

FIGURAS EXTRAPROCESALES DE ARREGLO DE CONFLICTOS: LA CONCILIACIÓN, LA MEDIACIÓN, EL *OMBUDSMAN**

Víctor FAIRÉN GUILLÉN **

SUMARIO: I. *Naturaleza de la conciliación*. II. *La huida del proceso*. III. *Conciliaciones, mediaciones: idea comparativa general*. IV. *Conciliaciones, mediaciones, arbitrajes en España*. V. *Otros funcionarios conciliadores: los notarios*. VI. *Comentario conclusivo sobre conciliaciones, mediaciones y arbitrajes*. VII. *El ombudsman*. VIII. *El ombudsman-conciliador*. IX. *El ombudsman universal. La "ombudsmania"*.

I. NATURALEZA DE LA CONCILIACIÓN

Filosóficamente, la conciliación es una forma "no medial" ¹ del ser, ya volcado, que pasa de un modo de ser a otro modo de ser, en relación con las formas mediales de otro hombre.²

En la conciliación, el hombre, ya no está sobre sí: si lo estuviere, su actuación sería la que mejor llamamos de autotutela o autodefensa; todo ello, guardando las distancias.

La conciliación, en sí, ontológicamente, constituye un acto (o serie de actos) de autocomposición de conflictos o de heterocomposición de los mismos.

* Siglas: CPC = Code de Procédure Civile (o Codice di Procedura Civile); CPP = Code de Procédure Pénale (o Codice di Procedura Penale); CCL = Centro de Consejos Legales (Öffentliche Rechtsauskunft=und Vergleichsstelle); R.D. = Real Decreto; RR.DD. = Reales Decretos; LPL = Ley de Procedimiento Laboral; LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil; LECRIM = Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial; StPO = Strafprozessordnung; ZPO = Zivilprozessordnung.

** Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid. Investigador Extraordinario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. Vicepresidente 1º honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Directiva de la International Association of Procedural Law.

¹ Cfr. Zubiri, "Acerca de la voluntad", en el libro *Sobre el sentimiento y la volición*, Madrid, Alianza Editorial, Fundación Zubiri, 1992, pp. 72 y ss.

² Cfr. Zubiri, *op. cit.*, *loc. cit.*

— De autocomposición, si en ella no intervienen sino los interesados, que podrían llamarse *conciliandos*;

— De heterocomposición, si interviniera una tercera (o varias terceras) persona —en muchas ocasiones, aparece el *mediador*—, sea para ayudar a conjugar y acordar voluntades, sea para garantizar con su presencia, el acto, bien para su protocolización, bien para su puesta en práctica —ejecución.

La conciliación, como forma autocompositiva, *debe ser* muy antigua; posiblemente uno de los primeros medios que se ofrecieron al *homo sapiens* para sustituir a la autodefensa; en ella debe hallarse el origen del *pacto*.³ Y siempre ha dependido y depende, de factores sociales, sociológicos, antropológicos; de ahí la enorme cantidad de estudios realizados sobre una actividad no menos abundante.

Dado el enunciado del tema, aquí debe tratarse predominantemente de la “conciliación exoprocesal” o “extra-procesal”, también llamada “preventiva” ya que se produce antes de que el conflicto haga crisis, devenga litigio; y no ha de tratarse de la “conciliación endoprocesal” o “represiva”, que pone fin pacífico a un conflicto devenido litigio a través de un proceso jurisdiccional.

En la exoprocesal —también, “pre-procesal”— se hace intolerable, insoportable para los interesados, el ver ya cerca un proceso, con todas sus desventajas; en la endoprocesal, lo insoportable es la continuación del litigio en este marco jurisdiccional.

Si se tiene en cuenta —son nociones truistas pero básicas— que el desarrollo del proceso jurisdiccional, es necesariamente largo (“alegar”, “probar”, “criticar lo probado”, “convencerse entre dos opciones”, etcétera), y costoso en tiempo y medios; en fin que es (aunque menor que la autodefensa) un mal, la conciliación preventiva, pre-procesal, exoprocesal, extra-procesal, etcétera, aparece como una terminación anticipada —con su evitación total— de ese mal.

Y el convenio de esa *anticipación*, puede ser impositivo o transactivo;⁴ en gran parte, depende de las situaciones jurídicas exo-

³ “Pacto”. Cfr. sobre el *pactum* y sus relaciones con autodefensa y heterodefensa, mi trabajo “Los equivalentes jurisdiccionales. Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (“La defensa”)” en mi libro *La reforma procesal penal*, Madrid, EDESA, 1992, pp. 35 y ss. También en *Problemas actuales del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 9 y ss.

⁴ O mixto. Todas estas categorías, raramente aparecen como “puras”. La conciliación, puede estar muy cerca, casi impregnada de espíritu de imposición de una de las partes sobre la otra, que se resigna, o bien, del transactivo... en el que no se puede evitar aparezca también el espíritu de imposición.

procesales que ocupen los interesados y de su aprovechamiento de las expectativas favorables que cada una de ellas ofrezca.

Y si actuase un mediador, éste podrá formar sus criterios —sus razonamientos, ni más ni menos que como un juez— según las *evidencias* de verdad procesal.⁵ Difícilmente escapará un *mediador* a razonar como un juez. Otra cosa es que las conclusiones de sus razonamientos estén más impregnadas de esa benevolencia antiguamente llamada *pietas*, piedad. . . En gran cantidad de casos, la *mediación* lleva a una sentencia extra-judicial, sin la fuerza que a éstas apoya.

La conciliación pre- o extra- o exo-procesal, constituye un acto de renuncia previa al proceso (a *un* proceso). En ella —dícese— no se formulan ni pretensiones ni defensas en el sentido procesal de estas expresiones: se trata de *acciones* en el más puro sentido romanístico, privadas; derechos e intereses son aportados a la liza que separa, antes de la conciliación, a los dos o varios oponentes.⁶

El resultado de este acto o actos jurídicos (pero no procesales, a no ser que la misma ley imponga la presencia y actuación de un juez y declare su carácter jurisdiccional) debe ser el de transacciones, de retirada total o parcial de pretensiones —iusmaterial— y contra-pretensiones; de aparición, en su lugar de prestaciones y de contraprestaciones del mismo o de diverso y compensado —o no— tipo; pagos, actividades o inactividades personales o reales, concertadas.

El carácter de este acto o actos, es el contractual; han de concurrir en ellos, las mismas condiciones y requisitos que en un contrato.

Pero si en tales actuaciones apareciere la figura del juez, entonces, la naturaleza del mismo puede comprenderse en la llamada jurisdicción voluntaria (y su fracaso abriría al paso a la conten-

⁵ “Evidencia”. *Cfr.* sobre esta expresión, en la actualidad utilizada incluso abusivamente en España y en la esfera del derecho, mi trabajo “Algunas ideas básicas sobre la flagrancia y la evidencia” en *Leyes penales comentadas* (dir. por Cobo del Rosal), vol. XVI (en prensa), Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992.

⁶ *Cfr.* *Denti-Vigoriti*, “La rôle de la conciliation comme moyen d’éviter le procès et de résoudre le conflit”, ponencia general del VII Congreso Internacional (Mundial) de Derecho Procesal *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, vol. de Ponencias, Bielefeld, ed. Habscheid, en *Tip. Gieseking*, 1983, pp. 345 y ss.

ciosa, artículo 1817 LEC),⁷ actuando entonces tal juez como funcionario encargado de administrar actos de tal “jurisdicción”. Y el resultado, puede ser tenido como un acto público de jurisdicción voluntaria “a ejecutar como una sentencia” (artículo 476 LEC, supuesto primero); “pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias” (LPL, artículo 68). Aunque ontológicamente, no se trate de una sentencia.

La intervención en esa *conciliación*, de esa *tercera persona*, puede ser —ya se está diciendo— en concepto de *mediador*, de *protocolizador* y de *ejecutor*: En ocasiones, los tres caracteres se funden en una sola persona —o en varias, reunidas en colegio— y así aparece la conciliación como un *equivalente jurisdiccional*. Más ha de predominar el contenido transactivo.

La mediación, debe limitarse a la sugerencia de soluciones y no se puede extender a resolver el conflicto, ya que entonces, el mediador. . . ha devenido un árbitro.⁸

Y el resultado de esa actividad de conciliación exo-procesal, (aparte su terminación en “grados” de tentativa o de frustración —conciliación fracasada— que abre la vía del proceso), será el de un desistimiento, o el de un allanamiento, o el de una transacción; o los tres, ya combinados, ya mezclados; pero los tres de índole iusmaterial y no iusprocesal.

Y además, se encuentra la *conciliación altruista*, o de sacrificio de las propias expectativas —que puede consistir en un allanamiento iusmaterial, incondicionado.⁹

Por numerosos autores, se ha planteado el problema de, si el juez puede y debe intervenir como conciliador en el mismo proceso en el que va a resolver sentenciando, si no conciliare. Es el caso común en la conciliación pre-procesal española.

El problema radica en que, si el juez-conciliador interviene activamente en los tratos o deliberaciones preparatorios de la misma,

⁷ Cfr. mi trabajo “La passaggio dei procedimenti di Giurisdizione volontaria ai procedimenti di giurisdizione contenziosa nell’ordinamento spagnolo”, en la *Rivista di Diritto Processuale*, 1992, año XLVII, 2ª serie, núm. 3, pp. 801 y ss. (en el ordenamiento italiano no conocen esta solución), publicado también en España, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1991, con el nombre “Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa (el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)”, pp. 991 y ss. y bibliografía allí citada.

⁸ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *Autodefensa, autocomposición y proceso*, México, UNAM, 1970, pp. 54, 75.

⁹ *Ibidem*. Sobre el tema en general, véase *op. cit.*, *supra* nota 3.

se expone a dejar ver sus puntos de vista sobre el *thema decidendi*; de tal manera que, si el intento de conciliación fracasare, las partes ya conocerían esa predisposición del juez.

El problema se agravaría si se hiciera comparecer a las partes coercitivamente —bajo amenaza de sanción— ante el conciliador —esto es: ejercer “una presión” sobre una parte—; ello podría considerarse también como causa de un vicio del consentimiento de tal parte.

Por estas razones —posible atentado al principio de la neutralidad del juez— en los países en que está arraigado, se propende a alejar a los jueces de la función conciliadora, y a preferir a órganos conciliadores extra-jurisdiccionales; o por lo menos, diferentes de los llamados a resolver los procesos contenciosos: esto es, se nos lleva a la creación de organismos extra-jurisdiccionales de conciliación.¹⁰

No obstante, el éxito del llamado “modelo de Stuttgart”, en un Estado tradicionalmente anclado en “el principio de la neutralidad del juez”, constituye una llamada de atención. . .¹¹

II. LA HUIDA DEL PROCESO

Por Denti y Vigoriti se dice que en la función de “asistencia judicial”, los sindicatos de trabajadores, las organizaciones patronales, las asociaciones económicas —empresas mercantiles—, las diferentes

¹⁰ Cfr. este *iter* estudiado por Denti y Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6. La traducción directa de la expresión anglosajona “legal aid” —impregnada, naturalmente, de sentido, en el modelo del *common law*— no da nada: “ayuda legal”. Mejor se puede traducir como “auxilio jurídico”, lo que tampoco es demasiado expresivo. . .

¹¹ Sobre el modelo de Stuttgart, *cfr.* su base, la monografía de Baur *Wege zue einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess*, Berlín, De Gruyter, 1966, y por ejemplo, Bender, presidente del Tribunal de Stuttgart que *creó* el modelo en la práctica “Die Hauptverhandlung in Zivilsachen (Ein Bericht über den Versuch der 20). Zivilkammer des Landesgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozessreform auf den Grundlagen der geltenden Gesetze zu erreichen”, en *Deutsche Richter Zeitung*, 1968, pp. 163 y ss.; Bull y Bender, “Beschleunigung ist kein Zweck”, en *Deutsche Richter Zeitung*, 1971, pp. 268 y ss.; Rudolph, “Die Hauptverhandlung in Zivilsachen, Erfahrungen mit dem “Stuttgarter Modell”, en la misma revista, 1971, pp. 88 y ss. Este modelo se amplió en su aplicación por diversos tribunales alemanes. *Cfr.*, por ejemplo, Herbst, “Die Hauptverhandlung in Zivilsachen Erfahrungen bayerischer Gerichte”, en la misma revista, 1971, pp. 17 y ss. “La preparación del juicio (alegaciones, audiencia preliminar, conciliación). El juicio oral” en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1991, núm. 3, pp. 479 y ss., y esp. 493 y ss.

instituciones para la ayuda legal (la “legal aid”), las asociaciones de defensa de los derechos civiles de los ciudadanos los de asistencia social, en sus variantes, en su comportamiento, tienen una tendencia natural a *resolver directamente* sus diferencias y a resolver sus conflictos gracias a su prestigio y autoridad.¹²

Mejor que de *autoridad*, estimo podría ya comenzar a hablarse de *Auctoritas*.¹³

Es por tanto —siguen estos autores— una variante que merecería ser analizada en un estudio profundizado, teniendo en cuenta que habitualmente, este procedimiento no se utiliza sino para ciertas categorías de diferencias, por ejemplo, los conflictos de trabajo; y la presión ejercida en favor de las soluciones negociadas, se vincula al papel jugado por los sindicatos y a la misma concepción de las relaciones industriales.¹⁴

Estimo que ese procedimiento, es más apto que el del proceso jurisdiccional para solventar conflictos de simples intereses; y es por ello, o por la conexión de derechos e intereses, por lo que abundan en materia laboral estas soluciones pactadas. Además, el trabajo, no admite una guerra —proceso jurisprudencial— casi constante.

Más no dejan de aparecer con frecuencia en otros dominios del derecho; sobre todo en aquellos en que la masificación de ciertas relaciones —por ejemplo, en determinados comercios o acuerdos, como los de los seguros, las propiedades especiales etcétera—; y la elaboración internacional de *modelos*, torna a la vez complicado (el llegar) y sencillo (el aplicarlos) estos convenios, para el presente y para futuros más o menos cercanos —por ejemplo, la previsión de conflictos colectivos de trabajo en un área determinada, por un año—.

¹² Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 352.

¹³ Cfr., sobre la *Auctoritas*, por ejemplo, Álvarez Suárez, *La jurisprudencia romana en la hora presente* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1966, *passim*; De Francisci, *Sintesi Storica del Diritto Romano*, Roma, ed. Ateneo, 1948, pp. 228 y ss.; y el mismo en *Arcana Imperii*, Milán, Giuffrè, t. III, I, pp. 303 y ss.; Vok Lübtow, “De Iustitia et Iure”, en *Zeitschrift der Savigni-Stiftung für geschichte (Romanistische Abteilung)*, Weimer, t. LXVI, 1948, pp. 438 y ss.; Kunkel, “Das Wesen des *ius respondendi*”, en la misma revista, t. LXVI, 1948, pp. 423 y ss.; *ibidem*, “Bericht über neuere Arbeiten zu römischen Verfassungsgeschichte”, en la misma revista, t. LXXXVIII, 1958, pp. 302 y ss.; Schultz, *Principes of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1936, pp. 161 y ss.

¹⁴ Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 392.

En cuanto al arbitraje, su actual difusión —en los países industrializados y en diferente medida— se debe al incremento del tráfico y al terrible atraso de la justicia togada —la jurisdiccional—. Se trata de problemática sobre disciplina jurídica, de organización, de información, de formación de los árbitros; todo ello forma la llamada “cultura del arbitraje”.¹⁵

Ahora bien: entre otras cosas, resulta que “el hombre de la calle” sólo ahora comienza a informarse de esta alternativa a la mal llamada “justicia oficial”; y que tal información le llega, en ocasiones, cuando los puntos neurálgicos de la nueva cultura ya están ocupados, incluso en ocasiones. . . por gentes *demasiado* interesadas para actuar desinteresadamente (y no es retruécano).

Los arbitrajes *ad hoc* no preordenados, se utilizan para resolver controversias en ocasiones enormes, y son muy caros; más ahora, hay una tendencia a extender el arbitraje a otra *casuística menor*, “popular”; y procede también estudiar la disciplina de los gastos de trabajo, de tiempo, de material en desplazamientos, etcétera, en la fijación de las bases de tales arbitrajes, cada vez más extendido y de mayor importancia. Baste con saber que al principio de 1989, el Colegio de Abogados de Madrid, a la vista de la terrible congestión que atascaba a los juzgados de primera instancia en lo civil hasta la parálisis, recomendó a sus colegios el proceder, siempre que ello fuera admisible, por medio de arbitrajes mejor que hacerlo por demandas ordinarias.

Esto es: aparece en la actualidad, una tendencia ciudadana a la “desjudicialización de los litigios”.

III. CONCILIACIONES, MEDIACIONES, IDEA COMPARATIVA GENERAL

1. *En Japón*, la *Civil Conciliation Act* de 1951, ha creado una institución de conciliación con competencia general, que puede ser llamada directamente por los particulares, de manera exo-procesal, pero también endo-procesal, si el juez del proceso lo estima oportuno.

El órgano competente se integra por un presidente, elegido entre los magistrados, y de dos o más miembros escogidos entre personas con experiencia en materias jurídicas o en cuestiones particulares.

¹⁵ Cfr. *Fazzalari*, en un trabajo destinado a ser paradigmático, “La cultura dell’arbitrato”, en la *Rivista dell’arbitrato*, Milán, Giuffrè (de la que es director), año 1, núm. 1, p. 1.

Para el ponente general Ishikama, este procedimiento de conciliación complementa la actividad de los tribunales y permite resolver los conflictos *equitativamente* en lugar de hacerlo según derecho.

El acuerdo adoptado en la conciliación exo-procesal, tiene el mismo valor que el conseguido en la endo-procesal, esto es, el de una resolución del tribunal.¹⁶

Hay también comisiones de conciliación laboral (Ley de Ajuste de las Relaciones Laborales de 1946).

2. *De China*, las noticias son antiguas; se elevan a 1969 (David);¹⁷ época en la que los antiguos órganos de conciliación —las familias, los clanes, los vecinos, los notables— eran reemplazados por entidades oficiales; los Comités Populares de Conciliación o las Oficinas de tal tipo, de organización oficial, pública.

3. También hay noticias de la *República del Senegal*.

Según la tradición jurídica africana local, los conciliadores son los jefes de poblado o los delegados de barrio; de acuerdo con la vieja tradición africana, animaban a las partes a conciliarse en lugar de acudir al proceso.

Pero esta institución, según el magistrado M'Baye, ex-ponente general al Congreso de Würzburg (1983), la institución está en decadencia, y ello se explica por la falta de independencia de los conciliadores, nombrados por los prefectos; por su intervención, limitada a la simple conciliación en la medida en que el acuerdo a que se llegue ha de ser homologado por el juez de paz; y así, se ha creado una corriente popular favorable al proceso: "El africano, ya no tiene horror al proceso público; al contrario, se ha vuelto un procedimentalista" (D'Diaye).¹⁸

4. Volviendo a Europa —a *Suecia*— allí existe la conciliación exo y endo-procesal.

Si el asunto es dispositivo, uno de los fines de la fase preparatoria del proceso, es la de intentar la conciliación (capítulo 42 RB, % 17 y 18), así como también puede el tribunal nombrar un mediador —*cfr. infra*—.

En cualquier momento del proceso, las partes pueden conciliarse extrajudicialmente; y de manera endo-procesal, el tribunal, discrecionalmente, puede sugerir a una parte que "reconozca" una deman-

¹⁶ *Cfr.* Ishikama, citado por Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 352.

¹⁷ *Cfr.* David, "Los grandes sistemas del derecho contemporáneo", París, 1969, citado por Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 367.

¹⁸ *Cfr.* Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 251.

da o que “la retire”. Las partes pueden pedir que el tribunal sentencie de acuerdo con esa conciliación (RB, capítulos 17, % 6); esto es: la conciliación puede ser recogida en forma de sentencia, a menos que resulte una diferencia o carácter más extenso que el que las partes pedían en sus intervenciones orales y escritas de petición de tal conciliación.¹⁹

Pero el tribunal, puede nombrar un mediador, si halla deseable su intervención conciliatoria. Y llama a las partes para que se entrevisten con él a fin de explorar las posibles bases de un acuerdo. Más, si se nombra un mediador especial, no se pueden imponer sanciones a las partes a fin de que comparezcan ante él; ²⁰ si una parte no lo hace se considera fracasada la mediación y el caso es deferido al tribunal.²¹

Los mediadores fijan su propia compensación, que han de pagar las partes; si una parte rehusa pagar, precisa acudir a una acción civil de reclamación ordinaria.

En muchos tribunales de Suecia, es excepcional el nombramiento de mediadores; algunos, no los nombran jamás. Por el contrario, por ejemplo, en la ciudad de Gothemburg, el tribunal nombra regularmente mediadores en los casos que envuelven numerosos problemas, como son las acciones para calcular construcciones, las disidencias sobre contratos, etcétera.²²

Los requisitos para ser mediador, no están previstos en la ley. Y en ocasiones —dando lugar a problemas sobre los cuales ya he tratado otrora—, asistentes a jueces y funcionarios persecutores son nombrados mediadores.²³

5. *En Italia*, amén de las conciliaciones totalmente exo-procesales, hasta la reforma orgánica y procesal de 1991, el conciliador era el *giudice conciliatore*, un derivado del francés *juge de paix*. Pero por la Ley 374/1991, de 26 de noviembre, se ha creado el *giudice di pace*, magistrado honorario que pertenece al orden judicial y que, ejercita la jurisdicción en materia civil y penal, más la con-

¹⁹ Cfr. jurisprudencia del Tribunal Supremo de Suecia, de 1957 en Bader Ginsburg-Bruzelius, “Civil Procedure in Sweden”, La Haya, Columbia University School of Law, Nijhoff, 1965, p. 254.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

ciliación en lo civil. Por su carácter le auguro una carrera tan accidentada como la de los jueces municipales (o de paz) españoles.²⁴

6. *En Francia*, el Decreto 78/381, de 20 de marzo de 1978, ha instituido la figura del *conciliateur*.

Interviene “para facilitar, fuera de todo procedimiento judicial, el arreglo amigable de las diferencias sobre derechos, sobre los cuales los interesados tienen libre disposición” (artículo 1º).

Se le nombra entre personas que disfruten de sus derechos civiles y políticos, y no debe estar investido de cargo electivo; ni ser juez, oficial judicial o ministerial o abogado. Pero el cargo es compatible con el de juez suplente de los de primera instancia (artículo 2º). Su nombramiento es anual, renovable por dos años más (artículo 3º).

Puede ser llamado “sin forma, por cualquier persona física o moral” y por “las autoridades judiciales”; pero su intervención no suspende ni interrumpe la prescripción, ni los plazos de caducidad, o para recurrir (artículo 5º).

El conciliador, puede *invitar* a las partes a comparecer ante él y efectuar inspecciones (artículos 6º y 7º).

Si hay acuerdo, puede reducirse a escrito, uno de cuyos ejemplares se deposita por el conciliador en la secretaría del tribunal de instancia del lugar (artículo 9º, I).

Si las partes expresan tal voluntad en el acuerdo, éste, a petición de las mismas, puede ser declarado con fuerza ejecutiva por el juez de instancia (artículo 9º, II).

La Ley 84/148, de 1º de marzo de 1984, creó conciliadores para favorecer a las empresas en dificultades.

Además, subsiste la clásica conciliación endo-procesal (nuevo CPC artículos 21 y 127 y ss.).

En materia de defensa al consumidor, en 1976 se crearon las comisiones departamentales de conciliación, que reciben las quejas de los consumidores, investigan sobre los aspectos técnicos del problema y proponen soluciones aceptables por las partes.

La conciliación por el juez de paz en Francia, ha sufrido de casi tantos avatares como la española paralela. La ley de 16-24 de agosto de 1790, impuso una conciliación pre-procesal obligatoria, que pasó al CPC. Fue ley fundamental para los jueces de paz, la ley de 12

²⁴ Cfr. Fairén-Guillén, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, EDERSA, 1986, pp. 99 y ss. También mi libro *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984)*, Madrid, Ed. Civitas, pp. 180 y ss., sobre la conciliación judicial en España.

de julio de 1905, modificada en muchas ocasiones como consecuencia de la depreciación de la moneda y a fin de incrementar las facultades de tal juez.²⁵

Dirigía las conciliaciones extraprocesales de manera obligatoria. Pero el resultado, fue mediocre. La conciliación pre-procesal fue suprimida por la ley de 9 de febrero de 1949 excepto en los casos en que el proceso de fondo, había de verlo el juez de paz.

Y actualmente, en los artículos 127 y ss. del nuevo CPC, aparece de nuevo la conciliación endo-procesal como posible “a todo lo largo de la instancia” (artículo 127).

7. *En Alemania*, hallamos al *Schiedsmann*, como órgano de conciliación, procedente de territorios de la antigua Prusia, elegido por las administraciones locales, como se va a ver, con misiones —entre muchas— resolver sobre conflictos de derecho privado, pero sin un procedimiento *formal* ante el tribunal.²⁶ Y el *Güteverfahren* está separado de los procedimientos puramente jurisdiccionales; tiene actualmente gran importancia el procedimiento de conciliación y de transacción (*Vergleich*) en el comercio internacional, en materia de la realización de grandes proyectos técnicos. [Y el *Schiedsmann* no puede ser transformado en árbitro, o tribunal arbitral.]²⁷

La actividad del actual *Schiedsmann* —es un mediador— pretende dos resultados:

1) Ha de promover la solución de conflictos y asegurar la paz equilibrada con la justicia, poniendo en claro las causas de los litigios;

2) Ha de funcionar como mecanismo investigador para prevenir y evitar a los tribunales una sobrecarga con litigios de presumible menor importancia.²⁸

²⁵ Cfr. Cuhe-Vincent, *Precis de Procédure Civile et Commerciale*, 9a. ed., Dalloz, 1946, §§ 184 y ss., pp. 255 y ss.; Vincent, *ibidem*, p. 201.

²⁶ Cfr. Von Hoffmann, Ponencia nacional alemana al Congreso de Würzburg cit. en *Effektiver Rechtsschutz*, op. cit., supra nota 6, II, p. 148 (resumen por Kerameus).

²⁷ Cfr. Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 10a. ed., Munich, Beck, §§ 173, II, 5, p. 930.

²⁸ Cfr. Bierbrauer, Günter, Falke, Josef y Koch, Klaus Friedrich, “Conflict and its Settlement: an Interdisciplinary Study Concerning the Legal Basis, Function and Performance of the Institution of the Schiedsmann”, en *Access to Justice*, vol. II de las “Promising Institutions”, Garth-Cappelletti, Milán, ed. Giuffrè y Siphthoff, Alphen aan den Rijn, 1971, p. 43.

El *Schiedsmann*, de origen prusiano (La ordenanza del *Schiedsmann* de 1924 se aplicó por los *länder* de Berlín, Hasse, Baja Sajonia, North-Rhein-Westphal, Saarland, Schleswig-Holstein y parte del Rhin-Palatinado) tiene también competencias, no ya en lo criminal, sino mejor, como reconciliador penal en casos de delitos del § 380 StPO —*Sühneversuch*— a saber: rupturas de la paz doméstica, del secreto de correspondencia, de lesiones §§ 223, 230 StGB, de estas y daños en bienes, así como de injurias.

Pero en algunos *länder*, el *Schiedsmann* es sustituido por otro funcionario: por el *Rechtspfleger*; así, Bremen (Cfr. *infra*), o Hamburgo, por el Centro Público de Consejo y Mediación (*Öffentliche Rechtsauskunft= und Vergleichsstelle*).

En lo penal, y en el campo ya citado, la querrela debe ir precedida de un intento de conciliación ante una autoridad mediadora (*Vergleichsbehörde*) nombrada por la autoridad del *Land*. [Si las partes no habitan en la misma comunidad (*Gemeinde*), se puede prescindir del intento (§ 380, 8, StPO).]

Si se llega a un acuerdo, el actor abandona el promover un proceso penal; en cambio, el sujeto pasivo, le da satisfacción en forma de excusas o apologías, de compensación por daños, de pago de gastos, de donación para la caridad o a una causa pública, satisfacción de gastos y costas del procedimiento de reconciliación, etcétera.

El fracaso en el intento, abre la posibilidad del proceso penal.

El acuerdo, puede ser legalmente ejecutado.²⁹

En materia civil, el *Schiedsmann*, tiene limitado su campo de competencia al de las acciones dinerarias, en las cuales dirige la conciliación; pero su labor está muy limitada,

a) por ser facultativo de los interesados el acudir a él;

b) porque el mismo *Schiedsmann* puede declinar el actuar en el asunto, por estimarlo demasiado extenso o complicado.³⁰

Actualmente (en 1978) tan sólo un 30% de los casos sometidos al *Schiedsmann*, es civil.³¹

El o los *Schiedsmann* se eligen por los órganos del gobierno municipal o del distrito, por periodos de cinco años; su nombramiento está sujeto a confirmación por parte de las autoridades judiciales, las cuales supervisan sus funciones. Deben tener al menos 30 años de edad, residir en el área en la que van a ejercer sus fun-

²⁹ *Idem*, p. 47.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

ciones. No se requiere una capacitación especial para devenir *Schiedsmann*.

Se aspira a su inmediatez con sus justiciables; por lo que debe nombrarse un *Schiedsmann* por cada municipio no excesivamente pequeño. En la actualidad, hay aproximadamente un *Schiedsmann* por cada 8,000 habitantes.³²

El procedimiento para llegar a esas conciliaciones, se desarrolla generalmente en la residencia particular del *Schiedsmann*, a cuya presencia acuden las dos partes; está prohibido el utilizar apoderados (*Bevollmächtigte*), pero cada parte puede hacerse acompañar de un consejero (*Beistand*), los cuales, sin embargo, pueden ser rechazados por el *Schiedsmann* en cualquier momento del procedimiento.

Se puede oír a testigos y peritos que concurren voluntariamente.

Y se trata de llegar a un acuerdo, expresado por medio de una declaración pública de las partes. El acuerdo, se refleja en un registro; y lo mismo el fracaso de la tentativa.³³

Una institución alemana de “legal aid” —de ayuda jurídica general— de gran éxito, es la del *Öffentliche Rechtsauskunft= und Vergleichsstelle* (Centro de Consejos Legales), que funciona, desde hace casi un siglo, en la ciudad de Hamburgo.³⁴ [Nótese que este

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Cfr.* Falke-Bierbrauer-Koch, “Legal Advice and the Judicial Settlement of Disputes: A Case of the Public Legal Advice and Mediation Center in the City of Hamburg”, en *Access to Justice*, II, “Promising Institutions”, Cappelletti-Garth, Milán, Giuffrè y Sijthof, *Alphen aan den Rijn*, vol. I, pp. 103 y ss.

En 1890, el *Katholische Volksbüro* de Essen, fundó un Centro de Consejos Jurídicos para servir a la población obrera y a los miembros de las clases medias bajas de las áreas industriales. El ejemplo fue seguido por numerosas organizaciones católicas y protestantes y por asociaciones de trabajadores. En 1904, funcionaban 67 de estas entidades, afiliadas al Partido Zentrum, dando consejos jurídicos en unos 175,000 casos (Lehmann, 1936, 7).

En 1901, la *Volksheim* s.V., asociación de caridad, surgió del pueblo con obras sociales muy variadas, sin contemplar religiones, ni diferencias partidistas; fundó en Hamburgo un Centro General de Consejos, como intermediario para diversas ayudas.

La necesidad de “ayuda jurídica” fue tan intensa que el Centro “*Volksheim*” se desarrolló como una institución de servicios de información jurídica primaria, servida por juristas que trabajaban gratuitamente (Hagedorn, 1932, pp. 47 y ss.).

Como continuación del “*Volksheim* e.V.”, a iniciativa y con la participación de asociaciones femeninas y del secretariado de trabajadores de los sindicatos obreros, se creó en Hamburgo el Centro de Consejos Legales, en la Oficina del Bienestar de Hamburgo, fue incluido entre los servicios nazis.

Centro de Consejos Legales —CCL— en materia de conciliaciones penales, sustituye, en Hamburgo, al *Schiedsmann*.]³⁵

El CCL provee a las personas de clases inferiores, de ayuda y de consejo legal en toda especie de materias jurídicas. La “necesidad” de las personas, está determinada por los *standards* para garantizar la asistencia en especiales circunstancias, según la sección 79 de la *Bundeshilfegesetz*. Además, el CCL concede ayuda también a personas de superior nivel económico. Y no hay límite-tope de ingresos, si la información se requiere sobre disposiciones legales o reglamentarias, o acuerdos con referencia a las leyes de bienestar, de trabajo o sociales.³⁶

Si la ayuda prestada en una entrevista no es suficiente, se pasa a la práctica. El miembro del CCL puede establecer contacto escrito o por teléfono con la otra persona interesada (con “la otra parte”) que *pide* a la nuestra; con agencias gubernamentales u otras personas-partes interesadas; puede *mediar* y clarificar la situación legal de hecho de cada uno, y así se evita de acudir a los tribunales.

El miembro del CCL, no actúa nunca como representante de la persona que se aproxima a la otra, sino que aguarda para intervenir como mediador.

Y el éxito de sus mediaciones, depende en mucho de su falta de voluntad de adoptar prematuramente posiciones rígidas.³⁷

El carácter social de las prestaciones del CCL —que se desarrollan en interés público—, se refleja en el hecho de que no represente a partes en juicio.

El consejo que dé, sirve en muchos casos al peticionario, como orientación inicial; a su vista resuelve sobre el ulterior curso de su acción.³⁸

El CCL —su origen fue el *Katholische Volksbüro* de Essen, en el Ruhr, capital de cuenca industrial—, desde los puntos de vista de su organización y costas, es una rama de las autoridades sociales

En 1946, fue reorganizado como Centro Público de Consejos Jurídicos y Mediación de Hamburgo (ÖRA) por decreto del alcalde mayor de Hamburgo y del presidente del Tribunal de Apelación Hanseático, de 4 de febrero.

Hay centros dependientes en Lübeck, Colonia, Elmsholm, Norderstradt. Cfr. Falke, Bierbrauer, Koch, *op. cit.*, p. 115.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Idem*, p. 116.

³⁸ *Idem*, p. 117.

y de trabajo; pero se halla bajo la supervisión de las autoridades de justicia.³⁹

Y está reconocida como autoridad de conciliación según el pensamiento del § 794 de la ZPO.

En los procedimientos civiles de conciliación —no limitados a personas económicamente débiles— todo puede resolverse por medio de un acuerdo legal concertado extra-judicialmente, con audiencia oral de los interesados.

La comparecencia de éstos ante el miembro del CCL, es voluntaria (y no es obligatoria la intervención de abogado). “El éxito del intento de conciliación, depende primariamente de los peritos, de la experiencia y de la destreza negociadora del funcionario del CCL que preside”.⁴⁰ Tales procedimientos, pueden ser llevados a efecto de manera expedita y con escasos costos; se utilizan a menudo en negocios, relaciones de familia, etcétera.

Además, el procedimiento de conciliación, puede adquirir el carácter de una mediación, entre el peticionario primitivo y la otra persona.

El acuerdo alcanzado por conciliación o por mediación del CCL, puede terminar con una documentación que le dé carácter de título ejecutivo. De aquí que se utilice mucho, incluso por clientes de fuera del área correspondiente.

Y también con frecuencia, versa sobre pagos y otros asuntos secuencia de los divorcios; acuerdos sobre importe de pensiones, etcétera.

Como ya dije, en materia penal, el CCL sustituye al *Schiedsmann* en Hamburgo.⁴¹

³⁹ Desde los puntos de vista de la organización y financiación, la ÖRA está contemplada entre las autoridades sociales y de trabajo, pero se halla bajo la supervisión de las autoridades de justicia. Mantiene en Hamburgo, zona metropolitana, 26 oficinas. El personal, en 1972 —siempre es interesante conocer cifras de la historia cercana— lo integraban, un director, 10 miembros de la dirección, 242 empleados no asalariados; contando con 63 secretarios, 34 ayudantes (“clerks”), 48 *Rechtspfleger* (que pueden incluso sustituir a los jueces) y 5 oficiales administrativos. Con 83 juristas: 64 jueces, 11 abogados particulares, 5 abogados administrativos y 6 perseguidores, que actúan como directores y consejeros; muchos de ellos son a la vez, jueces y fiscales en activo.

Perciben tan sólo una gratificación de 15 a 25 DM por cada sesión de consejo (por dos horas), y trabajan generalmente, un día por semana. Falke, Bierbrauer, Koch, *op. cit.*, *supra* nota 34, p. 119.

⁴⁰ *Idem*, p. 118.

⁴¹ *Ibidem*.

8. *En Inglaterra*, hay un oficial (*official*) de los tribunales, que en sus múltiples trabajos, va mucho más allá de su modesta denominación oficial, la de *Registrar*.⁴²

El Consejo de Consumidores, publicó un documento que tuvo una gran influencia sobre ciertos procedimientos de los tribunales del condado, en el área de los litigios de escasa entidad (*small claims*). Se ha llamado a la solución amigable, “justicia fuera de alcance” (*Justice of the Reach*). Consiste en un procedimiento que tiene lugar con anterioridad al juicio o audiencia principal (esto es, de un procedimiento *petrial*), informal, con una audiencia amistosa, una especie de discusión entre el *registrar* agregado al tribunal en el que se va a tratar del caso, y las partes.

Si el demandante no asiste a esta audiencia, su *action* puede considerarse como desistida, a no ser que pida su conservación para ser tratada otro día; si es el demandado el que falta, el actor puede obtener, empero, una resolución, después de probar sus alegatos; y a tal efecto, se le pide que traiga consigo a tal efecto, cartas, recibos, en fin, documentos, etcétera.

Si concurren las dos partes, el *registrar* debe examinar la documentación aportada —incluyendo demanda y contestación— y aún puede pedir más información de las partes.

Explora el *registrar* la voluntad de las partes sobre la posible resolución del litigio por medio de un convenio sin necesidad del *trial*, y a menudo ayuda a las partes a llegar a tal acuerdo; y si ello no es posible, si desean que el conflicto sea solucionado por medio de arbitraje y mediante el citado *trial*.⁴³

Esta *pre-trial review*, en principio, está destinada a examinar las alegaciones de las partes y de sus elementos probatorios, a fin de poner de manifiesto sus carencias antes del *trial* (*Summon for direction*); pero en la práctica, favorecen los arreglos amistosos de conflictos.

La Ordenanza 19, de las *County Courts Rules* de 1981, confía al *registrar* automáticamente, el tratamiento de los conflictos —hechos litigio— sobre pago de sumas interiores a 500 libras, como árbitro,

⁴² El *Registrar*. Cfr. sobre esta figura, Jacob, I. L., “Access to Justice in England”, en *Acces to Justice* de Cappelletti, “A World Survey”, t. I, Milán y Alphen aan den Rijn, Giuffrè y Sijthof, 1978, pp. 451 y ss.; Halsbury’s, *Laws of England*, 4a. ed., Londres, Butterworths & Co. Publ., vol. 10, Voz “Courts”, núm. 10.

⁴³ Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 360.

siempre que el demandado haya comparecido; pero si “no es razonable hacer intervenir al árbitro, o surge una dificultad en materias de hecho o de derecho, o si las partes lo aceptan, la competencia retorna al juez de *common law*.”

En el campo del consumo, existe un arbitraje —se inició en la práctica en Londres y en Manchester, en 1978— para sustituir el procedimiento de “acciones o demandas pequeñas” (“*small claims*”), inferiores al valor de 500 libras; la función de árbitros se confía a *solicitors*, que son nombrados por la *Law Society*. Se precisa la sumisión expresa de las partes; los árbitros no se sujetan a un procedimiento determinado; los gastos son mínimos o nulos; el acuerdo es ejecutable por el *County Court*.

Existe en este vasto campo, una *Oficina para el Comercio Limpio* (“*Office of Fair Trading*”), una de cuyas competencias básicas, es la de hacer llegar a acuerdos amistosos a consumidores y comerciantes o productores en sus conflictos.

Si bien no hay obligación de dirigirse a esta oficina antes de que se abra un procedimiento judicial, de hecho, sus funcionarios se ocupan a menudo del arreglo amigable de las diferencias interviniendo como conciliadores.⁴⁴

En el campo del derecho del trabajo —el más proclive a dar intervenciones arbitrales a entidades no estatales— aparece en Inglaterra el Servicio Consultivo de Conciliación y Arbitraje (*Advisory Conciliation and Arbitration Service*), cuya composición es la de un presidente y nueve miembros, escogidos, un tercio por los patronos, un tercio por los trabajadores y un tercio por peritos del sector.

Es una oficina —una *agency*— en el terreno de las relaciones industriales; actúa como organismo de conciliación, de mediación y de arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo —y he de hacer aquí una referencia a la muy interesante legislación española sobre el tema, *cfr. infra*—.

a) El Servicio, puede actuar, promoviendo directamente el acuerdo entre las partes que pidieron su intervención, intentando buscar soluciones aceptables para todos y convenciéndolas para que las admita como bases de un eventual acuerdo —labor de *conciliación*—.

⁴⁴ *Idem*, p. 361.

b) El Servicio, puede actuar como *mediador*, encargando —siempre con acuerdo previo de las partes— a un tercero de elaborar y presentar un proyecto de transacción a discutir por aquéllas.

c) El Servicio, puede actuar como *árbitro*. Las partes se ponen de acuerdo para deferir la solución del conflicto a un tercero y se comprometen a aceptar el laudo. Se trata de un arbitraje del modelo tradicional; las funciones de árbitro se confían a personalidades sin ninguna relación con el Servicio.⁴⁵

En los conflictos individuales, si se les lleva a los tribunales, el Servicio recibe una copia del acto de introducción de la instancia —demanda preliminar, la llamaríamos—; así, sus agentes pueden intervenir de oficio o a instancia de parte, a fin de intentar resolver el conflicto de manera amigable por medio de un acuerdo; éste es obligatorio —si a él se llega— y sin recurso alguno.⁴⁶

9. *En los Estados Unidos de Norteamérica*, la conciliación —el intentarla— tiene enorme desarrollo; visto además, el muy mal estado de sus procedimientos jurisdiccionales civiles, mal estado que se pone de manifiesto incluso por ellos.

Los Centros de Justicia de Vecindad (*Neighborhood Justice Centers*), se crearon durante la administración de James Cartes —Los Ángeles, Atlanta, Kansas City—; se trata de funcionarios que intervienen —si las partes acuerdan tal intervención— para intentar la conciliación entre vecinos —asuntos de familia, de copropiedad, etcétera—, evitando la de los tribunales. Más si una de las partes denuncia el acuerdo, hay recurso ante el juez.

Otros organismos, tratan más bien de facilitar, o la conciliación, o que el pleito se entable bien. Tal es el ejemplo del Organismo de Arbitrajes Obligatorios de California (años 70), para asuntos de entidad no superior a los 15,000 dólares.

Las resoluciones, se atribuyen a abogados designados por la Orden. La intervención arbitral no impide el desarrollo del proceso jurisdiccional; la sentencia no se condiciona por la de los árbitros. Según Garth, el papel de este organismo, es más bien el de conseguir una primera deliberación sobre el asunto que evitar que sea llevado ante los tribunales.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*, p. 362.

El Programa de la Corte Municipal de Boston de Mediación (*Boston Municipal Court Mediation Program*, septiembre de 1980) se creó gracias a la ayuda de una antigua fundación privada —nótese el papel eminente de las fundaciones en Norteamérica—, la *Crime and Justice Foundation*.

Tiene por misiones, las de contribuir a solventar los litigios existentes, creando entre las partes contactos más o menos permanentes (familia, copropiedad, trabajo, etcétera).

Los promotores, partieron de la acertada idea; ya es casi un lugar común— de que el sistema de acudir a los tribunales promoviendo un proceso, no hace sino exacerbar los problemas mejor que resolverlos; los tribunales no pueden profundizar en el contexto en el que se inscribe el litigio (solamente pueden tratar de ese caso particular, de la anécdota); y además, una solución obtenida por medio de la conciliación está destinada a tener más duración que la impuesta por un juez y revestida de cosa juzgada. [Permítaseme dudar de la veracidad de este postulado, al menos en términos de generalidad.]

Los asuntos, se ponen en conocimiento de la Corte por indicaciones de los jueces, de los secretarios, del Ministerio Público, de los órganos públicos de la defensa judicial (*legal aid*) y de los funcionarios que dirigen las liberaciones a prueba (*probation officers*).

Todos ellos, advierten a las partes de que hay otros medios de solventar los litigios que el proceso jurisdiccional, y las invitan a pedir la intervención de *nuestra entidad*.

Esta intervención, se ha de pedir de acuerdo por las partes, las cuales, en cualquier momento, pueden revocarlo a acudir al proceso.

La *facies* que presente el mediador, es la de quien no quiere juzgar de las razones o sinrazones de las partes, y desea tan sólo una solución práctica. Esto ya de por sí, muestra la inocencia de la idea institucional, que prácticamente, trabaja poco.⁴⁷

⁴⁷ *Cfr.*, por ejemplo, Langbein, "The German advantage in Civil Procedure", en *University of Chicago Law Review*, 1985, núm. 52, pp. 823 y ss., en cuanto a la conveniencia de admitir ciertas figuras alemanas-inquisitivas; para los americanos, todo lo que no sea su *adversary system* es inquisitivo: y con este calificativo demuestran su ignorancia de lo que ocurre fronteras afuera de sus predios (Denti, califica este fenómeno, de manera piadosa, de "cultura autárquica". Frente a Langbein, Gross, "The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation", en *Michigan Law Review*, 1987, núm. 85, pp. 774 y ss.) se consuela de la ineficiencia de su proceso, alegando que así hay pocas gentes que acudan a él y con esto, se evitan expensas del Estado.

La misma masiva aceptación del *plea bargain* en los Estados Unidos para sustituir al juicio por jurados, muestra este mal estado de cosas.

También en Canadá hay organismos extrajudiciales de conciliación; destacan en materia de trabajo, en las fases de negociación de conflictos colectivos; es el Ministerio de Trabajo el que designa los órganos correspondientes.

En Europa, además de lo ya indicado, proliferan las conciliaciones extrajudiciales, en materias en que las partes, tienen la disposición de su derecho o interés y no estiman del caso hacer intervenir a los tribunales: conciliaciones como las belgas de la Comisión de la Bolsa, de la Comisión para la Regularización de Precios, la Comisión sobre el Control de Bancos, etcétera.⁴⁸

En *Austria*, el problema del consumidor se ha planteado igualmente, desarrollándose desde los años 70 la tendencia a crear órganos de conciliación para las diferencias en este mundo de los consumidores. Han intervenido (ponencia de Bajons-Grimm) el Ministerio del Artesanado, de la Industria y del Comercio y la Asociación para la Información de los Consumidores. Y se han creado organismos como por ejemplo, simples despachos de reclamaciones que pueden intervenir de manera informal, o bien comisiones de conciliación propiamente dichas, de integración paritaria y que formulan recomendaciones no vinculantes tras una instrucción.⁴⁹

Diferente es el actual estado de cosas en *Hungría*, que emerge de un largo periodo de *Real Sozialismus*, de un intervencionismo estatal abrumador.

Además de la conciliación clásica endoprosesal (no olvidemos que fuente fundamental de la ZPO húngara vigente, de 1952, sigue siendo la ZPO de 1911, del ilustre Plösz, émulo y discípulo de Klein), la exo-procesal se confía a órganos jurisdiccionales diferentes de aquél que será llamado a *juzgar* sobre el asunto, si el intento fracasara. Se trata de un juez único; puede acudir a él una de las partes o bien las dos espontáneamente. El acuerdo deberá ser ratificado por el tribunal; el cual, deberá proteger a la parte económicamente más débil o a la que no conoce bien sus derechos.⁵⁰

Las estadísticas daban un índice muy bajo de conciliaciones exo-

Y, ahora, cima de la ingenuidad —o de algo peor— en España, se quiere re-instituir el “jurado de veredicto”, el más anticuado...

⁴⁸ Cfr. De Corte, en los “Berichte” del Congreso de Würzburg, t. II de *Effektiver Rechtsschutz*, op. cit., supra nota 6, p. 359.

⁴⁹ Cfr. Bajons-Grimm, “General Berichte” en Würzburg, t. I, p. 358.

⁵⁰ Nevai, citado por Denti-Vigoriti, op. cit., supra nota 6, p. 356.

procesales; ello, dado que no se consideraba en Hungría la necesidad de evitar a toda costa el proceso, y de no ser éste caro.⁵¹

IV. CONCILIACIONES, MEDIACIONES, ARBITRAJES EN ESPAÑA

1. En España, naturalmente, existe la conciliación exo-procesal y la endo-procesal.

La exo-procesal (pre-procesal) fue declarada facultativa por la Ley de Reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984 —en lugar de intentar corregir los defectos y las corruptelas de la existente;⁵² pero a nuestros actuales legisladores place el aparecer como “innovadores y progresistas” aunque sea para descubrir el Mediterráneo;⁵³ crearon una conciliación intra- o endo- procesal en el juicio de menor cuantía (que habían modificado) al comienzo de su nueva “comparecencia” o audiencia preliminar; de tal suerte que ahora, tal audiencia resulta imprescindible, aunque en ella no haya otros asuntos de que tratar;⁵⁴ esto es, una serie de despropósitos que denotan la incompetencia de los autores en el terreno en que se movían, así como su desconocimiento del Derecho Comparado;⁵⁵ de lo cual, en parte, ha salido una actuación dilatoria y casi inútil.⁵⁶

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. Fairén-Guillén, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, *supra* nota 24, pp. 181 y ss.

⁵³ Así, la “comparecencia” del juicio de menor cuantía, en la reforma de 1984, estaba inspirada en la *Erste Tagsatzung* austriaca (que yo venía examinando en mis publicaciones, desde 1950), pero... pese a mis advertencias (en el *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, número de 9/10/1983...), los legisladores no se enteraron de que, por la novela de 1º de mayo de 1983, tal audiencia había devenido facultativa... Y la instituyeron en España como obligatoria, sin estudiar el parecer de quienes la rectificaban basados en la propia experiencia.

Cfr. mi trabajo de advertencia cit., “Estudio de la comparecencia en el juicio de menor cuantía del Proyecto de Ley Urgente de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en el *Boletín* cit. núm. de septiembre-octubre de 1983.

Y mi comentario a la reforma de 1984, en mi libro cit. “La Ley de Reforma Urgente”, *op. cit.*, *supra* nota 24, pp. 235 y ss.

⁵⁴ *Idem*, pp. 189 y ss., 237 y ss., 255 y ss.

⁵⁵ En especial —y se ha de repetir, ya que se trata de ignorancia *inexcusable* en los técnicos que intervinieron en el estadio pre-legislativo— de la novela austriaca de 1º de mayo de 1983, que transformó en facultativa la audiencia preliminar. Cfr. mi estudio cit. de la comparecencia del juicio de menor cuantía; y además, mi trabajo “Observaciones a los libros II y III del Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil, preparados por un grupo de estudios de la Comisión General de Codificación”, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1982, núms. II-III, pp. 291 y ss.

Entonces, en la Comisión se autorizaba la publicación de *nuestros* trabajos y no triunfaba el nefasto secretismo.

⁵⁶ Cfr. Fairén-Guillén, *op. cit.*, *passim*.

Dejo aparte ya al proceso civil.

2. En el proceso de trabajo —en el que tradicionalmente existe la conciliación exo-procesal o pre-procesal— el R. D. 8/1979 de 26 de enero, creó al Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con estas funciones; una dirección muy intervencionista del Estado para organizar el mecanismo extra-procesal de evitación de los procesos laborales, individuales o colectivos. Actualmente, se ha descentralizado este Instituto, que se llama “Servicio de Mediación, arbitraje y conciliación” en materia de trabajo, extendiéndose a las comunidades territoriales, aunque hoy día no funcionan tales servicios en todas ellas —hay una serie de RR. DD. de descentralización—.

El intento de conciliación, es obligatorio como previo a “la tramitación de cualquier procedimiento laboral” —incluso hay una cuasi definición de la conciliación, de la mediación y del arbitraje en la “Exposición de Motivos” de tal Real Decreto—. El Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979, creó los tribunales arbitrales laborales en todas las cabezas de provincia y localidades en las que existieran los jueces de trabajo —esto es, en todas aquéllas—.

El intento de conciliación, se desarrolla ante un funcionario, licenciado en derecho, perteneciente al Servicio; la asistencia de las —futuras— partes es obligatoria: Aunque el Servicio —ex-Instituto— declare que sus principios de actuación son los de libertad —no interferencia en el libre ejercicio de los derechos de los trabajadores—; de rogación, esto es, de sola intervención *ex officio* “en los casos de carácter general o grave” (artículo 3º), de neutralidad, con carácter solamente profesional, técnico e imparcial, y de gratuidad (artículo 3º R. Dº Ley cit.).

El funcionario-conciliador, puede ser sustituido por otro órgano, a constituir en los acuerdos interprofesionales o para los conflictos colectivos (artículo 83 Estatuto de los Trabajadores de 16 de mayo de 1980). Por su medio, los sindicatos obreros y las asociaciones patronales, pueden establecer la estructura de las negociaciones colectivas, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos entre convenios de diferente ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación.

Hay toda una serie de excepciones al intento de conciliación exo y pre-procesal: procesos sobre seguridad social, de impugnación de

convenios de conflictos colectivos, de los Estatutos de los sindicatos, así como de aquellos en que sea demandado al Estado u otro ente público, o aquellos en que fuere necesario dirigir la demanda a personas distintas de las primitivamente demandadas —un cambio de partes— (artículo 64 de la Ley —Decreto-Ley— de Procedimiento Laboral de 27 de mayo de 1990).⁵⁷

La presentación de la solicitud de conciliación, suspende los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción; el primero se reabre al día siguiente de intentada la conciliación sin éxito o transcurridos 15 días desde su presentación sin haberse celebrado el intento (artículo 65-1 LPL) y transcurridos 30 días sin haberse celebrado tal intento, se tendrá por terminado el procedimiento y por cumplido el trámite (artículo 65-2 LPL). Estos buenos deseos de celebridad del legislador —que la preconizaba, pero que contribuía con medidas desacertadas o con su inoperancia, a abrir más profundamente aún la crisis procesal y orgánica existente— se ven truncados por dicha crisis. Las solicitudes de conciliación se amontonan; no se pueden respetar los plazos.

La incomparecencia al acto por parte del futuro actor, sin alegar justa causa, se considera como produciendo el efecto de la no presentación de tal solicitud, y se archivará lo actuado (artículo 66-2 LPL); si no compareciere la otra “parte”, “la conciliación se tendrá por intentada sin efecto” (artículo 66-3 LPL).

⁵⁷ Debo llamar la atención aquí sobre el peligrosísimo e inaudito hecho de que, publicado el R. Decreto citado, en el *Boletín Oficial del Estado* del día 2 de mayo de 1990, con numerosas erratas, en el mismo periódico oficial del día 23 de mayo se publicó un “texto corregido”, en el que (entre otras cosas, se publicaba de nuevo todo el Libro IV del R. Decreto) *se introducían normas nuevas*, normas espurias, evidentemente.

No era la primera vez, llamé la atención en un trabajo mío, que publiqué en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1990, núm. 3, trabajo reproducido en mi libro *La reforma procesal penal*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 1 y ss.

El periódico oficial español, sigue funcionando muy mal. Incluso desde que se descubrió un grave escándalo económico del que era protagonista su directora, la racha de erratas, ha proseguido. . .

Una de las últimas y más espectaculares: en el *Boletín Oficial del Estado* del día 13 de enero de 1994, se publicaba el “Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea” —tratados de Maastricht: “los tratados del siglo”, para España—; pues bien, la firma que aparecía —con la del Rey de España, natural y constitucionalmente— no era la del Ministro de Asuntos Exteriores, sino *la de su hermano*, que también interviene en política en España.

Se rectificó el error en el *Boletín Oficial del Estado* del día siguiente, 14 de enero de 1994, pero pésima impresión, había cundido por todo el mundo. . .

Lo acordado en esta conciliación pre-procesal, puede ser impugnado por las partes y por terceros perjudicados ante el juez competente para conocer del objeto de la misma, por medio de la acción de nulidad, por las causas que invalidan los contratos (artículo 67 LPL).

El acuerdo conseguido en conciliación, “tiene fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes, sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal”; puede ejecutarse “por el trámite de ejecución de sentencias” (artículo 68 LPL).

Pero el Servicio —ex-Instituto— puede actuar también como *mediador* (R. D. 2756, de 23 de noviembre de 1979). La mediación “ofrecida por el Instituto” —hoy por el Servicio— “y aceptada por las partes, se realizará con carácter inmediato” (artículo 2º, 1).

Solicitada que sea, el Servicio convocará y oír a las partes “sobre las condiciones y características que debe reunir el mediador” y someterá a su consideración nombres, designando “a aquella persona en la que coincidiera el parecer de ambos interesados”. Seguidamente, se recabará la aceptación del designado” (artículo 2º, II).

El mediador, “tiene facultad para convocar a las partes, que estarán obligadas a comparecer personalmente cuantas veces estime pertinente y podrá solicitar datos e informes necesarios para el cumplimiento de su misión” (artículo 2º, III). Con obligación de secreto (artículo 2º, III), el mediador, “en el plazo más breve posible. . . someterá a las partes la propuesta de solución que considere justa” (artículo 2º, IV). La aceptación de tal propuesta por las partes, tendrá la eficacia de un convenio colectivo, si legalmente pudiera concertarse” (artículo 2º, V).

Igualmente puede el Servicio constituir “tribunales de arbitraje” (D. L. de 26/1/1979, artículo 4º).

Existirán tales tribunales, como se ha indicado, en las capitales de provincia y localidades en que haya juez de trabajo (artículo 4º); y se integrarán por el presidente —que ha de ser un funcionario público, licenciado en derecho— y dos vocales —uno designado por el sindicato obrero y otro por la asociación patronal; más un secretario, funcionario público, sin voz ni voto.

Entran en la competencia —*in abstracto*— de estos tribunales de arbitraje, “todas las controversias, tanto individuales como colectivas de trabajo. . . sin otros límites que los que se establezcan reglamentariamente”. [He aquí un atentado al principio de jerarquía de las normas, establecido en la Constitución de 1978.]

Contra los laudos, cuanto se tratare de conflictos individuales, hay recurso ante los Juzgados de Trabajo; si de conflictos colectivos, ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, o ante el Tribunal Supremo.

Esta organización, en general, funciona de manera bastante aceptable, aunque arrastrada a la crisis general.

3. Hay en España una nueva Ley de Arbitraje —de derecho civil y mercantil, y con aspiraciones de internacional—; Ley 36/88, de 5 de diciembre.

Suprime la diferencia entre cláusula arbitral y compromiso (a la inversa de la Ley anterior, de 1953, obra del profesor Guasp); la aceptación de los árbitros, puede tener carácter informal (artículo 6º).

El arbitraje, puede ser de derecho —en cuyo caso, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio, artículo 12-2 ley— o de equidad; pueden ser nombrados por terceros, con lo que aparecen entidades que se dedican a tal menester (la pomposamente llamada “Corte Española de Arbitraje”); el procedimiento es indeterminado, y sólo se dice que se sujetará a “los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes” (artículo 21-1 ley); pero se puede regular “por la voluntad de las partes” o “por las normas establecidas por la corporación o asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros” (artículo 21-2 ley); principios de indeterminación que acabarán por resultar peligrosos y aun nocivos.

Contra los laudos, se da un recurso llamado “de nulidad”, que incluye el caso clásico de “ser contrario al orden público” (artículo 45-5 ley), ante las Audiencias Provinciales. La puesta fuera de juego al Tribunal Supremo, impedirá la formación de una doctrina unificada sobre tales recursos y su contenido; cosa muy grave, si el arbitraje resulta ser... un sustituto del proceso civil, como por algunos se quiere, a la vista de la actual crisis.

La ley, regula también el arbitraje internacional.

En éste, la capacidad de las partes se rige por su ley personal (artículo 60); el convenio, por las normas de la ley que escojan las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, por la ley de la controversia, y en defecto de ésta, por la ley del lugar en donde haya de dictarse el laudo; y si éste no estuviere determinado, “por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral” (artículo 61 ley).