



icav



CEU

*Universidad
Cardenal Herrera*

DIPLOMA UNIVERSITARIO DE EXPERTO EN MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

TUTORIZA
D^a BEATRIZ
RABASA
SANCHIS

UNIDAD 1.3. PROCESOS Y TÉCNICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

INTRODUCCIÓN	¡Error! Marcador no definido.
1. Medios adecuados de solución de controversias: MASC. Delimitación conceptual y constitucional	
1.1. Delimitación del concepto de MASC según la Ley Orgánica 1/2025	
1.2. Constitucionalidad de los sistemas de resolución de conflictos	
2. La Mediación, la Conciliación y el Arbitraje	
2.1. La Mediación	
2.1.1. Concepto	8
2.1.2 Delimitación del papel del Mediador: Imposibilidad de proponer soluciones	
2.2. La Conciliación	
2.3. El Arbitraje	
2.3.1. Cuestiones generales. El procedimiento arbitral	18
2.3.2. Delimitación de las figuras del juez, el mediador y el árbitro	21
2.3.3. Elementos diferenciadores del arbitraje-proceso judicial	21
2.4. Las cláusulas escalonadas de resolución de controversias. Cláusulas Med-Arb y Arb-Med	
3. Otros medios adecuados de solución de conflictos. Ley 1/2025	25
3.1. Oferta vinculante confidencial	25

3.2. Opinión de persona experta independiente.....	27
3.3. Proceso de Derecho Colaborativo.....	35
4. Clasificación de los procesos de resolución de conflicto.....	36
4.1. Autocompositivos y Heterocompositivos.....	28
4.2. Intrajudiciales y extrajudiciales.....	39
4.3. Adversariales y no adversariales.....	39
4.4. Previos o complementarios, y alternativos.....	40
5. Diferencias entre distintos MASC y el proceso judicial.....	42
6. A modo de Conclusión.....	43
7. Bibliografía.....	44
ANEXO:	
Ejercicios de autoevaluación:	
Solucionario:	

Introducción

El sistema jurídico español se ha basado tradicionalmente en acudir a la vía judicial para solucionar las controversias entre los ciudadanos. No obstante, el aumento de los litigios y la lentitud de la administración de la justicia, entre otras razones, han determinado que en nuestro país como en muchos otros se considere como remedios necesarios para resolver el atasco judicial una serie de métodos no jurisdiccionales para la resolución de estos conflictos.

Estos métodos se han venido llamando ***Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*** [**MARC** en castellano; **ADR**, en inglés, como acrónimo de la frase ***Alternative Dispute Resolution***].

Recordemos que esta expresión fue acuñada por el jurista estadounidense Frank Sander en 1976, con el fin de sugerir una solución al problema del mal funcionamiento de la justicia en los Estados Unidos, recurriendo a formas alternativas o complementarias de composición de las disputas. “*De aquí nació la idea de un sistema alternativo a la jurisdicción del Estado que consintiera unas soluciones, satisfactorias, rápidas y poco costosas de las controversias*” (Foddai, M.A., 2010).

Junto al acrónimo ADR se ha venido utilizando el **ODR (*Online Dispute Resolution*)**. Se trata de la adaptación de los ADR a las disputas *online* que está incidiendo en problemáticas que no tienen origen en la red, pero que permiten alcanzar soluciones desde plataformas

adecuadas electrónicas. Su crecimiento es continuo y muy adaptado a la sociedad virtual que se configura. [Véase Unidad 3.4].

Actualmente el legislador ha introducido un nuevo acrónimo para designar estos medios de resolución de conflictos. Nos referimos a la **Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia** (en adelante, **LO 1/2025**). Esta ley es muy ambiciosa al introducir numerosas modificaciones en leyes de gran calado.

Así, por ejemplo, en el Título I relativo a las medidas en materia de eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, se modifica en profundidad la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y lo mismo ocurre en el Capítulo II del Título II en el que se modifican leyes procesales como la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil entre otras.

No obstante, lo que nos interesa a lo largo de esta unidad es centrarnos en el Título II, medidas en materia de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, y en particular en su Capítulo I titulado **Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (MASC)**. En este nuevo acrónimo, llamado a sustituir al tradicional ADR, el término alternativo se omite. Esto no es casual ya que un sector doctrinal bastante representativo venía criticando la utilización de la expresión “métodos alternativos” para referirnos a los institutos de la mediación, el arbitraje y la conciliación, y en general al conjunto de los MASC. El inconveniente radica en que si decimos que estos sistemas de resolución son métodos “alternativos”, lo han de ser por referencia a un método que se situaría como central, prioritario, o al menos más utilizado. Y ese “método” de solución de conflictos “central” o “más utilizado” no sería otro que la resolución de los conflictos a cargo del Estado, a través de los órganos que integran el Poder Judicial. Debido a esta circunstancia, Leles (2014) acertadamente afirmaba que: *“se ha instalado en el imaginario colectivo la idea de que ésa es la principal (y para muchos casi única) forma de solucionar conflictos, de modo que cualquier otro mecanismo o vía se considera como “alternativo”, y hasta se visualiza con algo residual, de poco valor”* (p. 8).

En esta Unidad se seguirá la siguiente sistemática: en primer lugar, procederemos a delimitar el concepto de MASC y a comprobar su perfecto encaje constitucional en nuestro ordenamiento; posteriormente analizaremos los sistemas de resolución de conflictos más conocidos, es decir la mediación, la conciliación y el arbitraje. También nos detendremos

en otros que cobran importancia con la nueva LO 1/2025, como la oferta vinculante confidencial, la opinión persona experta independiente y el derecho colaborativo. Después pasaremos a examinar la clasificación de los procesos de resolución de conflictos y cuáles son las principales diferencias entre los distintos MASC y el proceso judicial, lo que nos permitirá realizar una delimitación más precisa. Y finalmente, a modo de conclusión subrayaremos la importancia de estos MASC y el cambio radical que supone en nuestro ordenamiento jurídico la nueva LO 1/2025 al establecer con carácter general el requisito de procedibilidad ligado a la utilización previa de un MASC.

1. Medios adecuados de solución de controversias: MASC. Delimitación conceptual y constitucionalidad

1.1. Delimitación del concepto de MASC según la Ley Orgánica 1/2025

Según el artículo 2 LO 1/2025: Concepto y caracterización de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional.

A los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un 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 una tercera persona neutral.

De la literalidad de este precepto se extraen dos conclusiones:

- 1) Se trata de una definición amplia ya que contempla cualquier actividad negociadora reconocida eso sí por leyes estatales o autonómicas.
- 2) Esta actividad la pueden desplegar las partes por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral.

Esta doble posibilidad aclara una cuestión que no gozaba de interpretación pacífica: para algunos autores desde una concepción amplia los ADR, ahora llamados MASC, incluían los sistemas que no requieren la intervención de una tercera persona ajena al conflicto, como

la negociación no asistida y la transacción, mientras que en un sentido estricto solo se considerarían aquellos sistemas que exijan la participación de una tercera persona.

Por otra parte, conviene subrayar que el art. 3.1 LO 1/2025 relativo al ámbito de aplicación de los MASC dice que: *“Las disposiciones de este título son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos...”*, mientras que el art. 3.2 LO 1/2025 señala que:

Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este título las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público.

Por otro lado, el art. 5.1 LO 5/2025 dice que: *“En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2...”*

Este requisito de procedibilidad supone un cambio radical en nuestro sistema judicial. Implica que debe intentarse una solución pacífica de la controversia antes de acudir a la vía judicial, lo que determina que el estudio de los MASC adquiera una especial relevancia. Hay que tener presente que en algunos casos este requisito no se exige en el orden de la jurisdicción civil (véase los supuestos recogidos en el art. 5.2 LO 1/2025), pero respecto a lo que aquí estamos estudiando nos interesa subrayar que con carácter general vamos a tener que recurrir a estos MASC.

La pregunta que se plantea es si pueden utilizarse todos los MASC a efectos de que se entienda cumplido este requisito de procedibilidad. En este sentido el art. 5.1 LO 1/2025 párrafo 2, dice que:

Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1.ª y 2.ª, de este capítulo o en una ley sectorial.

Es decir, no basta que la actividad negociadora esté reconocida en las leyes sino que también debe de cumplir con lo previsto en las secciones 1ª (Disposiciones Generales, arts. 2-11) y 2ª (De los efectos de la actividad negociadora, arts. 12-19) del capítulo I del Título II.

Finalmente, el art. 5.2 LO 1/2025, párrafo 2 *in fine* dice que:

Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo.

Vemos en este párrafo cómo las partes pueden negociar entre ellas directamente lo que nos lleva al caso de un MASC sin intervención de terceros. En el supuesto de intervención de un tercero en los MASC debemos diferenciar entre:

- **Métodos de autocomposición:** el tercero presta asistencia a las partes para que sean ellas mismas las que logren un acuerdo, y
- **Métodos de heterocomposición:** las partes acuden al tercero para someterse a la decisión que éste adopte.

Esta clasificación se estudiará con detenimiento en el epígrafe 4.1 de esta Unidad, pero por su trascendencia la recogemos ya en este epígrafe.

1.2. Constitucionalidad de los sistemas de resolución de conflictos

La elección de cualquiera de los procesos de resolución de conflictos solo es posible en la medida en que éstos sean disponibles, por tratarse de derechos privados en los que las partes, en virtud del principio de la autonomía, son dueñas del objeto de su controversia. Por tanto, si la materia en la que se genera el litigio es indisponible solo se puede acudir a la jurisdicción.

Elegir la vía jurisdiccional es una forma de disponer del derecho privado, pero también lo es utilizar cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos anteriormente citados. En este sentido, como acertadamente dice San Cristóbal (2013): *“Estos otros sistemas no pretenden desplazar a la jurisdicción, ni tampoco convertirse en el único medio de solución de conflictos, sino ofrecer a los ciudadanos un abanico de posibilidades de pacificación social dependiendo de las características de cada controversia.”*

El artículo 117 CE, al señalar 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”*, recoge un principio de unidad jurisdiccional y

crea una reserva de jurisdicción que supone que ninguna otra autoridad distinta de los juzgados y tribunales tiene potestad jurisdiccional.

Ahora bien, y tal como acabamos de decir, afortunadamente en la actualidad ningún sector doctrinal sostiene que ese precepto constitucional implique la imposibilidad de existencia de sistemas no estrictamente jurisdiccionales de resolución de conflictos. Las dudas que se plantearon en su momento sobre la constitucionalidad de estos MASC han quedado felizmente superadas, situándonos en un escenario en el que éstos están plenamente aceptados como instrumentos de resolución de conflictos dado que no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE, sino que forman parte de ella, porque tienen la misma finalidad de resolver los conflictos entre los particulares.

Finalmente, conviene recordar que, sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo a Pérez-Ugena (2014), en un Estado de Derecho el control sobre la actividad de los ADR, ahora MASC, es obligado como parte precisamente del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que eso suponga una limitación en la voluntad de las partes, sino que debe entenderse, como aplicación de los principios constitucionales comunes a cualquier procedimiento, independientemente de que se realice o no a través de la acción jurisdiccional, como son los principios de igualdad de las partes, audiencia, contradicción o la preservación del orden público que debe ir unida al contenido mismo del artículo 24 CE.

2. La Mediación, la Conciliación y el Arbitraje

2.1. La Mediación

2.1.1. Concepto

La mediación es un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador

Art. 3. a). Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

La elección del término estructurado (el subrayado es nuestro) obedece a que el proceso mediador, aunque está presidido por la flexibilidad, persigue una finalidad metodológica: la obtención de un acuerdo. Curiosamente el legislador nacional en la redacción original del art. 1 de la **Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles** (en adelante, **Ley 5/2012**) prescindió de la necesidad de que se tratase de un proceso estructurado, apostando por una definición más amplia y a la vez poco precisa. Esta situación se ha resuelto puesto que la LO 1/2025 ha modificado la redacción de este precepto, quedando del siguiente tenor:

Se entiende por mediación aquel medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Art. 1 Ley 5/2012.

Observemos también que en la nueva redacción de este art. 1 de la Ley 5/2012, se añade el calificativo “adecuado” a los medios de solución de controversias, poniendo de manifiesto la voluntad del legislador de que esta sea la denominación que debemos utilizar para referirnos a los llamados anteriormente ADR.

Se observa también que interviene un tercero, el mediador, pero son las partes las protagonistas del procedimiento, es decir se trata de un medio autocompositivo.

Por su parte, la doctrina proporciona distintas definiciones de mediación. Así, Molina (2021) la considera como *“una fórmula novedosa de gestionar conflictos de manera autocompositiva y en la que un tercero, el mediador, trabaja activamente con las partes para obtener a través de una comunicación eficaz el acercamiento entre ellas ante un conflicto planteado”* (p. 70). Y Castillejo (2020) afirma que:

Es un procedimiento al que acuden de manera voluntaria aquellas partes que, encontrándose en conflicto, buscan la ayuda de una persona mediadora profesional para que, haciendo uso de diferentes técnicas y habilidades, les ayude a encontrar una solución consensuada y satisfactoria para todas las partes implicadas en el mismo, así como plasmarlo en un acuerdo (p. 71).

Las definiciones recogidas por la doctrina son similares aunque cada una de ellas pone el

acento en algunas de las características básicas de la mediación. La última, en particular, precisa que la solución se plasma en un acuerdo que, podemos añadir, está dotado de eficacia jurídica considerándose un contrato privado que vincula a los mediados. Es más, si los mediados quieren dotarlo de un plus de eficacia pueden elevarlo a escritura pública o bien solicitar su homologación judicial con el fin de que tenga fuerza ejecutiva y así poder exigir su cumplimiento con mayor garantía ante los órganos judiciales. No obstante, los casos de incumplimiento, a diferencia de lo que acontece en la vía judicial, son poco frecuentes ya que la mediación descansa precisamente en la confianza de las partes que de forma pacífica han alcanzado el acuerdo.

Por su parte, según el art. 14.2 LO 1/2025:

La mediación se regirá por lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación. No obstante, a efectos de lo dispuesto en esta ley, la mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias con el que se podrá cumplir el requisito de procedibilidad al que se refiere el artículo 5.1

La mediación es un proceso que, con la intervención del mediador, conduce a las partes a comunicarse de forma constructiva y a colaborar entre ellas para resolver su conflicto. Ahora bien, el mediador, no impone la resolución (como en la jurisdicción o el arbitraje), su función es única y exclusivamente de ayuda y colaboración con las partes, para que éstas resuelvan sus diferencias, a través de una solución dialogada y negociada. Son las partes, las auténticas protagonistas del proceso las encargadas de alcanzar el acuerdo. **El mediador propicia el diálogo, pero, a diferencia de lo que ocurre en la Conciliación, el mediador no puede proponer soluciones.**

La mediación puede funcionar como sistema previo a la jurisdicción (mediación extrajudicial) o como sistema para poner fin a la jurisdicción una vez iniciada esta (mediación intrajudicial). Incluso cabe mediación en fase de ejecución, al estar regida esta fase procesal por el principio dispositivo, igual que la fase declarativa, por lo que las partes pueden llegar a acuerdos para evitar que se inicie la ejecución forzosa o se ponga fin a la misma.

TABLA 1
PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

1. VOLUNTARIEDAD	No admite excepciones. La mediación es totalmente voluntaria para las partes y para los mediadores
2. LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES EN CONFLICTO	La mediación solo es posible cuando se refiera a derechos y obligaciones disponibles para las partes.
3. IGUALDAD DE LAS PARTES	El mediador equilibrará las oportunidades y las posiciones de las partes
4. IMPARCIALIDAD DE LOS MEDIADORES	Los mediadores no pueden alinearse con ninguna de las partes. Está relacionada con el principio de igualdad
5. NEUTRALIDAD	El mediador no puede dirigir la mediación hacia un resultado predeterminado
6. CONFIDENCIALIDAD	Todos los que participan en la mediación están obligados a no revelar la información obtenida durante la misma, salvo las excepciones recogidas expresamente en la Ley 5/2012 (art. 9.2)
7. LEALTAD, BUENA FE Y RESPETO MUTUO ENTRE LAS PARTES. COLABORACIÓN Y APOYO DE LAS PARTES HACIA LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR	Las partes tienen un deber genérico de comportarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe
8. FLEXIBILIDAD	Los sujetos implicados en la mediación son los dueños del proceso. La Ley 5/2012 sólo establece unas pocas reglas esenciales que deben respetarse
9. CARÁCTER PERSONALÍSIMO	Las partes y la persona mediadora tienen que asistir personalmente a las reuniones sin que se puedan valer de representantes o intermediarios

Fuente: Elaboración propia

En la Tabla anterior se han resumido los principios que informan la Mediación y las características más emblemáticas de esta figura. Pensamos que nos permite realizar una primera aproximación a este método de resolución de conflictos. Dado que estos principios y garantías legales de la Mediación son objeto de estudio específico en la Unidad 3.3 a ella

nos remitimos con carácter general. No obstante, conviene adelantar dos importantes novedades introducidas por la LO 1/2025:

La primera se refiere a la confidencialidad recogida con carácter general en el art. 9.1 Ley 5/2012: *“El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial”*. Este artículo, no obstante, establecía dos excepciones que se podían considerar razonables, aplicables a los mediadores y a las personas que participasen en el procedimiento de mediación: así en el art. 9.2 Ley 5/2012 se exceptonaban dos supuestos:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Pues bien, la LO 1/2025 ha modificado en profundidad este art. 9.2 afirmando ahora que se exceptúan de la obligación de la confidencialidad los siguientes supuestos:

- a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al mediador del deber de confidencialidad.
- b) Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y su solicitud de exoneración o moderación según lo previsto en el artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a esos únicos efectos y sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores.
- c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
- d) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona.

La novedad radica en el supuesto b) que abre la posibilidad de romper con una de las características básicas de la mediación en los casos en que se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas o su solicitud de exoneración o moderación. Esta previsión ha despertado suspicacias entre los operadores jurídicos y habrá que estar a la espera de cómo se lleva a la práctica.

La segunda novedad afecta a la voluntariedad total que caracterizaba a la mediación y que se ha visto modulada con la LO 1/2025, de manera que estamos ante una voluntariedad mitigada, puesto que si bien no se obliga a nadie a acudir a mediación, ni por supuesto a

llegar a un acuerdo sea parcial o total, sí que se compele a las partes a asistir a una sesión inicial puesto que si no acuden la mediación no serviría a efectos de cumplimiento del requisito procesal. Y esto en base al art. 6 de la Ley 5/2012 también modificado por la LO 1/2025, y que afirma en su segundo párrafo que:

A efectos procesales, se entenderá cumplido este requisito con la celebración, al menos, de una sesión inicial ante el mediador, siempre que quede en ella constancia del objeto de la controversia y de los demás requisitos establecidos en el artículo 17. A dicha sesión habrán de asistir las partes, personalmente si se trata de personas físicas, y el representante legal o persona con facultad para transigir, si se trata de personas jurídicas.

Por último habría que añadir una matización: las sesiones son de carácter personalísimo, pero evidentemente las personas jurídicas acuden a través de sus representantes legales.

2.1.2. Delimitación del papel del Mediador: Imposibilidad de proponer soluciones a las partes

El Estatuto del mediador y de las instituciones mediadoras merece un estudio pormenorizado en la Unidad 3.5. Por este motivo vamos a referirnos aquí únicamente a la obligación de neutralidad del mediador, distinguiéndolo así de la figura del conciliador.

Según García Villaluenga (2013), la neutralidad del mediador supone la imposibilidad por parte de éste de imponer la solución del conflicto a las partes, pero además implica que el conjunto de valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben obstaculizar el proceso. Por otra parte, conviene advertir que neutralidad no supone pasividad, ya que el mediador ante una situación de desequilibrio de las partes debe interrumpir las sesiones de mediación y actuar para reestablecer el equilibrio e incluso desistir de la mediación si observa que esto es imposible.

Cosa distinta es que adopte un estilo directivo que *empuje* a los mediados hacia la adopción de ciertas propuestas, cosa que sería censurable e iría contra el espíritu de la mediación. Pensamos que la labor del mediador es la de identificar los intereses reales de los mediados, ayudándoles a generar propuestas para gestionar el conflicto, respetando escrupulosamente el principio de autonomía de las partes. La neutralidad y la imparcialidad del mediador no impiden pues que actúe como *agente de la realidad* y despliegue diversas técnicas para *desatascar* situaciones de *impasse*, pero en todo caso sin imponer ninguna

solución, porque no es un asesor, ni un terapeuta. Las actuaciones directivas, por el contrario, dificultan el cumplimiento del acuerdo, aunque en un primer momento sean vistas como una buena estrategia demandada incluso por los propios mediados que, acostumbrados al modo tradicional de gestionar los conflictos, piden y a veces incluso exigen que sea el mediador el que encuentre la solución mágica al conflicto.

No obstante, la actuación del mediador y la percepción de los límites que puede o no traspasar van a depender en última instancia de la concepción de mediación que se defienda. Si nos acogemos a un modelo *facilitador* o *facilitativo*, el mediador se limitará, como su nombre indica, a facilitar la comunicación de las partes, protagonistas del conflicto, sin ofrecer soluciones. Si, por el contrario, defendemos un modelo *evaluativo* o *directivo*, el margen de maniobra del mediador es mayor y el mediador se involucra de lleno en el procedimiento y en la búsqueda de soluciones, llegando a *sugerir* distintas alternativas en el caso de *bloqueo* de las partes.

No obstante, podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿Dónde está la frontera entre la neutralidad y la actuación *evaluativa*? Como siempre en estos casos, los límites son sutiles ya que, en última instancia, si lo que el mediador pretende es que los mediados hagan suya la alternativa que él considera mejor y para ello, sin proponerla abiertamente, utiliza técnicas de persuasión variadas, estaríamos desvirtuando la esencia de la Mediación (Rabasa, 2016). Esta estrategia podría considerarse como operativa en ciertos casos, pero nos llevaría a cuestionarnos la ética de tal comportamiento.

2.2. La Conciliación

La conciliación es un MASC de tipo autocompositivo en el que participa un tercero llamado conciliador que es el encargado de proponer la solución a las partes, facultad que como vimos estaba vetada a los mediadores. Ahora bien, son las partes las que resuelven, las que deciden de común acuerdo la solución a adoptar. Se aconseja que el conciliador, siguiendo una técnica similar a la desarrollada en mediación, vaya elaborando con la ayuda de las partes una agenda de temas a tratar, y que les pida que propongan también soluciones para resolver la controversia. Es decir, si bien el papel del conciliador es activo no debe proponer desde el primer momento posibles soluciones ya que si actuase de esta forma las partes podrían aceptarlas sin haberlas valorado adecuadamente. En este sentido resulta

revelador el art. 16 LO 1/2025, dedicado a las funciones que corresponden al conciliador, que en su apartado g) afirma que una de ellas consiste en: *“Formular directamente a las partes posibles soluciones e invitarlas a que formulen posibles propuestas de solución que construyan un eficaz acuerdo común”*.

Por otro lado, junto con las funciones tradicionales encomendadas al conciliador y similares a las que corresponden al mediador (realizar una sesión inicial informando a las partes de las posibles causas que pueden afectar a su imparcialidad, documentar el acta de inicio de la conciliación, presidir las reuniones de las partes, dar la palabra de forma ordenada y equitativa...) debemos recoger las previstas en el art. 16 LO 1/2025, en sus apartados i) j) y k).

- i) Elaborar un acta final en el que se recoja la propuesta sobre la que existe acuerdo total o parcial y firmar en su calidad de persona conciliadora dicho acuerdo junto con las partes y sus abogados y abogadas o representantes legales si estuviesen participando en el proceso.
- j) En caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación.
- k) Si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita.

Observamos del tenor literal del apartado i) que el acuerdo incluido en el acta final es firmado también por el conciliador a diferencia de lo que ocurre en la mediación, en el que el acuerdo solo lo firman las partes, o en su caso sus representantes legales, siendo el acta final la que firma también el mediador. Esto es así debido a que el conciliador como ya hemos dicho interviene de forma activa en la búsqueda de la solución proponiendo soluciones.

Con relación a los tipos de conciliación podemos distinguir entre pública y privada.

El art. 14 en sus apartados 3, 4, 5 y 6 de la LO 1/2025 se refiere a la **conciliación pública** diciendo que:

- 3. La conciliación ante notario se registrará por lo dispuesto en el capítulo VII del título VII de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5.1.
- 4. La conciliación ante el registrador se registrará por lo dispuesto en el título IV bis de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5.1.
- 5. La conciliación ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia se registrará por lo establecido en el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

6. La conciliación ante el juez o la jueza de paz se regirá por lo establecido en el artículo 47 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y por el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Por su parte, el art. 15 LO 1/2025 está dedicado a la **conciliación privada**. Así, el art. 15.1 afirma que:

Toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le corresponden en defensa de un derecho, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negociadora tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar.

Por otro lado, el art. 15.2 LO 1/2025 recoge los requisitos para intervenir como persona conciliadora, señalando que se precisa:

- a) Estar inscrita como ejerciente en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, economistas, notariado o en el de registradores de la propiedad, así como, en su caso, en cualquier otro colegio que esté reconocido legalmente; o bien estar inscrita como persona mediadora en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas.
- b) Ser imparcial y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional.
- c) En el caso de que se trate de una sociedad profesional, deberá 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, debiendo cumplir la persona que actúe como conciliadora los requisitos exigidos en este precepto.

Además, se entiende, según el tenor literal del art. 15.1 LO 1/2025, que el conciliador debe tener conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate. ¿Cómo acreditar estos conocimientos? Se tendrá que esperar a la aprobación del estatuto de la tercera persona neutral previsto en la Disposición final trigésima LO 1/2025 para poder responder a esta pregunta. Dicha Disposición establece que:

El Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley que regule el estatuto de la tercera persona neutral interviniente en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, incluyendo un régimen de incompatibilidades y de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos en dicho estatuto, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas en esta materia.

Hasta que no se apruebe este estatuto se aplicará el personal del mediador previsto en la Ley 5/2012, y las leyes dictadas por las comunidades autónomas en el ámbito de sus

competencias.

El art. 15.3 LO 1/2025 se ocupa también de cómo se realiza el encargo profesional al conciliador, señalando que es posible realizarlo por las dos partes, de común acuerdo, o por una de ellas. En dicho encargo se expresará de forma breve y clara la controversia objeto de conciliación y la identidad de las partes. También se indicarán los medios de comunicación entre el conciliador y las partes.

Con relación a la designación de un conciliador por una de las partes nada dice la Ley, pero es evidente que en estos casos para evitar el desacuerdo con la persona designada sería conveniente que se propusiese como conciliador el que corresponda por turno de un listado de conciliadores de una institución acreditada.

Por su parte, el art. 15.4 LO 1/2025 afirma que: *“La persona conciliadora debe aceptar de forma expresamente documentada la responsabilidad de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido. Estará sujeta a las responsabilidades que procedan por el ejercicio inadecuado de su función”*. Con relación a esto último, el conciliador que posiblemente está acostumbrado a actuar como mediador, debe comprobar si su seguro de responsabilidad civil cubre también su desempeño como conciliador.

Por último, y a efectos clarificadores debemos recordar que hay otro tipo de conciliación distinto de los mencionados: el acto de **conciliación en materia laboral**. Se trata de un procedimiento instituido en el orden social con carácter obligatorio en muchas reclamaciones para intentar una solución extrajudicial. Es un proceso previo que tiene lugar antes de demandar a la empresa con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes y así evitar un procedimiento judicial. Este carácter obligatorio determina la inadmisión de las demandas presentadas en el orden social, hasta que no se haya realizado el intento de conciliación previa. En el acto conciliatorio laboral propiamente dicho, las partes exponen sus pretensiones y fundamentos, invitándolas el conciliador a que lleguen a un acuerdo, extendiendo luego éste un acta de conciliación en el que se indica si se ha llegado a un acuerdo o no. Si las partes alcanzan un acuerdo en el acto de conciliación tendrán que cumplirlo obligatoriamente como si fuera una sentencia, ya que éste será un título válido para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, en caso de que una de las partes no respete y cumpla con lo acordado en conciliación.

Precisamente el haberse convertido a lo largo de los años en un mero trámite es lo que hace desconfiar a algunos operadores jurídicos de la bondad de la nueva regulación de los MAS como requisito de procedibilidad.

2.3. El Arbitraje

2.3.1. Cuestiones generales. El procedimiento arbitral

El arbitraje se presenta como un sistema de solución de conflictos con características que les diferencian de modo nítido de la mediación, si bien comparten su naturaleza extrajudicial. Ambos sistemas derivan de la voluntad de las partes, pero no son inmunes al control del Estado. Y ello es así porque el derecho a la tutela judicial efectiva trasciende el ámbito exclusivamente judicial, tal como indicamos anteriormente.

El arbitraje es un sistema heterocompositivo, en el que se faculta a una o varias personas denominadas árbitros para la resolución del conflicto; se diferencia de la mediación, sistema autocompositivo donde las partes intentan resolver el conflicto directamente con el auxilio de una o varias personas denominadas mediadores que no proponen la solución; y se diferencia también de la conciliación, otro sistema autocompositivo, donde las partes se sirven de terceros, los conciliadores que sí proponen solución para llegar a un acuerdo.

Los árbitros pueden ser elegidos directamente por las partes, o en su defecto, por el juez (*arbitraje ad hoc*), o designadas por la institución que administra el arbitraje institucional al que se han sometido las partes.

El árbitro impone la solución privada del conflicto, en virtud de un convenio suscrito por los interesados en el que acuerdan, para determinadas materias, someterse a arbitraje, de modo que aplicando el derecho o la equidad (según el pacto de las partes), el árbitro va a declarar lo justo para el caso concreto, dictando un laudo. Por tanto, no puede haber arbitraje si no hay un acuerdo previo de las partes para someterse a este sistema. **La característica principal y definitoria del arbitraje es su naturaleza convencional.** Las partes

son libres para someterse a este sistema de resolución de controversias, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso, sustituirán la justicia pública por la privada. **En nuestro sistema jurídico no puede haber pacto arbitral sin acuerdo de voluntades.** En este sentido la STC 174/1995 de 23 de noviembre, definió el arbitraje como *“un medio para la solución de conflicto basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, exposición que resalta su naturaleza contractual, y su finalidad, alternativa al proceso judicial”*.

La renuncia a la Jurisdicción ordinaria por la sumisión al cauce arbitral debe tener su origen, necesariamente en un acuerdo de voluntades, vulnerando la Constitución cualquier norma que pueda establecer lo contrario o cualquier interpretación de una norma en el sentido de entender que en él se establece lo contrario.

En el arbitraje las partes otorgan al árbitro la potestad para resolver su litigio en el marco de las normas que ellas mismas establecen en el convenio arbitral según establece el art. 34 de la **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje** (en adelante, **LArb**). Por tanto, el convenio arbitral fija el ámbito y las condiciones para resolver el conflicto y legitima al árbitro en el ejercicio de su función declarativa, que concluye cuando dicta el laudo. El laudo, una vez emitido es firme. Sin embargo, el árbitro no tiene potestad ejecutiva, ya que sólo tiene potestad cautelar declarativa. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LArb señala que:

Los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y una ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Como el árbitro no tiene potestad ejecutiva, para la ejecución forzosa hay que acudir a la jurisdicción (art. 44 LArb). Frente al laudo también cabe la acción de anulación (que es un control externo de las garantías procesales), y tal como indica la Exposición de Motivos de la LArb: *“El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las*

exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal". Según el art. 41 LArb el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos recogidos en el propio artículo.

En lo que se refiere al procedimiento de arbitraje de una manera general, el art. 7 LArb afirma que: *"En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga"*. De esta forma, **la Ley está garantizando una mínima interferencia posible del juez estatal en el arbitraje**. Anteriormente, hemos dicho que **las partes pueden fijar libremente el procedimiento arbitral, pero siempre respetando los principios de igualdad, audiencia y contradicción** (arts. 24 y 25 LArb). **Este procedimiento también está regido por el principio de confidencialidad**.

El artículo 24 LArb, bajo el título *"Principios de igualdad, audiencia y contradicción"* señala: *"1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos"*. Este precepto es concreción del artículo 24 CE y debe ser interpretado conforme al mismo. La igualdad, que engloba el principio de contradicción, exige que las partes en el proceso dispongan de iguales medios y oportunidades para su defensa, aunque no implica que cada parte deba tener un número igual de actos de alegación y prueba, sino que las posibilidades y oportunidades de las partes sean similares.

Por otra parte, las garantías de contradicción y audiencia evitan dictar una resolución sin que alguna de las partes haya podido influir en el resultado formulando alegaciones y presentando las pruebas que le convengan. La garantía de igualdad, de una manera más general, es un mandato a los árbitros que no podrán conceder ningún privilegio o ventaja a ninguna de las partes en detrimento de la otra, y en ese sentido se configura como una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes.

A lo largo del proceso arbitral prima la autonomía de la voluntad, limitándose la Ley a establecer un régimen subsidiario para el caso de que las partes no hubieran pactado nada al respecto.

Así ocurre, por ejemplo, con las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos, si bien la fijación por acuerdo de un régimen de notificaciones y comunicaciones no puede desconocer las exigencias del derecho de defensa, que se constituye en un límite infranqueable impuesto por el artículo 24 CE. Ello implica que las partes no pueden acordar un régimen de notificaciones más severo para una de las partes.

Por otra parte, hay que señalar que está previsto que determinadas cuestiones se substancien de forma paralela al arbitraje, como la asistencia judicial en la práctica de la prueba o la adopción judicial de medidas cautelares, a las que hace referencia el artículo 8 LArb.

Respecto a la asistencia judicial en la práctica de la prueba, los árbitros o cualquiera de las partes pueden solicitar el auxilio de los órganos jurisdiccionales con relación a las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos, conforme al artículo 33 LArb. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de medidas de aseguramiento, necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

Deberán ser las partes junto con el árbitro las que indiquen qué tipo de asistencia requieren, teniendo en cuenta que, si optan por practicar la prueba ante el juez competente, es previsible que se demore y repercuta en el procedimiento arbitral.

2.3.2. Delimitación de las figuras del juez, el mediador y el árbitro

El juez, el árbitro y el mediador son copartícipes de la Administración de Justicia desde posiciones muy diferentes:

- El juez desde el ejercicio de la función jurisdiccional a través de una función pública
- El árbitro ejerce su función fundamentándose en la libertad de las partes, que le otorgan el poder para decidir sobre una controversia
- El mediador de forma más indirecta, pero también con fundamento en la voluntad de las partes, puesto que, tal como ya hemos visto, son éstas las que gracias a la ayuda del mediador decidirán sobre la resolución de sus conflictos quedando después obligadas por dicha decisión o acuerdo

2.3.3. Elementos diferenciadores del arbitraje-proceso judicial

Los elementos que diferencian el arbitraje de un proceso judicial son, sustancialmente, los siguientes:

- El arbitraje tiene una base contractual privada, en tanto que el proceso judicial es instrumento estatal y por tanto público
- En el arbitraje los árbitros son elegidos por las partes, frente a los jueces que son nombrados por el Estado
- Los jueces están investidos de *potestas* por ser órganos estatales mientras que los árbitros pueden tener *auctoritas* (término que procede del Derecho romano y que alude a la legitimación socialmente reconocida que se atribuye a ciertas personas, en función de sus cualidades y saberes), no tienen *potestas*
- El laudo es un equivalente jurisdiccional, equiparable a una resolución judicial en cuanto que produce efectos de cosa juzgada, pero su cumplimiento coactivo trasciende los poderes del árbitro y solo puede conseguirse mediante la actuación del Poder Judicial, que monopoliza el poder de ejecución forzosa. Por tanto, una vez resuelto el conflicto por cualquiera de estas vías, no se puede volver a plantear por ninguna otra
- En el proceso jurisdiccional, en general, frente a la sentencia definitiva caben recursos ordinarios o extraordinarios (a diferencia del arbitraje que es de única instancia)
- Los procesos judiciales se sustanciarán conforme a las normas procesales, de naturaleza pública previstas en la Ley (arts. 1 y 2 LEC), y en ellos el órgano jurisdiccional aplicará el derecho para la resolución del conflicto. Sin embargo, en el arbitraje las partes pueden fijar libremente el procedimiento arbitral, siempre y cuando respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción

2.4. Las cláusulas escalonadas de resolución de controversias.

Cláusulas *Med-Arb* y *Arb-Med*

Se llaman cláusulas escalonadas de resolución de conflictos (**MDR-clauses**) aquellos pactos que incorporan yuxtapuestos, pero jerarquizados diversos mecanismos de resolución de conflictos. La razón que justifica la inclusión en un contrato de una cláusula de estas características es la eficacia en la resolución de eventuales controversias. Tal vez en ocasiones sean en exceso complejas y por ello deben redactarse con gran atención. Si es muy lacónica probablemente será ineficaz y, por el contrario, una redacción excesivamente detallada también puede impedir su correcta aplicación.

Fernández-Ballesteros (2013) nos ofrece varios ejemplos de cláusulas escalonadas habituales en los contratos transnacionales. Por su interés práctico pasamos a transcribir una de ellas:

Resolución de controversias

Negociación. Si surgiera cualquier desavenencia derivada de este contrato o en relación con él, las partes se comprometen formalmente a intentar negociar de buena fe esforzándose por encontrar una solución que sirva a sus respectivos intereses. Los apoderados de cada parte acuerdan participar directamente en las negociaciones. A menos que otra cosa se acuerde por escrito, las Partes tendrán cinco (5) días hábiles para comenzar las negociaciones, contados desde la fecha en que una parte dé aviso de la existencia de una controversia, y 15 días hábiles desde la fecha del aviso para concluir las negociaciones.

Mediación. Si las negociaciones no tienen lugar dentro del plazo señalado, o si las negociaciones no concluyen con una solución alcanzada de mutuo acuerdo dentro de ese plazo, las partes se comprometen a someter a mediación cualquier controversia derivada de ese contrato o relacionada con él. La mediación se regirá por las disposiciones del Reglamento ADR de la CCI. (*)

Arbitraje. Si las desavenencias no hubieran sido resueltas dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, las desavenencias serán resueltas definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de acuerdo con su Reglamento.

Litigación. Si, cualquiera que sea la causa, las partes se vieran forzadas a recurrir a los jueces ordinarios o alguna de ellas efectivamente hubiera recurrido a ello, ambas partes acuerdan expresamente someterse a los jueces de Madrid capital.

(*) CCI: Cámara de Comercio Internacional. Puede consultarse este Reglamento en <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/>

Haciendo uso de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar directamente, a través de un convenio separado o con un pacto de cláusulas escalonadas, que todos los conflictos que surjan como consecuencia de un contrato o de una relación determinada sean resueltas mediante un híbrido: las cláusulas **Med-Arb o Arb-Med**, en función de qué método se utilice primero.

Así, por ejemplo, en el caso de la **Med/Arb**, se aplica primero la mediación y, caso de que pasado un tiempo prefijado, no se consiga un acuerdo (en todas o en algunas de las partes de la controversia) se pasa al procedimiento del arbitraje, donde el propio mediador actuará como árbitro o bien existirá la obligación de nombrar uno.

La autonomía y la agilidad de la mediación se unen a la fuerza del arbitraje. No obstante, este tipo de cláusula presenta también una serie de inconvenientes: Así, por ejemplo, las partes deben asegurarse de que las funciones de mediador y árbitro cuando sean la misma

persona sean compatibles, y en la medida en que pueda hacerse acuerden expresamente que quien fue mediador pueda ser árbitro. (Art. 17.4 LArb). Este apartado introducido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, establece expresamente que: *“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas”*. Por esta razón conviene extremar las precauciones y que el consentimiento de las partes sea *“expreso, unívoco, por escrito y lo más próximo posible al inicio del arbitraje que se sustancie tras la fallida reunión”* (Fernández-Ballesteros, 2013, p. 350).

Por otra parte, hay que valorar que el instrumento típico de la mediación (las reuniones privadas del mediador con cada una de las partes o *caucus*) puede perder gran parte de su eficacia. Es lógico pensar que las partes se muestren reticentes a sincerarse revelando sus intereses a alguien que, si no se llega a un acuerdo, deberá resolver el conflicto mediante un laudo. Esto es un inconveniente muy importante, habida cuenta de que los *caucus* son una herramienta en ocasiones fundamental para garantizar el éxito de la mediación. Y, por otro lado, lo que quizás es más grave, el árbitro que ha estado en contacto previamente con las partes, a lo largo del proceso de mediación, es muy posible que haya adquirido ciertos prejuicios, es decir juicios o percepciones previas, capaces de influir en su decisión, y, además, es posible que haya conocido hechos, posiciones o alegaciones de una de las partes que la otra no haya tenido la posibilidad de conocer y por tanto de rebatir.

También es cierto que, para evitar estos inconvenientes, se puede optar por prescindir directamente de los *caucus*, o nombrar como árbitro una persona distinta a la que ha actuado como mediador. Evidentemente si se elige nombrar a una persona distinta es muy posible que se pierda una de las ventajas fundamentales de la cláusula Med/Arb: la celeridad en la resolución del conflicto.

Con relación a la cláusula **Arb/Med** podemos decir que su funcionamiento es el inverso al de la que acabamos de ver. Es decir, aquí las partes mediante un pacto expreso con esta cláusula lo que hacen es someterse primero a un arbitraje ordinario. Una vez el árbitro dicta el laudo, lo introduce en un sobre cerrado y no lo notifica a las partes. A continuación, el árbitro convertido en mediador inicia la mediación de forma ordinaria. Caso de que las partes alcancen un acuerdo en mediación el árbitro dicta un laudo recogiendo el acuerdo de las partes. El contenido del laudo sellado no se revelará nunca. Si no se alcanza un

acuerdo a través de la mediación, entonces el antes árbitro y ahora mediador, notificará a las partes el contenido del laudo que había dictado antes y el conflicto se resuelve como si de un arbitraje se tratase.

Las ventajas que ofrece esta cláusula es que, tal como indica Fernández-Ballesteros (2013), *“se evitan así los prejuicios, los temores y las ineficiencias que se producen cuando se media con un neutral (mediador) que tal vez luego sea árbitro. (...) A cambio, es necesario sustanciar todo un arbitraje, con sus tiempos, sus costes, con la confrontación y agotamiento que las partes suelen mostrar a su final”* (pp. 352-353).

3. Otros medios adecuados de solución de conflictos. Ley 1/2025

En este epígrafe vamos a estudiar algunos medios adecuados de solución de conflictos (MASC) mencionados expresamente por la LO 1/2025 como medios que pueden, si se utilizan de forma correcta, cumplir con el requisito de procedibilidad al que nos hemos referido anteriormente. Con ello no agotamos los posibles MASC dado que la enumeración que realiza la LO 1/2025 no es taxativa.

3.1. Oferta vinculante confidencial

Según el art. 17.1 LO 1/2025:

Cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante confidencial a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta expresamente. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable.

- Si la otra parte acepta expresamente la oferta se puede considerar un contrato en sí mismo por lo que no es necesario hacer otro. En estos casos, aunque la ley no lo precise, resulta conveniente al mismo tiempo que se describe la oferta poner un plazo de cumplimiento para que la oferta aceptada se cumpla. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la oferta aceptada tiene fuerza vinculante entre las partes, pero no ejecutiva, ya que según el art. 517.2.2º LEC modificado por la LO 1/2025, si se quiere que tenga fuerza ejecutiva

deberemos elevar el acuerdo a escritura pública.

- En los casos en que la oferta vinculante sea rechazada o no sea aceptada expresamente en el plazo de un mes o en cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, el art. 17.4 LO 1/2025 afirma que *“...la oferta vinculante decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiendo que se ha cumplido el requisito de procedibilidad”*. Añadiendo el precepto que se entenderá cumplido siempre que: *“... se acredite la remisión de la oferta a la otra parte por manifestación expresa en el escrito de demanda o en la contestación a la misma, en su caso, a cuyo documento procesal se ha de acompañar el justificante de haberla enviado y de que la misma ha sido recibida por la parte requerida, sin que pueda hacerse mención a su contenido”*.

3.2. Opinión de persona experta independiente (*neutral fact finder*)

Según el art. 18.1 LO 1/2025: *“Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a una persona experta independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto...”*

Según el art. 18.3 LO 1/2025:

Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto.

- Si las conclusiones del dictamen son aceptadas por todas las partes el acuerdo será vinculante para todos y no se podrá presentar demanda con el mismo objeto (art. 18.4 LO 1/2025 en relación con el art. 13 de dicha Ley).
- Si el dictamen no se acepta por alguna de las partes o ninguna de ellas, *“el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad”* (art. 18.5 LO 1/2025).

3.3. Proceso de Derecho Colaborativo

Según el art. 19.1 LO 1/2025:

Las partes podrán acudir a un proceso de Derecho colaborativo, por el que, acompañadas y asesoradas cada una de ellas por una o un profesional de la abogacía ejerciente y con colegiación en un Colegio de la Abogacía, acreditado en Derecho colaborativo, y con la intervención, en su caso, de terceras personas neutrales expertas en las diferentes materias sobre las que verse la controversia o facilitadoras de la comunicación, buscarán la solución consensuada, total o parcial, a su controversia.

El Derecho Colaborativo o Abogacía Colaborativa es una forma de ejercicio de la profesión de la Abogacía en la que a través de acuerdos con el cliente se excluye la vía judicial para la resolución de un conflicto y se colabora con la parte contraria para la consecución de un acuerdo. Se trata de una práctica muy extendida en el ámbito del conflicto familiar, aunque se está desarrollando cada vez más en otras materias del derecho civil y mercantil, e incluso en el ámbito laboral (Consejo General de la Abogacía Española, 2025).

Por su parte, el art. 18.2 LO 1/2025 afirma que:

Los principios fundamentales del proceso colaborativo son: la buena fe, la negociación sobre intereses, la transparencia, la confidencialidad, el trabajo en equipo entre las partes, sus abogadas y abogados y las terceras personas expertas neutrales que pudieran, en su caso, participar, así como la renuncia a tribunales por parte de los y las profesionales de la abogacía que hayan intervenido en el proceso, caso de no conseguirse una solución, total o parcial, de la controversia.

Conviene subrayar que, tal como dice este art. 18.2, en el caso de que no se alcance solución consensuada, total o parcial, el abogado que ha intervenido en el proceso colaborativo debe cesar en su función y renunciar a representar a su cliente en los tribunales.

4. Clasificación de los procesos de resolución de conflictos

Existen distintos criterios de clasificación de los procesos de resolución de conflictos. Vamos a estudiar ahora los más relevantes, en función de sus características y de las distintas técnicas utilizadas para afrontar la resolución del litigio.

4.1. Autocompositivos y Heterocompositivos

Esta clasificación atiende al nivel de control o poder que tengan las partes para solucionar por sí mismas o mediante terceras personas un conflicto. En los epígrafes anteriores ya hemos utilizado esta terminología.

Tabla 2

Métodos de resolución de conflictos	
AUTOCOMPOSITIVOS	Negociación Mediación Conciliación
HETEROCOMPOSITIVOS	Arbitraje Jurisdicción o Tribunales

Ledesma (2000) define la **autocomposición** como *el “sistema de solución de conflictos donde solo la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin a tal antagonismo”* (p. 47). En este grupo se encuentran, tal como muestra la Tabla anterior, la **negociación**, y también la **conciliación y mediación**. Esto obedece a que, tal como hemos indicado en los epígrafes anteriores, en estos dos últimos casos, el tercero – conciliador o mediador-no tiene la potestad de solucionar la controversia.

Por otra parte, en la **heterocomposición** un tercero ajeno a las partes es el encargado de resolver el conflicto. Aquí nos encontramos con **el arbitraje y el proceso judicial**.

En el mismo sentido, San Cristóbal (2013) profundiza en esa distinción, afirmando que:

Los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o “transacción” (regulado en el Código Civil (en adelante CC) en los artículos 1809 y ss.), con el fin de resolver su conflicto. (...) Estos sistemas, gestionan mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo (solas o con la ayuda de un tercero), llegando a un acuerdo o transacción. La autocomposición necesita la cooperación de las partes. Esto permite que, terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción. Por lo anterior, los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción.

Por otro lado, estos mecanismos alternativos, descargan de trabajo a los tribunales (...) optimizando los recursos jurisdiccionales. Además, si fracasan, el litigio puede retomar la

vía judicial o arbitral. Ahora bien, estos sistemas también tienen sus límites, pues no se pueden utilizar para resolver conflictos no disponibles y son menos eficaces para reclamaciones patrimoniales.

Son mecanismos de solución de conflictos autocompositivos: la negociación, conciliación y mediación. Estos sistemas pueden tener dos finalidades: evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, o bien, una vez iniciado éste, ponerle fin. (...)

Los **sistemas heterocompositivos** de resolución de conflictos, se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo). Por tanto, son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción. En ellos, el tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión. (pp. 39-62).

4.2. Intrajudiciales y extrajudiciales

Según esta categorización, los MASC intrajudiciales son aquellos que, aunque se desarrollan al margen del proceso judicial, se encuentran vinculados al mismo ya que se acude a ellos una vez iniciado el proceso judicial. Por su parte, los MASC extrajudiciales son aquellos que se desarrollan de forma totalmente independiente.

4.3. Adversariales y no adversariales

Los **sistemas de resolución de conflictos adversariales** tienen como **resultado ganar-perder (una parte gana y la otra pierde)**. Los procesos de resolución adversariales son: **el arbitraje y el proceso judicial**.

Mientras que **los no adversariales** son aquellos medios de resolución de controversias en los cuales **el resultado es ganar-ganar** (ambas partes obtienen beneficio) siendo ejemplos de estos procesos de solución de conflictos: **la negociación, la conciliación y la mediación**.

En los tres que acabamos de citar, las partes mantienen el poder de decisión, pero mientras que en la negociación las partes deciden los términos del acuerdo, en la mediación el tercero facilita la comunicación sin hacer propuestas de acuerdo y en la conciliación el tercero sí que hace propuestas para solucionar el conflicto.

Moore (1995) distingue una serie de aspectos que diferencian las distintas formas de resolución de conflictos, incluyendo los principales MASC y el proceso judicial (medios no violentos), así como la acción violenta. Estos son fundamentalmente:

1. La formalidad del proceso

2. Las personas comprometidas en la adopción de la decisión
3. El resultado obtenido con la decisión
4. El nivel de coerción ejercido por las partes en conflicto o sobre ellas

La siguiente Figura basada en este autor resulta muy clarificadora, al ofrecernos un continuo en las formas de resolución de conflictos. Destaca, en particular, cómo a medida que nos desplazamos de un sistema de resolución a otro las posibilidades de ganar-perder van aumentando.

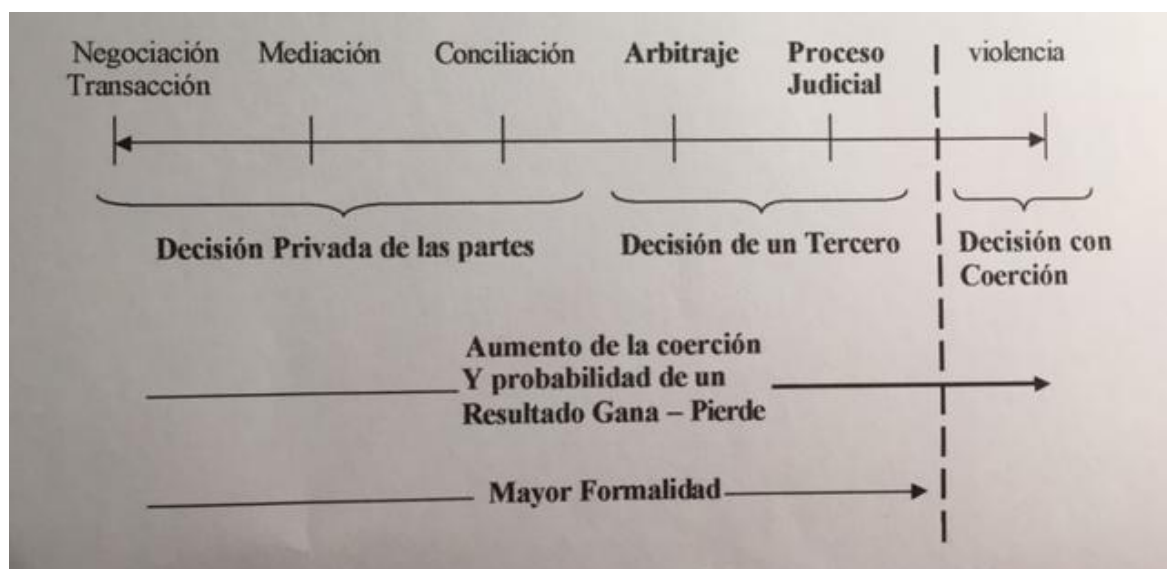


Figura: Continuo de formas de resolución de conflictos. Moore (1995).

4.4. Previos o complementarios, y alternativos

Ya hemos dicho que el acrónimo ADR utilizado hasta ahora para referirse a los MASC, generaba confusión ya que hablaba de sistemas alternativos de resolución de conflictos, es decir de los sistemas alternativos a la jurisdicción, cuando en puridad, estos medios son previos o complementarios y por tanto no impiden que el conflicto sea posteriormente conocido por un juez. Estos sistemas permiten alcanzar una solución consensuada que evita acudir al proceso judicial, pero, en caso de no alcanzarse el acuerdo o de que éste no satisfaga los intereses de las partes, será posible el acceso a la jurisdicción. Es por este motivo, ya lo dijimos supra que la nueva terminología, los MASC, resulta más acertada.

El arbitraje es el único MASC realmente alternativo al proceso jurisdiccional, dado que su elección impide volver a plantear la cuestión litigiosa ante un juez, salvo en lo relativo al control y la ejecución del laudo. En este sentido el arbitraje es un sistema alternativo, puesto que se trata de elegir entre la jurisdicción o el arbitraje. Desde el momento en el que se formaliza la sumisión al arbitraje a través del convenio arbitral no es posible acudir a los juzgados para solucionar el conflicto en cuestión.

5. DIFERENCIAS ENTRE DISTINTOS MASC Y EL PROCESO JUDICIAL

Tabla 3
Diferencias entre los distintos ADR y el proceso judicial

FACTOR	MEDIACIÓN	CONCILIACIÓN	ARBITRAJE	PROCESO JUDICIAL
Formalidad del proceso	Informal	Informal	Cierta formalidad	Rígido y estructurado por ordenamiento jurídico
Personas comprometidas en el proceso	Las partes con la ayuda de un tercero (mediador) que facilita el diálogo	Las partes con la ayuda de un tercero que puede proponer soluciones	Un tercero (árbitro) que puede ser elegido	Un tercero (juez) que no puede ser elegido
La decisión	Corresponde sólo a las partes	Corresponde sólo a las partes	Corresponde tomarla al árbitro	Corresponde tomarla a la autoridad judicial
Obligación de los acuerdos	Cuando es tomado por las partes	Cuando es tomado por las partes	El laudo es de obligado cumplimiento	Las resoluciones judiciales son de obligado cumplimiento
Obligación de participación	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Obligatorio

Fuente: Elaboración propia a partir de Moore (1995)

La Tabla anterior recoge las diferencias más significativas existentes entre los principales MASC y el proceso judicial, y pensamos que recapitula con claridad lo que se ha expuesto a lo largo de esta Unidad.

Consideramos que se requiere una importante labor pedagógica con el fin de que la sociedad no confunda las características básicas de los MASC, ya que de lo contrario se pueden incurrir en errores llamativos. En este sentido, por ejemplo, hemos insistido en que la mediación es un procedimiento que se caracteriza entre otras cuestiones por el hecho de que **el mediador no puede proponer posibles soluciones** pues los protagonistas son los mediados, es decir, las partes que tienen el conflicto. Pues bien, tanto en los medios de comunicación como, lo que es mucho más grave, en determinados anteproyectos de ley de mediación se dice que el mediador sí que puede realizar estas propuestas a los mediadores lo que supone un grave error.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos visto a lo largo de esta Unidad la trascendencia que conlleva la utilización de los MASC para resolver los conflictos inherentes en nuestra sociedad. Pasar de un sistema en el que la resolución de estos conflictos correspondía exclusivamente a los jueces entraña un cambio radical de paradigma con numerosas ventajas, pero no exento de dificultades. El paso de la cultura de la conflictividad por la del entendimiento requiere conocer detalladamente cuáles son las características de estos MASC, con el fin de poder diferenciarlos y aprovechar así su gran potencial. En este sentido debemos tener claro que las ventajas derivadas de la utilización de los MASC no se circunscriben a lograr una agilización de un sistema judicial actualmente en situación cercana al colapso. Esto, aun siendo importante, es una de las consecuencias, ya que el hecho de conceder a los ciudadanos la oportunidad de gestionar sus conflictos con la ayuda, por ejemplo, de un mediador supone una forma de empoderar a los ciudadanos y de fomentar la cohesión social. Una forma de responsabilizar a los ciudadanos y a la vez de fortalecer unas instituciones democráticas debilitadas y sometidas a un cuestionamiento general.

La aprobación de la Ley 1/2025 que exige, como hemos analizado, la utilización de los MASC como requisitos de procedibilidad con carácter general, supone un importante impulso para aquellos que apostamos por la implementación de estos métodos de resolución pacífica de conflictos. Ahora bien, si los operadores jurídicos no superan los recelos que despierta su utilización generalizada, y si nos limitamos a considerarlos como un medio para “desatascar” los tribunales corremos el riesgo de convertirlos en un mero trámite desprovisto de sentido.

Nos corresponde a todos realizar un esfuerzo importante para que se preserve la esencia de los MASC. Aprovechemos la ventana de oportunidad que nos ofrece la nueva Ley y no dejemos que se desvirtúe su profundo significado.



BIBLIOGRAFÍA

Castillejo, R. (2020). Fundamentos de la gestión pacífica de conflictos. En R. Castillejo (Dir.), *Manual de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (pp. 47-69). Valencia: Tirant lo Blanch.

Consejo General de la Abogacía Española (2025). *Guía sobre la regulación de los MASC en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia*.

Recuperado en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2025/04/GUIA_MASC_CONSEJO_GENERAL_ABOGACIA.pdf

- Fernández-Ballesteros, M. A. (2013). *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*. Madrid: Editorial Iurgium.
- Foddai, M. A. (2010). Conciliación y Mediación: ¿Modelos Diferentes de Resolución de Conflictos? En L. García, J. Tomillo y E. Vázquez (Codirs.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el S. XXI* (pp. 41-62). Madrid: Reus.
- García Villaluenga, L. (2013). Concepto y Principios generales. Principios generales de la mediación. En E. Vázquez (Dir.), *Practicum Mediación 2014* (pp. 80-112). Pamplona: Aranzadi.
- Ledesma, M. (2000). *El Procedimiento Conciliatorio, un enfoque teórico normativo*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Leles, M. (2014). *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Uruguay: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Molina, M. J. (2021). *Mediación: abordaje sociojurídico de conflictos*. Madrid: Editorial Síntesis.
- Moore, C. (1995). *El Proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona: Granica.
- Pérez-Ugena, M. (2014). Garantía del Derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de Resolución de Conflictos Alternativos: Arbitraje y Mediación. *Estudios de Deusto*, 62, 1.
- Rabasa, B. (2016). Marco Normativo de la Mediación. En B. Rabasa (Coord.), *Abogados y Mediadores: ¿Competidores o Colaboradores?* (pp. 17-54). Valencia: Brúfol.
- San Cristóbal, S. (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, pp. 39-62.

ANEXO

Ejercicios de autoevaluación:

1. Define qué entendemos por MASC. ¿Es lo mismo que los ADR?
2. La negociación y la transacción, ¿pueden considerarse como MASC?
3. En el caso de que las partes estén bloqueadas, ¿debe el mediador proponer soluciones a las partes con el fin de que lleguen a un acuerdo?
4. ¿En una conciliación puede el tercero, es decir el conciliador, proponer soluciones a las partes para conseguir el acuerdo?
5. ¿El arbitraje es un sistema heterocompositivo? ¿Lo es la mediación?
6. En nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje en ocasiones, cuando lo imponga una norma concreta, tiene una naturaleza no convencional. ¿Es cierta esta afirmación? Razona la respuesta.
7. ¿Se puede acudir a un sistema de resolución adecuada de conflictos en caso de que ya hayamos iniciado el proceso judicial?
8. Los sistemas de resolución de conflictos no adversariales, ¿qué objetivo persiguen?
9. Cita algunos de los sistemas de resolución de conflictos adversariales que conozcas
10. ¿Qué son las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos?

Solucionario:

1. El acrónimo inglés ADR se refería a los Métodos Alternativos de Resolución (*Alternative Dispute Resolution*). No obstante, cuando decimos que estos sistemas de resolución son

métodos “alternativos”, estamos considerando que lo son por referencia a un método que se situaría como prioritario, y que es el que corresponde al Estado a través de los órganos que integran el Poder Judicial. De esta forma los ADR venían a ser considerados, según algunos autores, como algo residual por lo que, para evitar esta interpretación, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha introducido un nuevo acrónimo que está llamado a sustituir a los ADR. Nos referimos a los MASC o medios adecuados para solucionar controversias.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto los ADR como los MASC se refieren a los mismos medios de resolución de conflictos.

2. Sí. Tanto la negociación como la transacción están incluidas en el concepto de MASC de conformidad con lo establecido en el art. 2 de la LO1/2025. Antes de la entrada en vigor de esta Ley una parte de la doctrina consideraba que la intervención de un tercero, ajeno al conflicto, era un elemento imprescindible de los llamados ADR, defendiendo por tanto una concepción estricta que venía a excluir a estas figuras. En la actualidad ya no cabe duda sobre esta cuestión.
3. El mediador no puede proponer soluciones a las partes, aunque tenga la sensación de que se encuentran en un momento de bloqueo. Hay que señalar, no obstante, que el concepto de Mediación varía en función de la Escuelas de Mediación a la que se pertenezca. Así, en el modelo directivo, el mediador toma un papel muy activo llegando en ocasiones a sugerir a las partes ciertas alternativas que pueden adoptar. Esto desvirtúa la esencia de la mediación. En todo caso, lo que no puede el mediador es explicitar de forma abierta qué solución deben de acordar las partes.
4. A diferencia de lo que ocurre con la mediación, en la conciliación es el tercero, el conciliador, el que propone abiertamente la solución que las partes pueden dar al conflicto. De todas maneras, el conciliador propone, pero son las partes las que deben de aceptar libremente esa solución.
5. El arbitraje es un sistema heterocompositivo, mientras que la mediación es un método autocompositivo. En el primero es un tercero ajeno al conflicto, el árbitro, el encargado de resolverlo, mientras que en la mediación son las partes las que de forma voluntaria alcanzan el acuerdo, con la ayuda de un tercero, el mediador, encargado de facilitar la

comunicación entre ellas.

6. En nuestro ordenamiento jurídico no puede existir pacto arbitral sin acuerdo de voluntades. Hay de hecho sentencias del Tribunal Constitucional que defienden con claridad esta postura. Por tanto, vulneraría la Constitución cualquier norma que impusiera, sin contar con la voluntad de las partes, el cauce arbitral para resolver un conflicto.
7. Sí que es posible. En ese caso estaríamos ante un MASC intrajudicial, denominación que corresponde a los MASC que se desarrollan una vez iniciado un proceso judicial.
8. En los sistemas de resolución de conflictos no adversariales se persigue conseguir un resultado del tipo ganar-ganar. Es decir, un resultado que resulte satisfactorio para ambas partes. En este grupo de sistemas nos encontramos con la negociación, la mediación y la conciliación.
9. Los dos sistemas de resolución de conflictos adversariales típicos son el arbitraje y el proceso judicial. La estrategia que se emplea en estos casos está presidida por la lógica ganar-perder.
- 10.** Se trata de pactos que incorporan yuxtapuestos, pero jerarquizados, diversos mecanismos de resolución de conflictos. Así, por ejemplo, las partes pueden pactar acudir a la negociación para resolver aquellos conflictos que surjan en el futuro y, caso de que no prospere, acudir después a una mediación, a un arbitraje y finalmente a los tribunales si los sucesivos métodos utilizados no han resuelto la controversia.