscan resolver conflictos la mediación busca a un tercero facilitador colabora con las partes para que en conjunto construyan la solución de un conflicto y logran así establecer acuerdos. La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral calificado denominado conciliador. Ilustrar a las partes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.

Motiva para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. Formula propuestas de arreglo funciones del conciliador, art. 8 de la Ley 640 2001<sup>4</sup>, normas relativas a la conciliación. La diferencia entre conciliación ha suscitado muchas discusiones, pero lo que importa es buscar solución de un conflicto contando con un tercero neutral que ayuda desarrollar esta labor. Colombia con la Constitución de 1991<sup>5</sup> en su art. 116 menciona que los particulares podrán ejercer como conciliadores habilitados por las partes.

La Ley 23 de 1991<sup>6</sup> llamada Ley de descongestión la que por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar despachos judiciales la posiciona y comienza darle tal importancia que trata la conciliación en laboral, en familia y ya comienza a mencionar que se debe acudir a ella antes de acudir a la jurisdicción ordinaria. Y describe concretamente qué se puede tratar de conciliar. En sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, la Corte Constitucional indica las características fundamentales de la conciliación: *«La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados»*. «La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Ade-

---

<sup>3</sup> <http://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf>

<sup>4</sup> Ley 640 2001, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0640\\_2001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html).

<sup>5</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf>.

<sup>6</sup> Ley 23 de 1991, [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0023\\_1991.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm).

más, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal». «Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial<sup>7</sup>».

Igualmente, la Corte nos sigue indicando cuál es la función del conciliador y su habilitación que recibe por las partes para administrar justicia: «La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto. (...) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia. (...) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la Conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup>».

Igualmente, la Corte considera el acuerdo a que llegan las partes, tiene toda la fuerza y la equipara con una sentencia judicial. Esta es la bondad de la conciliación y el apoyo que brinda en la administración de justicia. Acorde con la CN. art. 116, «Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo<sup>9</sup>». La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.

Finalmente, por definición, la conciliación es, «un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>.

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-902/08, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-902-08.htm>.

<sup>9</sup> Ley 446 de 1998, Art. 66, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0446\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html).

voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula<sup>10</sup>». La Ley 640 2001 en su art. 35 dispone requisito de procedibilidad el mismo requisito que ya había contemplado «En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente Ley para cada una de estas áreas<sup>11</sup>».

Esto significa que antes de acudir a la justicia ordinaria se debe acudir a la conciliación. Se encuentran en materia de familia específicamente los casos. Igualmente, así no tenga el requisito y sí el asunto se transigible puede acudir teniendo en cuenta la facultad, su autonomía y capacidad. La sentencia C-1195 2001 dispone que: «varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales. La exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción<sup>12</sup>».

Lo que deseo resaltar con esto es que el Estado pone en manos de las particulares herramientas para que solucione sus conflictos. Es así que en nuestra área de familia existen muchos conciliadores autorizados para colaborar. Tomando nuestro tema conciliación en el área de familia, no existe tanta restricción como en otras áreas del derecho, Colombia ha buscado que el área de familia sea una de las más amplias en materia de conciliación. Es importante resaltar las clases de familia que existen: quienes constituyen una familia y para ellos, según la Constitución de 1991 se dio más auge a las diferentes clases de familia ojo autor en descargas. Luego de analizar la conciliación incluyendo lo dicho por la Corte, encuentro que la conciliación es una figura que juega un papel importante frente a la problemática familiar en Colombia. Si nos basamos en que la familia de acuerdo al art. 42 de la CN<sup>13</sup> se considera como núcleo fundamental de la sociedad, es indispensable definir qué es familia y quiénes la conforman, la familia conformada por padre madre e hijo es la

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>.

<sup>11</sup> Ley 23 1991, Art. 35, [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0023\\_1991.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm).

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1195 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf>.

llamada familia nuclear, encontramos la familia extendida formada por padre, madre, hijos, abuelos. Igualmente, la familia ensamblada se observa con los cambios que ocurren y los diferentes cambios dentro de la sociedad uniéndose y formando nuevas familias aportando hijos habidos en uniones anteriores. Están protegidas por el Estado según el art. 44 CN. Es por esto que entrando al campo de la conciliación para solucionar conflictos, el Estado cumpliendo con su función de protección ha diseñado un esquema grande para que los miembros de la familia tengan acceso directo a poder solucionar sus conflictos y qué mejor por medio de un mecanismo que les ofrece la posibilidad de opinar, dar fórmulas de arreglo para que guiados por un conciliador experto y preparado lo logren; si no lo logran al menos han debatido, han tenido un acercamiento, en el evento de que no asista una de las partes ya la justicia entrará a valorar. Sin tener que acudir en principio a estrados judiciales les pues si se llega a ellos se logra una solución al conflicto, pero siempre con un gana-pierde, tal como lo enseña la escuela de Harvard cuando no se logra una solución donde se satisface el interés de las dos partes tratando de llegar a un gana-gana. Es aquí donde vamos a mirar cómo puede entrar la figura de la conciliación para ayudar a resolver todos los problemas que se pueden presentar a nivel familiar y para ello la Ley taxativamente nos dice cuáles son susceptibles de conciliar.

La Ley 640 de 2001 (normas relativas a la conciliación) contempla dos artículos 31 y 40: el art. 31 describe que es conciliable en el área de familia concordante con el art. 217 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 2006)<sup>14</sup>; el art. 40 de la misma Ley habla más exactamente del requisito de procedibilidad en asuntos de familia. El requisito de procedibilidad es ampliamente ponderado por la Corte. Considero importante mencionar nuevamente la sentencia C893 de 2001 la cual nos aclara muy bien el requisito de procedibilidad, no es como muchos creen una exigencia para acudir a la conciliación sino el intento de lograr solución del conflicto, pero teniendo en cuenta la autonomía de la persona, pero en ningún momento se está obligando a que lo haga, puede manifestar que no tiene el ánimo de conciliar, pero al menos lo intentó, analizó su problema con el conciliador y las partes, y es posible que tenga una visión más clara acerca del conflicto que los aqueja. Las partes mantienen el control del proceso, de los resultados de la audiencia, fijan la duración de la audiencia y lo que considero de suma importancia: las partes pueden conciliar o no. Igualmente, son ellas las que determinan hasta donde permiten la intervención del conciliador. Teniendo en cuenta esos dos artículos hago mención de los siguientes asuntos: a) Custodia, regulación de visitas, alimentos (aumento disminución, exoneración). b) Fijación provisional de residencia separada. c) Separación de cuerpos matrimonio civil o religioso. d) Suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes. e) Disolución y liquidación de sociedad conyugal. f) Declaración de unión marital de hecho de compañeros permanentes. g) Declaración de sociedad patrimonial de hecho. h) Liquidación de sociedad patrimonial (Ley 979 2001). i) Declaración de unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. Reconocimiento constitucional mediante la sentencia C-075 2007.

Estas conciliaciones las realizan o las pueden realizar conciliadores capacitados que colaboran con las partes para lograr un feliz acuerdo. Dentro de ellos se cuentan: conciliadores privados que se pueden tener en cuenta, los abogados titula-

---

<sup>14</sup> Ley 1089 2006, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado//basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado//basedoc/ley_1098_2006.html).

dos, notarios, los estudiantes de derecho practicantes de Consultorio Jurídico. Los abogados titulados que han realizado el diplomado de conciliación y se han capacitado para ello en una entidad avalada y fungen como tales en Centros de Conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho y que de acuerdo al estatuto de administración de justicia pueden cobrar honorarios por sus servicios<sup>15</sup>. Los estudiantes de consultorio jurídico practicantes que lo realizan en el Centro de Conciliación y realizan su práctica como conciliadores, quienes han recibido capacitación en mecanismos alternos de solución de conflictos lo pueden hacer con base en la Ley 640 2001 art. 11. Los trámites conciliatorios ante Centros de Conciliación de Consultorio Jurídico deberán ser atendidos por estudiantes cuando la cuantía del conflicto no supere los cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 smmlv). El servicio es gratuito y está dirigido a personas de escasos recursos. Disposición del Ministerio de justicia y del Derecho<sup>16</sup>.

Los nombrados específicamente como funcionarios que ejercen aparte de la conciliación otras labores que podemos describir administrativas y jurisdiccionales, pero en el campo que nos preocupa cuando fungen como conciliadores contribuyen grandemente a solucionar conflictos de carácter familiar. Están ejerciendo exactamente igual a los privados cuando se trata de: alimentos, custodia, visitas, liquidación de sociedad conyugal, de sociedad patrimonial, declarar unión marital de hecho, sociedad patrimonial; todo ello teniendo en cuenta la autonomía, la voluntariedad y celeridad, elementos indispensables de la conciliación.

Entre ellos están los Jueces de familia y los comisarios, la Ley 1098 de 2006, determinó que las Comisarías de Familia son entidades distritales, municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y cumplen una función de entidades conciliadoras, competencia que les atribuye el Código de la Infancia y Adolescencia y la Ley 640/ 2001. Los defensores de familia son entidades del nivel central propias del ICBF, el estatuto integral del defensor de familia describe sus funciones entre estas una de ellas es la conciliación: adelantan la conciliación extrajudicial en materia de familia en asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente. Aprueban, las conciliaciones en relación con la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorios, sin perjuicio de la competencia atribuida por la Ley a los notarios<sup>17</sup>. Se puede diferenciar en que los privados deben estar inscritos como tales en un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia mientras que

---

<sup>15</sup> Art 8 Estatuto de administración justicia, [https://normograma.info/men/docs/pdf/ley\\_0270\\_1996\\_reformada\\_por\\_la\\_Ley\\_1285\\_2009\\_art\\_3](https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0270_1996_reformada_por_la_Ley_1285_2009_art_3).

<sup>16</sup> Resolución 299 de 2002, [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion\\_minjusticia\\_rj029902.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minjusticia_rj029902.htm).

<sup>17</sup> Funciones específicas del defensor de familia, <https://docs.google.com/document/d/1eNXN36TLHHN0PsgTOCDdmsaPqPgoGAD9RCua9zEPqIM/edit>.

los comisarios, jueces y defensores son nombrados y fungen como conciliadores en razón de su oficio.

Podría llegar a concluir, que las conciliaciones en familia ocupan el primer lugar pero ingresando a la página del sistema de información de Ministerio de Justicia SICAAC encontré sorprendentemente, que a pesar de que el estado ha prestado gran apoyo en materia de la conciliación en familia, teniendo en cuenta la gran cantidad de conciliadores en las diferentes entidades que les permite ejercer o fungir como conciliadores en las funciones encaminadas a tratar de colaborar en la solución de conflictos en el área de familia tal como lo hemos estudiado y descrito, el resultado no es el mejor: hay más solicitudes de conciliación en áreas civil y comercial superando las de familia. Con esta información se crea un gran interrogante: las personas tienen poco interés en acudir para solucionar sus conflictos familiares o le dan más importancia a solucionar los conflictos de carácter civil.



**TERCERA PARTE:**  
**MEDIACIÓN**



# LAS VIRTUDES NECESARIAS EN LA MEDIACIÓN POST DESASTRE

KARLA ANNETT CYNTHIA SAENZ LÓPEZ  
Profesora Investigadora  
Universidad Autónoma de Nuevo León

**SUMARIO:** I. SITUACIÓN EMOCIONAL DE LOS MEDIADORES EN LA PANDEMIA. II. VIRTUDES NECESARIAS EN EL MEDIADOR PARA AFRONTAR LA NUEVA NORMALIDAD. 2.1. Cuidado. 2.2. Desapego. 2.3. Entusiasmo. 2.4. Flexibilidad. 2.5. Enfoque. 2.6. Esperanza. 2.7. Humor. 2.8. Paciencia. 2.9. Templanza. III. VIRTUDES SOCIALES NECESARIAS PARA LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS. 3.1. Confiar en los demás. 3.2. Diálogo intercultural. 3.3. Solidaridad. 3.4. Sentido de comunidad.

## I. SITUACIÓN EMOCIONAL DE LOS MEDIADORES EN LA PANDEMIA

La pandemia de Covid-19 a nivel internacional ha generado diversos tipos de crisis, que han llevado a las personas a un nivel muy alto de estrés<sup>1</sup>, Taylor nos menciona que existe un nuevo padecimiento conocido como síndrome de estrés por Covid, y concluye después de realizar el estudio, que alguno de los síntomas son la preocupación por el costo socioeconómico de la pandemia, la preocupación por las finanzas personales y la cadena de suministros, los temores xenofóbicos por creer que extranjeros propagan el virus y los responsabilizan, estrés traumático por la cercanía con enfermos, pesadillas y pensamientos agresivos relacionados a la enfermedad, y la búsqueda compulsiva de garantías de salud.

En relación con el confinamiento,<sup>2</sup> Ozamiz explica basado en su estudio que, como consecuencia de las medidas de control de movilidad de la población, que ha aumentado los niveles de depresión, ansiedad y estrés, y que irán aumentando exponencialmente conforme aumente el tiempo de confinamiento o controles de movilidad.

Ha generado esta situación serios problemas psicológicos a la población en general y como nos menciona Moreno<sup>3</sup>, hay un alto nivel de sufrimiento,

---

<sup>1</sup> TAYLOR, Steven Et. Al. «Covid stress syndrome. Concept, structure and correlates». *Anxiety and Depression Association of America*. May. 2020. Págs. 1-17.

<sup>2</sup> OZAMIZ-ETXEBARRIA, Naiara. El Al. «Niveles de estrés, ansiedad y depresión en las primeras fases del brote de COVID-19 en el Norte de España». *Artigo. Cuadernos de Salud Pública*. Núm. 36 (4). Abril. 2020. Pág. 20.

<sup>3</sup> MORENO-PROAÑO, Gilda. «Pensamientos distorsionados y ansiedad generalizada en COVID-19». *CienciAmérica*. V.9. N.2. Junio. 2020. Págs. 251 y ss.

distraibilidad, bajo apetito, cansancio, y la aparición de pensamientos distorsionados que dificultan las actividades diarias. Es decir, que hay una ansiedad generalizada en toda la población.

Esta sintomatología ha aumentado los problemas al interior de las familias y en las organizaciones, y las personas se encuentran en menor posibilidad de enfrentarlos, por lo que es mayor la demanda de mediaciones que apoyen con la gestión del conflicto.

Este es el escenario mundial, y los mediadores se encuentran no solo en medio de los mismos síntomas de ansiedad, frustración y depresión, sino que además su trabajo implica ayudar a otros a resolver sus problemas. A esta situación podemos agregar que, debido a la pandemia, en muchas zonas del mundo los mediadores han migrado a la mediación virtual, lo que implica que la barrera entre los casos y su hogar se derrumba, porque ahora los casos que atiende están dentro de su espacio vital, con los inconvenientes del teletrabajo, como es fallas de internet, mascotas, hijos, ruidos y falta de un espacio designado para la mediación.

Los mediadores que han regresado a mediar en centros de mediación están expuestos al contacto con otras personas, lo que implica una preocupación sobre su propia salud. Y el aumento de casos acrecienta la carga de trabajo del mediador.

Los mediadores son parte del frente prioritario de atención primaria en la pandemia. Y son parte de la política de salud pública porque junto con los psicólogos atienden la salud y estabilidad de las relaciones humanas, en esta época de crisis generalizada.

La pandemia puede ser considerada un desastre en ámbitos de la salud, y su abordaje desde la mediación tiene gran relevancia. Porque los casos que son turnados a mediación pueden tener una gestión adecuada, y restablecer el tejido familiar y por ende, social.

Pero al igual que los médicos y enfermeras, que atienden, pero al mismo tiempo pueden ser víctimas del Covid-19, así los mediadores están atendiendo conflictos, pero ellos mismos están en la misma situación que los demás, por lo que se requiere su atención, cuidado y visualización.

Evitar el cansancio excesivo, el insomnio y la depresión mediante el apoyo sistémico y el seguimiento a su estado mental constante, pueden ser acciones importantes para su estabilidad y continuidad laboral.

Por lo que resulta muy importante apoyar su actividad con lo mejor que tiene el ser humano, que son las virtudes, para usarlas de forma transversal, en su vida diaria y como herramientas para el manejo del conflicto en las mediaciones.

La profesionalización de la mediación requiere incluir habilidades que sean incorporadas a la vida diaria, de tal forma que se conviertan en virtud en la medida en que sea posible para el mediador. Debido a que se requiere estar habilitado para subsistir en el exceso de conflictos, y más aún cuando no puede quedar exento de la crisis social.

El mediador es una posición de alto impacto en la transición a nuevas formas de convivencia en la adaptación post desastre, para restaurar el tejido social.

Pasa a ser personal de primera línea en la salud pública, ante una crisis global de desestabilidad emocional y económica.

## II. VIRTUDES NECESARIAS EN EL MEDIADOR PARA AFRONTAR LA NUEVA NORMALIDAD

Es importante hacer una diferenciación entre lo que es el valor y la virtud. Porque un valor es aquella idea clara que guía la conducta humana, hacia lo que es considerado bueno para el ser humano. Pero una virtud es un hábito, que desarrolla de forma continua y transversal en todas actividades, incorporado a la persona y que ya forma parte de su conducta cotidiana. Las virtudes las podemos aprender al utilizarlas, y la forma de introducirlas es al principio recordar que podemos actuar conforme a ella, y aplicarla en diferentes facetas de la vida diaria, hasta que sean parte normal de la gama de opciones de reacción ante los estímulos.

Los mediadores pueden introducirlas en su vida diaria, y ello les apoyará para procesar de mejor manera su propio proceso de pandemia, sus propios problemas y les permitirán estar en un estado anímico favorable para la labor propia de su profesión.

Porque la frustración del confinamiento, de la falta de movilidad, del aumento de tensión en su entorno y el aumento en la tensión de los casos, hace que pierdan la objetividad y la separación emocional. Por lo que es importante que se apoyen en las virtudes, que pueden fortalecer su salud emocional y se pueden incorporar sin costo, y sin invertir recursos económicos, porque solo se requiere la decisión de usarlas.

Una vez agregadas a la cotidianeidad, pueden ser transmitidas a los intervinientes, sin necesitar agregar etapas a la mediación, porque se manifiestan en el discurso de apertura, durante las reuniones con ellos, y en el acuerdo. Y esto es un elemento para aumentar la cultura de paz social, permitiendo que se restructure el tejido social.

### 2.1. Cuidado

La virtud del cuidado se manifiesta en el interés por preservar de forma integral la vida propia, es decir, cuidar la alimentación, los descansos, el sueño, el tiempo libre.

O cuidar de sus bienes, como puede ser la limpieza del hogar y de la ropa, el cuidado de los aparatos electrónicos, de los blancos, o automóviles. Y también cuidar de las personas y seres sintientes cercanos, como puede ser cuidar del bienestar de hijos o padres, o las personas del círculo cercano, cuidar de mascotas y plantas.

Cuidar es dar importancia a su existencia, es privilegiar el bienestar siempre empezando por sí mismo. Esto permite que el mediador se oriente en su bienestar, en lo que es verdadero, que es su vida. Esta perspectiva le da sentido de valor, y aumento de autoestima, y lo aleja de la victimización.

El cuidado es una forma de expresar amor hacia sí mismo y hacia quienes cuida, haciéndose y haciéndolos sentir importantes. Responsabilizándose de su supervivencia, dando sentido a su posición en la relación. Tomando una actitud adulta de protección y soporte.

El cuidado favorece el tener una percepción positiva de la situación, porque no hay frustración por sentirse impotente ante la realidad, porque en realidad sí se está haciendo cosas para el bien común.

Una vez que desarrolle la virtud puede en la mediación buscar que los intervinientes busquen su propio cuidado, y puede quedar dentro de los acuerdos en la nueva relación planteada.

## 2.2. Desapego

Para entender el desapego, primero hay que entender el origen del apego, que son esos primeros vínculos en la vida de un bebé, que le aportan seguridad y alimento, y se logra con la madre o con los cuidadores. Este apego es muy fuerte porque siente que, si se separa, su vida estaría en peligro.

Con los años los seres humanos seguimos creando apegos, a otras personas que creemos indispensables para vivir, pero también se hacen apegos a objetos o situaciones.

Es en este punto donde nos enfocaremos, porque el mediador puede ser consciente de donde están puestos sus apegos. Y revisar si hay apegos en cosas, situaciones o personas que no están siendo para su bien y su estabilidad.

Por ejemplo, si en una relación de un mediador con otra persona está siempre en conflicto, que está creando drama a sus vidas, y es una situación recurrente, puede buscar porque está apegado a ese conflicto, y al encontrarlo puede hacer un ejercicio de desapego, de soltar la necesidad de estar en ese conflicto de forma constante.

Pero como se mencionó, el apego da un beneficio, por lo que hay que renunciar al beneficio, si seguimos con el ejemplo, se puede decir que el beneficio es sentir que es importante. Entonces hay que renunciar a sentirse importante mediante el conflicto y buscar nuevas formas pacíficas de sentirse importante para esa persona. Esta renuncia es la forma de desapegarse al conflicto.

Y hay un proceso para cada apego, porque hay diversidad de formas de apeparse. Pero lo importante es que el mediador empiece el proceso de desapego primero en cosas pequeñas y poco a poco y desapegándose de cosas que le hacen más ruido emocional en su vida.

Este proceso es liberador y produce espacio en la mente para crear, para pensar nuevas opciones y trabajar en proyectos. Porque libera la limitante de estar manteniendo esos apegos a cualquier costo. Y permite elegir nuevos apegos, buscando que sean en personas y situaciones positivas para su mayor bien.

Esta virtud, descarga de conflictos personales al mediador, y del caos de la relación. Y lo ayuda a abordar los conflictos de los intervinientes con mayor objetividad.

Dentro del proceso de mediación, esta virtud puede ser una herramienta para la gestión de los conflictos. Para entender porque no pueden separarse del problema y ver la forma de apoyarlos en el proceso de desapego del conflicto.

## 2.3. Entusiasmo

La virtud del entusiasmo es tener la capacidad de tener emociones intensas de exaltación por algún tema o situación, lo que ayuda a concretar ideas o proyectos. Esta virtud aumenta los sentimientos de felicidad y alegría, por experimentar la armonía con el entorno.

Tiene relación directa con la percepción de futuro, porque tener entusiasmo por algo permite tener una visión positiva del futuro, con ilusión del logro de alguna meta. Para desarrollar la virtud, se puede hacer plan con una meta alcanzable en corto tiempo, que implique creatividad y un resultado tangible, una vez elegido, comunicarlo con alegría al círculo cercano y también hay que ir observando la meta desde distintas perspectivas, viendo los beneficios y sintiéndose

con gusto por estar en ese camino. Disfrutando cada etapa, y felicitándose por cada pequeño logro

Esto puede despertar interés y ánimo por alguna meta deseada, y empezar a incorporar la virtud del entusiasmo, y una vez que se logra; es visible lo fácil que es empezar nuevas ideas o crear nuevos proyectos de diversa índole. Agregando un ánimo positivo a la vida cotidiana.

Una vez que el mediador la integre a su vida el entusiasmo, puede ayudar a los intervinientes de una mediación a planearse metas que los motiven y los retiren de la escena constante del conflicto. Y con ello, mejorar el ambiente de la relación.

Y puede tener entusiasmo por su trabajo, sabiendo que es para bien de los intervinientes y de la sociedad en general. Volviendo a sentir ganas de hacer mediaciones y gestionar los conflictos.

#### **2.4. Flexibilidad**

La virtud de la flexibilidad es importante porque ayuda a la adaptación y la resiliencia, ayuda a aceptar que la realidad es como es, y no como debería ser. Reconociendo que es posible aceptar las ideas, percepciones y necesidades de otros de la misma manera en que reconoce sus ideas, percepciones y necesidades. Aceptando las diferencias sin juzgar ni criticar. Permitiéndose ser flexible en la forma en que piensa para aceptar la idea del otro, sin drama o conflicto.

Adaptándose a entornos cambiantes que no siempre son los esperados. La pandemia nos ha convocado a nivel mundial a desarrollar esta virtud, porque en el confinamiento hay que convivir mucho tiempo con otros, y hay que unir diferentes ambientes en uno, es decir, la casa se volvió el hogar, el trabajo, el esparcimiento y el descanso. Esto requiere de flexibilidad para aceptarlo, sin frustración, enojo o ansiedad.

Mantener la calma mientras se acepta que las normas y el entorno están en constante cambio, facilitan el desarrollo de la virtud de la flexibilidad, y una vez que se practica de forma consiente, puede verse la como pequeños retos de la vida y cambios que le dan sentido a la vida misma.

Esta virtud le ayuda al mediador a adaptarse a los cambios en la forma en que está realizando las mediaciones, al aumento en la tensión colectiva, a los ajustes en la forma en que reporta y establece los acuerdos, y los cambios en modalidades en línea de mediar. Encontrando que cada forma de hacerlo le aporta alguna ventaja o comodidad.

Le permite mantener en control sus emociones al reducir la tensión en su entorno cercano, y, por tanto, entender de forma objetiva los conflictos de los intervinientes sin involucrar sus propias inquietudes.

En el proceso y en los acuerdos puede incorporar el concepto para que las partes construyan su nuevo vínculo con mayor flexibilidad, aceptando los cambios, y las diferencias de opiniones y percepciones, pero especialmente que comprendan sus necesidades particulares. Aceptando que la necesidad del otro es tan válida como la suya.

#### **2.5. Enfoque**

La virtud del enfoque es la posibilidad de mantener la atención y el interés en una necesidad o situación, de forma constante. Y en la pandemia como se unen todas las actividades ha resultado que es muy fácil perder la concentración.

Porque antes, había un horario laboral establecido y fijo, con protocolos y actividades determinadas, pero el teletrabajo ha llevado a que se lleve al mismo tiempo funciones como mandar un correo, preparar alimentos, lavar ropa, abrir la puerta, que no eran acciones comunes en el tiempo laboral, y el tiempo dedicado al trabajo ahora se ha alargado.

Es por ello, que el enfoque puede ser de gran valor en este tiempo, porque permite al mediador mantener la atención en la actividad que esté realizando, aun cuando tenga actividades intermedias. Puede elegir una y buscar el enfoque hasta terminar lo que empezó, y puede sentir gusto por el logro alcanzado, aunque parezca algo pequeño, el logro es el enfoque, adaptándose a la realidad, sin enojarse ni alterarse.

Esta virtud es de alto impacto para la vida laboral del mediador, porque puede lograr enfocarse en el caso que esté llevando, sin distracciones mentales o complicaciones innecesarias. Optimizando el tiempo destinado al proceso. Logrando cada etapa en la forma planeada, y sintiendo alegría de ir logrando cada etapa de la mediación.

Y durante el proceso de la mediación puede ayudar a los intervinientes a enfocarse también en el conflicto y en la propuesta de solución sin perder el rumbo de lo que están haciendo, porque el mediador ya se siente enfocado y ha interiorizado como hacerlo. Es una virtud que facilita la profesionalización del mediador y apoya su gestión. Aunado al equilibrio emocional que proporciona.

## **2.6. Esperanza**

La virtud de la esperanza permite tener un estado de ánimo en el que se perciba que todo aquello que se necesita o se desea es posible. Teniendo confianza en el futuro, sintiendo que todo lo que viene y todo lo que sucederá finalmente es para su mas alto bien.

Es tener una expectativa favorable de los planes, proyectos o ideales, teniendo una proyección viable, con optimismo. Sabiendo que aun cuando existan dificultades, siempre se puede tener un final bueno.

Esta virtud mantiene la actitud positiva ante cualquier cosa que la vida presente. Y puede ser incorporada por el mediador a su realidad, buscando ante cada reto la mejor visión de futuro, buscando el mayor beneficio y finalmente tener una visión de futuro positiva. Y cuando los pensamientos lleven a pensar lo contrario, tomarse el tiempo de adecuar sus pensamientos y su ánimo hacia un futuro que entienda como bueno. Y hacer de esta práctica un hábito hasta que la virtud se incorpore.

Teniendo como beneficio que, al tener sentimientos positivos, puede percibir su entorno con menos desesperanza, con menos visión catastrófica, y por tanto reducir la ansiedad, recordando que la ansiedad es una reacción a pensamientos de un futuro catastrófico que puede o no llegar a presentarse.

En el proceso de su trabajo como mediador le aporta la confianza de saber que puede ayudar a los intervinientes a mejorar su relación, llegue hasta donde llegue el proceso, entendiendo que todo lo que hace tiene un impacto positivo en ellos.

Dando sentido positivo a su trabajo, sabiendo que es importante lo que hace y que es parte de la pacificación de la sociedad, ayudando con su actividad en una cultura de bienestar colectiva.

Y puede transmitir a los intervinientes que si es posible tener una vida sin su conflicto, que si pueden salir adelante, que si pueden tener una vida mejor en donde se comuniquen en cordialidad y calma.

### **2.7. Humor**

La virtud del humor es muy valiosa siempre, pero especialmente en este tiempo de pandemia, porque ayuda mediante la risa a enfrentar las dificultades de la vida, y puede ser usada cuando hay mucha tensión, porque un comentario o pensamiento gracioso da pie a la risa y libera la presión del momento.

Existen niveles y tipos de humor, y el mediador puede usar el humor con el que se sienta cómodo, en su vida privada, para practicar a incorporar esta virtud a su cotidianidad, de forma adecuada.

Reírse de sí mismo con gracia, es una muestra de inteligencia y no de debilidad, porque no es burla, es tomar con alegría una dificultad, riéndose de lo absurdo del mundo. Esto ayuda a mejorar el ánimo, a encontrar la alegría en momentos difíciles y complicados.

El mediador puede aprender a relajarse mediante el humor y permitir en el proceso de la mediación que los intervinientes puedan expresar su humor con respeto, sin limitar su creatividad o intención de reírse, validando en ellos la necesidad de la risa para soltar un poco el conflicto. Siempre cuidando que el humor no pase a ser agresivo para nadie de los presentes.

### **2.8. Paciencia**

La paciencia es una virtud que ayuda a relacionarnos con los demás porque es importante permitir que las personas tengan su propio ritmo, para entender, para actuar o para tomar decisiones. Y respetar este tiempo es importante para dar espacio y tiempo a los demás sin presionar.

Pensar que los demás hacen las cosas de forma lenta y decirlo es agresivo, la impaciencia altera y causa incomodidad en ambos. Y creer que tu ritmo es prioritario sobre el ritmo de otros es egoísta, por ello, hay que procurar evitar la impaciencia, precisamente integrando la paciencia.

La virtud de la paciencia puede desarrollarse empezando por sí mismo, tomando el tiempo necesario para cada actividad, sin limitar excesivamente el tiempo, y sintiendo que está bien usar el espacio destinado con tranquilidad. Y posteriormente dar el mismo trato a los demás, sin pedir antes de tiempo lo que se solicita y confiar en los demás en que lo harán de forma adecuada en tiempo y forma.

En ocasiones las personas necesitan un poco más de tiempo para lograr sus objetivos y es posible permitirles esa adaptación con flexibilidad. Y en la mediación se puede aplicar al dejar que las personas tengan la oportunidad de expresarse, sin interrumpir una idea a la mitad. También comprendiendo que cuando hay enojo entre los intervinientes es porque están en un ciclo de conflicto y no pueden salir por sí mismos, teniendo paciencia el mediador, para que avancen según la etapa de la mediación, sin pretender que logren antes los objetivos planteados. Puede esperar el momento correcto para que avance la relación, sin sentir ansiedad.

También puede apoyar a los intervinientes para que en las reuniones conjuntas se escuchen con paciencia, respetando los espacios para hablar y participar.

## 2.9. Templanza

La templanza como lo menciona Rivera<sup>4</sup>, es considerada el dominio de sí, es decir que la persona pueda dominar sus pasiones y emociones y mantenerlas en equilibrio. Es decir, que la templanza es el arte de ser moderado, teniendo equilibrio en los deseos y en los límites, también entre las respuestas por instinto y las respuestas por voluntad.

Otra versión de la templanza es moderar la honestidad, porque decir todo lo que se piensa, puede resultar hiriente, y provocar conflictos. Hay que saber cuánta información es pertinente transmitir.

La forma en que el mediador puede incorporar esta virtud primero en su vida cotidiana es primero reconocer cuando las emociones están excediendo su presencia y desestabilizándolo, y segundo contener la emoción, relajarse e incorporar una nueva emoción que contrarreste de manera positiva. Por ejemplo, si se manifiesta una frustración por no poder hacer algo y la frustración está llevando al mediador al enojo, puede reconocer el proceso, hacer algo que lo calme, como una respiración larga al inhalar y también al exhalar, tener un tiempo fuera, y pensar en lo que le está pasando, y después puede determinar que emoción le puede ayudar, y puede ser por ejemplo recordar un lugar en el mundo en donde sea feliz, y recrear con su mente como si estuviera ahí, recordar el olor, la sensación y lo que siente cuando ha estado en ese lugar elegido.

Este proceso hace que se reduzca el ascenso de la emoción negativa, y se equilibren las emociones para estar en posición de gestionar la emoción sin que se desborde.

Esto lo puede repetir hasta que sea una virtud, y posteriormente puede usarla en la mediación al mantener la calma, sin importar lo que suceda entre los intervinientes, ayudando al proceso y a sí mismo. También puede mostrar a los intervinientes durante el proceso que es importante contener sus emociones para comunicarse mejor y guiarlos si su molestia aumenta, para que se comuniquen con prudencia y templanza.

La templanza es una herramienta para disminuir los conflictos, y mejorar la comunicación clara y efectiva.

## II. VIRTUDES SOCIALES NECESARIAS PARA LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS

Es importante destacar las virtudes que pueden ayudar al mediador, a establecer una mejor adaptación al entorno post desastre, que es muy cambiante. Porque trabajar en estos hábitos da la habilitación mínima necesaria para entrar en la dinámica social actual. Y ayudan al mediador a su vida profesional porque puede mejorar sus relaciones interpersonales y por ende ayudar a otros a establecerlas.

### 3.1. Confiar en los demás

Confiar en las personas, en un ambiente como el actual en el gran confinamiento, se dificulta primero por la distancia física, porque los seres humanos son sociables y necesitan socializar para mantener un equilibrio emocional y estabili-

---

<sup>4</sup> RIVERA CHOCANO, ANA FLAVIA. «Las virtudes cardinales como fundamento del despliegue de las competencias blandas en el ámbito laboral». *Universidad Católica de San Pablo*. 2020. P 27.

dad; y en segunda porque el distanciamiento social ha llevado a una separación de la intimidad emocional que se solía tener.

Al sentir alejamiento con los otros, pueden surgir dudas y malentendidos con ellos, porque la comunicación tiene fallas, debido a que la mayoría se lleva a cabo por medios electrónicos. Aumentando el sentimiento de estar distanciado.

Por lo que se hace importante que todos los elementos de la comunicación sean claros. Fortaleciendo la confianza interpersonal, para promover conversaciones profundas, con intimidad emocional, para aumentar el sentimiento de estar socializando.

La confianza es importante para estar integrado y sentir pertenencia a los grupos o redes de amistad, o laborales.

El mediador puede incorporar la confianza en su vida personal, promoviendo el incremento es conversaciones largas en las que plantee sus pensamientos e ideas sobre temas específicos, y poco a poco recobrar la confianza en los demás.

Y en la práctica de la mediación puede promover la confianza como un elemento importante para la comunicación entre los intervinientes y también puede hacerlos sentir confianza en el proceso.

Porque para ellos, el conflicto es insuperable, por lo que la confianza en el proceso es importante para tener una actitud positiva ante lo que se vive en la mediación.

### **3.2. Diálogo intercultural**

Las decisiones actualmente deben hacerse pensando en global, pero con impacto local, porque cada acción de cada ser humano impacta a otros, y no solo a los más cercanos, sino también a otros pueblos o naciones.

La Pandemia trajo como aprendizaje global el entender que, sin importar raza, credo o ideología, todos somos iguales como personas y somos vulnerables a lo mismo que nos une como humanos. Por lo que disminuir las diferencias y establecer dialogo con cualquier otro ser humano, sin limitaciones, aumentara nuestra cosmovisión de pertenecía al mismo planeta.

Una forma de incluir esto en la vida cotidiana, es no juzgar ni criticar por condiciones naturales de las personas, es decir, por su color de piel, por sus tradiciones o costumbres o su religión. Teniendo pensamientos de unidad e igualdad. Y teniendo comunicación abierta y franca con otras personas.

Desarrollando conciencia de que sus actos tendrán un impacto, pudiendo elegir actuar de forma pacífica y amable, con las personas con las que se interactúa.

Y en la mediación favorece que el mediador, tenga mayor objetividad al establecer mediaciones con cualquier interviniente sin importar su cultura. Promoviendo una comunicación intercultural cuando el proceso de mediación lo requiera. Porque las sociedades actuales se conforman por una diversidad cultural que enriquece a cada uno de los miembros.

### **3.3. Solidaridad**

La solidaridad es el hábito de colaborar para junto a otro lograr metas comunes, estableciéndose como una virtud primordial para salir adelante en tiempos difíciles. Por cada persona por si misma tiene dificultades para salir de este problema global, pero cuando las personas se unen, puede tener más fuerza de acción.

Ser solidario es socialmente muy aceptado y cuando alguien recibe apoyo puede sentirse agradecido y en unión armónica con quien lo ayudo en momentos complejos. Mejorando el tejido social y disminuyendo la idea colectiva de que el escenario futuro es catastrófico. Produciendo la emoción de esperanza en compañía.

La forma de incorporar la virtud a la vida cotidiana es mediante la decisión de ayudar a otros en sus necesidades, aunque parezcan pequeñas, si aún se está en confinamiento ayudando a las personas con las que se convive, o si ya se salió del confinamiento, ayudando a vecinos o grupos a los que se pertenezca, sintiendo alegría de ayudar.

Y en la mediación se puede incorporar al sentir que con la misma profesión se está ayudando a otros. Con el proceso de mediación bien aplicado, los intervinientes saldrán delante de su conflicto, con un acuerdo que apoye su futura convivencia. Estar en conciencia de esta importante participación ya es ser solidario. También se puede trabajar con los intervinientes para que mejores su apoyo mutuo cuando así lo requiera el caso. Y esto impactará en su familia y círculo cercano, y finalmente en la comunidad.

#### **3.4. Sentido de comunidad**

El saberse parte de una sociedad, otorga pertenencia e identidad. Y esta identidad incluye tradiciones, costumbres y lenguaje común. Por lo que es muy importante que para restablecer el orden post desastre, las personas recuerden lo que se sentía ser miembro de su comunidad. De hacer las cosas que hacen los demás y que disfrutaban. Para que una vez que la normalidad regrese, puedan tener a salvo su identidad y fortalecerla con el seguimiento a lo que los une.

Sabiendo que se pertenece, se puede tener la resiliencia necesaria para sobrellevar los problemas emocionales, financieros y relacionales que han sido resultado de la pandemia. Porque no se es una víctima aislada, se comprende que todos han vivido las mismas experiencias por lo que se carga entre todos los problemas, no siendo un problema individual.

Se puede incorporar esto a la vida cotidiana al hablar con otras personas sobre la situación que viven, comprendiendo que todos estamos en una situación semejante. Estableciendo también planes para el regreso a la normalidad, incorporando los elementos culturales más necesarios para fortalecer la identidad y sentido de pertenencia.

Esta virtud ayuda a los mediadores a entender su posición en el tejido social. Y la importancia de la mediación en la solución de tensiones en las relaciones privadas, pero también en las colectivas. Ayuda a que el mediador se sienta parte de su comunidad, y que valore su profesión en la reconstrucción social.

# LA MEDIACIÓN VIRTUAL EN LOS ESTADOS UNIDOS: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

WALTER A. WRIGHT

Profesor de Derecho y Resolución Alternativa de Disputas, Texas State University,  
San Marcos, Texas

**SUMARIO:** I. Contexto de la mediación virtual. 1.1. Resolución de Disputas en Línea (RDL/ODR). 1.2. La mediación virtual II. Historia de la mediación virtual antes de la pandemia. 2.1. Los inicios de la mediación virtual. 2.1.1. SquareTrade 2.1.2. eBay. 2.1.3. Modria. 2.1.4. *United States Department of Justice* (en español, Departamento de Justicia de los Estados Unidos) 2.1.5. Elemento común de los programas iniciales de mediación virtual 2.2. El crecimiento de la mediación virtual y su estado antes de la pandemia III. Crecimiento rápido de la mediación virtual durante la pandemia: aprovechando las ventajas. 3.1. La sociedad experimentó los efectos de la pandemia de inmediato. 3.2. La pandemia cambió la perspectiva de muchos mediadores individuales 3.3. Los mediadores individuales descubrieron las ventajas de la mediación virtual 3.3.1. Beneficios al proceso de mediación 3.3.2. Beneficios a las partes y sus abogados y otros representantes 3.3.3. Beneficios a los mediadores IV. Abordaje de problemas e inquietudes éticos que pueden surgir en una mediación virtual : aplicación de los estándares y guías de práctica de icodr 4.1. *International Council for Online Dispute Resolution (ICODR)* (en español, Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea) 4.2. Problemas e Inquietudes 4.2.2. Inquietudes sobre el mantenimiento de un proceso justo e imparcial 4.2.3. Inquietudes sobre la confidencialidad y seguridad del proceso 4.2.4. Inquietudes sobre la competencia de los mediadores virtuales 4.2.5. Ajustes de los convenios de mediación de los mediadores virtuales. V. Conclusiones.

## I. CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL

### 1.1. Resolución de Disputas en Línea (RDL/ODR)

La mediación virtual es una forma de Resolución de Disputas en Línea (RDL), conocida comúnmente en los Estados Unidos como *Online Dispute Resolution* (ODR). Según el *Resolution Systems Institute*:

La resolución de disputas en línea, u ODR, se refiere a un amplio conjunto de tecnologías destinadas a complementar o reemplazar las formas en que las personas tradicionalmente han resuelto sus disputas. La ODR comparte y se basa en las

características fundamentales de la resolución alternativa de disputas, o ADR, enfatizando métodos más fáciles y eficientes para abordar el conflicto<sup>1</sup>.

Los procesos de la ODR incluyen la negociación automatizada, la evaluación neutral automatizada, el arbitraje virtual, y la mediación virtual<sup>2</sup>.

Debido al uso de las palabras «en línea» o «online», es fácil suponer que ODR involucra nada más que actividades que se llevan a cabo en línea; no obstante, el campo de ODR es mucho más amplio. El término aplica a las disputas que surgen en línea y fuera de línea<sup>3</sup>, y los procesos de ODR pueden llevarse a cabo a través de comunicaciones sincrónicas (por ejemplo, reuniones de Zoom en línea y llamadas telefónicas) y asincrónicas (por ejemplo, emails y textos)<sup>4</sup>.

## 1.2. La mediación virtual

Bajo el paraguas amplio de la ODR, se encuentra la mediación virtual. Aunque el término se refiere solamente al proceso de mediación, también incluye una variedad de métodos de comunicación (por ejemplo, reuniones de Zoom en línea, textos, y llamadas telefónicas), y las comunicaciones pueden llevarse a cabo de manera sincrónica o asincrónica.

## II. HISTORIA DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL ANTES DE LA PANDEMIA

### 2.1. Los inicios de la mediación virtual

La mediación virtual comenzó como un proceso para resolver las disputas que surgieron en línea. Usualmente, el proceso fue una etapa de un sistema de resolución de disputas que incorporó dos o tres etapas, y el diseñador del proceso fue un negocio grande involucrado en el e-comercio o una empresa contratada por tal negocio para diseñar el proceso.

---

<sup>1</sup> Resolution Systems Institute, «Online Dispute Resolution», <https://www.aboutrsi.org/special-topics/online-dispute-resolution#What-Is-ODR> (última visita 15 de julio de 2020). Para una crítica de la definición amplia del término, véase Sternlight, Jean R., «Pouring a Little Psychological Cold Water on Online Dispute Resolution», *Journal of Dispute Resolution*, 2020, págs. 5 a 8, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3446140](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3446140).

<sup>2</sup> CONDLIN, ROBERT J., «Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab?», *Cardozo Journal of Online Dispute Resolution*, 2017 (18), págs. 724 a 733; Farkas, Brian, «Old Problem, New Medium: Deception in Computer Facilitated Negotiation and Dispute Resolution», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 14 (2012), págs. 171 a 173; Philippe, Mirèze, «What Does It Take to Bring Justice Online?», *International Journal of Online Dispute Resolution*, (2019) (6) (2), pág. 188.

<sup>3</sup> EBNER, NOAM, «e-Mediation», en *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, Eleven International Publishing, 2012, págs. 362 a 363; Lavi, Dafna, «No More Click? Click in Here: Mediation in Divorce Disputes – The Reality and the Desirable», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2015 (16), pág. 481; Teitz, Louise Ellen, «Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Problem and Challenge of On-Line Dispute Resolution», *Fordham Law Review*, (2001) (70), pág. 991.

<sup>4</sup> CONDLIN, nota 2 supra, págs. 724 a 733; Larson, David, Allen, ««Brother Can You Spare a Dime?» Technology Can Reduce Dispute Resolution Costs When Times are Tough and Improve Outcomes», *Nevada Law Journal*, 2011 (11), págs. 525, 542, 550, 552; Lavi, nota 3 supra, pág. 493.

### 2.1.1. SquareTrade

En 1999, SquareTrade fue contratado para diseñar un sistema de resolución de disputas para e-Bay, un negocio de subastas en línea que en esos tiempos generaba miles de disputas al año (ahora genera millones al año)<sup>5</sup>. A menudo, las disputas involucraron a vendedores y compradores que vivieron grandes distancias entre sí, y algunas veces en distintos países. El valor de los artículos comprados y vendidos por los participantes de las subastas generalmente no valió el costo del litigio, pero la supervivencia de eBay dependió de ofrecer resoluciones rápidas y satisfactorias de las disputas. SquareTrade diseñó un proceso que comenzó con un proceso de negociación automatizada que usó un programa de software para ayudar a las partes a negociar sin la intervención de una tercera parte<sup>6</sup>; este proceso resolvió la mayor parte de los casos. No obstante, miles de casos no pudieron resolverse a través de la negociación automatizada, y las partes tuvieron la oportunidad de seguir adelante al próximo proceso, la mediación virtual con un tercero humano. En esta etapa del sistema de SquareTrade, el mediador gestionó la mediación a través de emails asincrónicos. El 80% de los casos que entraron a la mediación virtual se resolvieron<sup>7</sup>.

### 2.1.2. eBay

En 2003, eBay comenzó a asumir la responsabilidad para la resolución de las disputas que surgieron a través de su plataforma. Aunque hizo algunas modificaciones del proceso que diseñó SquareTrade, en general continuó con un sistema de negociación automatizada seguida por la mediación virtual<sup>8</sup>. En 2008, agregó un proceso de evaluación neutral por un jurado compuesto de veintiún usuarios imparciales de eBay; el jurado emitió una decisión sobre la disputa si las partes no pudieron lograr un acuerdo a través de la mediación. Después de cuatro años de experiencia con y algunas modificaciones de este proceso, eBay lo terminó<sup>9</sup>. Hoy en día, si las partes no pueden lograr un acuerdo entre sí a través de la negociación o mediación, eBay está dispuesto a tomar una decisión sobre la disputa, y hay un nivel de apelación después de una decisión por eBay<sup>10</sup>.

### 2.1.3. Modria

En 2011, Colin Rule, el director original del programa de eBay, fundó Modria, un negocio que brindó procesos para la resolución de una amplia gama de disputas,

---

<sup>5</sup> RABINOVICH-EINY, ORNA Y KATSCH, ETHAN, <<Technology and the Future of Dispute Systems Design>>, *Harvard Negotiation Law Review*, Primavera 2012, págs. 169 a 174, disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/7c9b/ad7916f7e4de1b2ae7acb1058b1dd4cf236a.pdf> (última visita 15 de julio de 2020). En 2012, los mismos autores escribieron que 60 millones de disputas surgían al año. Ídem, pág. 183.

<sup>6</sup> Dentro de la literatura de la ODR, la tecnología que alienta la resolución de disputas se llama la «cuarta parte». Rabinovich-Einy y Katsch, nota 5 supra, págs. 177 a 178.

<sup>7</sup> Ebner, nota 3 supra, pág. 359.

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> SELA, AYELET, <<The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution Systems Design: Antecedents, Current Trends, and Future Directions>>, *Lewis & Clark Law Review*, 2017 (21), págs. 658 a 659.

<sup>10</sup> Ebner, nota 3 supra, pág. 359; Sela, nota 9 supra, págs. 661 a 663. Véase también eBay, <<Workflow for Buyer Disputes>>, <https://developer.ebay.com/devzone/guides/features-guide/content/Development/Disputes-Buyer.html> (última visita 15 de julio de 2020).

incluso divorcios, pagos de deudas, accidentes vehiculares, y quejas de consumidores<sup>11</sup>. Las etapas típicas de un programa de Modria son la negociación automatizada, seguida por la mediación virtual con mediadores humanos, seguida por el arbitraje con un árbitro humano<sup>12</sup>. Los usuarios principales de los servicios de Modria son oficinas públicas y organizaciones grandes de resolución de disputas<sup>13</sup>. Tyler Technologies compró Modria en 2017.

#### 2.1.4. *United States Department of Justice (Departamento de Justicia de los Estados Unidos)*

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, conocido como el DOJ por sus siglas en inglés, hace cumplir muchas leyes de derechos civiles nacionales, pero la ley pertinente para este capítulo es la Ley de Estadounidenses con Discapacidades de 1990. El DOJ hace cumplir los Títulos II y III de esta ley, que prohíben la discriminación por los gobiernos estatales y locales y los negocios abiertos al público en la prestación de los servicios gubernamentales a las personas incapacitadas. El DOJ inició un programa de mediación para ayudar a hacer cumplir la ley en 1994<sup>14</sup>.

Una persona discapacitada que se cree discriminada inicia el proceso de resolución de conflictos con una queja enviada al DOJ a través de la plataforma en línea del DOJ. Al recibir la queja, el DOJ la analiza y determina si es apropiada para la mediación. Si la mediación le parece apropiada, el DOJ envía el caso a una fundación privada<sup>15</sup> que el DOJ ha contratado para administrar su programa de mediación. La fundación ofrece la mediación presencial y virtual a las partes<sup>16</sup>.

Si ambas partes acuerdan mediar el caso, la fundación nombra un mediador privado externo (no un empleado del DOJ ni de la fundación) para mediar la queja. A menudo, las partes viven grandes distancias entre sí, y algunas veces en distintos Estados. En esos casos, el mediador aborda el caso virtualmente a través de llamadas telefónicas y emails. Si la queja se resuelve a través de la mediación, el DOJ se desvincula del caso al recibir un informe de que las partes han firmado y cumplido con los términos de un acuerdo escrito. Desde 1994, las partes optaron por la mediación en más de 5,000 casos, y más del 75% fueron resueltos a través del proceso<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> CONDLIN, nota 2 supra, págs. 727 a 729; Raymond, Anjanette H. y Shackelford, Scott J., <<Technology, Ethics, and Access to Justice: Should an Algorithm be Deciding your Case?>>, *Michigan Journal of International Law*, Primavera 2014, págs. 9-10. Véase también Tyler Technologies, <<Modria increases access to justice with online dispute resolution>>, <https://www.tylertech.com/products/Modria> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>12</sup> Condlin, nota 2 supra, pág. 728.

<sup>13</sup> Sela, nota 9 supra, pág. 647.

<sup>14</sup> WRIGHT, WALTER A., <<El Uso de la Mediación para Hacer Cumplir los Derechos Civiles en los Estados Unidos>>, *Revista de Mediación*, 2019 (12), <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2019/12/Revista24-e4.pdf> (última visita 15 de julio de 2020). Véase también U.S. Department of Justice, <<ADA Mediation Program: Questions and Answers>>, Septiembre 2016, [https://www.ada.gov/mediation\\_docs/mediation-qa.htm](https://www.ada.gov/mediation_docs/mediation-qa.htm) (última visita 15 de julio de 2020) (DOJ Septiembre 2016).

<sup>15</sup> El nombre de la Fundación es Key Bridge Foundation.

<sup>16</sup> WRIGHT, nota 14 supra. Véase también DOJ Septiembre 2016, nota 14 supra.

<sup>17</sup> WRIGHT, nota 14 supra. Véase también DOJ Septiembre 2016, nota 14 supra.

Si la queja no se resuelve a través de la mediación, el DOJ puede decidir investigar la queja. Si la investiga y determina que hubo discriminación, el DOJ puede iniciar un pleito en un juzgado federal en nombre de los Estados Unidos<sup>18</sup>.

#### **2.1.5. Elemento común de los programas iniciales de mediación virtual**

Noam Ebner, actualmente un profesor de métodos alternos de resolución de conflictos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Creighton, ha señalado que el elemento en común que tuvieron casi todos los programas tempranos de mediación virtual fue su diseño o patrocinio por los grandes proveedores de servicios de mediación virtual, en lugar de los practicantes individuales de la misma<sup>19</sup>. Describió las razones por este elemento en común como (1) muchos de los negocios originales que ofrecieron servicios fueron proveedores grandes que mantuvieron paneles de cientos de mediadores; (2) la preferencia de los que se involucran en el comercio en línea es presentarse como «equipos» o «grupos» en lugar de individuos; (3) los proveedores tempranos creyeron que la mediación virtual fue de mayor eficacia en resolver numerosas disputas parecidas; y (4) por lo tanto, los proveedores originales prefirieron ofrecer sus servicios a empresas u oficinas públicas que generaron grandes números de disputas parecidas<sup>20</sup>.

#### **2.2. El crecimiento de la mediación virtual y su estado antes de la pandemia**

Tan pronto como 2012, Ebner pudo describir la mediación virtual como el servicio más ampliamente ofrecido en el campo de la ODR<sup>21</sup>, pero ofrecido principalmente por los grandes proveedores de los servicios por las razones ya explicadas. En 2017, Robert J. Condlin, un profesor de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Maryland, señaló que ODR en general había generado interés entre los académicos, jueces, y abogados como una posible respuesta parcial al problema de acceso de justicia<sup>22</sup>. En cuanto a la mediación virtual, no mucho había cambiado entre estas fechas y la llegada del COVID-19 en 2020, posiblemente debido a los problemas e inquietudes que muchos mediadores individuales han tenido sobre la práctica de la mediación en línea, examinados en la Parte IV de este capítulo. Y este autor sospecha una actitud de esnobismo que tenían muchos mediadores, incluso el autor, sobre la mediación virtual. Es posible que muchos mediadores compartían el sentimiento, «La mediación virtual es interesante, pero no tiene ninguna relevancia para mí.» Por lo tanto, no investigaron, ni estudiaron, ni practicaron un tipo de mediación que consideraban menos deseable.

### **III. CRECIMIENTO RÁPIDO DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL DURANTE LA PANDEMIA: APROVECHANDO LAS VENTAJAS**

#### **3.1 La sociedad experimentó los efectos de la pandemia de inmediato**

Como respuesta a la propagación del COVID-19, casi todos los Estados, el Distrito de Colombia, y Puerto Rico emitieron órdenes de refugiarse en casa entre

<sup>18</sup> WRIGHT, nota 14 supra.

<sup>19</sup> EBNER, nota 3 supra, págs. 357, 360.

<sup>20</sup> Ídem págs. 360 a 361.

<sup>21</sup> Ídem págs. 357, 385.

<sup>22</sup> CONDLIN, nota 2 supra, págs. 717 a 724.

los mediados de marzo y principios de abril de 2020<sup>23</sup>. Como consecuencia, casi todos los negocios cerraron, salvo los negocios esenciales. A la vez, hubo un cierre general de las cortes federales<sup>24</sup> y estatales<sup>25</sup>. Debido al cierre de las cortes, hubo muy pocas audiencias judiciales, y generalmente se hizo imposible obtener justicia a través de un juicio ante un juez y jurado<sup>26</sup>.

### 3.2. La pandemia cambió la perspectiva de muchos mediadores individuales

Con el cierre de las cortes, creció mucho la importancia de resolver los casos a través de la negociación y mediación. Los abogados que quisieron resolver casos para sus clientes y no pudieron hacerlo a través de la negociación comenzaron a buscar a mediadores dispuestos a mediar virtualmente<sup>27</sup>. A la vez, los mediadores que quisieron mantener la vitalidad de sus negocios tuvieron que hacerse más flexibles, perder su esnobismo sobre la mediación virtual, y aprender a hacerla. Dentro de muy poco tiempo, muchos mediadores tomaron cursos de mediación virtual, establecieron una presencia en Zoom u otra plataforma parecida, y comenzaron a ofrecer la mediación virtual a los abogados y sus clientes en todos tipos de casos civiles, comerciales, y familiares<sup>28</sup>. Los mediadores beneficiaron del hecho de que las leyes de mediación en los Estados Unidos generalmente son muy flexibles, hay muy poca reglamentación de los mediadores, y por eso pudieron convertirse en mediadores virtuales en muy poco tiempo. Muchas cortes apoyaron la mediación virtual con órdenes que alentaron el uso de la mediación virtual y aun exigieron que los abogados y sus clientes la probaran<sup>29</sup>. En julio de 2020, a la entrega de

---

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, FINRA, <<State «Shelter-in-Place» and «Stay-at-Home» Orders>>, <https://www.finra.org/rules-guidance/key-topics/covid-19/shelter-in-place> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, United States Courts, <<Court Orders and Updates During Covid-19 Pandemic>>, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-website-links/court-orders-and-updates-during-covid19-pandemic> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, Texas Judicial Branch, <<Court & Clerk's Office Closures: Current & Upcoming Closures>>, <https://www.txcourts.gov/programs-services/court-security/emergency-court-preparedness/closures/> (última visita 15 de julio de 2020); McCullough, Jolie y Platoff, Emma, <<Coronavirus Pauses Many Texas Court Proceedings. For Some, that Means More Time in Jail.>>, *The Texas Tribune*, 19 de marzo de 2020, <https://www.texastribune.org/2020/03/19/texas-courts-coronavirus-jury-trials-defense-attorneys/> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, Travis County Courts, <<View the Latest Information about Coronavirus (COVID-10)>>, <https://www.traviscountytx.gov/courts/civil> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>27</sup> ALI, NOUMAN, <<The Demand for Online Mediation Spikes during COVID-19 Coronavirus Outbreak>>, *Mediate.com*, Junio 2020, <https://www.mediate.com/articles/ali-online-mediation.cfm> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, DURAZO, YVETTE, <<In an Era of Chaos with Coronavirus; The Solution to Support our Leaders is Online Mediation>>, Marzo 2020, <https://www.mediate.com/articles/durazo-coronavirus-online.cfm> (última visita 15 de julio de 2020); PHILLIPS, F. PETER, <<In Zoom We Trust>>, Mayo 2020, <https://www.mediate.com/articles/phillips-zoom-trust.cfm> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, Collin County District Courts, <<Joint Statement Encouraging Mediation>>, 23 de Marzo de 2020, [https://www.collincountytx.gov/district\\_courts/Documents/Collin%20County%20District%20Courts%20Joint%20Statement%20Encouraging%20Mediation.pdf](https://www.collincountytx.gov/district_courts/Documents/Collin%20County%20District%20Courts%20Joint%20Statement%20Encouraging%20Mediation.pdf) (última visita 15 de julio de 2020); Dallas County Court at Law No. 4, <<Amended Order: Emergency Standing Order in Response to Novel Coronavirus (COVID-19)>>, Abril 2020, <https://www.dallascounty.org/Assets/uploads/docs/courts/county-court-at-law/law4/Amended-Order-Emergency-Standing-Order-CCL4-20200402.pdf> (última visita 15 de julio de 2020).

este capítulo a la editorial, la mediación virtual es la manera principal de mediar casos en los Estados Unidos<sup>30</sup>.

### 3.3. Los mediadores individuales descubrieron las ventajas de la mediación virtual

Los mediadores individuales que se han convertido en mediadores virtuales han descubierto los beneficios de la mediación virtual que algunos mediadores y académicos ya conocieron.

#### 3.3.1. Beneficios al proceso de mediación

El proceso de mediación se beneficia de varias maneras cuando se realiza virtualmente. En general, es más conveniente porque nadie tiene que viajar una larga distancia para participar del proceso. Dada la falta de viajes extensos, los participantes a menudo pueden encontrar más fechas disponibles para agendar la mediación. Si hay malos sentimientos o alegatos de violencia entre las partes, el proceso puede beneficiarse de un foro en un espacio virtual. El proceso puede llevarse a cabo con tecnología y comunicaciones sincrónicas y asincrónicas. Además, el proceso virtual se ha encontrado factible en una gran variedad de casos, y ha gozado de mucho éxito<sup>31</sup>.

#### 3.3.2. Beneficios a las partes y sus abogados y otros representantes

El proceso también beneficia a las partes y sus abogados y otros representantes. Debido a que los participantes no tienen que viajar mucho, no tienen que aguantar los costos y estrés asociados con el viajar, sea lejos o cerca, factores que pueden aumentar su acceso al proceso<sup>32</sup>. Además, si participan desde sus propias oficinas, pueden tener acceso fácil a sus propios archivos. Algunos participantes pueden preferir el foro virtual si temen una confrontación o violencia. Estos beneficios aportan los altos niveles de acuerdos y satisfacción que se ven en la mediación virtual<sup>33</sup>.

#### 3.3.3. Beneficios para los mediadores

Quizás el mayor beneficio para los mediadores ha sido su capacidad de mantener sus prácticas durante una crisis mediante el uso de un proceso virtual. La pandemia les ha brindado a los nuevos mediadores virtuales la oportunidad de adquirir nuevas habilidades y expandir sus prácticas. Y los beneficios al proceso en general y los participantes han acumulado indirectamente a los mediadores también.

También es importante tener en cuenta que la mediación virtual proporciona beneficios para el medio ambiente. Si los mediadores y otros participantes en el

<sup>30</sup> Friedland, David K., <<Resolving Disputes Online During the COVID-19 Pandemic>>, *INTA News*, 1 de julio de 2020, <https://www.inta.org/resolving-disputes-online-during-the-covid-19-pandemic/> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>31</sup> CONDLIN, nota 2 supra, págs. 732 a 733; Ebner, nota 3 supra, págs. 362 a 363, 367, 369; Philippe, nota 2 supra, pág. 189.

<sup>32</sup> EBNER, nota 3 supra, pág. 363; Philippe, nota 2 supra, pág. 187.

<sup>33</sup> EBNER, nota 3 supra, pág. 363; Gerstel, Linda, <<Don't Let a Crisis Go to Waste: Time to Explore Expansion of ODR for ADR>>, *New York Law Journal*, 17 de marzo de 2020, <https://www.law.com/newyorklawjournal/2020/03/17/dont-let-a-crisis-go-to-waste-time-to-explore-expansion-of-odr-for-adr/> (última visita 15 de julio de 2020).

proceso no viajan, no emiten contaminación con los automóviles, trenes y aviones que normalmente usan para viajar. Además, la naturaleza de un proceso en línea no es usar tanto papel como se usa durante un proceso presencial<sup>34</sup>.

#### IV. ABORDAJE DE PROBLEMAS E INQUIETUDES ÉTICOS QUE PUEDEN SURGIR EN UNA MEDIACIÓN VIRTUAL: APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES Y GUÍAS DE PRÁCTICA DE ICODR

Esta parte del capítulo examina los problemas e inquietudes éticos que pueden surgir en una mediación virtual y sugiere posibles soluciones. Se centra en una organización internacional incorporada en los Estados Unidos que ha propuesto estándares y guías de práctica con un enfoque internacional. Los estándares y guías de práctica no reemplazan las leyes y normas de otras jurisdicciones; al contrario, son ideas adicionales para la práctica de la mediación en un ambiente virtual.

##### 4.1 *International Council for Online Dispute Resolution (ICODR) (Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea)*

En 1998, dos profesores de la Universidad de Massachusetts, Ethan Katsch y Janet Rifkin, establecieron el *National Center for Technology and Dispute Resolution* (NCTDR) (en español, el Centro Nacional para la Tecnología y Resolución de Disputas). NCTDR «apoya y sustenta el desarrollo de aplicaciones de tecnología de la información, recursos institucionales, y conocimiento teórico y aplicado para una mejor comprensión y manejo de conflictos»<sup>35</sup>. En 2015, NCTDR propuso principios éticos para la ODR<sup>36</sup>.

En 2017, NCTDR y un grupo de sus becarios internacionales crearon ICODR, una organización sin fines de lucro que «impulsa el desarrollo, la convergencia y la adopción de estándares abiertos para el esfuerzo global para resolver disputas y conflictos utilizando la tecnología de la información y las comunicaciones»<sup>37</sup>. Las actividades de ICODR incluyen el promover del «acceso, uso y comprensión pública [sobre] la ODR»; el involucrar a «diversas comunidades en el desarrollo de la ODR»; el promulgar de «estándares y mejores prácticas para programas ODR»; el alentar de la «auto certificación de programas ODR [que cumplen con] los estándares de ICODR»; el brindar de «membresías para profesionales, proveedores, programas académicos y negocios de ODR»; el proveer de «capacitación y educación continua para profesionales de ODR»; y el proveer de «servicios de tutoría y carrera para profesionales de ODR»<sup>38</sup>. Según NCTDR, «Los estándares abiertos de ICODR brin-

---

<sup>34</sup> PHILIPPE, nota 2 supra, pág. 189.

<sup>35</sup> NCTDR, <<Mission>>, <https://web.archive.org/web/20140923184430/http://odr.info/mission> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>36</sup> WING, LEAH, <<Ethical Principles for Online Dispute Resolution: A GPS Device for the Field>>, *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2016 (3/1), págs. 12-29. Los principios son accesibilidad, responsabilidad, competencia, confidencialidad, empoderamiento, igualdad, equidad, honestidad, imparcialidad, participación informada, innovación, integración, cumplimiento jurídico, neutralidad, protección de daño, seguridad, y transparencia. NCTDR (Wing, Leah, autora principal), <<Ethical Principles for Online Dispute Resolution>>, [http://odr.info/ethics-and-odr/#\\_ftn1](http://odr.info/ethics-and-odr/#_ftn1) (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>37</sup> ICODR, <<About ICODR>>, <https://icodr.org/sample-page/> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>38</sup> Ídem.

dan el potencial de reducir costos, estimular la innovación, proteger a los consumidores y ciudadanos, y proteger el derecho de libre acceso a la justicia»<sup>39</sup>.

También en 2017, usando los principios éticos de NCTDR como base, ICODR adoptó nueve estándares internacionales que aplican a todos los programas de ODR (no sólo los programas de mediación virtual); deben ser accesibles, responsables, competentes, confidenciales, iguales, justos/imparciales/neutrales, legales, seguros, y transparentes.<sup>40</sup> Además, adoptó cinco guías de práctica internacionales exclusivamente para los mediadores virtuales y sus mediaciones; deberían ser accesibles, competentes, confidenciales, justos/imparciales/neutrales, y seguros.<sup>41</sup> Las guías de práctica son sugerencias de mejores prácticas a seguir para administrar bien una mediación virtual.

## 4.2. Problemas e Inquietudes

Esta sección describe algunos problemas e inquietudes éticos comunes que pueden surgir en una mediación virtual y revisa estándares y guías de práctica de ICODR para abordarlos. En las citas de los estándares éticos de ICODR que siguen, el autor ha cambiado el término general «ODR» por el término más limitado «mediación» para adaptarse al enfoque más específico de este capítulo. En las citas de las guías de práctica de ICODR que siguen, el autor ha cambiado el término «partes» por el término «participantes» y ha cambiado un poco de lenguaje que tiene sentido en inglés pero no tiene mucho sentido en español.

### 4.2.1. Problemas e inquietudes sobre el acceso al proceso

Debido a que el acceso a la red Internet es variable en muchos lugares, una inquietud común es cómo asegurar que el acceso no sea un impedimento a un proceso eficiente y eficaz de mediación virtual. Además, es posible que algunos de los participantes potenciales en una mediación no se sientan cómodos en un ambiente virtual. Y aun si los participantes tienen buen acceso a la red Internet y se sienten cómodos en un ambiente virtual, es posible que existan impedimentos de lenguaje o discapacidad al acceso eficaz. Si tales inquietudes no se abordan, es posible que un mediador cree un proceso inaccesible para algunos participantes.

Varios de los estándares de ICODR abordan estas inquietudes. Como un principio básico, el estándar sobre la igualdad dispone que los procesos de ODR deben «estar diseñados e implementados de manera que traten a todos los participantes con respeto y dignidad humana»<sup>42</sup>. El diseño y los procesos del sistema deben «permitir el escuchar de voces silenciadas o marginadas y buscar activamente asegurar que los privilegios y desventajas no se reproduzcan en la experiencia de participación en el proceso»<sup>43</sup>. El estándar sobre la accesibilidad establece que el proceso debe «ser fácil para las partes para encontrar y participar... [Debe] estar disponible a través de canales móviles y de escritorio, minimizar los costos para

<sup>39</sup> NCTDR, «International Council for Online Dispute Resolution (ICODR)», <http://odr.info/icodr/> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>40</sup> ICODR, «ICODR Standards» (Estándares de ICODR), <https://icodr.org/standards/> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>41</sup> ICODR, «ICODR Video Mediation Guidelines» (Guías de Práctica de ICODR), <https://icodr.org/guides/videmed.pdf> (última visita 15 de julio de 2020).

<sup>42</sup> Estándares de ICODR, nota 40 supra.

los participantes y ser de fácil acceso para personas con diferentes niveles de capacidad física.»<sup>44</sup>. Además, el estándar sobre la imparcialidad dispone que un proceso imparcial «debe tratar a todos [los participantes] por igual y de acuerdo con el debido proceso, sin prejuicios o beneficios a favor o en contra de individuos, grupos o entidades»<sup>45</sup>.

Las guías de práctica establecidas por ICODR también brindan algunas sugerencias de mejores prácticas en casos de posible desigualdad de acceso: Confirmar individualmente con cada [participante] su disposición a utilizar la tecnología para la sesión. Asegurarse de que usted y [todos los participantes] tienen una conexión eficaz (por ejemplo, audio claro, iluminación adecuada, buen ancho de banda). Utilizar una plataforma de videoconferencia que es gratuita para [los participantes], confiable y fácil de iniciar sesión. Enviar recordatorios a [los participantes] con información de inicio de sesión un mínimo de dos días antes y dos horas antes de la hora de inicio programada<sup>46</sup>.

#### **4.2.2. Inquietudes sobre el mantenimiento de un proceso justo e imparcial**

El proveer del acceso al proceso no necesariamente quiere decir que el proceso es justo e imparcial.<sup>47</sup> El mediador debe mantener la imparcialidad de sí mismo y de su proceso, y debe asegurar de que todos los participantes gocen de un proceso justo.

En cuanto a los estándares de ICODR, dos estándares ya examinados cuentan con disposiciones adicionales. El estándar sobre la accesibilidad dispone que un proceso de mediación no puede limitar el derecho de una parte de ser representada<sup>48</sup>, y una porción del estándar sobre la justicia, imparcialidad, y neutralidad exige que «los conflictos de intereses de proveedores, participantes y administradores de sistemas deben divulgarse antes del comienzo de los servicios [de mediación]<sup>49</sup>. Además, las guías de práctica de ICODR ofrecen algunas ideas para los mediadores virtuales: Comenzar la sesión [de mediación] con el video y el micrófono de todos prendidos, como si estuvieran en [una mediación presencial]. Si uno de [los participantes] se desconecta, suspender la sesión hasta que [el participante] pueda volver a unirse. Si el audio de uno de [los participantes] se corta o se distorsiona, notificar [al participante] una vez que se reanude el audio y pedirle que repita lo que dijo durante la interrupción. Siempre contar con una alternativa de sonido, por ejemplo, llamar por teléfono. Unirse 10 minutos antes [de la mediación] para solucionar cualquier problema»<sup>50</sup>.

#### **4.2.3. Inquietudes sobre la confidencialidad y seguridad del proceso**

Muchos mediadores tienen inquietudes sobre la confidencialidad y seguridad del proceso, especialmente con una plataforma virtual como Zoom. Por ejemplo:

---

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Ídem.

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Guías de Práctica de ICODR, nota 41 supra.

<sup>47</sup> Condlin, nota 2 supra, págs. 718 a 719.

<sup>48</sup> Estándares de ICODR, nota 40 supra.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Guías de Práctica de ICODR, nota 41 supra,

- ¿Cómo puede el mediador mantener la confidencialidad de sus reuniones privadas con los participantes?
- ¿Cómo puede el mediador prevenir la grabación de las reuniones conjuntas y privadas?
- ¿Cómo puede el mediador asegurar que sólo las personas autorizadas observen y participen en las reuniones?
- ¿Cómo puede un mediador proteger la seguridad del proceso de las personas ajenas?

Tres de los estándares de ICODR consideran estas inquietudes. El estándar sobre la confidencialidad exige que un proceso mantenga «la confidencialidad de las comunicaciones de [los participantes] de acuerdo con las políticas que deben hacerse públicas en torno a a) quién verá qué datos y b) cómo se pueden usar esos datos.<sup>51</sup> El estándar sobre la seguridad establece, «[Los mediadores] deben asegurarse de que los datos recopilados y las comunicaciones entre quienes participan en [mediación] no se compartan con terceros no autorizados. Los usuarios deben ser informados de cualquier incumplimiento de manera oportuna»<sup>52</sup>. Y el estándar sobre la legalidad dispone que el proceso «debe cumplir con y respetar las leyes en todas las jurisdicciones relevantes»<sup>53</sup>. Usualmente, los requisitos legales sobre la confidencialidad se incluyen en el convenio de mediación que el mediador exige que las partes firmen antes del comienzo de la mediación. Las guías de práctica establecidas por ICODR también ofrecen algunas sugerencias de mejores prácticas para proteger la confidencialidad y seguridad del proceso. En cuanto a la confidencialidad, sugieren estas ideas al mediador virtual: Informar a [los participantes] que usted no grabará video o audio en sus mediaciones en línea. Obtener de antemano un compromiso por escrito de [los participantes] de que tampoco grabarán audio o video, ni tomarán capturas de pantalla. Si [un participante quiere] mostrar un documento o una foto durante la sesión, dejar que comparta su pantalla y la muestre en lugar de enviarlo por correo electrónico a los otros participantes. Una vez que todas las partes se hayan unido [a la mediación], cerrar el salón para que ningunos otros puedan unirse<sup>54</sup>.

En cuanto a la seguridad, las guías de práctica sugieren lo siguiente: Usar una plataforma de videoconferencia segura con cifrado de extremo a extremo. No usar aplicaciones o software que requieren que se comparta la información de ubicación [de los participantes], o informar a [los participantes] que pueden desactivarla (y explicar cómo desactivarla). Asegurarse de que la videoconferencia no se «agote» o se cierre después de una cierta duración. Todos los participantes deberían figurar en la pantalla del mediador al mismo tiempo en lugar de sólo la persona que habla [para dejar que el mediador pueda ver la conducta de todos los participantes]<sup>55</sup>.

#### 4.2.4. Inquietudes sobre la competencia de los mediadores virtuales

Todos los participantes de las mediaciones virtuales tienen el derecho de insistir en un mediador competente. En cuanto a la competencia del mediador, los

<sup>51</sup> Estándares de ICODR, nota 40 supra.

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> Ídem.

<sup>54</sup> Guías de Práctica de ICODR, nota 41 supra.

<sup>55</sup> Ídem.

estándares de ICODR requieren lo siguiente: [Los mediadores] deben tener la experiencia relevante en resolución de disputas, temas legales, temas tecnológicos, lenguaje y cultura requerida para brindar servicios competentes y efectivos en sus áreas objetivo. Los servicios de [mediación] deben ser oportunos y utilizar el tiempo de los participantes de manera eficiente<sup>56</sup>. Las guías de práctica de ICODR ofrecen las sugerencias siguientes a los mediadores virtuales: Practicar el software que usted utilizará antes de utilizarlo con [los participantes] y ofrecer probarlo con [cada participante] individualmente antes de la sesión. Informar a [los participantes] qué tecnología se empleará antes de la sesión. Conocer las obligaciones éticas adicionales que conlleva la mediación por video . . . , además de [describir] las obligaciones éticas de las partes para la mediación de video en sus reglas básicas.

#### 4.2.5. Ajustes de los convenios de mediación de los mediadores virtuales

Debido al proceso distinto que es la mediación virtual, muchos mediadores tendrán que ajustar los términos y lenguaje de sus convenios de mediación. En 2018, Amanda First, una abogada y mediadora que trabaja en Nueva York, escribió un artículo valioso con recomendaciones para los cambios necesarios en los convenios de mediación para ajustarlos a la nueva época virtual.<sup>57</sup> De mucho valor son los tres apéndices del artículo, que son ejemplos de convenios de mediación actualizados para adaptados a la nueva época.

## V. CONCLUSIONES

Aunque la mediación virtual es novedosa para muchos mediadores, su uso está creciendo diariamente. Aunque no ha sido parte del pasado de muchos mediadores, la mediación virtual es parte del presente, y será parte del futuro. Los mediadores que quieren sobrevivir la pandemia y más allá tendrán que aprender esta clase de mediación y mantenerse actualizados sobre su desarrollo rápido. Debido a todos los beneficios de la mediación virtual, es posible que los mediadores tengan el deber de mencionarla y ofrecerla a los clientes futuros. Como la mediación presencial, la mediación virtual no es perfecta; tiene desafíos y riesgos. A pesar de los desafíos y riesgos de la mediación virtual, los mediadores deberían mantener las mentes abiertas y trabajar para mejorarla—para el bien de los mediadores mismos, sus clientes, la mediación en general, la sociedad en general, y el medio ambiente global.

---

<sup>56</sup> Estándares de ICODR, nota 40 supra.

<sup>57</sup> First, Amanda <<A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space>>, *Harvard Negotiation Law Review*, 2018 (23), págs. 405 y ss, disponible en <https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/A-New-Agreement-to-Mediate.pdf> (última visita 15 de julio de 2020).

# LA SOCIEDAD DEL POST-COVID19: OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR Y CONSOLIDAR LA MEDIACIÓN

NURIA BELLOSO MARTÍN  
Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universidad de Burgos

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. RAZONES SOCIOLÓGICO-POLÍTICAS: LA SOCIEDAD DEL POSTCORONAVIRUS COMO OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR LA MEDIACIÓN. III. RAZONES JURÍDICAS Y DE OPORTUNIDAD: AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD Y RESPUESTA LEGAL: 1. Estado de la cuestión; 2. Oportunidad para impulsar la mediación: un escenario propicio. IV. REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

En España, la mediación –tanto la intrajudicial como la extrajudicial– siguen siendo dos procedimientos de acceso a la justicia poco conocidos por parte de los ciudadanos. De forma muy sucinta cabe señalar tres instrumentos clave para articular la mediación en nuestro contexto como son: 1) la *Ley de mediación 5/2012 e 6 Julio, sobre asuntos civiles y mercantiles*;<sup>1</sup> 2) el *Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación*, aprobado el 11 de enero de 2019;<sup>2</sup> 3) el Foro para la mediación del Ministerio de Justicia<sup>3</sup> Orden JUS/57/2019, de 22 de enero, por la que se crea el Foro para la mediación a partir del cual se han configurado cuatro Grupos de Trabajo para avanzar de forma especializada en dar forma y concretar el citado Anteproyecto.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> La legislación reguladora de la mediación en el ámbito nacional español es: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

<sup>2</sup> Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación. Disponible en: <https://www.aeafa.es/files/.../anteproyectoleyimpulsomediacion...>

El día 16 de enero de 2019 se presentó a información pública el citado *Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación*, abriéndose un periodo de alegaciones que concluyó el 11 de febrero de 2019. Al Anteproyecto se han presentado Informes con alegaciones de diversas instituciones y órganos entre los cuales, el CGPJ, el CGAE, GEMME España y CUEMYC.

<sup>3</sup> Orden JUS/57/2019, de 22 de enero, por la que se crea el Foro para la mediación Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/.../BOE-A-2019-1104.pdf>

<sup>4</sup> Los Grupos de Trabajo creados son: GT1 Formación y mediación; GT2 Mapa y Observatorio de mediación; GT3 Asistencia jurídica gratuita y mediación; GT4 Calidad y código de buenas prácticas en mediación. Están integrados por representantes de diversas instituciones de

Restricciones a la libertad de circulación de las personas, incremento de los conflictos interpersonales y suspensión de términos y plazos procesales con la consiguiente crisis provocada por el coronavirus, ha puesto de manifiesto con mayor claridad que la Administración de Justicia necesita de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos para que, junto con el sistema de sede judicial, se facilite ese derecho de acceso a la justicia que tienen reconocido constitucionalmente los ciudadanos.

Una vez que ha finalizado el estado de emergencia<sup>5</sup> y ya en la «nueva normalidad»,<sup>6</sup> se han reactivado los plazos procesales configurándose un escenario propicio para que la mediación puede encontrar su oportunidad no de implantarse – puesto que ya lleva implantada desde hace casi veinte años- sino de consolidarse y fortalecerse en tiempos del post-COVID-19, escenario en que se va a centrar este trabajo. Y ello se justificará explicando tanto el por qué como el cómo de esa ocasión propicia para fortalecer e impulsar definitivamente la mediación.

En cuanto al *por qué*, hay principalmente dos razones: La primera, por razones sociológico-políticas. Se ha creado el contexto sociológico que, a modo de caldo de cultivo idóneo, ha permitido entender la necesidad imperiosa de acudir a mecanismos flexibles, empáticos, respetuosos con la alteridad y la otredad, que minimicen riesgos emocionales e incertidumbres; la segunda, por razones legales y de oportunidad. El propio sistema de Administración de Justicia necesita incorporar la mediación para agilizar y descargar el ingente volumen de casos que ya están llegando a los tribunales y ello tanto por la suspensión de la mayoría de los procedimientos judiciales, limitado a los servicios esenciales con la consiguiente imposibilidad de interponer nuevas acciones judiciales durante tres meses, como por las nuevas acciones judiciales que han surgido dada la multitud de conflictos jurídicos derivados de la normativa promulgada para hacer frente a la pandemia.<sup>7</sup> Las conocidas ventajas que ya tenían estos procedimientos extrajudiciales (confidencialidad, rapidez y ahorro de costes) resultan más evidentes que nunca pero no son sólo esas ventajas más que conocidas las que justifican ahora impulsar la mediación, como se explicará.

En cuanto al *cómo*, se tratar de aprovechar la oportunidad que tanto por las razones sociológicas sino por razones técnicas, los ciudadanos demandan una res-

---

la Administración de Justicia, sociedad civil, Colegios profesionales (Abogados, Procuradores, Psicólogos) y Asociaciones de mediación. Los trabajos de estos GT en enero de 2020, lamentablemente se vieron suspendidas a causa de la declaración del estado de alarma y el consiguiente confinamiento. Lamentablemente, ello ha supuesto una interrupción en los avances del *Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación* y que el Ministerio de Justicia pasar a centrar su atención en el diseño de un Plan de choque Covid-19 y en el *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias*.

<sup>5</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692)

<sup>6</sup> Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, 28 de abril de 2020. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/280420-enlace-desescalada.aspx>

<sup>7</sup> URÍA & MENÉNDEZ. Compendio normativo de disposiciones aprobadas en relación con la crisis sanitaria del covid-19 (22 Mayo 2020) y Guía sobre cuestiones jurídicas clave relacionadas con la crisis sanitaria del covid-19 (1 Mayo 2020). <https://www.uria.com/es/otros/covid-19>

puesta ágil y ajustada a sus necesidades en una situación de numerosos litigios de todo orden social, laboral, mercantil, familiar, civil, administrativo). Con la finalidad de agilizar la actividad judicial en los órdenes afectados, el 28 de abril se aprobó el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la Administración de Justicia en relación con la gestión de la pandemia de coronavirus COVID-19 en el que llama la atención que no se contemplaran las formas complementarias de resolución de conflictos., perdiendo así una excelente oportunidad para que la Mediación se incorporara a las medidas del plan de choque Covid-19 y, de esta forma, al Plan Justicia 2030. Ello ha obligado a depositar la esperanza en el *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias*, que acaba de concluir su consulta pública. Todo ello implica que nos encontramos ante un momento crucial en cuanto a la posibilidad de impulsar la mediación finalmente, ya que desde la promulgación de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil no ha conseguido ni difundirse ampliamente entre los potenciales usuarios (ciudadanos y operadores del derecho) ni tampoco insertarse en el ámbito intrajudicial –más allá de loables Proyectos piloto- tal y como hubiera sido necesario. Lejos de progresar, si comparamos el grado de implantación y de usuarios de la mediación, se observa que tiene un resultado desigual ya que se ha avanzado más en determinadas Comunidades Autónomas en las que se camina en un modelo de justicia integral- como Valencia<sup>8</sup> y Cataluña- a través de Leyes específicas autonómicas, que son las que han dado el verdadero impulso. En otras Autonomías, confiadas en las bonanzas de la Ley de ámbito nacional 5/ 2012, apenas se ha avanzado.<sup>9</sup>

## II. RAZONES SOCIOLOGICO-POLÍTICAS: LA SOCIEDAD DEL POST-CORONAVIRUS COMO OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR LA MEDIACIÓN

Son muchos los interrogantes sobre si la sociedad del post-coronavirus será diferente a la que hasta ahora se conocía. Se han esgrimido diversos relatos y narrativas como explicación de esta pandemia, desde aquéllos que consideran que se acentuará el individualismo y el repliegue hacia el ámbito privado, con una cierta apatía con respecto a lo que sucede fuera del área de confort narcisista, a aquellos otros que, por el contrario, consideran que situaciones de enfermedad, dolor y muerte serán seguidas de una acentuación de la empatía, de comprensión y compasión ante el dolor ajeno, y que fomentarán una actitud de cooperación y solidaridad hacia el otro. Conviene indagar en qué medida esta situación que se ha vivido ha impactado en la vida de las personas, interrumpiendo sus rutinas y actividades diarias, obligadas a un confinamiento para el que no estaban preparadas y cómo todo ello incide en, al menos, una mínima transformación del modelo de sociedad.

Los principios informadores de la mediación como autonomía, cooperación, otredad, equilibrio de poder, neutralidad, flexibilidad, antiformalismo, resiliencia,

---

<sup>8</sup> Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-966](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-966)

<sup>9</sup> Ello no resta mérito a los esfuerzos e iniciativas llevadas a cabo por Asociaciones de mediación, magistrados, mediadores, Cámara de Comercio e Industria –como las de Burgos y de Valladolid- que han seguido difundiendo la mediación a través de Cursos y conferencias a la vez que han impulsado encuentros para dar a conocer los proyectos piloto que se estaban desarrollando en algunos ámbitos judiciales –como el contencioso-administrativo- en la Comunidad de Castilla y León.

pueden encontrar su reflejo en algunas características que cabe esperar sean las que también se incorporen a la sociedad que surja de esta pandemia.

Las narrativas sobre la sociedad que resultará en la era postpandémica ofrecen distintas interpretaciones. Desde lecturas a partir del binomio capitalismo-socialismo (Zizek) hasta quiénes auguran un reforzamiento de la solidaridad mundial (Harari, Cortina, Klein), desde defensores de sistemas comunitarios de corte asiático (Byung-Chul Han) a quienes sustentan una filosofía posmoderna y líquida que desconfía del otro (Bauman) y hasta quienes defienden una ética de la alteridad y del cuidado (Levinas). Las posibilidades de combinación son variadas: dualismos capitalismo/socialismo, liberalismo/ comunitarismo, y posmodernidad/ ética de la alteridad, entre otros.

Zizek, en un artículo publicado en el portal *Russia Today*<sup>10</sup> sentenció que «la epidemia del coronavirus es un ataque contra el sistema capitalista global», de manera que «Tal vez otro virus ideológico -más beneficioso- se expandirá y tal vez nos infecte: el virus de pensar en una sociedad alternativa, una sociedad más allá del Estado-nación, una sociedad que se actualice como solidaridad global y cooperación». A su juicio, sólo con una catástrofe los seres humanos serán capaces de replantearse los rasgos básicos de la sociedad en la que viven.<sup>11</sup>

Por su parte, Noah Harari explica los que considera serán algunos de los resultados de esta pandemia subrayando el empoderamiento ciudadano y la solidaridad mundial que, a su juicio, se forjará. En un artículo titulado «The world after coronavirus»<sup>12</sup> explica que en este momento de crisis, los ciudadanos se enfrentan a varias elecciones, siendo la que ahora nos interesa destacar la que plantea la elección entre aislamiento nacionalista y solidaridad mundial. Apunta que tanto la propia epidemia como la crisis económica y social resultante son problemas mundiales -aunque más agudizado en unos países que en otros-. Esta confianza de Harari en las alianzas no sólo regionales sino mundiales contrasta con la realidad de las dificultades con las que tropieza en Derecho internacional. Esa misma confianza en que el sufrimiento que se ha experimentado con esta situación aporte una transformación y que perdure el espíritu solidario, es la que sustenta la filósofa Adela Cortina cuando considera que este «es el momento de la solidaridad universal».<sup>13</sup>

En esta línea de llamada a la solidaridad se sitúa también Naomi Klein quien sostiene que en un momento de crisis como en el que nos encontramos se pone de

---

<sup>10</sup> ZIZEK, Saso, «El coronavirus es un golpe al capitalismo a lo 'Kill Bill' que podría reinventar el comunismo», *Russia Today*, (29 feb 2020). <https://actualidad.rt.com/actualidad/344511-slavoj-zizek-coronavirus-golpe-capitalismo-kill-bill-reinventar-comunismo>

<sup>11</sup> Zizek anhela un modo de vida menos individualista y más comunitaria. «No soy utópico, no apelo a la solidaridad entre los pueblos. Al contrario, creo que la actual crisis demuestra que la solidaridad y la cooperación responden al instinto de supervivencia de cada uno de nosotros, y que es la única respuesta racional y egoísta que existe. No solo para el coronavirus [...] ZÍZEK, Saso, *PANDEMIC! COVID-19 Shakes the world*, OR/Books, 2020.

<sup>12</sup> HARARI, Yuval Noah, «Yuval Harari: El mundo después del coronavirus», *Diario La Vanguardia* (05.04.2020) (trad. de artículo publicado en *Financial Times*, trad. de Juan Gabriel López Guix. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/yuval-harari-mundo-despues-coronavirus.html>

<sup>13</sup> CORTINA, Adela, *Diario La Vanguardia*, Valencia (25/03/2020). [www.lavanguardia.com > miercoles-25-de-marzo-de-2020-1300-gmt](http://www.lavanguardia.com/miercoles-25-de-marzo-de-2020-1300-gmt)

manifiesto la interrelación entre todos. «En lugar de acaparar y pensar en cómo uno puede cuidarse a sí mismo y a su familia, debería de hacerse un cambio y pensar en cómo compartir con los vecinos y ayudar a las personas que son más vulnerables». <sup>14</sup> Ahora bien, la confianza en los demás Klein no la aplica a todos por igual y advierte de que debe desconfiarse de quien tiene el poder en situaciones de emergencia porque señala que suele haber una tendencia a aprovecharse de esas situaciones e implementar políticas (económicas, sociales, jurídicas) que serían objeto de rechazo por los ciudadanos en una situación de normalidad. La «doctrina del shock» es «la estrategia política de utilizar las crisis a gran escala para impulsar políticas que sistemáticamente profundizan la desigualdad, enriquecen a las elites y debilitan a todos los demás». <sup>15</sup> El shock es realmente el propio virus. Y ha sido manejado de una manera que maximiza la confusión y minimiza la protección. Su teoría del *shock* la reconvierte ahora en una «doctrina del *shock* pandémico», a la que llama el nuevo pacto o *New Deal* de las Pantallas (*Screen New Deal*). <sup>16</sup>

En este contexto de incertidumbre y peligros ante una amenaza desconocida como era el virus, conviene recuperar el concepto de «sociedad del riesgo», que deriva de una publicación del sociólogo Beck, en 1986. <sup>17</sup> Como explica De Giorgi, el riesgo es «una modalidad de relación con el futuro y su clave es que se trata de una elección entre formas de actuación arriesgadas, es decir, consiste en una distribución de futuros beneficios o de futuros daños bajo el aspecto de una inseguridad presente». <sup>18</sup> En una sociedad del riesgo las decisiones adquieren una gran relevancia. Si se opta por el confinamiento, aislamiento, cierre de fronteras e hibernación económica, hay que asumir unas consecuencias que entrañan peligro (peligro de que las empresas no consigan después recuperar su actividad, riesgo de secuelas en las personas confinadas), todo ello reflejando la oposición maniquea que se ha venido pretextando como es la de Salud pública/Economía. El riesgo adopta diferente significado si lo construimos con la diferencia riesgo / seguridad o con la diferencia riesgo / peligro. Paradójicamente, estos planteamientos contrastan con la escasa atención que se dedicaba al futuro, al largo plazo, centrándose en el presente, siendo una sociedad dominada por el presentismo (todo se quiere aquí y ahora). <sup>19</sup> La crisis del COVID-19 hace que el modelo de la sociedad del riesgo se haya visto ampliada a una sociedad del miedo. <sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> KLEIN, Naomi, «Coronavirus Is the Perfect Disaster for ‘Disaster Capitalism’» [https://www.vice.com/en\\_us/article/5dmqyk/naomi-klein-interview-on-coronavirus-and-disaster-capitalism-shock-doctrine](https://www.vice.com/en_us/article/5dmqyk/naomi-klein-interview-on-coronavirus-and-disaster-capitalism-shock-doctrine)

<sup>15</sup> KLEIN, Naomi, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, trad. de Isabel Fuentes García; Albino Santos Mosquera y Remedios Diéguez Diéguez, Ed. Booket, 2007.

<sup>16</sup> KLEIN, Naomi, «Screen New Deal. Under Cover of Mass Death, Andrew Cuomo Calls in the Billionaires to Build a High-Tech Dystopia», *The Intercept* (8 Mayo 2020). <https://theintercept.com/2020/05/08/andrew-cuomo-eric-schmidt-coronavirus-tech-shock-doctrine/>

<sup>17</sup> BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

<sup>18</sup> DE GIORGI, Raffaele, *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

<sup>19</sup> INNERARITY, David y SOLANA, Javier (Organizadores), *La Humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, trad. de Emilio Moreira Guedes, Lisboa, Teodolito, 2013.

<sup>20</sup> Para una definición del miedo, *vid.* ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, II 5, 1382<sup>a</sup>: 21; también, III, 6-7, donde se incide en la definición del miedo como expectación de un mal.

Este tipo de situaciones alberga varias reacciones que, incluso contradictorias, suponen una fractura de las estructuras sociales. Por un lado, el aislamiento social y el confinamiento obligado han contribuido a poner de manifiesto la necesidad que el ser humano tiene de los demás y se ha recuperado la sociabilidad por naturaleza -en la línea aristotélica- (reflejado más inmediatamente en el deseo de recuperar el contacto con familiares y amigos pero también con otras personas). Se desea seguir desarrollando la comunicación social, la alteridad, la relación con el otro.<sup>21</sup>

Pero también puede producirse una reacción contraria: el miedo al contagio y la obligada distancia social que puede suponer el contacto con el otro, también ha implicado la recuperación de la filosofía sartriana del «infierno son los otros», de mirar al otro con sospecha, como un enemigo. El potencial contagiante acaba desembocando en una reformulación semántica de la alteridad con el otro. Se presentan diversas hipótesis sobre cómo será la era post-coronavirus: si se recuperarán sin más las relaciones con el otro, sin miedo a la proximidad o si habrá que redefinir las relaciones con el otro. Entendemos que en un primer momento primará la sospecha para después, afianzar la proximidad y la empatía.

Algunos autores -y también mandatarios políticos- se han instalado en el negacionismo sustentando que la pandemia no era tan grave como para provocar una crisis. En esta línea, Agambem, refiriéndose a Italia, explicaba que el pánico había mostrado que la sociedad no cree en nada más allá que en su propia vida y que los italianos estaban dispuestos a sacrificar todo para evitar caer enfermos. Se preguntaba qué es lo que cambiaría en las relaciones humanas si nos acostumbráramos a vivir así, como si otros seres humanos no fueran más que posibles contaminadores. Se cuestiona qué es una sociedad cuyo único valor es la supervivencia. Una sociedad en permanente estado de emergencia no puede ser libre, no percibe que la vida se redujo a la condición biológica perdiendo su dimensión social, política y emocional a partir de los experimentos que han hecho los gobiernos que se apoyan en Universidades y escuelas cerradas, sin debatir cultura y política, intercambiando mensajes virtuales e interactuando sólo con máquinas. La sociedad de la pos-pandemia corre el peligro de acentuar mucho más el individualismo y desinteresarse por las propuestas de comunidad.<sup>22</sup>

Ese dualismo entre una sociedad individualista-liberal y otra autoritaria-comunitaria es la que Byung-Chul Han ha destacado en los distintos modos con que Asia y Europa se han enfrentado a la pandemia.<sup>23</sup> En su obra *Sociedad del cansancio*,

---

<sup>21</sup> Se ha sustituido la presencialidad por las diversas opciones que ofrecen las nuevas tecnologías.

<sup>22</sup> AGAMBEN, Giorgio, «The Invention of an Epidemic», *European Journal of Psychoanalysis* (Publicado en Italia en *Quodlibet*, <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>) (26 Febrero 2022) <https://www.journal-psychoanalysis.eu/coronavirus-and-philosophers/>

<sup>23</sup> En su obra *Sociedad del cansancio*, de 2017, ofrecía un relato de sociedad inmunológica según la cual, la sociedad occidental está sufriendo un silencioso cambio de paradigma, un exceso de positividad que está conduciendo a una sociedad del cansancio. HAN, Byung-Chul, *Sociedad del cansancio*, trad. de Arantxazu Saratzaga Arregi 2ª ed., Barcelona, Herder Editorial, 2017; también, *vid.* HAN, Byung-Chul, «Entrevista», trad. de Alberto Ciria Madrid, Diario *El País* (22 Marzo 2020). <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>

de 2017, ofrecía un relato de sociedad inmunológica según la cual, la sociedad occidental está sufriendo un silencioso cambio de paradigma, un exceso de positividad que está conduciendo a una sociedad del cansancio. HAN, Byung-Chul, *Sociedad del cansancio*, trad. de Arantzazu Saratzaga Arregi 2ª ed., Barcelona, Herder Editorial, 2017; también, *vid.* HAN, Byung-Chul, «Entrevista», trad. de Alberto Ciria Madrid, Diario *El País* (22 Marzo 2020). Han no confía en que el virus vaya a aportar una mirada hacia el otro ni que derive en un incremento de solidaridad. Por el contrario, advierte que «El virus nos aísla e individualiza. No genera ningún sentimiento colectivo fuerte (...). La solidaridad consistente en guardar distancias mutuas, no permite soñar con una sociedad distinta, más pacífica, más justa. No podemos dejar la revolución en manos del virus». Han desconfía del otro, de la alteridad y, por ende, de la idea de comunidad y de un trabajo en favor del bien común. Señala que «El tiempo en que el otro existía ha pasado. El otro como misterio, como amigo, como deseo, como pesadilla se va desvaneciendo, y en su lugar se instala un infierno en el que todo es igual, indiferente».<sup>24</sup> Si desaparece la idea de comunidad sólo queda una sensación de soledad, de desconfianza hacia el otro, hasta llegar a la indiferencia: poco importa lo que le suceda al otro mientras a mí no me afecte. Frente al comunitarismo, «la perspectiva individualista y liberal no ha sabido construir un yo responsable y solidario; la sociedad está fragmentada y es preciso reforzar el valor de la comunidad para conseguir que el individuo se sienta responsable respecto a ella».<sup>25</sup>

Por último, otra perspectiva es la que ofrece el binomio de la filosofía de la postmodernidad y del pensamiento débil, desconfiando de la relación con el otro, que tiene a Bauman como uno de sus representantes más significativos<sup>26</sup> y a la ética de la otredad, por otro lado, en la línea de Levinas, con su defensa de la ética de la alteridad.<sup>27</sup> Lo que diferencia a la sociedad actual de aquella de la Modernidad en su fase sólida, que buscaba ser duradera y resistente al cambio, es la creciente debilidad de los lazos sociales. Según Bauman, el cambio social entre la Modernidad y la postmodernidad hace florecer un mayor individualismo que conlleva una aptitud de competencia permanente, en detrimento de aptitudes solidarias, lo que provoca una propensión al miedo a la caída social, y por lo tanto produce una búsqueda constante de la seguridad. Nos recuerda los riesgos y angustias de vivir juntos y separados en nuestro moderno mundo líquido.

Frente a una búsqueda de la humanidad en el egocentrismo y en el aislacionismo, la corriente de pensamiento que impulsa la otredad, sostiene la identidad a través de la alteridad. La alteridad implica relación, comunicación, subjetividad, formando una sociedad en la responsabilidad del Yo para con el Otro. «Capto al Otro como alteridad que no poseo ni puedo poseer, y esto me induce a respetar al Otro en su diferencia y especificidad. Mediante la toma de conciencia de la alteridad del Otro, y de mi propia alteridad constitutiva, comienza un nuevo pro-

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> BENEDICTO RODRÍGUEZ, Rubén, «Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado», *STVDIVM. Revista de Humanidades*, nº16, 2010, pág. 206.

<sup>26</sup> BAUMAN, Zygmunt, *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica de España, 2005.

<sup>27</sup> LÉVINAS, Emmanuel, *Totalidad e infinito*, Salamanca, Sígueme, 2006; también, LEVINAS, Emmanuel, *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pre-textos, 2001. La alteridad se da en un ámbito nuevo del ser y de la esencia, que consiste precisamente en un *no-lugar* (de nuevo, la categoría del espacio, ahora con otro sentido).

yecto de relación interpersonal basado en el diálogo, el respeto, la tolerancia, y la aceptación de la diferencia –y no solo de la semejanza–.<sup>28</sup>

En definitiva, la evolución de una sociedad pre-Covid a una post-Covid constituye el reflejo de unos cambios que se irán articulando. Del individualismo, desconfianza, aislamiento, rigidez, obligatoriedad, incomunicación (o comunicación artificial), caracterizada por la incertidumbre y caldo de cultivo del conflicto, cabe esperar que ya se haya iniciado una sociedad de la otredad/sociabilidad, confianza en los otros, solidaridad, disposición, tolerancia, comprensión, búsqueda de comunicación (real y sino, virtual), a una búsqueda de la paz y alejamiento del conflicto. Esta sociedad post-Covid tendrá a su vez su reflejo en los valores y principios por lo que se rige la mediación, con mucha mayor fuerza y posibilidades de consecución que en el estadio pre-Covid: empatía, reconocimiento del otro (tanto de las partes mediadas como del mediador en cuanto agente facilitador de acuerdos), cooperación, voluntariedad, flexibilidad, no juzga, fomenta la escucha activa y el diálogo, promueve una cultura de la paz y cuida de proyectarse en el futuro. Precisamente en los tiempos convulsos es donde se podrá reflejar mejor si la sociedad experimentará o no algún tipo de transformación: si se reforzarán los lazos entre individuo y comunidad, si se consolidará la comunidad de valores que anime al individuo a asumir compromisos con valores colectivos, como son la reciprocidad, la confianza, la solidaridad, la tolerancia. Estos cambios en la sociedad no serán inmediatos sino que será necesario un periodo de transición. Habrá efectos que sean como un espejismo, teniendo fuerza escasísimo tiempo; otros se consolidarán.

### III. RAZONES JURÍDICAS Y DE OPORTUNIDAD: AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD Y RESPUESTA LEGAL

#### 1. Estado de la cuestión

La emergencia sanitaria sobrevenida como consecuencia de la pandemia de COVID-19 en España dio lugar a la declaración por el Consejo de Ministros del estado de alarma a través del RD 463/2020, vigente desde el 14 de Marzo de 2020, prorrogado en cinco ocasiones y que se ha extendido hasta el día 21 de junio. La Administración de Justicia se ha visto gravemente alterada por la declaración del estado de alarma. El 13 de marzo se fijaron los servicios esenciales en la Administración de Justicia, necesarios para garantizar el funcionamiento del Estado de Derecho y la tutela de los derechos de la ciudadanía.

En el Real Decreto-ley 11/2020 publicado el 1 de abril, sobre medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, el Gobierno ya reflejó la necesidad de aprobar un plan de actuación para agilizar la actividad judicial cuando la misma se reanudara. En su Disposición adicional decimonovena, que lleva por rúbrica *Agilización procesal*, dice: «Una vez que se haya dejado sin efecto la declaración del estado de alarma y de las prórrogas del mismo que, en su caso, se hayan acordado el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, aprobará a la mayor brevedad posible y en todo caso en el plazo máximo

---

<sup>28</sup> QUESADA TALAVERA, Balbino, «Aproximación al concepto de ‘alteridad’ en Levinas. Propedéutica de una nueva ética como filosofía primera», *Investigaciones fenomenológicas*, vol. monográfico 3: Fenomenología y política, 2011, págs.403-404.

de 15 días, un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo así como en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil con la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica tras la superación de la crisis». No se alude a la jurisdicción civil pero resulta previsible que sea uno de los que también reciba muchas acciones judiciales. Las cláusulas *rebus sic stantibus* y la fuerza mayor no resultan suficientes para dar respuesta al previsible aumento del volumen de litigios.<sup>29</sup>

Distintos órganos e instituciones como el Consejo General de la Abogacía Española -CGAE-, el Consejo General de Procuradores de España, el Consejo General del Poder Judicial -CGPJ-<sup>30</sup> y el Ministerio Fiscal hayan elaborado diversos Planes y medidas para que, una vez que finalizara el estado de alarma, se reanudara la actividad de la Administración de Justicia. Además de estas iniciativas, se creó la Comisión de Coordinación de Crisis de la Administración de Justicia para la lucha contra el coronavirus; y como ya se ha indicado, se ha aprobado el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.<sup>31</sup> Este Real Decreto ha sido

<sup>29</sup> Ya se han preparado diversas acciones judiciales en todos los órdenes jurisdiccionales: social (despidos, ERES, ERTES), civil-mercantil (concurso, desahucios, procedimientos de familia), penal (sanciones por incumplir el confinamiento), contencioso-administrativo (incumplimiento de contratos por la Administración pública, requisa de material sanitario a empresas) y otros muchas. Sindicatos y asociaciones podrían presentar procesos contencioso-administrativos multitudinarios para evitar el colapso judicial que conllevaría la interposición de demandas a título individual. Por otro lado, contra el Estado se están preparando diversas acciones judiciales tanto en vía contencioso-administrativa (negligencia en actuaciones sanitarias; negligencia en actuaciones en residencias de ancianos) como en vía penal (querrelas que van desde homicidio imprudente, lesiones imprudentes, prevaricación, delitos contra la salud pública, omisión del deber de perseguir delitos, imprudencia profesional o delitos contra los trabajadores por infracción de las normas en materia de prevención laboral). Ello permite entender que, junto a la fase de desescalamiento del confinamiento se inaugurará la «fase de criminalización del contagio» de manera que «la pandemia se convertirá en un gran juicio colectivo».

<sup>30</sup> Por ejemplo, el CGPJ ha elaborado un Plan de choque que contenía cinco bloques: 1. Medidas organizativas y procesales; 2. Medidas para la solución extrajudicial de conflictos; 3. Medidas para la protección de colectivos vulnerables; 4. Medidas tecnológicas; 5. Plan de formación específico. Hasta ahora, se ha publicado el primer bloque («Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma. Consejo General del Poder Judicial») y el tercero «Medidas para la protección de colectivos vulnerables». [www.poderjudicial.es/stfls/DOCUMENTOS\\_DE\\_INTERES/PRIME](http://www.poderjudicial.es/stfls/DOCUMENTOS_DE_INTERES/PRIME). Asimismo, el CGPJ ha publicado una «Guía de buenas prácticas para la reactivación de la actividad judicial y la prevención de contagios por COVID-19 en Juzgados y Tribunales» y un «Protocolo de actuación para la reactivación de la actividad judicial y salud profesional». <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/>

<sup>31</sup> El Real Decreto Ley se estructura en tres capítulos. El capítulo I regula las medidas de carácter procesal; En el capítulo II se incluyen medidas en el ámbito concursal y societario; El capítulo III regula medidas de carácter organizativo y tecnológico destinadas a afrontar de manera inmediata las consecuencias que ha tenido la crisis del COVID-19 sobre la Administración de Justicia. Entre las medidas organizativas de los juzgados recogidas en este RD se contempla la celebración de actos procesales de forma telemática y turnos de mañana o tarde para todo el personal de la Administración de Justicia, además de que incluye otras medidas como la dispensa en la utilización de togas o la atención telefónica y por correo electrónico al público en sedes judiciales. La norma prevé el establecimiento

objeto de diversas críticas tales como que debía de haber ido acompañado de una inversión específica aunque sea temporal en medios personales y materiales. Destacamos que lamentablemente se ha perdido una oportunidad para haber incluido los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. Hubiera convenido que se implantara, al menos, una sesión informativa sobre mediación en los procedimientos civiles y mercantiles. Se trataba de una ocasión para hacer entender a los ciudadanos que tanto la mediación como el arbitraje son mecanismos eficaces para solucionar sus diferencias.

Con la finalidad de acometer reformas estructurales, el Ministerio de Justicia está trabajando en el *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias* y que está previsto se apruebe en breve.<sup>32</sup> Todas ellas tienen en común la imperiosa necesidad de agilizar la actividad judicial en los órdenes afectados, con la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica, tras la superación de la crisis.<sup>33</sup>

## 2. Oportunidad para impulsar la mediación: un escenario propicio

Desde el *Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación*, aprobado el 11 de enero de 2019, ya se estaban estudiando distintas medidas, principalmente mediante reformas legales, para establecer mecanismos de impulso a la mediación. Tal y como

---

de juzgados COVID-19. La Administración de Justicia ya arrastraba un problema de lentitud que ahora se ha visto incrementado por lo que consideran que este RD aporta muy poco a lo que se añade la crítica del escaso impulso a la digitalización (en otros países ha funcionado: celebración de juicios en línea, audiencias públicas, declaraciones por videoconferencia, gestión procesal).

<sup>32</sup> En relación a este *Anteproyecto de Ley de Medidas Procesales, Tecnológicas y de Implantación de Medios de Solución de Diferencias* y con carácter previo a la elaboración del texto legal, el Gobierno de España ha sometido a consulta pública, desde el 8 hasta el 23 de junio de 2020, por medio de un cuestionario -a través del sitio web del Ministerio de Justicia- un documento base en que se exponen los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma, la necesidad y oportunidad de su aprobación, sus objetivos y las posibles alternativas. [https://ficheros.mjusticia.gob.es/Consulta\\_publica\\_APL\\_MEDIDAS\\_PROCESALES\\_solucion\\_diferencias.pdf](https://ficheros.mjusticia.gob.es/Consulta_publica_APL_MEDIDAS_PROCESALES_solucion_diferencias.pdf).

Una vez concluido el plazo, entidades e instituciones han presentado sus alegaciones. De especial interés son las presentadas por GEMME y principalmente por CUEMYC.

<sup>33</sup> El *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias* pretende la consecución de tres objetivos principales, tal y como ha explicado el Ministerio: El primero es promover un sistema extrajudicial de resolución de controversias paralelo y complementario a los juicios para evitar la «hiperjudicialización de la vida en sociedad» y descargar a los tribunales, explica el Ministerio. «Justicia propone, por ejemplo, regular un sistema que fomente el uso de la negociación entre las partes antes de interponer una demanda en el orden civil; y que una vez iniciada la vía judicial el juez o el tribunal puedan derivar a las partes a la mediación para intentar buscar un acuerdo negociado. Plantea además arbitrar incentivos para esa resolución extrajudicial de conflictos y analiza cómo responder cuando una de las partes se niegue de forma injustificada a intentar una mediación»; El segundo objetivo es el de «agilizar los procesos para reducir en el posible el tiempo de respuesta de los tribunales, lo que implica revisar las leyes de procedimiento que rigen en todos los órdenes jurisdiccionales (civil, contencioso-administrativo, social y penal)». Y el tercer objetivo del Anteproyecto es la transformación digital de la Justicia, para lo que se pretende facilitar que determinadas actuaciones judiciales se comuniquen por medios telemáticos, para evitar que tanto ciudadanos como profesionales tengan que desplazarse hasta los juzgados.

establecía el Anteproyecto, habría que proceder a reformar tres Leyes: la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; la LEC 1 /2000 y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Resulta llamativo que durante el periodo de confinamiento no se ha hecho mención al *Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación* y transcurridos tres meses, en lo que se esté trabajando desde el Ministerio de Justicia sea el *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias*. Ello permite entender que con este último Anteproyecto sobre «*implantación de medios de solución de diferencias*» se pretende regular esos diversos medios entre los que estaría la mediación. Aunque no sea más que una sospecha, obliga a realizar algunas puntualizaciones al respecto:

- La denominación genérica de «*medios de solución de diferencias*» invita a pensar que la mediación queda muy rebajada en su protagonismo como medio por excelencia de gestión de conflictos complementario a la Administración de Justicia. La mediación cuenta con un desarrollo legislativo, tanto en cada Comunidad Autónoma como a nivel nacional, es un procedimiento regulado, con efectos procesales y jurídicos (homologación y ejecución de acuerdos), diseñado en su procedimiento, con un estatuto del profesional mediador, elementos todos ellos con los que no cuentan otros «*medios de solución de diferencias*».

- En el Anteproyecto parece persistir la confusión entre los distintos sistemas de gestión de conflictos ya que se hace referencia a soluciones consensuadas, prácticas colaborativas, soluciones negociables, que acaban ocultando el protagonismo que debe acompañar a la mediación. Las soluciones consensuales y negociadas no van precedidas del armazón legislativo, procedimental y garantista con los derechos de las partes mediadas que acompaña a la mediación. Los medios complementarios de resolución de conflictos y principalmente la mediación, ya están implantados, regulados, se vienen aplicando con un elevado porcentaje de éxito y están comprobados sus excelentes resultados en cuanto a la resolución de los conflictos y pacificación entre las partes. Cuestión distinta es que en nuestro país resultaba necesario un impulso legal de estos medios en general y de la mediación en particular, reforma legal que debe de ir acompañada de medios presupuestarios, materiales y personales.

Es por ello que defendemos que o bien se recupera y se sigue trabajando en mejorar el *Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación* o bien se realizan los debidos ajustes y modificaciones al *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias* para que la mediación ocupe el lugar que la corresponde y se fortalezca, convirtiéndose en el procedimiento de gestión complementaria de conflictos por excelencia. Para ello, proponemos se lleven a cabo tres reformas legislativas que serían hechos concretos para difundir, impulsar y consolidar la mediación:

a) Obligatoriedad de la mediación civil: Conviene recordar que el *Anteproyecto de impulso a la mediación*, en su artículo 2, modificaba la Ley 1/2000, la LEC, e introducía la denominada «obligatoriedad mitigada» de la mediación.<sup>34</sup> En el esce-

---

<sup>34</sup> Esta obligatoriedad mitigada significaba que, en numerosas materias (asuntos matrimoniales, guarda y custodia de hijos, sucesiones, división judicial de patrimonios, negligencia profesional, conflictos entre socios, responsabilidad civil salvo por asuntos de circula-

nario post-Covid, se plantea ir más allá e introducir la obligatoriedad de la mediación civil,<sup>35</sup> siguiendo el modelo de implantación de la mediación como procedimiento obligatorio previo a acudir a la vía judicial en algunos sistemas de Derecho comparado.<sup>36</sup> Incluso en nuestro sistema jurídico algunos Magistrados están reclamando el uso de la mediación obligatoria *ex lege* como requisito de precedibilidad previo al ejercicio de la acción judicial para resolver los problemas de los conflictos entre particulares y su posible judicialización que surgirá a raíz de la declaración del estado de alarma.<sup>37</sup>

Las razones comúnmente aducidas para avalar tal obligatoriedad son las de que contribuiría a dar la difusión que no tenía la mediación además de que facilitaría a cualquier ciudadano, aunque no tuviera medios económicos, poder utilizar la mediación. Sin embargo, también hay otros argumentos que justifican una cierta reticencia a admitir tal obligatoriedad ya que si una de las características de la mediación es que se trata de un procedimiento eminentemente voluntario y colaborativo entre las partes, en consecuencia no podría exigirse tal obligatoriedad. Tales reticencias se han ido resolviendo progresivamente en la medida en que los planteamientos van, por un lado, en relación a que la obligatoriedad se aplique solo a la sesión informativa<sup>38</sup> y, por otro, a que tal obligatoriedad

ción, alimentos entre parientes, reclamaciones de menos de 2000 euros, defectos de construcción y asuntos de honor, intimidad y propia imagen, así como juicios de arrendamientos que deban tramitarse por juicio ordinario) se establece la mediación extrajudicial previa como un presupuesto procesal para la admisión a trámite de la demanda. Se trata pues, de un requisito necesario que habrá que acreditar junto con la presentación de la demanda. Obviamente, lo único que es obligatorio es asistir a la sesión informativa y a una primera sesión explicativa del conflicto, que pueden celebrarse en un único acto.

<sup>35</sup> Por ejemplo, en esta línea, el CGPJ ha propuesto establecer un procedimiento extrajudicial obligatorio en materia de transporte aéreo para las reclamaciones por cancelación, denegación de embarque o retraso. Podría acudirse a la vía judicial por la vía de la impugnación de la resolución que pusiera fin a ese procedimiento.

<sup>36</sup> GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «La mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario de mediación y solución de conflictos*, N.º. 3, 2015, págs. 21-36.

<sup>37</sup> MAGRO SERVET, Vicente, «La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus», *Diario La Ley*, N.º 9618, Sección Plan de Choque de la Justicia, 22 de Abril de 2020, Wolters Kluwer. [https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEABXKSw6AIAwA0duwNI2\\_uOnOG4gHqFqVBCKBMXJ7cZYvY7YNRw21BgaATj0cohGHNdQALfQ\\_mD2PsursGXeykRUtUWy6eQ4GdUisPB2sZTopMJY1XexuqSj69wPLfBXOYQAAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEABXKSw6AIAwA0duwNI2_uOnOG4gHqFqVBCKBMXJ7cZYvY7YNRw21BgaATj0cohGHNdQALfQ_mD2PsursGXeykRUtUWy6eQ4GdUisPB2sZTopMJY1XexuqSj69wPLfBXOYQAAAA=WKE)

<sup>38</sup> Como explica G. Murciano Álvarez, siguiendo el camino abierto por el artículo 6 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco (SP/LEG/18097), el día 3 de marzo de 2020, el Parlamento de Cataluña anunció entre varios proyectos legislativos, el texto del Anteproyecto de ley de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña, en relación con el establecimiento de la obligatoriedad de la sesión previa sobre mediación en determinados conflictos familiares, y de modificación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. No se va a implementar una sesión informativa obligatoria, si no que esta ley, de aprobarse finalmente, va a facultar al juez a su remisión. Se habilita al juez para que en más supuestos pueda remitir a esa sesión obligatoria. Asimismo, recoge la posibilidad de que la sesión previa pueda continuar con una exploración del conflicto, tal como también se prevé en el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, si así lo acuerdan las partes. MURCIANO ÁLVAREZ, Gema, «Cataluña anuncia su

afectaría exclusivamente al orden civil. Además, tal obligatoriedad en ningún caso vulnera el art. 24.1 de la Constitución porque la obligatoriedad no excluye que la decisión última de acudir a esta vía se adopte de forma voluntaria por las partes ni tampoco impide la intervención judicial. Habrá que esperar al criterio por el que finalmente se opte por parte del *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias* en relación a la obligatoriedad.<sup>39</sup>

b) Incorporación de una cláusula más que de penalización (sistema sancionador) –que también debería contemplarse– de incentivo. Es decir, en el caso de que la negativa a la propuesta de mediación haya concluido en un acuerdo que no se haya aceptado por una o ambas personas mediadas y que su efecto sea después similar a la sentencia judicial, la penalización debería implicar como mínimo una condena en costas; igualmente, esta cláusula de penalización podría aplicarse «como una fórmula de «presión», ante el posible incumplimiento de una mediación obligatoria, por quien se haya negado a acudir a la mediación».<sup>40</sup> Pero no solo penalizando sino incentivando es como se contribuirá a difundir mediación. Así, «también resultaría interesante explorar la vía de incentivos fiscales que permitan desgravar parte de los gastos de la mediación, tal como ya se contempla en países de nuestro entorno».<sup>41</sup>

c) Incorporación de la mediación gratuita en la línea del beneficio de la justicia gratuita. Hasta ahora sólo está regulada la mediación familiar gratuita por parte de las Comunidades Autónomas, contemplándose este beneficio exclusivamente para mediaciones familiares.<sup>42</sup> El periodo del Covid-19 no sólo ha incrementado el número de conflictos sino que ha puesto de manifiesto las dificultades económicas por parte de algunas personas de poder acceder al servicio de mediación, lo que colisiona con el derecho de acceso a la justicia (art.24 CE). Algunas Comunidades Autónomas han dado respuesta a esta urgente necesidad para atender y gestionar los conflictos de las personas mediadas durante el confinamiento y hasta seis meses

---

*Anteproyecto de Ley de Sesión Obligatoria de Mediación*», 6 Marzo 2020. <https://blog.sepin.es/2020/03/cataluna-anuncia-su-anteproyecto-de-ley-de-sesion-obligatoria-de-mediacion/>; también, *vid. La sesión informativa en mediación*. Departamento Jurídico de Sepín Mediación, 2017.

<sup>39</sup> Entre las alegaciones presentadas por la CUEMYC al citado *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias*, en relación a esta obligatoriedad se propone: «El desarrollo de un sistema que establezca la necesidad de un intento de mediación previa entre las personas en conflicto antes de la interposición de la demanda en el orden civil. Incluso en los supuestos de controversias que hayan alcanzado la vía judicial, el Juez o Tribunal competente, en los casos en que así lo estime procedente, pueda derivar a las partes a intentar alcanzar un acuerdo mediante un proceso de mediación».

<sup>40</sup> Alegaciones de la CUEMYC al *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de resolución de diferencias*, pág.6.

<sup>41</sup> *Ibidem*, nota 2.

<sup>42</sup> Ya se había dado algún paso en esta dirección de configurar la posibilidad de la gratuidad de la mediación en ciertos casos. Basta recordar que la LEC 1 /2000 y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en su artículo 1 reformaban el artículo 6 de la Ley 1/1996, con el propósito de introducir la mediación como una prestación incluida dentro del sistema de justicia gratuita. Esta reforma es positiva y sigue la estela que estableció la Ley Valenciana de Mediación, aprobada el 21 de Noviembre de 2018, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

después de finalizar el estado de alarma.<sup>43</sup> Pero ya ha pasado el tiempo de conformarse con respuestas transitorias y arbitrar fórmulas estructurales.<sup>44</sup>

Los justiciables, además de poder acceder al sistema judicial acogiéndose al beneficio de justicia gratuita, también deberían poder optar por la mediación, en las mismas condiciones que si accedieran al sistema judicial. La carencia de recursos económicos no puede ser un impedimento para ejercitar el derecho de acceso a la justicia. De ahí que la mediación intrajudicial, como mínimo con las mismas exigencias que si se acogieran la/las personas mediadas al beneficio de justicia gratuita, debería de regularse y ello para todas las etapas de la mediación (desde la sesión informativa y a lo largo de todo el procedimiento de mediación, incluyendo dictámenes periciales si fueran necesarios). Asimismo, en la mediación extrajudicial también debería establecerse si tendría aplicación esa gratuidad y en qué condiciones.

Las propuestas sobre la gratuidad de la mediación contemplan la inclusión de un apartado 11 en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, con la siguiente redacción: «11. La intervención del mediador cuando cualquier persona opte por la mediación como modo de gestionar sus conflictos siempre que se reúnan las condiciones para acogerse al derecho a justicia gratuita según los requisitos establecidos en las disposiciones de esta Ley: a) Con carácter previo a la vía judicial; b) Cuando resulte de la derivación judicial; c) Cuando sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento.» Ahora bien, desde el Grupo de Trabajo «Asistencia jurídica gratuita y mediación», del Foro para la mediación del Ministerio de Justicia, entendemos que habría que ir más allá de esa inclusión del apartado 11 y ser más ambiciosos si realmente se pretende dar un verdadero impulso a la mediación.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> RESOLUCIÓN JUS/848/2020, de 1 de abril, por la que se acuerda la continuación de los procedimientos que instruye el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y la iniciación de un programa de mediación gratuita durante el estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia internacional de COVID-19- Diario Oficial de Cataluña, de 17-04-2020. <https://www.iberley.es/legislacion/resolucion-jus-848-2020-1-abril-acuerda-continuacion-procedimientos-instruye-centro-mediacion-derecho-privado-cataluna-iniciacion-programa-mediacion-gratuita-durante-estado-alarma-declarado-consecuencia-pandemia-internacional-covid-19-26544250>

Tal y como se establece en esta Resolución, se crea el «Programa Mediación: diálogo y acuerdo ante la COVID» (abreviadamente, «Mediación y COVID-19») según el cual, las personas que deseen resolver un conflicto a través de la mediación deberán solicitar el servicio mediante un correo electrónico al Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya. El mediador se asignará por proximidad al lugar de cada conflicto y las reuniones serán telemáticas. El texto establece que se priorizarán las consultas «relativas a la infancia, a las personas con discapacidad y a otros colectivos desfavorecidos».

<sup>44</sup> Desde CUEMYC y a través de sus dos representantes en el Grupo de Trabajo (Dra. Verónica López Yagües y la Dra. Nuria Beloso Martín) integrado en el Foro para la Mediación del Ministerio de Justicia se venía trabajando en relación a la gratuidad de la mediación mucho antes de la etapa pre-Covid. En la misma línea de la gratuidad, *vid.* las «Aportaciones presentadas por vocalías del Foro para la Mediación del Ministerio de Justicia, fruto de la reunión telemática mantenida el día 30 de abril de 2020, auspiciada por FAPROMED, para ser presentadas al pleno del Foro.

<sup>45</sup> Entre esas medidas se debe contemplar la correspondiente retribución a los mediadores. Las etapas de voluntarismo y puesta en marcha del procedimiento ya han pasado y se está ante un escenario en que se la profesionalidad es esencial por lo que los profesionales

Por último, y para complementar las razones legales y de oportunidad aquí expuestas, a modo de un baño de realidad, hay que exponer los poco halagüeños resultados en relación a la mediación de la reunión mantenida el pasado 02 de julio entre la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, D<sup>a</sup> Paula Novo Cuba, y las vocalías de El Foro para la Mediación, de la que se pueden derivar las siguientes conclusiones:<sup>46</sup>

- El texto del *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias* no es oficial y no se ha podido disponer del mismo. Únicamente, se ha podido participar en la consulta pública con unas preguntas «dirigidas» pero sin poder disponer del texto.
- Se pudieron confirmar las sospechas de que a la mediación la están restando su protagonismo y no la dejan que se consolide ni despliegue todo su potencial, equiparándola a otras formas consensuales y negociadas.
- La Ley de impulso a la mediación, de enero de 2019, quedará fagocitada (integrada) en el nuevo *Anteproyecto*.

Sólo nos podemos consolar con que desde el Ministerio de Justicia hay el propósito de:

- Modificar la ley de Enjuiciamiento Civil para el tema de la condena en costas cuando no se acuda a la vía negociada
- Extender el requisito de procedibilidad a «cualquier actividad previa de carácter negocial», y no solo a la mediación (obligatoriedad mitigada resultaría muy útil)
- Se está trabajando en la reforma de la ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y varios de los puntos repercutirán en el ámbito de la resolución de conflictos. En definitiva, tampoco ahora parece que vaya a llegar el momento del verdadero impulso y consolidación de la mediación.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

PRIMERA. En relación con la mediación, desde una perspectiva sociológico-filosófica se ha configurado un contexto que favorece que tanto operadores jurídicos como los propios ciudadanos, potenciales usuarios de la mediación, no sólo acepten sino que requieran la mediación. La sociedad de los tiempos post-Covid no es la misma que la sociedad pre-Covid. Situaciones de temor, miedo a la enfermedad y a la muerte, dolor por familiares cercanos sin haber tenido ocasión de elaborar el duelo, incertidumbre ante una enfermedad vírica desconocida, soledad, personas angustiadas por la hibernación económica y la imposibilidad de desarrollar su trabajo, son todas circunstancias todas ellas que, si por un lado han favorecido situaciones de aislamiento y desconfianza hacia el otro, también han propiciado la empatía, el ponerse en el lugar del otro, la cooperación y la solidaridad. Los valores que promueve la mediación (autonomía de la voluntad, autocomposición en la

---

de la mediación también deben recibir su justa retribución por los servicios. La dotación presupuestaria precisa para la ejecución de la medida se verá a corto plazo compensada ya que el costo medio de tramitación de un pleito es mucho más elevado.

<sup>46</sup> Para la valoración de tal Reunión seguimos aquí los Informes de dos de las Vocalías del Foro y que participaron de la misma, que son, respectivamente la Presidenta de CUEMYC, Dra. Leticia García Villaluenga, y por la vocalía de GEMME.

gestión de disputas, solución consensuada, autorresponsabilidad en la gestión de los conflictos), al estar muy cercanos a las vivencias experimentadas por tantos ciudadanos y en un contexto especialmente difícil, han favorecido un escenario idóneo para que la cultura de la mediación y los procedimientos de mediación puedan ser ahora no sólo aceptados por los ciudadanos sino buscados y requeridos por los justiciables.

SEGUNDA. Estamos ante un escenario de cambios que resultan de extrema relevancia ya que suponen dar un paso adelante definitivo para consolidar la mediación. El *Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación*, de 2019, parece haber caído en el olvido a raíz de los efectos del Covid-19 y los esfuerzos parecen haberse concentrado en el plan de choque Covid-19 ante el previsible colapso judicial por la llegada de numerosas acciones judiciales. El *Anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias* es el texto legal (aunque no sea oficial y ni los especialistas hayan tenido acceso al mismo) que ahora tiene todo el protagonismo. La situación derivada del Covid-19 no justifica por sí sola que jurídicamente se presenten ahora los «medios de solución de diferencias» como los que podrán mitigar los males del atasco judicial rebajando la mediación a ser uno más de esos medios.

TERCERA. El ahorro de costes económicos, temporales y emocionales y la por lo general, ejecución más eficaz de los acuerdos son ventajas de la mediación. Ahora bien, nos encontramos en un escenario en el que las virtudes de la mediación deben dejar de circunscribirse a que se trate de un procedimiento que, simplemente, ayude a evitar el colapso judicial en el orden jurisdiccional y debe darse la oportunidad a este procedimiento para que pueda demostrar su eficacia y solidez como solución complementaria a la judicial en la resolución de conflictos. Cuando se produce una crisis se acostumbra a considerar que también se abren nuevas oportunidades. Este impulso a «los medios de solución de diferencias» debe ir encaminado a que los mismos se configuren finalmente como medidas estructurales y no meramente como contingentes para solo unos meses en la era post-coronavirus. Para ello resulta imperativo y urgente realizar las reformas legislativas pertinentes. Y entre esas reformas, tres son urgentes: primero, la obligatoriedad de la sesión informativa –con un requisito de procedibilidad serio y contrastado que evite fraudes de ley-; segunda, la incorporación de una cláusula de incentivo / penalización a quienes rechacen un acuerdo en mediación que sea prácticamente idéntico al que después se llegue en sede judicial; y tercera, incorporación de la mediación al beneficio de asistencia jurídica gratuita. Si no se articulan las necesarias reformas legislativas, la mediación corre el peligro de quedar diluida como un procedimiento *soft law* de solución de diferencias.

MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA,  
de ANGELO RICCIO, ELENA LAUROBA, MARÍA CRISTINA DI PIETRO,  
entre otros, se imprimió en la República Argentina en octubre de 2020.