

LA CONCILIACIÓN PRIVADA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

Milagros López Gil
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga

I. Introducción

La constatación del colapso que sufre nuestros tribunales civiles como consecuencia de la excesiva litigiosidad ha llevado al legislador a apostar por la adopción de medidas o instrumentos que permitan conseguir una desjudicialización de los conflictos, lo que venía siendo reclamado desde todos los ámbitos de la Administración de Justicia y por todos los operadores jurídicos, conscientes como son de la ineficacia de la justicia civil. Puesto que una justicia tardía se convierte en una justicia “injusta”.

Es por ello por lo que, desde hace años, con más o menos fortuna, y siempre de la mano de las propuestas doctrinales, se ha apostado por regular otros métodos de resolución de conflictos, sirva como ejemplo, la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. No obstante, aunque ésta constituyó un avance significativo en la implementación de las ADR, su incidencia práctica no ha sido tan alta como se esperaba y ello, probablemente, por la falta de implicación de los abogados en la misma.

En efecto, el hecho de que muchos letrados no estén formados como mediadores, así como la desconfianza hacia un instrumento que desconocen y que consideran - erróneamente- que les puede quitar cuota de mercado, ha hecho que los mismos hayan sido reacios a favorecer entre sus clientes el uso de la mediación.

En este contexto surge el Proyecto de Ley sobre medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia -PLMEP, en adelante-¹, con el que se pretende devolver el poder negociador a las partes implicadas en un conflicto, en la creencia de que “antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”.

La estrategia adoptada por el legislador va a pivotar sobre dos elementos. El primero, exigir como requisito de procedibilidad a la interposición de la demanda que se haya intentado algunos de los medios adecuados de resolución de conflictos -MASC, en adelante-. En segundo, dotando de un régimen jurídico adecuado a otras formas de resolución de conflictos que pasan a estar reguladas en este Proyecto Ley, de manera que cualquier operador jurídico pueda ser partícipe de alguna de ellas.

Así pues, aunque el PLMEP opta por una concepción abierta de lo que entiende por medios adecuados de solución de conflictos al definir como tales “cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a las que las partes en conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”, posteriormente hace referencia expresamente a diferentes mecanismos, unos con más tradición y arraigo en nuestra sociedad que otros. Entre los primeros se encuentran, sin ninguna duda, la mediación y la conciliación en sus diferentes modalidades: ante el Letrado de la Administración de Justicia, ante el notario, o ante el Registrador, cuyo régimen queda intacto a la luz de PLMEP en cuanto se reconoce la especialidad de su regulación.

Junto a estos sistemas o medios ya clásico, el Proyecto de Ley incorpora, aunque sin ánimo de exhaustividad, la negociación directa entre partes, la conciliación privada - artículo 14 PLMEP-, la oferta vinculante -artículo 16 PLMEP y la opinión de un experto

¹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de abril de 2022.

independiente -artículo 17 PLMEP- inexistente o poco conocidas hasta el momento y carentes de un régimen jurídico específico.

De entre todos estos MASC, el objeto de nuestra comunicación va a versar sobre la conciliación privada. Así pues, nos encontramos que, por mor de este Proyecto de Ley, coexistirán, con la misma finalidad, pero con diferente régimen jurídico la conciliación pública -entendiendo por pública aquella en la que el mediador es una autoridad: jueces, Letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores de la propiedad- y la privada. No obstante, ambas pasan a integrar uno de los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda introducido en el artículo 4.1 PLMEP.

No obstante, dada la naturaleza breve que deber regir cualquier comunicación presentada a un congreso, el presente trabajo se va a circunscribir a señalar aquellas cuestiones que, dada la regulación presentada en el actual proyecto de ley, pudiese dar lugar a que la conciliación privada no surtiese los efectos esperados.

II. La inadecuada técnica legislativa.

La técnica legislativa utilizada en este Proyecto de Ley parte de un primer y segundo capítulo del Título I en el que se establecen las disposiciones generales predicables de cualquier método adecuado de solución de conflictos, para pasar en el tercer capítulo a la enumeración y regulación de tales medios. No obstante, los medios previstos en el capítulo tercero son tan heterogéneos que la aplicación de las disposiciones generales no siempre resultará adecuada.

Así pues, la conciliación privada está recogida en los artículos 14 y 15 PLMEP, no obstante, en estos preceptos ni se conceptúa ni se determina en qué consiste este sistema

autocompositivo de resolución de conflictos, perdiéndose una oportunidad para establecer unos criterios claros que nos permitan diferenciar la conciliación de la mediación.

En efecto, la conciliación guarda muchas semejanzas con la mediación en la medida en la que ambos son sistemas autocompositivos en los que interviene un tercero neutral que en ningún caso impone una solución. La diferencia estriba esencialmente en la función de este tercero que en la conciliación consiste en proponer un acuerdo a la vista de las exposiciones realizadas por las partes.

Por otro lado, tampoco se ha aprovechado la ocasión para definir exactamente qué debe hacer el conciliador durante el proceso de conciliación. Resulta curioso que esta indefinición de las tareas del conciliador también la encontremos en la conciliación judicial prevista en la Ley de Jurisdicción voluntaria -LJV-. En efecto, tanto en la PLMEP como en la LJV se hace hincapié en los efectos de lo convenido en conciliación, pero no así en cuál deba ser la labor que deba desarrollar el conciliador para llegar a este acuerdo.

En este sentido, podemos encontrar algunas notas en el artículo 15 PLMEP cuando al describir las funciones de la persona conciliadora, observamos la existencia de una sesión inicial -a semejanza de la sesión informativa que debe existir en toda mediación-, como se prevé que las comunicaciones entre las partes se canalizan a través del conciliador o las personas que la asistan, que pueden existir una o varias sesiones y que el conciliador puede valorar las pruebas presentadas por la partes, así como elaborar un acta final en el que se recoja la propuesta sobre la que las partes estén de acuerdo o en caso de desacuerdo que emita certificación de que el acto se ha intentado sin efecto. Poco o nada se añade sobre como deben desarrollarse las sesiones entendiendo, por tanto, que debe regir la libertad en cuanto a las formas.

III. Falta de concreción de los requisitos necesarios para ser conciliador

El Proyecto de Ley permite que puedan actuar como conciliadores tanto las personas físicas como ciertas personas jurídicas, en concreto, las sociedades profesionales, exigiéndole el cumplimiento de requisitos diferentes. En el caso de las sociedades profesionales éstas deberán cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales, y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio.

Con respecto a las personas físicas, inicialmente sólo se exige que dicho tercero tenga suficiente conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia que constituya el objeto de la conciliación -artículo 14.1 PLMEP- sin aportar más información. Sin embargo, en el apartado segundo del mismo precepto, se añaden nuevos requisitos a cumplir y que consiste en que el tercero debe estar inscrito como ejerciente en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, notariado, registradores de la propiedad, así como en cualquier otro colegio que esté reconocido legalmente, o bien estar inscrito como mediador en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas.

La exigencia de colegiación introduce la necesidad de estar en posesión de una titulación académica oficial que acredite los conocimientos jurídicos -abogacía, procura, graduados sociales, notarios o registradores- o técnicos – cualquier otro colegio profesional- y el cumplimiento de los requisitos necesarios para la correspondiente colegiación. Con esta previsión se consigue un doble objetivo, en primer lugar, limitar qué personas pueden actuar como conciliador y la segunda, y quizá la más importante, involucrar a todos los operadores jurídicos en la lucha por la desjudicialización de los conflictos.

No obstante, la referencia en la inscripción en los colegios de notarios o de registradores de la propiedad es inadecuada por cuanto la conciliación realizada ante estos profesionales está sujeta a su propio régimen jurídico previsto en la Ley del notariado y

en la Ley Hipotecaria respectivamente y, por tanto, creemos que excluida de la aplicación del procedimiento previsto en el PLMEP.

A pesar de los esfuerzos del legislador por fomentar los ADR, sobre todo a través de la introducción en nuestro ordenamiento de la mediación, el éxito de la institución ha sido escasa y ello ha podido deberse a que, entre otras cosas, los abogados se han sentido poco involucrados en la misma por lo que han sido renuentes a recomendar a sus clientes otras formas de resolución de conflictos que no fuese la judicial².

Permitir que tanto abogados como procuradores y otros operadores jurídicos puedan actuar como conciliadores dotándolos de un papel más activo, aumentará su implicación haciendo que se muestren más proclives a orientar al cliente en el uso de este sistema autocompositivo, máxime cuando no se exige ninguna formación específica. En efecto, el mediador debe estar en posesión de una formación específica que no se está exigiendo a aquellos que quieran actuar como conciliadores, ahora bien, los mediadores también podrán actuar como conciliadores.

Así pues, la intención de esta configuración de la conciliación privada no puede ser otra que vencer la renuencia de los distintos operadores jurídicos al uso de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos.

Por otro lado, con independencia de que la persona conciliadora sea física o una sociedad profesional, se le exige que sea imparcial y guarde los deberes de confidencialidad y secreto profesional. Son éstas las características que se exigen a cualquier tercero ajeno al conflicto que tenga que participar de alguna forma en la gestión de estos. Y eso que,

² Como señala MOLINA CABALLERO, M.J., en *Mediación: Abordaje sociojurídico de conflictos*, editorial Síntesis, Madrid, 2021 pp.157-158, existe un amplio sector de la abogacía que ve la mediación como una simple negociación que les va a restar oportunidades de mercado siendo “la desconfianza ante la mediación un gran caballo de batalla”.

aunque el conciliador no tenga que decidir e imponer una solución a las partes, su función puede verse afectada si concurre alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad.

Ahora bien, a diferencia de las normas procesales sobre la jurisdicción estatal en la que se especifican los supuesto bajo los cuales se entiende que falta la imparcialidad del juzgador -artículo 219 LOPJ-, o del artículo 13 de la Ley reguladora de la mediación, en la que de forma indirecta y al hilo del inicio de la mediación se enumeran algunas circunstancias en la que se entiende que la imparcialidad del mediador se puede ver comprometida, nada dice el PLMEP al respecto sobre el conciliador, dejando indefinidas las causas que pueden ser alegadas, ni el procedimiento ni las consecuencias de la falta de imparcialidad.

La única referencia al respecto nos la encontramos en sede del contenido de la sesión inicial en la que el conciliador está obligado a informar de las causas que puedan afectar a su imparcialidad sin más previsión. Creemos que si el conciliador es consciente de la concurrencia de alguna circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad debería rechazar el encargo o plantearlo a las partes para que éstas expresamente, lo acepten, en términos parecidos a lo establecido para la mediación en su norma reguladora.

No obstante, consideramos que esta laguna en el proyecto de ley debería ser subsanada en los trámites parlamentarios sobre todo si tenemos en cuenta que puede ser que el intento de conciliación finalice sin acuerdo porque una de las partes dude de la imparcialidad del conciliador y se vea sancionada posteriormente, en sede judicial, con la imposición de las costas por no haber llegado a un acuerdo con carácter previo, cuando éste no se produjo por la ausencia de una de las características exigidas al conciliador.

Mejor regulado, sin embargo, aparece el deber de confidencialidad y de secreto profesional puesto que en este caso se ha seguido la estela marcada por la ley reguladora

de la mediación e, incluso, por la ley reguladora del arbitraje -artículo 8 PLMEP-. En efecto, hasta el momento, la confidencialidad era un carácter exclusivo de la mediación y del arbitraje que ahora se hace extensivo a todos los MASC. Este deber de confidencialidad implica que todo lo realizado y aportado durante la conciliación es estrictamente confidencial tanto para el conciliador como para las partes y que ninguno de ellos, por tanto, podrá usar la información que se hubiera podido obtener con posterioridad en el proceso judicial o arbitral.

No obstante, este deber de confidencialidad se encuentra excepcionado cuando las partes de forma expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al tercero neutral de este deber. A esta circunstancia se suma que dicha información sea requerida por los jueces del orden penal o cuando concurran razones de orden público, más concretamente, cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor.

IV. Inconcreciones en el procedimiento conciliador

Para poder establecer el procedimiento de la conciliación debemos realizar una lectura integradora de los artículos 14 y 15 -dedicados a la conciliación privada- y los preceptos 6 y ss destinados a regular el procedimiento. La lectura conjunta de dichos preceptos nos plantea una primera cuestión atinente a la forma en que la conciliación principia. En efecto, por un lado, el artículo 14 hace referencia al escrito de encargo de conciliación que podrá ser realizado por las dos partes de común acuerdo, o sólo por la voluntad de una de ellas. Por otro lado, el artículo 15 b) establece la obligación del conciliador de gestionar, por sí misma o por la persona que la auxiliien, la recepción de la solicitud de conciliación. Así pues, nos encontramos con un encargo y una solicitud y si bien, se establece los requisitos que debe tener el encargo -el objeto de la controversia, la identidad de las partes, así como a efectos de la comunicación del conciliador con las partes, el número de teléfono, el correo electrónico y, finalmente, el medio del que se dispone para

la realización de encuentros virtuales mediante videoconferencia-, nada se dice del contenido de la solicitud por lo que nos planteamos si ambos documentos no serán el mismo. La respuesta afirmativa se nos hace la más evidente para evitar la duplicidad de trámites que iría en contra de la economía y de la simplicidad del procedimiento.

Obviamente la necesidad de que se haga constar de forma sucinta el contenido de la controversia se hace imprescindible para que, en caso de que la conciliación finalice sin acuerdo, y se inicie el proceso judicial se entienda cumplido con el requisito de procedibilidad al existir una identidad entre el objeto procesal y el de la conciliación.

Ahora bien, la simplicidad con la que se ha intentado regular la conciliación, genera alguna laguna que deberemos completar. Así pues, no se establece el modo, manera o medio en el que se hace llegar el encargo al conciliador. Por otro lado, la ley exige no sólo que el conciliador acepte el encargo expresamente, sino que debe estar documentada dicha aceptación, sin embargo, tampoco se indica la forma de cumplir con esta exigencia.

Varias son las situaciones fácticas ante las que nos podemos encontrar. La primera es que la petición de conciliación tenga por objetivo cumplir con el requisito de procedibilidad, en estos casos, aunque para la conciliación no sea preceptiva la intervención de abogado, lo normal es que los interesados, fundamentalmente, quien se esté planteando demandar, recurra a este profesional por lo que será este quien le indique los pasos a seguir, redactando el encargo y comunicándolo a quien se haya decidido recurrir como conciliador.

Más compleja se torna la situación, cuando se intenta el acto de conciliación privada con una verdadera intención de evitar el conflicto judicial y sin el soporte del asesoramiento previo de un letrado. Creemos que, en estos casos, lo más habitual será que habiendo recurrido a una persona que ejerza como conciliador sea este el que guíe a los interesados

sobre la manera de consumir el encargo que, además, deberá aceptar de forma expresa. Resultaría extraño que la solicitud de conciliación se dirigiese al tercero sin haberle preguntado con carácter previo, arriesgándose a que rechace el encargo.

La segunda cuestión huérfana de regulación es el modo en que el que debe documentarse la aceptación expresa “de la responsabilidad de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido”. Creemos que, dada la ausencia de previsión, lo menos costoso para el conciliador es que dicha aceptación se realice en un documento privado firmado por el conciliador.

V. Coste económico de la conciliación privada

En último lugar, queremos hacer una reflexión en torno a si realmente la conciliación privada tiene visos de ser más usada que la conciliación judicial y la respuesta que obtenemos es negativa por diversas cuestiones.

En primer lugar, porque existe un mejor soporte procedimental para las conciliaciones celebradas al amparo de la LJV. En segundo lugar, porque el coste de la conciliación privada siempre va a ser superior a las conciliaciones judiciales en la medida en que las partes deberán asumir los honorarios del conciliador, gasto que no se generará en el caso de la conciliación judicial y, finalmente, porque para que el acuerdo alcanzado pueda tener la misma eficacia que el que fuese producto de una conciliación judicial requerirá la elevación a escritura pública con el coste añadido que ello supondrá para las partes.

Por lo tanto, en términos estrictamente económicos, resultará mucho más ventajoso recurrir a la conciliación prevista en los artículos 139 y ss. LJV que a la prevista en el proyecto de ley de eficiencia procesal al servicio público de Justicia. Ello unido a la carencia en la regulación de la misma, nos hace pensar que la utilidad de esta institución va a ser escasa.