

ARGUMENTARIO SOBRE LA BUSQUEDA DE SOLUCIONES NEGOCIADAS EN EL PROCESO CIVIL

Raquel Alastruey Gracia

Magistrada

Juzgado de 1ª Instancia 52 de Barcelona

| | |
|---|----|
| ARGUMENTARIO SOBRE LA BUSQUEDA DE SOLUCIONES NEGOCIADAS EN EL PROCESO CIVIL..... | 1 |
| 1. La necesidad de hallar la mejor solución posible como manifestación de la tutela efectiva: el mandato constitucional (art. 117 vs. art. 24)..... | 3 |
| 2. La obligatoriedad de la conciliación intraprocesal: la audiencia previa (arts. 414, 415 y 428 LEC). Su aplicación en otros procesos. | 5 |
| 3. El ámbito para la búsqueda de soluciones negociadas: el conflicto interpersonal frente al objeto del proceso..... | 8 |
| 4. La actitud del Juez..... | 10 |
| 5. Las habilidades y los aspectos ambientales | 15 |
| 6. Los límites a la actividad mediadora/conciliadora del Juez (el pre-juicio)..... | 17 |
| A MODO DE CONCLUSION..... | 18 |

1. La necesidad de hallar la mejor solución posible como manifestación de la tutela efectiva: el mandato constitucional (art. 117 vs. art. 24)

A modo de arranque resulta necesaria la referencia constitucional a la función judicial, pues es precisamente el marco constitucional el que define y legitima la actividad del juez.

Desde una perspectiva procesalista clásica, se ha considerado antagónico el proceso judicial con otras formas de resolución de los conflictos interpersonales, de tal manera que la real existencia del primero suponía un desplazamiento de las demás. El proceso judicial es una de las formas heterocompositivas de solución de conflictos, que sitúan el acento en la imposición por un tercero, independiente e imparcial, de la decisión al conflicto o controversia que las partes le someten, llegando a negar la cualidad de "jurisdiccional" a las actuaciones de los órganos judiciales que no tuvieran por objeto decir el derecho en el caso concreto.

El texto constitucional establece que *"el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan"* (art. 117.3 C.E.), pero también indica y con categoría de derecho fundamental que *"todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"* (art. 24.1 C.E.). La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas se constituye, por tanto, en el deber fundamental de los jueces y tribunales y ello no puede reducirse al enjuiciamiento final, a la sentencia sobre el fondo.

Si entendemos la función judicial como la actividad racional que permite establecer una serie de hipótesis legales de solución al conflicto para alcanzar la más razonable, en definitiva, si se dirige a procurar la mejor solución jurídica posible a una controversia, no cabe duda de que en la función jurisdiccional está incluida la función conciliadora, es decir, aquella que procurará que los propios litigantes lleguen a un acuerdo, pues el conflicto gira sobre sus derechos, será mejor solución la asumida que la impuesta y, en definitiva, se satisfará plenamente el interés de las partes en cuanto ellas hayan podido decidir como poner fin al proceso.

No se trata más que de dar el paso desde una perspectiva "decisionista" de la actividad judicial a una justicia "solucionadora de conflictos", sin que una y otra resulten excluyentes.

Que no exista en nuestro Derecho patrio una referencia de principios o fundamental a la misión conciliadora del Juez, al modo en que consta en el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil francés ("il entre dans la mission du juge de concilier les parties"), no supone limitación alguna para considerar función del Juez español la de mediar entre las partes para que éstas logren un acuerdo que ponga fin a su conflicto, pues en tal caso, se estará consiguiendo la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos por medio de la actividad judicial, esto es, dando cumplimiento al mandato constitucional.

Por otra parte, no puede olvidarse el reconocimiento también constitucional a la disponibilidad de los derechos subjetivos. Los artículos 33 y 38 de la Constitución Española configuran la organización económica de la sociedad española como liberal capitalista, en la que se respeta la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y ello determina que sea básico en el proceso civil el principio de oportunidad y, su derivado, el principio dispositivo. En definitiva, y salvo los supuestos de interés público, la perspectiva constitucional de las relaciones entre particulares es la de reconocer a éstos la libertad para regular sus intereses privados, para disponer de ellos y para voluntariamente decidir sobre su defensa.

Pues bien, si la defensa de intereses privados se proyecta desde la libertad del individuo para disponer de ellos y si corresponde a los jueces y tribunales otorgar tutela efectiva a dichos intereses, una primera aproximación a la cuestión nos lleva a afirmar que la sentencia, esto es el pronunciamiento del derecho en el caso concreto por un tercero investido de "auctoritas" y "potestas", no será necesaria en todo caso y, lo que es más importante, la necesidad no la determinará el Estado, que asume la tutela de los ciudadanos a través del Poder Judicial, ni por tanto el órgano judicial que conozca del proceso. La necesidad de que finalmente se llegue a la decisión judicial sobre el fondo dependerá de los propios interesados.

2. La obligatoriedad de la conciliación intraprosesal: la audiencia previa (arts. 414, 415 y 428 LEC). Su aplicación en otros procesos.

Desde esta perspectiva de contingencia de la decisión judicial, el segundo estadio de reflexión es considerar, como parte de la función judicial, la necesidad de descubrir si, no obstante el planteamiento jurisdiccional de la pretensión y la resistencia, pueden los propios particulares gestionar autónomamente la solución a su conflictos, y correlativamente con ese poder, si el juez tiene el deber de ayudarles en la búsqueda de la mejor común solución¹.

La respuesta debe ser afirmativa a la vista de lo establecido en los artículos 414 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La función conciliadora del Juez no es novedosa en nuestro ordenamiento, ni exclusiva de nuestra cultura jurídica, si bien es cierto, que no siempre se ha destacado su obligatoriedad y que su razón de ser no ha pivotado sobre la libertad y responsabilidad individual, sino básicamente en la voluntad política del momento de descongestionar la justicia y de evitar dilaciones a la hora de obtener respuesta judicial a los conflictos inter-subjetivos.

La misma razón de carácter práctico y coyuntural (que los litigios ante los Tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar) que llevó a la Comisión de las Comunidades Europeas a elaborar un "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil" y que ha dado lugar a la Directiva 52/2008 de 21 de mayo de 2008; ya constituyó el fundamento de la Instrucción de Corregidores de 15 de mayo de 1788², recogida en la Novísima Recopilación que, al tratar sobre la actividad de los jueces ordenándoles cuidar "del breve despacho de las causas y negocios de su conocimiento, y de que no se atrasen, ni moleste á las partes con dilaciones inútiles, y con artículos impertinentes y maliciosos", señalaba que "evitarán en quanto puedan los pleytos, procurando que las partes se compongan amistosa y voluntariamente, excusando procesos en todo lo que no sea grave, siempre que pueda verificarse sin perjudicar los legítimos derechos de las partes".

Por lo tanto en nuestro Derecho hace más de 200 años que se regulaba una conciliación pre-procesal. Tampoco es ajena a otros ordenamientos jurídicos. En la reforma de la Ley Procesal Civil alemana (ZPO) de 27 de julio de 2001 se ha introducido una conciliación

¹ El propio art. 1819 C.C. pone de manifiesto el valor superior del acuerdo interpartes sobre la resolución judicial

² Novísima Recopilación. Ley X. Título I. De los Jueces Ordinarios.

obligatoria³. Incluso en un ámbito, que desde siempre se ha considerado innegociable, cual es el de los derechos fundamentales se admite y regula la posibilidad de un acuerdo amistoso⁴.

Lo que no podemos obviar, es que el legislador español ha querido en el marco del proceso, que el Juez sea conciliador. El mandato legal lo establece, para el ámbito civil, el artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar que “Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción... el tribunal,... convocará a las partes a una audiencia... Esta audiencia se llevará a cabo... para **intentar un acuerdo** o transacción de las partes que ponga fin al proceso...” y para ello obliga a las partes a asistir personalmente o mediante representante especialmente apoderado (414.2 LEC) ordenando graves consecuencias de no comparecer.

Pero además no sólo impone un intento de acuerdo, al iniciar la audiencia, cuando ni las partes ni el Juez conocen otros datos que los que resultan de los escritos alegatorios iniciales y de los documentos aportados con ellos, al que se refiere el artículo 415 LEC, sino que tras haber “saneado el proceso” y, en su caso, haber resuelto sobre pretensiones complementarias, deberá el Juez con las partes fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes y a la vista de ello “el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio” (art. 428.2 LEC).

Cabría plantearse si la omisión de referencia alguna al intento conciliatorio en sede de juicio verbal supone una prohibición o, por el contrario, una autorización por integración con lo dispuesto para el juicio ordinario. Claramente me muestro partidaria de esta segunda posición, no sólo porque entiendo que dentro de la función judicial está la de promover la

³ § 278. 1. El tribunal en cualquier situación del proceso debe tomar en consideración la solución amistosa del litigio o de algunas cuestiones controvertidas particulares. 2. A la vista oral le precede, a tal efecto, un juicio de conciliación para la solución amistosa del litigio, a no ser que ya se haya producido un intento de reconciliación por una situación amistosa extrajudicial o bien el juicio de conciliación parezca claramente inútil. El tribunal, en el juicio de conciliación, debe someter a deliberación el asunto en litigio y la situación de desavenencia con las partes bajo libre examen en todas las circunstancias y, en la medida que sea preciso, plantear preguntas. Las partes comparecientes, a tal efecto, deben ser escuchadas personalmente.

⁴ Artículo 38 Convenio Europeo Derechos Humanos ... *Examen contradictorio del asunto y procedimiento de arreglo amistoso*.- 1. Si el Tribunal declara admisible una demanda: a) Procederá al examen contradictorio del caso.... b) se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos. 2. El procedimiento a que se refiere el párrafo 1.b) será confidencial.

solución del conflicto mediante otros medios que no sean la sentencia, sino porque en nada se altera la estructura procesal del juicio verbal si tras fijar los hechos litigiosos se intenta la conciliación y de no lograrse se inicia la prueba. Debe entenderse que carece de sentido promover la conciliación o intento de acuerdo al inicio de la vista porque entonces el demandado todavía no ha puesto sobre la mesa sus pretensiones, pero nada obsta para considerar no solo adecuado sino incluso beneficioso a los fines de justicia ese intento una vez las posturas de las partes ya han sido manifestadas y el tribunal tiene ante sí los documentos que cada una pretende hacer valer.

La estructura del juicio verbal parece poco proclive a veleidades conciliadoras, porque al fin y al cabo toda la prueba de que las partes intentan valerse está allí, en sede judicial: testigos, peritos, etc., pero la experiencia enseña que a pesar de ello, puede hallarse en ese momento un solución convenida entre las partes que ponga fin al litigio, sin que el juicio llegue a concluirse.

3. El ámbito para la búsqueda de soluciones negociadas: el conflicto interpersonal frente al objeto del proceso.

Para hallar solución global a cualquier problema que nos depara la vida, es imprescindible tomar distancia y tener una visión amplia de la situación en la que el conflicto ha surgido. A la hora de intentar la conciliación judicial, la anterior afirmación debe tenerse muy presente.

Dado que la conciliación se va a producir en el seno de un procedimiento judicial en el que el problema está identificado como el objeto procesal que se ha configurado por las posturas manifestadas en los escritos alegatorios, va a ser necesario que, en buena parte de los casos, el Juez tome distancia y observe la cuestión fuera de los márgenes estrechos del proceso.

El planteamiento judicial del conflicto escapa a los propios litigantes, pues son sus abogados quienes redactan y exponen lo que pretenden conseguir, basándose en una estrategia puramente legal, la situación conflictual se “viste” de legalidad con la finalidad de obtener el pronunciamiento beneficioso para el cliente. Para ello el abogado, posiblemente, ha debido descartar ciertos datos y circunstancias de la situación conflictiva y, en muchas ocasiones ha ocultado deliberadamente aquellos que considera perjudiciales para la estrategia procesal que ha diseñado al situarse en el litigio judicial, ya sea como demandante, ya como demandado. Esa estrategia también da lugar a que los propios interesados, los ciudadanos cuyos derechos están cuestionados, no lleguen a comprender muchas veces como funciona el proceso judicial ni lo que los jueces decimos en las sentencias, que en muchas ocasiones, les resultan completamente extrañas a su problema, porque para ellos su problema es otro.

Pues bien, ese otro problema, el verdadero interés del ciudadano, es el que el Juez debe saber identificar o al menos intuir a la hora de intentar la conciliación.

De otra forma la sentencia que dicte estimará o desestimará la demanda y dará la decisión legal y constituirá vencedores y vencidos, pero no constituirá una solución al conflicto real.

A la hora de conciliar el Juez transmite a las partes que en tanto ellas hallan una solución convenida a su problema, las dos ganan, nadie vence al otro puesto que los dos acuerdan. En definitiva, que el problema se puede resolver en un marco mucho más amplio que el delimitado por el proceso, tomando en consideración muchos detalles importantes para las partes, pero intrascendentes para la decisión legal, incorporando incluso otros sujetos, acumulando otros agravios y sobre todo que sólo los propios titulares de los derechos

discutidos están en condiciones de hallar soluciones imaginativas, que el marco legal no le permite al Juez.

Ejemplo:

- marco legal para la impugnación de un acuerdo de comunidad de propietarios: convocatoria, quórum, mayorías y contenido. Sentencia: legalidad del acuerdo. La sentencia será el inicio de un malestar continuado en el que ha perdido y enrarecerá las relaciones con sus vecinos

- marco negociador: posibilidad de asumir contenidos pero modificando plazos o formas; establecimiento de pautas de futuro, delimitación de obligaciones, etc. Objetivo del acuerdo: restablecimiento de la relación de vecindad.

4. La actitud del Juez

➤ El conocimiento profundo del caso.

La conciliación intrajudicial no se improvisa. El Juez debe haberse estudiado perfectamente el caso, tanto como para poder resolver. Pero el estudio del caso no debe ir dirigido a esa toma de posición del Juez respecto del litigio, es decir, no debe constituir un pre-juicio, sino que el análisis debe hacerse desde la perspectiva de la búsqueda de lo no discutido, y de lo que puede dejarse de discutir.

Si los Abogados perciben que el Juez ha identificado los términos del litigio, exactamente lo que se alega en demanda y en contestación y qué cosas no se discuten, les advierte de lo poco de jurídico que tiene el tema, o de las dificultades para que con la decisión a la cuestión planteada se solucione el problema de las partes, que se advierte distinto o más amplio, o de que ya tienen todas las cartas sobre la mesa y pueden valorar la oportunidad y la estrategia probatoria e incluso las posibilidades de una sentencia favorable,... se abre ya el espacio para la comunicación, se genera en los Abogados un ambiente de confianza hacia el Juez y de desconfianza hacia sus propias expectativas propiciándose el espacio para negociar con la contraparte.

Pequeños detalles son muy efectivos: hacer referencia a un concreto pasaje de la contestación indicando el folio, o a la apreciación de los distintos informes periciales sobre un defecto concreto y lo que llama la atención la diferencia de mediciones; o cuestionar si las partes tienen relación de familia (por los apellidos), son manifestaciones que evidencian la lectura de los escritos y documentos, la preparación de la audiencia por el Juez y la importancia de esta vista y de todas las cuestiones que en la misma deben decidirse.

➤ El ejercicio de la "auctoritas" pero no de la "potestas"

El Juez goza de un principio de confianza. Cuando cualquier ciudadano tiene un conflicto y acude a la Justicia, está depositando en la institución que el Juez representa su confianza en hallar una solución. Es conveniente que el Juez, a la hora de conciliar, aproveche ese principio de confianza pues precisamente conciliar o derivar a mediación se sustenta en ella. El Juez como conciliador debe ser **consciente de su "auctoritas"** y de las posibilidades que le brinda para que las partes en conflicto se sientan seguras en el camino de hallar una solución conveniente para ambas, pero **debe aparcar su "potestas"**, porque cualquier posibilidad conciliatoria depende de que las partes la asuman como la mejor alternativa posible a su problema y no porque el Juez la imponga. Por ello, el Juez debe, ante todo,

transmitir a las partes las bondades del proceso conciliatorio, pero no debe presionar, ni coaccionar para que se llegue a una solución extrajudicial.

De hecho que sea el Juez quien empuje a las partes a buscar una solución negociada, con conocimiento y convencimiento es precisamente bien valorado no sólo por los ciudadanos en litigio, que perciben lo de negociar como algo bueno porque se lo ha dicho el Juez, mientras que cuando se lo pudo plantear su abogado no estaban muy convencidos, sino también por los abogados que en muchas ocasiones tienen los argumentos para desbloquear la intransigencia de su cliente.

➤ Desmitificar la decisión judicial, incrementar el protagonismo de las partes.

Los dueños de los derechos en conflicto son las propias partes, luego también son los dueños de la solución. En la búsqueda de una solución el Juez no es el sujeto importante: el Juez sólo puede seguir el cauce por el que se debe desarrollar el proceso y llegado el final impondrá a las partes una decisión, pero eso es tanto como dejar que sea el poder público quien decida lo que interesa a cada particular. Quienes conocen perfectamente sus intereses, y pueden llegar a ponderar todos los que hay en juego, son los propios sujetos que sufren el conflicto. Sólo se les debe ayudar a que encuentren un camino hábil para poner paz en su relación conflictiva. El protagonismo de los propios sujetos, además, se verá reforzado en la medida en que sean capaces de cooperar entre sí para lograr la solución, que por proceder de ellos mismos y haber sido consensuada, será, sin duda la mejor solución.

Además la desmitificación de la decisión judicial es especialmente útil cuando el conflicto es puramente técnico. Por ejemplo, en procesos de responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo (LOE) la cuestión debatida se va a hacer depender exclusivamente de los informes periciales y en un pleito de este estilo pueden haber tres, cuatro o incluso más pericias, todas ellas emitidas por unos mismos profesionales cualificados, que sólo deberían sentarse en una mesa y ponerse de acuerdo en conceptos y cuantías.

➤ La predisposición a hallar la mejor solución posible.

Una de las **limitaciones de la decisión** judicial es que no podrá resolver el conflicto más que dentro de los **límites encorsetados en que haya sido planteado**, mientras que las propias partes en conflicto podrán relacionar distintas cuestiones, poner unas concretas soluciones en función de otras, establecer marcos de actuación mucho más flexibles que los

derivados estrictamente de la norma. Por poner un ejemplo, frente a una reclamación de cantidad por incumplimiento de contrato, el Juez podrá condenar al incumplidor a pagar pero no podrá fijar plazos, ni condiciones, ni participaciones en otros proyectos futuros y comunes, etc. Es necesario, por tanto, **que el Juez haga ver a las partes las posibilidades de soluciones imaginativas** que sólo ellas pueden conseguir y que resultarán mucho más beneficiosas para todos. Son los participantes en la mediación quienes poseen autoridad para diseñar y aprobar la solución que les parezca más idónea a sus necesidades, expectativas e intereses, pero es necesario que el Juez les ayude en esa búsqueda. En este estadio de la conciliación es en el que **el Juez puede, alentando la creatividad de las propias partes, apuntar vías de solución o sugerir opciones que necesariamente han de quedar al margen de su decisión legal.**

➤ El descubrimiento de áreas de intereses comunes.

Será fácil que en la audiencia y habiéndose estudiado muy bien el caso, se ponga de manifiesto la existencia de relaciones familiares, de convivencia, el ámbito de negocio en el que las partes operan, o de cualquier otro tipo, sobre las que el Juez debe enfatizar su importancia como el espacio común en el que el acuerdo es posible.

En una Comunidad de Propietarios que el demandante que impugna el acuerdo no se sienta ajeno a la Comunidad. En un litigio con varios deudores solidarios, el interés común pasa por la división de la deuda entre ellos, para que el acreedor pueda cobrar la totalidad. En un pleito de división de cosa común el interés común es sacar la mayor rentabilidad o valor de la parte de cada uno, etc.

➤ La reflexión sobre los perjuicios del proceso: el coste emocional y económico.

En muchas ocasiones los litigantes llegan al pleito convencidos de que tienen razón, **tienen las de ganar**, pero también en la mayoría de los casos **desconocen los gravámenes que acarrea el proceso judicial:**

Todo conflicto genera reacciones en forma de **inconvenientes físicos y psíquicos** a las personas inmersas en él y el conflicto podrá quedar cerrado con una sentencia pero las reacciones negativas perdurarán y sobre ellas el Juez no puede accionar.

El **proceso judicial**, incluso el regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, **es largo**, pues no hay capacidad para que los órganos judiciales puedan dirimir en un tiempo

mínimo los múltiples procesos planteados ante ellos. Cuanto más dure el proceso de enfrentamiento entre partes más se agudizan las reacciones emocionales, el stress, la depresión, etc.

El proceso judicial **es costoso**. Los litigantes no sólo deben soportar **los costes indirectos** derivados de no tener la solución ya, sino **los directos** de pagos de profesionales que actúen y representen a los litigantes ante el Tribunal y corren el riesgo de tener que asumir los de la parte contraria.

La **decisión judicial**, al ser **impuesta**, posiblemente no será aceptada por la parte perdedora lo que **provocará subsiguientes procesos judiciales**, ya sea vía recurso, ya sea forzando la ejecución y dando lugar a múltiples incidentes que retrasen la efectividad de lo sentenciado, lo que a su vez genera mayores costes, mayores dilaciones y mayores problemas personales.

Otro punto importante, es el relativo a la **estrategia probatoria**, deben ser consciente de que para que prospere lo que pretenden no basta con que ellos creen que tienen la razón sino que deben estar en condiciones de demostrarlo plenamente, pues las sentencias se basan en lo que se prueba y no en lo que se dice.

➤ Transmitir el mensaje de que “todos ganan”

Consecuentemente al anterior, el Juez debe comunicar los beneficios de la solución acordada: el acuerdo contempla no sólo este litigio, sino otros que puedan tener las partes ya planteados o pendientes de plantear; se evitan mayores costes y tiempos; incorpora también el pacto sobre costas.

Pero sobre todo el Juez les debe permitir que “traduzcan” su acuerdo al proceso de la forma que les resulte más favorable. La Ley les da múltiples posibilidades: renunciar, desistir, desaparición sobrevenida del objeto del litigio, transacción y el Juez debe ser receptivo a todas ellas.

Normalmente si lo acordado ha tenido ya cumplimiento solicitaran el desistimiento o comunicarán la desaparición sobrevenida del objeto del proceso; pero cuando lo convenido debe tener cumplimiento en el futuro se les debe ofrecer la posibilidad de que el acuerdo sea homologado como garantía de efectividad, para el caso de que no se cumpla voluntariamente que pueda ser ejecutado forzosamente.

- La percepción de cuando no es posible el acuerdo. La irrenunciabilidad a las posiciones.

Es necesario que el Juez conozca que **no todos los supuestos conflictuales son negociables**. La mediación es particularmente eficaz cuando se lleve a cabo entre personas o empresas entre las que existe o ha existido algún tipo de relación, sean lazos de tipo personal, como en los casos de familia, en los supuestos de herencias, en los de gestión de sociedades familiares; de tipo comercial, entre empresas que seguirán en el mismo sector mercantil y podrán continuar sus vínculos de negocio; o de relación social, como las cuestiones laborales, las disputas entre vecinos, temas relacionados con la construcción, los conflictos de consumo. También resulta eficaz la mediación entre víctima y autor del daño. Desde luego, **no habrá posibilidad** alguna de mediación cuando el conflicto entre las partes **sea simplemente de interpretación jurídica**; o cuando no exista ningún interés común.

Al margen de las valoraciones objetivas del caso, tampoco será posible mediar cuando **las partes en el conflicto no mantengan posibilidades de equilibrio** o, lo que es lo mismo, no pueda llegarse a encontrar equilibrios de poder entre las partes, -por ejemplo, en los supuestos de evidente desigualdad social-, en todos aquellos supuestos en que la solución convenida no sea reconocida como la mejor solución posible, o cuando la **controversia sea de orden público o estén en juego derechos fundamentales**.

El Juez debe poder **constatar en que momento la negociación ya no puede avanzar más**. Básicamente debe atenderse:

- a la incapacidad de las partes para convenir, porque no tenga la disposición sobre lo que es el objeto real del conflicto
- a la intransigencia en las posturas,
- al abuso de la confianza,
- al transcurso de un tiempo razonable

5. Las habilidades y los aspectos ambientales

A pesar de desarrollarse la mediación en el ámbito de una comparecencia formal ante el Tribunal, éste debe crear un **ambiente amable**, expresar **empatía**, especialmente hacia los particulares litigantes, para que puedan percibir su protagonismo inicialmente limitado por las formas, las vestimentas tales, la disposición del estrado o de las mesas, el lenguaje forense, ... Pero además el Juez ha de saber transmitir su **disposición para el dialogo**, para lograr un resultado voluntariamente convenido, al que puede **dedicar el tiempo** que las partes consideren necesario, indicándoles las posibilidades que la ley permite para abrir **espacios de negociación, en especial la suspensión del procedimiento**. Desde la perspectiva judicial, el factor tiempo es muy importante, sobre todo por los beneficios que puede reportar la función mediadora. Dedicar quince minutos, media hora, cuarenta minutos, a identificar los temas conflictivos, a escuchar atentamente los argumentos de las partes, a tratar de deslindar las cuestiones importantes de las accesorias o de detalle, a determinar un espacio o área en la que el acuerdo sería posible, y posibilitar el replanteamiento de las posiciones y la reflexión de posible soluciones, dándoles un tiempo durante el cual quedará en suspenso el procedimiento, es posiblemente el tiempo mejor empleado, pues en la mayoría de los casos, esa suspensión ya no dará lugar a su continuación: las partes habrán conseguido solucionar sus controversias definitivamente, evitándose el juicio, los recursos y la ejecución.

Es bueno que el tiempo de suspensión lo fije el Juez, negociándolo con los Abogados, atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Pueden ser 15 días, un mes o dos, dependiendo del tipo de controversia y de las personas que van a negociarla.

El Juez debe también mostrarse generoso en su tiempo y ponerlo a disposición de las partes. Reservar ciertas horas para posteriores convocatorias de la audiencia suspendida, para el caso de que no lleguen a un acuerdo es sumamente efectivo, pues las partes perciben que no resultan perjudicadas por negociar pues, para el caso de que no lleguen a acuerdo, el proceso no se retrasará, ni se va a la cola de todos los demás señalados.

Finalmente unas reflexiones sobre el papel del Abogado. En la mayoría de los casos los propios litigantes no acuden a la audiencia previa. Eso no debe impedir la actividad conciliadora. En la cultura española, los clientes confían mucho en lo que les diga su abogado y éstos a su vez tienden a mantener al cliente apartado del Juzgado hasta el juicio. Ante esta situación el Juez conciliador debe “aliarse” al abogado en su objetivo de hallar la mejor solución posible. En contra juega la cuestión de los honorarios, pero a favor que se

fideliza al cliente por lo rápido que se le solucionan los temas y no por lo mucho que le dura el litigio.

Comunicar al Abogado lo que se le diría directamente al ciudadano es igualmente efectivo, normalmente él se lo transmite al cliente e incluso en ocasiones les hace ver la grabación de la audiencia, además les constituye a ellos como profesionales en un nuevo rol, el de participar de la mejor solución posible, acabando así con las incertidumbres que les produce estar en litigio y no saber como responderá el Juez en sentencia. Muchos incluso se muestran agradecidos al poder considerarse más pacificadores que litigantes.

6. Los límites a la actividad mediadora/conciliadora del Juez (el pre-juicio)

El Juez a la hora de intentar la conciliación tiene límites; exactamente los impuestos por el deber de imparcialidad y por la posibilidad de juzgar después, para el caso de que no se llegue a un acuerdo.

Por ello mismo el Juez no debe mediar ni negociar con las partes, sino favorecer la negociación o la mediación que pueda concretarse en un acuerdo.

Debe evitarse conocer los términos concretos en que se ha negociado antes o se va a negociar después, la negociación sea directa entre las partes o con intervención de un tercero (mediador) debe gozar de confidencialidad y el Juez debe garantizar dicha confidencialidad, pues de otra forma conocer otros intereses que se hubieran puesto de manifiesto en la negociación pero no formen parte del proceso judicial podría **mediatizar la hipotética resolución que deberá dictar** si no se alcanza una solución convenida. Es por ello que, advertida la disposición a negociar e identificados los temas o cuestiones sobre las que debe recaer la negociación, ofrecerá la posibilidad de **efectuarla fuera de su presencia**, ya sea directamente por las partes y sus asesores, ya sea mediante la remisión a mediadores externos.

En ningún caso el Juez debe perder su neutralidad durante este trámite de favorecer la conciliación. No cabe indicar a ninguna de las partes que va a perder el litigio, ni que se le impondrán las costas a ella. La actitud conciliadora del Juez es incompatible con el tono airado o la amenaza de consecuencias procesales. La conciliación debe desarrollarse fuera de los términos del juicio jurisdiccional. En ese equilibrio entre abrir el camino a una solución de los propios interesados y la necesaria imparcialidad estriba la gran dificultad de la tarea.

A MODO DE CONCLUSION

Si los conflictos intersubjetivos son las enfermedades de la vida social, la decisión jurisdiccional es la intervención quirúrgica. *"El Juez es como un cirujano. Su trabajo de quirófano tiene un límite. Por más que multipliquemos a los médicos y los quirófanos, si no atacamos la "enfermedad" que nos conduce a la cirugía va a llegar un momento en el cual los pacientes mueran por imposibilidad de atención"*ⁱ. En un país como el nuestro, de cierta querulancia, el proceso judicial se utiliza en muchas ocasiones como medio de "venganza", unos a otros se amenazan con ir al Juez. Es hora de que los jueces retomemos nuestra función de pacificación de conflictos y sepamos transmitir nuestra función no como una amenaza de males desconocidos (la sentencia) sino como una posibilidad de satisfacción de intereses, inicialmente, enfrentados.

En las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos C-11/06 y C-12/06, presentadas el 20-3-2007, el primer párrafo contiene la siguiente cita:

Según un jurista hispanoamericano, **hay tres clases de jueces: los artesanos**, verdaderos autómatas que, usando sólo las manos, producen sentencias en serie y en cantidades industriales, sin descender a lo humano o al orden social; **los artífices**, que utilizan las manos y el cerebro, sometiéndose a los métodos de interpretación tradicionales, que les conducen inevitablemente a plasmar la voluntad del legislador sin más; y **los artistas**, que, con la ayuda de las manos, de la cabeza y del corazón, abren mejores horizontes para los ciudadanos, sin dar la espalda a la realidad ni a las situaciones concretas. (Nanclares Arango, A., *Los jueces de mármol*, La Pisca Tabaca Editores, Medellín, 2001, p. 14.)

En el ejercicio de la profesión que vais a iniciar, seréis en muchas ocasiones jueces artesanos y artífices, pero os pediría que no renunciéis nunca a ser jueces artistas.

ⁱ Alvarez Trongé. Presidente de AIRAD, Asociación Iberoamericana para la Resolución Alternativa de Disputas. "Una nueva forma de resolver los conflictos: la mediación". Anuario de Justicia Alternativa. Año 2001. núm. 2