



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Negociación Legal: Teoría y Ética

Estudio comparativo EEUU – España

Montserrat Villarij González

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Negociación Legal: Teoría y Ética

Estudio comparativo EEUU – España

Tesis doctoral presentada por:

Montserrat Villarij González

Dirigida por:

Dra. Carmen Parra Rodríguez

Barcelona - Mayo 2016

Tutor: Dr. Joaquim J. Forner Delaygua
Universitat de Barcelona (UB), Facultat de Dret
Departament de Dret i Economia Internacionals
Programa de Doctorat en Dret i Ciència Política
Línia de Recerca: Dret Internacional Privat

A María, mi tía, por haber cuidado tan bien siempre de mí, y por haberme dejado un recuerdo tan reconfortante.

To Vincent, my husband, as everything and for everything.

A Carmen Parra, por sus excelentes consejos técnicos, y muy especialmente, por su apoyo y dedicación.

A Ivan Paulov, fisiólogo ruso, por haber sido para mí tan extraordinaria fuente de inspiración.

Resumen

En España, pese a que los profesionales de la Abogacía dedican gran parte de su actividad a la negociación legal, los conocimientos para desarrollar dicha función profesional tienen una presencia poco relevante en el currículo académico, además, los procesos de negociación cuentan con escaso tratamiento doctrinal y deontológico. Por el contrario, en EEUU la situación es distinta, la negociación ha ido cobrando importancia en el currículo del abogado, lo que ha derivado en un acervo doctrinal de importante calado, y en incorporación de preceptos relativos a la negociación en la norma ética integra. Tomando como base este análisis, se realiza una revisión doctrinal que sirve de hilo conductor para la presentación de los diferentes enfoques/ estilos de negociación

Una vez establecido el estado de la cuestión, la segunda parte de este trabajo compara la negociación legal con el litigio. Se refiere tanto el auge de la negociación legal como de los otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos y a la influencia de este fenómeno en la forma de ejercer la abogacía. Se realiza una reflexión sobre las supuestas bondades de las modalidades alternativas al litigio, así como, sobre las aportaciones del sistema de administración de justicia tradicional. Al mismo tiempo, se pone de manifiesto la preocupación por las garantías y la calidad de las soluciones a los conflictos provenientes de mecanismos distintos al litigio judicial.

La actividad negociadora del abogado está, por lo general, escasamente tratada por las normas deontológicas. Analizando las diferencias entre los marcos comparados EEUU y España, se observa un tratamiento más extenso y profundo en el primer de ellos frente a una regulación escasa en el segundo. Abordaremos la problemática ética de los procesos de negociación legal, y en especial, la protección a la parte contraria otorgada por la norma deontológica en dichos procesos.

Finalmente, se indica la conveniencia de que el colectivo profesional adopte una actitud proactiva proponiendo sus propias alternativas de resolución de conflictos. Este trabajo termina con dos propuestas: la de una norma deontológica y la de un mecanismo de negociación supervisada.

Palabras clave: negociación legal, ADR, acceso a la justicia, responsabilidad y deontología profesional abogados.

Resum

A Espanya, malgrat que els professionals de l'advocacia dediquen gran part de la seva activitat a negociar, els coneixements per desenvolupar aquesta funció professional tenen una presència poc rellevant en el currículum acadèmic, a més, el tractament doctrinal i deontològic es escàs. Per contra, als EUA la situació és diferent, la negociació ha anat cobrant rellevància al currículum acadèmic i formatiu de l'advocat, hi ha un patrimoni doctrinal d'important calat i la norma ètica integra preceptes relatius a la negociació. Prenent com a base aquesta anàlisi, es realitza una revisió doctrinal que serveix de fil conductor per a la presentació dels diferents enfocaments/estils de negociació.

Un cop establert l'estat de la qüestió, la segona part d'aquest treball compara la negociació legal amb el litigi. Es refereix tant l'auge dels mecanismes de alternatius de resolució de conflictes, entre ells la negociació, com la influència d'aquest fenomen en la forma de exercir l'advocacia. Es realitza una reflexió sobre les suposades bondats de les modalitats alternatives de resolució de conflictes i sobre les aportacions del sistema d'administració de justícia tradicional. Alhora, es posa de manifest la preocupació per les garanties i la qualitat de les solucions als conflictes mitjançant mecanismes distints al litigi judicial.

L'activitat negociadora de l'advocat està, en general, escassament tractada per les normes deontològiques. Analitzant les diferències entre els marcs comparats EUA i Espanya, s'observa un tractament més extens i profund en el primer d'ells enfront d'una regulació escassa en el segon. Abordarem la problemàtica ètica dels processos de negociació legal, i en especial, la protecció a la part contrària atorgada per aquesta norma en aquests processos.

Finalment, s'indica la conveniència que el col·lectiu professional adopti una actitud proactiva, proposant les seves pròpies alternatives de resolució de conflictes. Aquest treball finalitza amb dues propostes: la d'una norma deontològica i la d'un mecanisme de negociació supervisada.

Paraules clau: negociació legal, ADR, accés a la justícia, responsabilitat y deontologia, professional advocats

Abstract

In Spain, although the legal profession devotes much energy to negotiation, the academic curriculums do not, for the most part, feature training in the skills necessary to carry out this legal function. Furthermore, there has been little research in the area and the question of ethics has not been addressed. In contrast, the situation in the United States is different: negotiation has become increasingly important in academic curriculums and in training for lawyers. There is a wealth of important research and their codes of ethics incorporate provisions relating to negotiation. Based on this analysis, a doctrinal review has been carried out, serving as a guideline for the presentation of different approaches, different styles of negotiation, their respective benefits and consideration of the factors to be taken into account.

Once established the State of the art, the second part of this paper compares legal negotiation with litigation the growth of legal negotiation and other alternative conflict resolution mechanisms and its influenced on the way the legal profession operates has been evaluated. An analysis of the supposed benefits of these new procedures is carried out and the contribution of the traditional justice system is examined. At the same time, this work highlights concerns about the fairness and quality of solutions to conflicts arising from mechanisms other than litigation.

Legal negotiation is, in general, undertreated by ethical standards. Having analyzed ethical issues in the United States and Spain, a longer and more thorough treatment is observed in the first of them and less regulation in the second. Ethical issues on legal negotiation have been particularly addressed.

Finally, the desirability of the legal profession adopting a proactive approach by proposing its own alternative dispute resolutions is examined. This work concludes with two proposals: a rule of professional conduct and a supervised negotiation mechanism.

Keywords: legal negotiation, ADR, access to justice, lawyers professional responsibility, legal ethics

ABREVIATURAS	15
PRESENTACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL.....	19
1 ¿Por qué esta tesis doctoral?	21
2 Contenido de la tesis doctoral	26
3 Metodologías empleadas en la tesis doctoral	28
PARTE PRIMERA – CUESTIONES RELEVANTES SOBRE LA NEGOCIACIÓN LEGAL	31
INTRODUCCIÓN A LA PARTE PRIMERA	33
1 Introducción a la negociación legal	35
1.1 Negociación	37
1.2 La negociación legal.....	41
1.1 Características específicas de las negociaciones legales	46
1.1.1 La materia o sustancia de la negociación legal	46
1.1.2 Los intervinientes	47
1.1.3 El proceso.....	48
1.2 Clases de negociación legal: la negociación de disputas y la negociación transaccional ..	51
1.3 Negociación legal y ADR	55
1.3.1 Una definición de ADR.....	55
1.3.2 La confusión terminológica y la determinación de las figuras ADR	59
1.3.3 Distinción de la negociación y las figuras afines.....	68
2 Enfoques y estilos de negociación.....	79
2.1 Desarrollo doctrinal de la teoría de la negociación	81
2.1.1 La dicotomía negociación distributiva versus negociación integrativa	89
2.2 Análisis de los diferentes modelos de negociación legal.....	99
2.2.1 Los enfoques de corte adversarial	99
2.2.2 Los enfoques de corte no adversarial	102
2.2.2.1 La negociación por principios	105
2.2.2.2 El enfoque de resolución de problemas.....	112
2.2.3 El enfoque del mérito legal.....	117
2.2.4 Negociación legal y empirismo	120
2.2.4.1 La investigación de Williams	121
2.2.4.2 La investigación de Schneider	125
2.2.5 La eficiencia de los enfoques. Elementos para la elección del enfoque	128
2.3 Los enfoques híbridos	133
2.4 La doctrina sobre negociación legal en España.....	138

3 La relación de agencia en la negociación legal	143
3.1 La negociación legal y la relación de agencia	145
3.2 Las tensiones abogado-cliente y la relación de agencia	149
3.2.1 La gestión de la información	149
3.2.2 La gestión de los incentivos	153
3.2.3 La tensión sobre el enfoque/estilo de negociación.....	157
3.2.4 Patrones relación abogado-cliente.....	161
3.2.4.1 Tendencia tradicional o paternalista	163
3.2.4.2 Tendencia participativa	164
3.3 Las relaciones de agencia “cautivas”	169
3.3.1 Abogados de oficio	169
3.3.2 Abogados de aseguradoras.....	171
3.3.3 Abogados elegidos por una parte para resolver un asunto legal “de mutuo acuerdo”... 173	
3.3.4 Abogados remunerados por la parte que no lo ha elegido.....	176
3.3.5 Abogados de empresa	176
CONCLUSIONES PARTE PRIMERA	179
PARTE SEGUNDA – NEGOCIACIÓN-ADR VERSUS LITIGIO	181
INTRODUCCIÓN A LA PARTE SEGUNDA	183
1 Negociación legal versus litigio desde una perspectiva social	185
1.1 Elementos comparativos entre negociación y litigio.....	187
1.1.1 Binariedad versus equilibrio	188
1.1.2 La flexibilidad de la negociación versus la rigidez del litigio.....	191
1.1.3 Proceso público versus proceso privado: la garantía de una solución justa al conflicto.....	196
1.2 Ventajas de la negociación frente al litigio	199
1.2.1 Ahorro de tiempo y de otros recursos	199
1.2.2 Especialización técnica.....	205
1.2.3 Flexibilidad, creatividad, y posibilidad de soluciones más adaptadas y completas.....	207
1.3 Desventajas de la negociación legal frente al litigio	210
1.3.1 Ausencia de resultado y falta de ejecutabilidad.....	210
1.3.2 Privacidad y ausencia de precedentes legales como bien social	212
1.3.3 Regulación, supervisión y formalismo en el ámbito jurisdiccional	217
1.4 Revisión de las principales posturas doctrinales	223
2 Cuestiones controvertidas sobre la negociación y los ADR	227
2.1 Auge y desarrollo de la negociación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos	229
2.1.1 El caso de EEUU.....	233
2.1.1.1 El recurso obligatorio a los ADR.....	236
2.1.1.2 Recorrido legislativo	236

2.1.1.3 La derivación del caso a los ADR obligatorios	239
2.1.1.4 Rule 68 Federal Rules of Civil Procedure	243
2.1.1.5 La intervención judicial, negociación y otros mecanismos alternativos	247
2.1.2 El caso español	251
2.1.2.1 La transacción	252
2.1.2.2 La conciliación	255
2.1.2.3 La integración del arbitraje y la mediación en el proceso judicial civil	260
2.1.2.4 La negociación: un conato de regulación en la LOPJ	263
3 Negociación versus litigio desde una perspectiva privada	267
3.1 El rol del abogado en la elección entre negociación y litigio	269
3.1.1 La valoración del litigio y los méritos legales del caso	274
3.1.2 La valoración del litigio y las investigaciones empíricas	278
3.1.3 La evaluación de los méritos legales del caso	280
3.2 Valorar la conveniencia del acuerdo. Identificar las posibles barreras	288
3.2.1 El elemento objetivo, es decir, lo “que se negocia”	288
3.2.2 El elemento subjetivo, “con quien se negocia”	290
3.2.3 Evaluar la calidad del acuerdo	293
3.3 Elementos comparativos litigio- acuerdo, en relación con los costes y la información	295
3.3.1 La estructura de costes	295
3.3.1.1 El sistema de pago de honorarios	296
3.3.1.2 Existencia de aseguradora que cubra daños y/ o costes de defensa	299
3.3.2 Las normas procesales concerniendo la prueba	300
3.3.2.1 El caso estadounidense	300
3.3.2.2 La prueba en el proceso civil español	303
3.3.3 La confidencialidad	307
3.3.3.1 El caso de EEUU	307
3.3.3.1.1 La norma 408 de la Ley Federal de Procedimiento Civil	307
3.3.3.1.2 El caso español	311
CONCLUSIONES PARTE SEGUNDA	319
PARTE TERCERA - NEGOCIACIÓN LEGAL Y DEONTOLOGÍA PROFESIONAL	323
INTRODUCCIÓN A LA PARTE TERCERA	325
1 Cuestiones Generales de Deontología	327
1.1 Requisitos para el ejercicio de la abogacía	329
1.1.1 Requisitos para el ejercicio profesional	329
1.1.1.1 El caso estadounidense	329
1.1.1.1.1 Colegiación	334
1.1.1.2 El caso español	335
1.1.1.2.1 Requisitos de orden académico	336

1.1.1.2.2 Colegiación obligatoria.....	337
1.1.1.2.3 El nuevo proyecto de Ley	342
1.2 La norma deontológica	345
1.2.1 Naturaleza de la norma deontológica y su codificación	345
1.2.1.1 El caso norteamericano.....	345
1.2.1.2 El caso español	353
2 Negociación, Ordenamiento Jurídico y Responsabilidad del Abogado	361
2.1 Introducción	363
2.2 El caso estadounidense	365
2.2.1 La civil del abogado.....	366
2.2.2 La responsabilidad penal del Abogado.....	369
2.2.3 La responsabilidad disciplinaria y su delimitación con las distintas responsabilidades del abogado	371
2.3 El caso español.....	378
2.3.1 Responsabilidad civil	379
2.3.2 Responsabilidad penal.....	385
2.3.3 La responsabilidad disciplinaria y su delimitación con las distintas responsabilidades del abogado	389
3 Negociación legal y deontología profesional	399
3.1 Introducción: La norma deontológica y la negociación legal.....	401
3.2 El deber de información sobre los mecanismos alternativos al litigio.....	403
3.2.1 El caso norteamericano	404
3.2.2 El caso español	410
3.3 La norma deontológica y la negociación	414
3.3.1 La autoridad del cliente y el acuerdo negociado	414
3.3.2 Las obligaciones de información durante el proceso negociador	415
3.4 Normas deontológicas y protección de la otra parte en la negociación	418
3.4.1 El caso norteamericano	419
3.4.2 El caso español.....	420
3.4.3 La renuncia al caso por parte del abogado.....	426
3.4.3.1 El caso norteamericano.....	426
3.4.3.2 El caso español	428
3.4.4 La veracidad de la información en la negociación.....	429
3.4.4.1 El caso norteamericano: la Model Rule 4.1	432
3.4.4.2 La omisión de información.....	438
3.4.4.3 Revisión de las posturas doctrinales.....	445
3.4.4.4 El caso español	451
3.4.5 La prohibición de comunicar directamente con la otra parte existiendo representación.....	460
3.4.5.1 El caso norteamericano.....	461
3.4.5.2 El caso español	464
3.4.5.3 Cuestiones sobre la prohibición de contacto con la parte contraria.....	466

3.4.5.4 Comunicación con partes no representadas	473
CONCLUSIONES PARTE TERCERA	477
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	481
1 Conclusiones finales	483
2 Propuesta de inclusión de un nuevo artículo en CDAE/EGAE	490
3 Propuesta para la organización del mecanismo de negociación regulada	495
BIBLIOGRAFÍA	511
1 Obras Generales y Monografías	513
2 Revistas	519
3 Otros documentos	542
4 Jurisprudencia	544
5 Legislación Citada	545

Abreviaturas

ABA	American Bar Association
ADR	Alternative Dispute Resolution
CCBE	Código Deontológico Abogados Europeos
CCCA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CDAE	Código Deontológico Abogacía Española
CGPJ	Consejo General Poder Judicial
EEE	Espacio Económico Europeo
EGAE	Estatuto General Abogacía Española
LCP	Ley Colegios Profesionales
LPPC	Federal Rules of Civil Procedure
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial
UCC	Uniform Commercial Code
UE	Unión Europea

Revistas

A.B.A.J.	American Bar Association Journal
Am. B. Found. Res. J.	American Bar Foundation Research Journal
Am J. Trial Advoc.	American Journal Trial Advocacy
Ann. Rev. Psychol.	Annual Review of Psychology
Cardozo, J. Conflict Resol.	Cardozo Journal Conflict Resolution.
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review

Abreviaturas

Cal. L. Rev.	California Law Review
Chi-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Clinical L. Rev.	Clinical Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Cumb. L. Rev.	Cumberland Law Review
Fordham L. Rev	Fordham Law Review
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
Hasting L.J.	Hasting Law Journal
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Iowa L. Review	Iowa Law Review
J. Disp. Resol.	Journal of Dispute Resolution
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Legal Educ.	Journal of Legal Education
Journal of Legal Educ.	Journal of Legal Education
LA. L. Rev.	Louisiana Law Review
Law Tchr.	Law Teacher
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan J Law Review
N. Ill. U.L. Rev.	Northern Illinois University Law Review
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal

Abreviaturas

Pepp. Disp. Resol. L.J.	Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
Rev. Litg.	Review of Litigation
S. Tex. L. Rev.	South Texas Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tulsa L. J.	Tulsa Law Journal
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
W. St. U.L. Rev.	Washington State University Law Review
Wash. & Lee L. Rev	Washington and Lee Law Review
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
Wash, U.J.L., & Pol'y	Washington University Journal of Law & Policy
Win&Mary J. Women&L.	William and Marry Journal Woman and Law
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
Yale L.J.	Yale Law Review

PRESENTACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL

1 ¿Por qué esta tesis doctoral?

En cierto momento, decidimos ampliar conocimientos sobre negociación y nos dispusimos a buscar materiales en español sobre el tema. Conocíamos los manuales básicos y generalista dirigidos al público en general, por lo que la búsqueda se dirigió al ámbito académico.

Los resultados fueron escasísimos. Alguna traducción de un libro proveniente de EEUU, algún manual generalista, pero nada más. Dirigimos entonces la búsqueda a la literatura estadounidense, y pudimos descubrir un acervo doctrinal de importante calado. La literatura no se limita a la negociación en general y el desarrollo doctrinal respecto de áreas especializadas de conocimiento es significativo, por supuesto, nos interesamos por la negociación legal.

De hecho, en los EEUU, una buena parte de la literatura existente sobre negociación ha sido escrita por abogados, en consecuencia la negociación legal es un ámbito abordado; de hecho, el interés por la negociación legal ha ido acompañado del auge y desarrollo de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, contemplándose todos ellos como una solución a la descongestión de la sobrecargada Administración de justicia.

La sociedad estadounidense es sin lugar a dudas una sociedad litigiosa, pero es también una sociedad con una buena capacidad de autocrítica. Actualmente, existe un amplio debate que pone en tela de juicio que la resolución de conflictos mediante los mecanismos alternativos conlleve únicamente ventajas como propugnan sus defensores. Existe una importante corriente doctrinal que duda de las “excesivas bondades” predicadas sobre dichos mecanismos y alertan de las desventajas que pueden presentar para quien recurre a ellos e incluso para la sociedad en general, de forma que su utilización puede llegar poner en entredicho derechos fundamentales de los ciudadanos como es el de acceso a la justicia.

En España asistimos al auge de los mecanismos alternativos de resolución de disputas legales, especialmente, al de la mediación. Estos mecanismos se han ido regulando en orden a ofrecer seguridad y garantías en su utilización, y por supuesto, son objeto de una creciente atención doctrinal.

En España, de un tiempo a esta parte, y se trata de un fenómeno generalizado, el tradicional litigio es criticado con especial ahínco por su lentitud y por sus costes tanto económicos como de otra índole, a la vez que la mediación y en menor medida el arbitraje son presentados como la gran panacea y parecen ser vistos como la solución a todos los problemas que pueda presentar la Administración de justicia tradicional.

Ante la situación descrita, se pretende proponer a los ciudadanos las más óptimas alternativas al litigio, y como hemos mencionado, entre las alternativas que se presentan destacan especialmente la mediación y el arbitraje, de forma que la novedad y puede que una fascinación injustificada, parece impedir atraer la atención a la labor de los abogados como negociadores, a esa labor tradicional que han llevado a cabo desde siempre. Nos parece que no se está contemplando la foto entera. Cuando se trata de conciliar, de evitar conflictos, los abogados están en esa foto desde hace mucho tiempo, probablemente, estaban los primeros.

La respuesta fácil es decir que no es lo mismo, ya que los mecanismos como el arbitraje y la mediación ofrecen neutralidad, mientras el abogado, al fin y al cabo, siempre defiende a ultranza a una parte en detrimento de la otra, pero no es necesariamente así, de hecho, en el imaginario colectivo los abogados son percibidos como solucionadores de conflictos mediante la negociación legal.

Es por ello, que queremos analizar esta situación y formular nuestras propuestas. Todo ello, desde el convencimiento de que pueden y deben emprenderse acciones que apoyen y valoricen la importancia de la función negociadora del abogado, y no la del abogado en funciones de árbitro y medidor, sino la del abogado negociador.

Serán necesarias buenas dosis de creatividad para la creación de mecanismos capaces de rebajar el contenido adversarial que pueden tener a veces las negociaciones entre las partes asesoradas por sus abogados, de forma que los profesionales y los clientes, que prefieran esquemas más conciliadores, puedan modular el proceso de negociación para adaptarlo y conformarlo como un dispositivo que sirva mejor a sus intereses. Al fin y al cabo, se trata de que las partes sean capaces de diseñar y gestionar la modalidad de resolución de su

conflicto, y que lo hagan de la forma que estimen más adaptada a su situación y circunstancias, siempre en el marco de la ley. Pensamos que si en los procesos de negociación la autonomía de la voluntad tiene cabida respecto de la vertiente sustantiva del asunto, debería tenerla también respecto al procedimiento.

Es posible que sea precisa la elaboración de normas deontológicas más específicas y concretas respecto de la labor negociadora del abogado y podría ser oportuno, probablemente, a través de los colegios profesionales, establecer nuevos marcos de colaboración para que los abogados puedan ofrecer a los potenciales clientes servicios específicos como negociadores.

En el imaginario colectivo coexisten sensibilidades muy diferentes, hay quienes son de la opinión de: “pues vamos al juzgado y el juez dirá” mientras otros piensan “mejor tú te buscas tu abogado y yo el mío y que ellos se entiendan” o “buscaré un abogado a ver si es esto se puede resolver negociando”.

Resulta así obvio, que los abogados deberían ser líderes en proponer nuevas modalidades de resolución de conflictos que atiendan a nuevas realidades y sensibilidades.

Lo expuesto, nos ha llevado a plantearnos lo siguiente:

En España, como en tantos lugares, los abogados negocian todos los días y lo hacen pese a no contar con manuales de cabecera ni con una doctrina que les aporte suficientes conocimientos en los que apoyar su práctica. Por supuesto, los profesionales cuando negocian analizan el derecho sustantivo pertinente, pero a diferencia de lo que ocurre con las actuaciones judiciales, en cuanto al procedimiento, cuando se trata de negociar no hay reglas ni manuales. El proceso negociador es privado y nos encontramos ante una gran libertad de formas. Ante esta situación pudiera resultar equivocado pensar que la intuición o el hacer lo que siempre se ha hecho sean la forma de proceder más idónea para obtener el máximo rendimiento de la potente herramienta que es la negociación legal. Nuestra pregunta es: ¿deberían tomarse medidas en el ámbito educativo y formativo para que los abogados tomaran conciencia de que cuando negocian precisan contar con conocimientos habilidades e incluso

actitudes que no parecen estar atendidas ni por el currículo académico ni por la doctrina legal ni de manera especial por la educación continua?

Además, deberíamos reflexionar sobre si realmente la resolución de las disputas legales mediante los mecanismos alternativos al litigio, incluida la negociación, proporciona a los ciudadanos que eligen estos mecanismos frente al litigio soluciones de menor calidad o dotadas de menores garantías. Nuestras preguntas son: ¿Estamos realmente reflexionando de manera suficiente y adecuada sobre las ventajas y desventajas que realmente presentan los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la negociación legal? ¿Estamos teniendo en cuenta que generar alternativas a la Administración de justicia que nos garantizan los textos constitucionales en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia deberían debilitar el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial?

La actividad negociadora no sufre únicamente por ser la “cenicienta” del currículo académico y formativo de los profesionales de la abogacía, además, la norma deontológica apenas le presta particular atención. En este ámbito se dan importantes carencias que tanto pueden propiciar la impunidad de comportamientos reprochables como suponer la falta de orientación de los profesionales que queriendo respetar la norma deontológica y actuar lo más éticamente posible se vean asaltados por dudas. Nuestras preguntas son: ¿Cómo podrían mejorarse la normativa deontológica y los mecanismos a disposición de las corporaciones profesionales para conseguir orientar de forma más eficiente a los abogados respecto de sus conductas cuando negocian los asuntos de sus clientes?, ¿Debería la norma deontológica prestar una atención especial y específica respecto a los comportamientos profesionales incorrectos que cuentan con mayores probabilidades de tener lugar en los procesos de negociación ?, ¿Podría el compromiso ético ser el vehículo adecuado para que negociar asesorado por un abogado llegara a ser percibido como un “plus”, no únicamente por el cliente, sino también por aquellos con los que se negocia?

Presenciamos como la ciudadanía no soporta más la opacidad, la falta de transparencia, y se está cuestionando a la clase política y a los poderes facticos- cuando pueden identificarse- que parecen ser los causantes de esos males, de forma que no tiene precedentes en la historia más reciente. Los vientos neo

liberalizadores soplan por doquier, y la “solución” parece apuntar a la desregulación, a la supresión de la intervención del Estado con considerar que resulta demasiado costosa dejando actuar a las fuerzas del mercado. Respecto del colectivo de los abogados eso se traduce en eliminación de barreras como la colegiación, y de paso de las garantías para todos. El colectivo se opone porque se ve atacado, pero cuidado, si no es en este envite, será en el siguiente. Nosotros nos preguntamos si no sería más valiente, y a la larga más eficiente, dar un paso adelante y ponerse al servicio de la ciudadanía para ofrecerle eso que tanto demanda, mucha más transparencia y esfuerzo en la búsqueda de soluciones justas y equilibradas diseñando nuevos sistemas para resolver los conflictos. Nuestra pregunta es: ¿Que pueden hacer la comunidad profesional para ofrecer a los ciudadanos alternativas innovadoras y adaptadas a las exigencias del entorno en que vivimos?

Para responder a las preguntas que formulamos en esta tesis hemos recurrido al estudio y el análisis de la normativa y doctrina estadounidenses. Los EEUU, son pioneros en el diseño e implantación de sistemas alternativos y/o complementarios a la Administración de justicia tradicional, por lo pensamos pueden proporcionar una buena base y un punto de partida idóneo para el análisis y estudio de los temas que tratamos, si bien siempre desde la conciencia de que las realidades sociales y sistemas jurídicos distintos requieren soluciones distintas, por lo que no se debe nunca recurrir a la extrapolación indiscriminada. Por ello, el análisis de la normativa y la doctrina española de temas conexos a la negociación, deberán también constituir la base para empezar a analizar, reflexionar y proponer.

2 Contenido de la tesis doctoral

La tesis doctoral consta de tres partes y cada una de las partes de tres capítulos. Todas las partes van precedidas de una introducción y seguidas de unas conclusiones.

La primera parte es de carácter descriptivo, si bien a lo largo del texto introducimos nuestras reflexiones y expresamos nuestro posicionamiento. En estos primeros capítulos pretendemos definir con la precisión necesaria el objeto de nuestro estudio, las negociaciones legales, señalando sus notas distintivas y características, exponiendo y analizando las teorías desarrolladas en cuanto a los diferentes enfoques negociadores utilizados por los abogados, así como también, nos referiremos a las tensiones que pueden crearse entre los intereses del abogado y el cliente en el curso del proceso de negociación legal.

La negociación legal, a pesar de ser una parte importante del trabajo de los profesionales de la abogacía y una de las formas preferidas por el público en general para resolver conflictos y organizar relaciones, es la gran desconocida de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Como hemos expuesto, para llevar a cabo nuestra investigación hemos tomado como marco de referencia los EEUU, donde el tema cuenta con un amplio desarrollo en todos los niveles.

La parte segunda consiste en el análisis del mecanismo de la negociación legal como alternativa al litigio. A nadie se le escapa que los mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio, unos más que otros, están de rabiosa actualidad. En España hoy, es la hora de mediación, siendo éste el mecanismo alternativo de resolución de conflictos que acapara la mayor atención, el arbitraje, tuvo su momento, si bien hoy parece haber quedado en un segundo plano. Nuestro análisis se centra en analizar las ventajas y desventajas de la negociación conducida por abogados como alternativa al recurso a los Tribunales. No obstante, el análisis riguroso y profundo obliga a incursionar también el terreno de los otros de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, hoy tan en boga. El análisis recogido en esta parte, nos proporciona la oportunidad de expresar nuestras inquietudes, ya que nosotros pensamos que la promoción poco justificada e incluso indiscriminada de mecanismos como la mediación pudiera llegar a ir en detrimento del derecho fundamental del acceso a la justicia de los ciudadanos. Finalizamos con un

capítulo que analiza los elementos que el abogado debe tener en cuenta para asesorar al cliente en una elección fundamental para resolver su disputa, la que debe tener lugar entre el litigio y la negociación.

La tercera parte la aborda los aspectos éticos-deontológicos concerniendo la intervención de los abogados en los procesos de negociación legal. Dada la escasez en España tanto de normas deontológicas como de doctrina referidas de forma específica a dicha función profesional volvemos una vez más a tomar con referencia el marco estadounidense, donde el desarrollo en este ámbito es más amplio. Analizamos de forma general las distintas responsabilidades del abogado para detenernos de forma particular en la deontológica, especialmente, en las normas referidas las negociaciones y a la protección de la otra parte en las mismas.

Lo investigado y analizado lleva a las conclusiones, que vienen acompañadas de dos propuestas: un artículo con vocación de ser insertado en la normativa deontológica española y un mecanismo de resolución de conflictos mediante negociación pensado para ser desarrollado únicamente por abogados y bajo la supervisión de las corporaciones profesionales.

3 Metodologías empleadas en la tesis doctoral

Las metodologías utilizadas son las siguientes:

- Descriptiva: nos sirve para definir y delimitar el objeto de nuestra investigación y para hacer un recorrido breve, pero ilustrativo de las aportaciones doctrinales más significativas en la formulación de la teoría de la negociación legal.
- Prescriptiva: el análisis debe llevarnos a poder realizar una serie de sugerencias y recomendaciones con la finalidad de intentar contribuir a la mejora de los temas que nos preocupan.
- Comparativa: pensamos que la comparación resulta una metodología adecuada y de gran utilidad para tratar los temas abordamos en nuestro trabajo de investigación. En primer lugar, el uso de dicotomías y polarizaciones parece especialmente adecuado para explicar las diferencias entre los distintos enfoques negociadores que se utilizan en la práctica. En segundo lugar, comparar dos marcos legales distintos como el estadounidense y el español, dada el escaso desarrollo de los temas objeto de nuestra investigación en España frente al desarrollo alcanzado respecto al estudio de los mismos en EEUU, resulta una idónea aproximación para el análisis de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en relación a temas tan relevantes como la posible obligatoriedad de los mismos y las reales ventajas y desventajas que presentan frente al litigio. En tercer lugar, además, esta metodología resulta óptima para analizar el papel de la norma deontológica con respecto a la responsabilidad del abogado en los procesos de negociación legal.

Respecto de la metodología comparativa debemos realizar algunas precisiones que estimamos relevantes:

1.- Los ordenamientos jurídicos que comparamos son el estadounidense y el español. Nuestra decisión fue atenernos de forma rigurosa a los marcos jurídicos territoriales objetos de la comparación, obviando toda referencia o mención a otros ordenamientos, que si bien en ocasiones resultaban muy convenientes, atendiendo a nuestro criterio, podían acabar por restar claridad y precisión al conjunto de la investigación. Por este motivo, decidimos excluir del análisis comparativo la mención al Código Deontológico de los Abogados Europeos, así como otra normativa comunitaria o internacional al respecto. El

CCBE¹ vincula a los abogados españoles definiendo unas normas comunes aplicables a los abogados de la UE y el EEE² en sus actividades transfronterizas, se trata por lo tanto de una norma de conflicto, por lo que, según nuestro criterio, resultaría desaconsejable que formara parte del estudio comparativo.

Estimamos necesario hacer una precisión respecto del tema de la diversidad que comporta la organización territorial de los dos contextos estudiados. Tanto en EEUU como en España, la organización de territorio nacional comporta una diversidad jurídica significativa. En EEUU, al lado de las leyes federales que son superiores jerárquicamente, existen las leyes estatales. Nuestro análisis se centra en las leyes federales. En el caso español, hemos tomado como referencia el nivel estatal, tanto en la legislación citada como en las normas de regulación de la abogacía, puesto que en las materias tratadas no pueden ser contradichas y son supletorias de las autonómicas. En cuanto a la legislación comunitaria, por los motivos ya explicados apenas aparecen referencias, excepto la mención de Directivas que han dado lugar a las leyes estatales que inciden en nuestro objeto de estudio.

En cuanto a la norma ética/deontológica en el marco estadounidense hemos basado en análisis en las *Model Rules* elaboradas por la ABA, ya que a pesar de su carácter no obligatorio sirven de guía y orientación a los redactores de las normas éticas de los diferentes estados que son las que revisten carácter obligatorio. En referencia al marco español, centramos nuestro análisis en las normas de carácter estatal, que sirven también de modelo a las que elaboran los diferentes colegios profesionales. Esta elección obedece a razones de carácter práctico para facilitar el análisis comparado.

2.- Nuestra investigación, por una cuestión metodológica, se ciñe a los procedimientos civiles. En su momento tomamos esta opción, ya que probablemente intentar llevar a cabo el análisis mezclando diferentes disciplinas jurídicas, aparte de revestir una extrema complejidad hubiera restado claridad y concreción al texto. Por supuesto, que los abogados negocian en otros ámbitos

¹ Código Deontológico de los Abogados Europeos.

² Espacio Económico Europeo.

distintos al civil como el penal o el laboral, pero en el orden civil las negociaciones están prácticamente presentes en todos los casos.

Respecto del orden laboral debemos señalar que el tema de las negociaciones colectivas ha sido tratado de forma muy amplia por la doctrina española, lo que para nosotros restaba buena dosis de interés al tema. Además, en el ámbito laboral las negociaciones revisten ciertas particularidades, por ejemplo, son muy frecuentes las negociaciones multiparte, lo que hubiera requerido un tratamiento específico que se apartaba de los objetivos que nos planteábamos.

Respecto del orden penal en el ordenamiento jurídico español las negociaciones entre abogado defensor y fiscal existen, pero en un ámbito mucho más limitado de lo que pueden existir en EEUU, lo que suponía tales limitaciones que, al menos en nuestra opinión, daba oportunidades escasas a la investigación.

3.- Hemos utilizado a lo largo de la tesis las siglas ADR para referirnos a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dado que a pesar de que en castellano las siglas son MARCs, la realidad es que las siglas ADR son de uso más extendido y mejor conocidas.

4.- En el orden terminológico queremos aclarar que cuando nos referimos al EEUU utilizamos el término ética y cuando nos referimos a España utilizamos el término deontología, de la misma forma que hablamos de norma ética y norma deontológica al referirnos a los distintos marcos legales analizados. En este sentido, hemos tomado esta opción siguiendo la terminología utilizada por los académicos de los respectivos países así como la nomenclatura utilizada en la elaboración de las normas. En el inglés norteamericano existe el término *deontology* pero su utilización es escasa y en su lugar se utiliza el término *professional ethics*.

Parte Primera
Cuestiones Relevantes Sobre La
Negociación Legal

Introducción a la parte primera

Si bien muchos piensan que la mayor parte de la actividad de los abogados se desarrolla defendiendo los casos que sus clientes les encomiendan en los Tribunales, sin ningún lugar a dudas, se trata de una presunción equivocada. Estos profesionales dedican una gran parte de su quehacer profesional a buscar soluciones negociadas a los asuntos que deben resolver. Por diferentes razones, que serán descritas y analizadas en el texto de esta tesis, es un proceder común que los abogados eviten litigar, a no ser que consideren que realmente el recurso a los Tribunales sea la solución más apropiada para el caso encomendado por el cliente.

El primer capítulo, de carácter introductorio, lo dedicamos a definir las negociaciones legales, identificaremos sus elementos característicos y las comparemos con sus figuras afines. De esta forma, definiremos el elemento central de estudio de esta tesis.

En EEUU, hemos encontrado un importante acervo doctrinal específicamente referido a la negociación legal. Los primeros tratados concebían el proceso de negociación legal acompañado de una importante carga adversarial al proyectarse en el mismo elementos propios del litigio, si bien, ya en textos tempranos, se vislumbra la apuesta por una nueva forma de concebir los procesos de negociación legal, priorizando la cooperación y la búsqueda de fórmulas creativas como forma de ofrecer soluciones más rápidas y eficientes de las que puede proporcionar el litigio.

En el segundo capítulo, analizaremos los diferentes enfoques negociadores. Con una narrativa que sirve de ruta a una revisión doctrinal, en primer lugar, abordaremos la distinción entre los enfoques negociadores adversariales y los no adversariales, también expondremos los elementos diferenciales entre los modelos de negociación distributivos e integrativos, lo que nos llevará a hablar de la tensión entre la creación y distribución de valor inherente a los procesos de negociación. Hemos querido prestar una especial atención a las aportaciones que nos recuerdan que las negociaciones legales versan sobre derecho, y por lo tanto, los méritos legales del caso deben siempre ocupar un lugar central.

La dinámica de la relación entre el cliente y el abogado en la negociación de un asunto reviste no poca complejidad, ya que la negociación es un proceso de interacción entre diferentes partes, en este caso representadas y/o asesoradas por un profesional, el abogado. En el transcurso del proceso negociador el abogado se ve inmerso en una serie de relaciones diferentes y complejas: con el propio cliente, con la otra parte- abogado y cliente-, con terceros intervinientes en el proceso-peritos, testigos-. Estas relaciones en el marco de la negociación presentan dinámicas diferentes a las propias del marco del litigio contencioso, por lo que el profesional debe dotarse de conocimientos y habilidades específicos para su correcta gestión.

En el capítulo tercero, trataremos la relación abogado-cliente en el marco específico del proceso negociador. La relación abogado-cliente es una relación de carácter fiduciario basada en la confianza, por lo que entraña características específicas que la diferencia de otras relaciones de orden similar. La comprensión de las particularidades de dicha relación resulta necesaria para el conocimiento profundo de los procesos de negociación legal.

Capítulo Primero

Introducción a la negociación legal

1.1 Negociación

Si bien el objeto de estudio de nuestra tesis es la negociación legal, nos resultará de extrema utilidad empezar definiendo e identificando las características de los procesos de negociación en general, posteriormente, haremos lo propio respecto de la negociación legal, poniendo especial énfasis en destacar los elementos que la diferencian de otro tipo de negociaciones.

PRUITT³ se refiere a la negociación como un fenómeno de carácter general que ha trascendido la dimensión interestatal, así como, el ámbito de las relaciones laborales y la define como un proceso de toma de decisiones mediante el cual dos o más partes se comunican en un esfuerzo por resolver la oposición que puedan presentar sus intereses. El autor completa la definición añadiendo que primero las partes verbalizan sus demandas contradictorias para moverse hacia el acuerdo en un proceso de concesiones o búsqueda de alternativas.

GULLIVER⁴ define la negociación como una modalidad de resolución de problemas utilizada por las personas para intentar alcanzar decisiones conjuntas en asuntos de interés común cuando se dan situaciones de desacuerdo o conflicto. El autor subraya que la diferencia fundamental de la negociación de los mecanismos de resolución de conflictos de carácter adjudicativo es la ausencia de un tercero neutral, lo que se traduce en un proceso de toma de decisiones diferente, ya que recae de forma absoluta en los negociadores.

LAX y SEBENIUS⁵ dicen sobre la negociación que es un proceso que potencialmente permite obtener ventajas de una interacción en la que dos o más partes, aparentemente en conflicto, buscan mediante la acción conjunta un resultado más satisfactorio del que podrían obtener de otra manera. Los autores explican con detalle los elementos que configuran la definición propuesta: en primer, lugar debe darse una situación de interdependencia, es decir, una

³ PRUITT, D.G., *Negotiation Behavior*, Academic Press Inc. 1981, prólogo y p.1,

⁴ GULLIVER, P.H., *Disputes and Negotiations a Cross-Cultural Perspective*, Academic Press, 1979. *Vid.*, prólogo y pp. 1-3.

⁵ LAX, D., SEBENIUS J.K., *El directivo como negociador: negociación para la cooperación y la ganancia competitiva*, Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp.16 y siguientes. GOMEZ-POMAR, J., *Teoría y Técnicas de negociación*, Editorial Ariel 2ª Edición 2004, pp. 12-19. El autor español expone en términos muy similares.

dependencia mutua que implica límites respecto de lo que una parte puede hacer por sí misma, a que coste puede hacer algo o si realmente resulta conveniente la actuación en solitario; en segundo lugar, debe existir un conflicto potencial acerca de cómo distribuirse el objeto en disputa, además, también concurrir una interacción oportunista, de forma que cada una de las partes trate de influir en las decisiones de la otra. De hecho, para los autores, son las maniobras estratégicas propias de la interacción oportunista, lo que distingue los procesos de negociación de otros procesos de interacción como los de solución conjunta de problemas. Concurriendo todos los elementos citados debe existir la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo, que será una solución a la que las partes han llegado negociando y que les parece más conveniente que las diferentes alternativas unilaterales.

RUBIN⁶, sin ofrecer una definición, describe el proceso negociador diciendo que cada parte empieza pidiendo más de lo que realmente espera obtener, y tras una serie de ofertas y contraofertas a través de prudentes fases, se alcanza un acuerdo aceptable para los participantes.

Entre los autores españoles, encontramos a DUTREY GUANTES⁷, que define la negociación como el proceso a través del cual las partes interesadas acercan sus posiciones hacia una posición conjunta que convenga a ambas. Por su parte, FONT BARROT⁸ dice que la negociación tiene lugar en las situaciones mixtas entre el conflicto y la cooperación, de forma que las situaciones de puro conflicto deben solventarse por otras vías distintas a la negociación ante la imposibilidad de que los negociadores cooperen, contrariamente, las situaciones de pura cooperación no precisan de proceso de negociación⁹. La

⁶ RUBIN, J.Z., *Negotiation: An Introduction to Some Issues and Themes*, [American Behavioral Scientist](http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1306754467/fulltextPDF/2071ADF351184372P/Q/5?accountid=15293), 27:2 (1983: Nov/Dec), 135, pp.135-147, *vid.*, p.135. (Consultado 08/04/2015). <http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1306754467/fulltextPDF/2071ADF351184372P/Q/5?accountid=15293>.

⁷ DUTREY GUANTES Y., "La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales entre Particulares" en *Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Herramientas para la paz y modernización de la justicia*, Editores/Directores: Gonzalo Quiroga, M., Gorjón Gómez, F.J., Coordinador: Sánchez García, A., Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Dykinson, 2011.

⁸ FONT BARROT, A., *Negociaciones: entre la cooperación y el conflicto*, Barcelona, Grijalbo Mondadori cop. 1997, pp. 33 y siguientes.

⁹ A este respecto, quisiéramos precisar que para que se produzca esta situación obviamente será necesario que las partes cuenten con la información precisa sobre las preferencias de la otra parte, lo que les permitirá reconocer la coincidencia de preferencias y/o intereses.

negociación cobra sentido cuando hay lugar para la cooperación en la gestión de intereses en conflicto y este no hay sido resuelto por otros medios, singularmente, por alguno de los dos cuantitativamente más significativos, el mercado o la leyes. No obstante, matiza que el mercado competitivo se ocupa de las cosas a las que se puede poner precio y el Estado interviene para corregir los fallos del mercado, pero aun así en las sociedades liberales el margen de la iniciativa privada es muy amplio, de modo que no todos los problemas quedan resueltos por el mercado y las leyes imperativas, por lo que los procesos de negociación resultan necesarios.

Observamos que no todos los autores coinciden con los citados en la existencia de un conflicto para que pueda hablarse de la existencia de un proceso de negociación. PATTON¹⁰ define la negociación como un proceso interactivo de comunicación diseñado para alcanzar un acuerdo entre dos o más partes cuyos intereses pueden ser compartidos, estar en conflicto o simplemente ser diferentes. Como el mismo autor señala esta definición difiere ligeramente de la ofrecida por Fisher y Ury en *Getting to Yes*¹¹, ya que a diferencia de la definición recogida en la emblemática obra sobre negociación, Patton, en primer lugar, admite la posibilidad de que existan intereses diferentes, pero no necesariamente en conflicto; en segundo lugar el conflicto no un elemento imprescindible en el proceso de negociación¹².

Dada la falta de coincidencia entre los diferentes autores respecto a la presencia del conflicto con elemento configurador de los procesos de negociación, nosotros consideramos que este punto queda mejor dilucidado si recurrimos a la taxonomía de los de dichos procesos¹³. Por una parte, existen negociaciones cuya finalidad es resolver una disputa preexistente, podemos así decir, que en

¹⁰ PATTON, B., "Negotiation" in *The Handbook of Dispute Resolution*, MOFFIT M.L., BORDONE, R.C., Jossey Bass, 2005, *vid.*, pp.279 y siguientes.

¹¹ El autor se refiere a la definición recogida en FISHER, R., URY, W., *Getting to Yes*, Penguin Books, New York, 1991 Second Edition by FISHER, URY AND PATTON, pp. xvii-xix.

¹² La sugerencia de Patton de eliminar el conflicto como elemento esencial en la negociación nos reclama, en este punto, un inciso para definir el conflicto. Si bien, el estudio del conflicto como tal, escapa de objeto de estudio de esta tesis, evocaremos a uno de los estudiosos más reputados en la materia DEUTSCH, que ofrece una definición tan escueta como amplia al enunciar que "el conflicto existe cuando tienen lugar actividades incompatibles". DEUTSCH, M., *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes* New Haven: Yale University, 1973, *vid.*, p.10.

¹³ *Infra, Vid.*, pp. 44 y siguientes en el epígrafe que trata la distinción entre negociación legal de disputas y transaccional.

esta categoría el conflicto estará siempre presente, y de otra parte, existen negociaciones que pretenden crear marcos de acuerdo con la pretensión de ordenar relaciones de futuro donde realmente el conflicto presente puede estar ausente, en estos casos, tal y como sostiene Patton, los intereses de las partes no tienen por qué ser opuestos, aunque al menos serán en algunos aspectos diferentes, de ahí la necesidad de regulación.

CONDLIN¹⁴, implícitamente, considera el conflicto esencial a la negociación al decir que los procesos de creación de valor, considerados por la generalidad de los autores como procesos de negociación, no son lo son realmente, ya que la negociación existe cuando las partes entran en conflicto al intentar repartirse el valor que hayan podido crear en un proceso previo de gestión de interés comunes.

Nosotros nos inclinamos por una visión amplia del concepto de negociación, de forma que cualquier proceso de interacción entre dos o más partes encaminado a gestionar intereses comunes, estén enfrentados o no, debe en principio, considerarse como tal. La ausencia de conflicto patente no debe suponer obstáculo para calificar una interacción entre partes como negociación. De hecho Lax y Sebenius¹⁵ se refirieron a un conflicto potencial, lo que nos parece una aproximación acertada de la cuestión. Lo cierto, es que incluso en las interacciones que se desarrollan en marcos de cooperación para gestionar preferencias similares/idénticas y/o intereses complementarios, en cualquier momento, pueden tener lugar los movimientos estratégicos y tácticos que caracterizan el proceso negociador.

¹⁴ *Infra*. Parte primera. Capítulo segundo.

¹⁵ *Supra*.

1.2 La negociación legal

Las negociaciones objeto de nuestra investigación, las legales, presentan elementos característicos que las distinguen de forma clara e importante de otros tipos de negociaciones.

CONDLIN¹⁶ explica que las negociaciones legales son un proceso social complejo, un híbrido entre una experiencia social ordinaria como es un desacuerdo con un amigo y la experiencia de ser parte de un pleito ante un Tribunal. Por ello, el proceso negociador en el ámbito legal requiere ser adversarial, pero no abusivo, franco, pero no cándido, informal, pero no relajado, de manera que debe quedar a caballo entre lo público y lo privado. Se trata de un proceso privado controlado por las propias partes, si bien de alguna forma el proceso es a la vez público al ser proporcionadas por el sistema legal las herramientas que permiten llevarlo a cabo.

En EEUU, la negociación en general y la negociación legal en particular, han venido siendo objeto de gran atención doctrinal, a diferencia de lo que ocurre en España, donde aparte de la traducción de algunos textos la producción nacional es escasa; respecto de la negociación legal en particular podemos hablar de casi una falta absoluta de tratamiento doctrinal. No obstante, en EEUU, no faltan quienes consideran que la atención recibida por la materia resulta insuficiente. ELKIS-ELLIOTT Y ELLIOT¹⁷, manifiestan que el impacto de la negociación en el análisis de la negociación legal es escaso si se compara con el litigio, todo y que es reducido el número de disputas que se resuelven mediante una sentencia judicial. Parece que el litigio acapara la pompa con las salas impresionantes, las togas de los jueces y la intensa normativa, por su parte, el instituto del arbitraje cuenta también con regulación para reconducir a las partes al orden si es necesario e incluso en la mediación parece estar garantizada por ley la imparcialidad y neutralidad del mediador. Lo cierto, es

¹⁶ CONDILIN, R.J., *Bargaining Without Law*, 56 *N.Y. L. Sch. L. Rev.* 281 2011-2012, pp. 281-328, *vid.*, pp. 287-288. (Consultado 27/12/2015).

<http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2011/11/Condlin.Bargaining-Without-Law1.pdf>.

¹⁷ ELKINS-ELLIOTT, K., ELLIOT, F.W., *Settlement Advocacy*, 11 *Tex. Wesleyan Law Review*, 7 2004-2005, pp. 7-30, *vid.*, p. 17. (Consultado 04/02/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/twlr11&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/twlr>

que a pesar de todo ello, la mayoría de las controversias se resuelven mediante un proceso de negociación¹⁸.

EISENBERG¹⁹ en uno de los más relevantes artículos que se han escrito sobre negociación legal atribuye dos principales funciones al sistema legal: la de resolver disputas resultantes de acciones que ya han sucedido y la de regular futuras relaciones. Las funciones descritas no son llevadas a cabo de forma exclusiva bajo la tutela de las instituciones establecidas por el sistema legal a tal efecto, sino que cotidianamente y de forma paralela son desarrolladas mediante los procesos de negociación. De manera general, los diferentes sistemas legales otorgan a las personas privadas, ya sean físicas o jurídicas, la facultad de obligarse voluntariamente frente a otros sujetos de derecho en orden a resolver privadamente, es decir, sin intervención de los órganos jurisdiccionales, conflictos existentes o con el objetivo de regular situaciones jurídicas futuras.

ROSS²⁰ apunta como característica esencial de las negociaciones legales la omnipresencia de lo que los académicos estadounidenses conocen como la “sombra del proceso”, expresión que refleja la influencia que proyecta sobre el proceso de negociación la posibilidad de acabar litigando si el proceso negociador no conduce al acuerdo²¹.

Respecto a la importancia de la negociación legal en la actividad profesional de los abogados, es de todos sabido que la mayoría de los abogados negocian de

¹⁸ HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Just Negotiation*, 88 *Wash. U. L. Rev.* 381 2010-2011, pp. 381-432, *vid.*, pp. 382-383. (Consultado 01/04/2015) http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol88/iss2/2.

¹⁹ EISENBERG, M.A., *Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking*, *Harvard Law Review* Vol. 89, February 1976, number 4, pp.637-681, *vid.*, p. 637. <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/hlr89&id=657&print=section§ion=36&ext=.pdf> (Consultado 26/10/2013).

²⁰ ROSS, H.L., “Settled out of the Court” in *The Lawyer as a Negotiator*, EDUARDS. H. T.; WHITE, J.J., St. Paul Minn. West Publishing CO, 1977, pp. 180-204.

²¹ Es conveniente aclarar que se trata de un elemento característico de las negociaciones legales que pretenden solucionar un conflicto, pero no de las de carácter transaccional como las negociaciones de contratos.

manera rutinaria. A este respecto, RUBIN²² apunta que en EEUU, menos de uno de cada cuatro abogados dedica la mayor parte de su actividad profesional al litigio y muchos de ellos no suelen hacer acto de presencia en las salas de audiencias de los juzgados. De hecho, una de las razones estructurales que explican la gran importancia de la negociación legal en EEUU es la escasez de Jueces frente a la abundancia de abogados, ya que en estos últimos, recae el mayor protagonismo en los procesos de negociación²³. En España, la situación parece ser similar²⁴, y además, los potenciales usuarios de los servicios de estos profesionales manifiestan mayoritariamente valorar de forma preferente la

²² RUBIN, A.B., *A Cause of Lawyers' Ethics in Negotiation*, 35 *LA. L. Rev.* (1975), pp. 576-593, *vid.*, p. 578. (Consultado 19/11/2014).

<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss3/2>. (El autor basa la afirmación en la observación personal, conversaciones con abogados y entrevistas con directores de grandes firmas legales, quienes usualmente reportan que únicamente acerca del 25% de sus Abogados trabajan para la sección de litigios. En el mismo sentido, LANDE, J.M., *Teaching Students to Negotiate Like a Lawyer*, 39 *Wash. U.J.L. & Pol'y*, 109, (2012), pp.109-144, *vid.*, p.109. (Consultado 26/10/203).

<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1253&context=facpubs>.

CRAVER, CH.B. *Negotiation Ethics: How to Be Deceptive without Being Dishonest/How to Be Assertive without Being Offensive*, 38 *S. Tex. L. Rev.* 713 (1997), *vid.*, p. 713. (Consultado 26/10/203).

http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1515&context=faculty_publications.

(Consultado 26/10/2013). En el mismo sentido, el autor dice que un buen número de los abogados en ejercicio no litigian o lo hacen de forma muy residual, ya que en el ámbito de su actividad profesional predomina la negociación de los asuntos que se le encargan. Incluso aquellos abogados a quienes se les encarga hacerse cargo de un litigio tratan de buscar la solución negociada en orden a evitar tanto costes económicos como emocionales, así como, la asunción de los riesgos inherentes al litigio. WILLIAMS, G.R., *Negotiation as a Healing Process*, 1996 *J. Disp. Resol.* (1996), pp. 1-66, *vid.*, p.8. (Consultado 01/12/2014)

http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1996/iss1/4_01/12/2014

²³ GROOS, S.R., SYVERUD K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement*, 44 *UCLA L. Rev.* 1 1996-1997, pp. 1-64, *vid.*, pp.34. (Consultado 02/03/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ucla1r44&id=17&print=section§ion=10&ext=.p>

²⁴ Datos de Justicia, Consejo del Poder Judicial, Boletín de Información Estadística nº 37 – diciembre 2014- datos referidos al 2012-. En España el número de Jueces Profesionales a tiempo completo equivalente es de 5.171, es decir, 11,1 por cada 100.000 habitantes. Estos datos sitúan a España en los últimos lugares en el ratio entre los países de la UE. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/Datos-de-la-Justicia/El-numero-de-jueces-en-los-paises-de-la-Union-Europea-segun-el-informe-de-la-CEPEJ--N-37--Diciembre-2014->. (Consultado 02/12/2015)

capacidad del abogado para resolver los conflictos mediante negociación frente a la de conseguir el mejor resultado posible en un juicio²⁵.

HONEYMAN Y SCHNEIDER, contemplan las negociaciones legales como algo más complejo que un asunto de técnica y señalan la importancia de la identidad compartida de aquellos que la usan como una forma más desarrollada de comunicación para resolver conflictos. Estos autores, en el año 2003, con motivo a la publicación de un número especial de una revista académica dedicado a la negociación- *Marquette Law Review*-, se propusieron llevar a cabo la tarea de diferenciar aquellos elementos de la negociación realmente universales de los que no eran reconocidos como tales por la doctrina y precisaban de investigación y estudios especializados. Identificaron una serie de elementos, como comunes a todo tipo de negociaciones²⁶, seguidamente, intentaron establecer elementos que no eran universales a todos los procesos de negociación, sino únicamente a los que se desarrollan en el ámbito de ciertas disciplinas. A este respecto, los investigadores identificaron fácilmente elementos que son propios, específicos, podemos decir incluso exclusivos de las negociaciones legales²⁷, por el contrario, la misma tarea respecto de otras disciplinas arrojó resultados menos sólidos.

²⁵ Datos estadísticos demuestran que los ciudadanos perciben al abogado como un profesional cuya función es la de ayudar a los ciudadanos a resolver sus conflictos mediante acuerdos negociados. *Vid.* La imagen de la Abogacía en la sociedad española, Cuarto Barómetro Externo del Opinión del CONSEJO GENERAL ABOGACIA ESPAÑOLA, de aquí en adelante CGAE, p.11 cuadro 4.2. Según el barómetro, con datos recogidos en un trabajo de campo llevado a cabo entre los días 7 y 22 de Julio del 2011, el 62% de los entrevistados lo que más valoraría en su abogado es que tuviera capacidad para buscar un acuerdo razonable que ponga fin a la disputa, frente al 35% que manifestó preferir que tuviera mucha experiencia en juicios ante los Tribunales para que tratara de conseguir lo máximo posible, un 3% respondió no sabe o no contesta. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/IV-BAROMETRO-EXTERNO1.pdf> (Consultado 2 Diciembre 2015).

²⁶ Identificaron como temas universales a negociaciones de todo ámbito: 1.- La idea de estilo y/o estrategia personal de negociación-incluyendo conceptos competitivo/adversarial o basado en intereses o resolución de problemas-. 2.- El uso de habilidades de comunicación-escucha y expresión-. 3.- El concepto de negociación integrativa versus distributiva. 4.- El concepto de zona de acuerdo entre las partes, mejor alternativa al acuerdo negociado y precio de reserva. 5.- El *brainstorming* como técnica de creatividad den la negociación. 6.- La importancia de la preparación de la negociación. HONEYMAN, C., SCHNEIDER A. K., *Catching Up With The ...op,cit.*, pp. 637-648.Ver. 643-644. (Consultado 23/05/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=647&print=section§ion=26&ext=.pdf>

²⁷ 1)- La relación abogado-cliente. 2)- Normas de responsabilidad profesional concerniendo la negociación. 3)- El hecho de que en el ámbito legal toda negociación se lleve a cabo en lo que la doctrina denomina "la sombra de la ley". HONEYMAN C., SCHNEIDER A. K., *Catching Up With The...op.cit.*, p.644.

En el contexto estadounidense, en la actualidad, resulta imposible una correcta comprensión del sistema judicial al margen del contexto de las audiencias previas de negociación donde quedan resueltos la mayoría de los casos²⁸.

GALANTER Y CAHILL²⁹ ya indicaban en 1994, que en EEUU la afirmación: “La mayoría de los casos se pactan” se había convertido en un lugar común en las conversaciones sobre justicia civil. GROSS Y SAUVER³⁰ añadían: “los elementos importantes del sistema, la investigación de los hechos bajo un sistema adversarial, los juicios con jurado, las tarifas contingentes, los seguros de responsabilidad, se conjuran todos ellos para convertir el litigio en algo peligroso, pero algo a lo que casi todos necesitamos acercarnos para acabar pactando”.

Entre los académicos españoles, SALVADOR CODERCH³¹, señala que el modelo clásico de litigación en España tiene una base intuitiva clara, puesto que ante un pleito judicial las partes tienen siempre la oportunidad de pactar³² y como, en principio, negociar es más barato que pleitear las partes tienen una buena razón para buscar el acuerdo, ya que si efectivamente los costes de transacción del pacto son menores que los del litigio, las partes podrán repartirse el surplus generado. Por esta razón, la mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente.

²⁸ *Ibidem*, p. 5.

²⁹ GALANTER, M., CAHILL, M., “*Most Cases Settle*”: *Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, 46, *Stan. L. Rev.* 1339, 1993-1994, pp.1339-1391, *vid.*, p. 1339. <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr46&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/stflr>
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr46&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/stflr> (Consultado 04/12/2014).

³⁰ GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts.....op.cit.*, p. 64.

³¹ SALVADOR CODERCH, P., *ABC de la Transacción*, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Working Paper nº 101, Barcelona, octubre de 2002, p. 4. (Consultado 03/06/2015). http://www.indret.com/pdf/101_ca.pdf

³² Cabe exceptuar los procesos contemplados en el art. 751 de la LEC.

1.1 Características específicas de las negociaciones legales

Para identificar y analizar los rasgos específicos de las negociaciones legales, hemos identificado tres elementos sobre los que pivotan sus características diferenciales respecto de otro tipo de negociaciones: las materias objeto de negociación, los intervinientes en el proceso y los rasgos más relevantes de dichos procesos.

1.1.1 La materia o sustancia de la negociación legal

Los seres humanos negocian constantemente sobre los temas más diversos. No obstante, no todas las negociaciones son relevantes a nivel legal. Algunas negociaciones no tienen relevancia legal alguna por tener lugar en el marco de la vida privada, por lo que la incidencia de la ley en esas interacciones es prácticamente inexistente, un ejemplo sería el reparto de las tareas domésticas en una familia. En otras negociaciones como las que tienen lugar en el mercado negro de un producto la ley no tiene apenas impacto debido a la poca probabilidad de aplicación³³. Puede también suceder que algunas disputas no sean susceptibles de ser llevadas ante un Tribunal, bien sea por su intrascendencia o porque en un sistema legal en concreto los órganos jurisdiccionales rechazan conocer algunas expresiones de conflicto³⁴.

Las negociaciones que nosotros estudiamos, las legales, tienen por objeto obligaciones y derechos que afectan a las partes implicadas. Normalmente a estas obligaciones y derechos se les puede atribuir un valor económico o bien de otro tipo, si bien generalmente, sea cual sea la forma de valor asignada podrá traducirse a términos monetarios.

El proceso negociador en el ámbito legal puede versar sobre los diferentes ámbitos del derecho sustantivo- asuntos civiles y de familia, de derecho criminal, de derecho laboral, de derecho contractual-. La rama del derecho en que se enmarcan las negociaciones puede determinar rasgos específicos del proceso,

³³ KOROBKIN R., MOFFITT M., WELSH N., *The Law of Bargaining*, *Marq.LawRev.*839, 2003-2004, pp.839-845, *vid.*, p.844, (Consultado 20/11/2013).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=849&print=section§ion=45&ext=.pdf>

³⁴ MNOOKIN R.H., PEPPET R.S., TULUMELLO A.S., *Resolver Conflictos y Alcanzar Acuerdos*, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2002, p.134.

un ejemplo ilustrativo de las diferencias que pueden observarse a este respecto sería el peso del interés público en el ámbito penal frente al protagonismo de la autonomía de la voluntad en el ámbito civil.

1.1.2 Los intervinientes

Los participantes en las negociaciones legales son las personas o entidades, ya sean estas últimas públicas o privadas, concernidas por los derechos y obligaciones sobre los que se desea alcanzar un acuerdo³⁵. La diferencia de las negociaciones legales con las de otro tipo, reside en el hecho de que los interesados negocian representados y/o acompañados por profesionales expertos en la materia objeto de discusión y/o transacción. Podemos así decir que el elemento distintivo por excelencia de las negociaciones legales es la intervención de abogados³⁶.

La necesidad de asesoramiento es debida al marcado carácter técnico de los asuntos objeto de este tipo de negociaciones que para ser conducidas de forma correcta y exitosa requieren la intervención de profesionales con unos conocimientos especializados y experiencia de los que los interesados, generalmente, carecen.

El abogado va a negociar “en nombre de” o “al lado de” su cliente dependiendo de si acuden ambos a la mesa de negociaciones o el profesional lo hace en solitario representando al cliente. Independientemente de cual sea la estructura y dinámica de la negociación, la intervención del abogado para la resolución del asunto tiene una influencia fundamental en la negociación.

³⁵ Únicamente puede transar quienes tengan capacidad para ello y dispongan del objeto de la transacción. En este sentido SAN CRISTOBAL REALES, S. *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV (2011) 277-302, p. 289, (Consultado 04/06/2015) <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=94226>

³⁶ KOROBKIN R., GUTHRIE, C., *Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, 76 *Tex. L. Rev.* 77, 1997-1998, *vid.*, p.81, (Consultado 17/03/2015). http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/AuthorProfile?action=edit&search_name=Guthrie,C_hris&collection=journals En el mismo sentido, MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 *UCLA L. Review*, 754, 1983-1984, p.754-842, *vid.*, p.754. (Consultado 26/10/2013). http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ucla_l31&id=770&print=section§ion=30&ext=.pdf

Los abogados influyen de forma tan profunda en este tipo de negociaciones que con su intervención les confieren características propias y específicas. A su vez, el hecho de que como colectivo profesional los abogados intervengan de forma constante en estos procesos e influyan tan significativamente en su desarrollo y sus resultados, no puede dejar de reflejarse en la profesión a nivel corporativo, formativo, normativo y ético. Como bien dice PRUITT, algunos individuos se convierten en especialistas de la negociación mostrando un conjunto específico de características y actitudes³⁷; uno de estos casos, posiblemente, el más paradigmático, es el del colectivo de los profesionales de la abogacía.

El desarrollo de habilidades negociadoras ha influido en la transformación de la imagen de algunas profesiones en las que se trabaja con el conflicto de forma cotidiana. Respecto del colectivo de los abogados, la importancia de la actividad negociadora en su quehacer profesional marca de alguna forma la evolución de la profesión y su adaptación a las demandas sociales. Si bien, en general, la visión del mundo de estos profesionales descansa todavía en el modelo de *Zelouse Advocacy* se observa una evolución significativa en las actitudes y comportamientos profesionales que van dando lugar a perspectivas más abiertas y conciliadoras que propician nuevas propuestas que apuestan decididamente por abordar la solución de los conflictos legales mediante mecanismos que tienden a rebajar el tono adversarial propio de otros tipos de procesos en los que intervienen abogados³⁸.

1.1.3 El proceso

El proceso de negociación legal es un proceso de reglas escasas imperan las que se imponga las partes así mismas, si bien, con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, de forma que puede decirse que, aunque las negociaciones legales no son procesos reglados y/o regulados el marco legal en el que se desarrollan afecta tanto al proceso negociador en si, como a los acuerdos que puedan ser alcanzados³⁹. Como ya hemos mencionado, este motivo hace conveniente sino imprescindible, la presencia de profesionales con conocimientos profundos y especializados del ordenamiento jurídico, dotados

³⁷ PRUITT, D. G., *Negotiation Behavior* *op.cit.*, p.41.

³⁸ *Ibidem*, p.639.

³⁹ *Infra*. Parte Segunda. Capitulo Primero.

de las competencias necesarias para garantizar la observancia y respeto del marco legal aplicable en cada caso. La intervención del abogado afecta de forma importante al proceso negociador, en principio, aumentando las garantías para los participantes a un proceso justo y equilibrado entre las partes, ya que además de estar sujetos al ordenamiento legal vigente, de manera particular, los abogados están sujetos a una normativa específica, la norma deontológica⁴⁰.

Observamos así, que ni la privacidad ni falta de formalidades obligatorias equivalen a la ausencia total de un proceso o ritual. En este sentido, WILLIAMS⁴¹ señala la importancia del ritual como elemento esencial de la negociación siendo necesario que el proceso se desarrolle en todas sus fases. El proceso resulta necesario para la consecución de un fin que difícilmente se alcanzaría de forma más directa. El autor afirma que si bien los resultados de la negociación no son predecibles, el proceso y sus etapas sí lo son, y los abogados deben ser expertos en el desarrollo de dicho proceso para poder así guiar a los clientes en sus diferentes estadios⁴².

Probablemente, el rasgo característico más destacable de la negociación legal de disputas como proceso es la forma en la que se integra y/o interactúa con el sistema legal/procesal, dinámicas que presentan dos vertientes:

a.- Por una parte, el resultado que se pretende obtener con el proceso, es decir, el acuerdo, frecuentemente, será integrado en un proceso judicial y homologado por el órgano jurisdiccional, lo que comporta las consecuencias de orden legal que iremos tratando a lo largo de este trabajo de investigación. En otras ocasiones el acuerdo alcanzado no será puesto en conocimiento del órgano judicial, pero al haber dado las partes en conflicto debida satisfacción a sus intereses, utilizan los mecanismos procesales a su disposición para poner término al proceso judicial. En otras ocasiones, la disputa no trascenderá del despacho de los abogados, pero el acuerdo, habrá evitado el recurso al litigio para resolver una disputa que las partes no eran capaces de resolver por sí mismas. A este respecto, en el sistema procesal español, la transacción y la

⁴⁰ *Infra*. Parte Tercera.

⁴¹ WILLIAMS, G.R., Negotiation as a Healing Process, 1996 J. Disp. Resol. (1996), pp, 1-66, *vid.*, p. 1-25. (Consultado 01/12/2014). <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1996/iss1/4>

⁴² *Ibidem*, p.34.

conciliación son institutos regulados en las leyes de procedimiento que dan cobertura legal a la práctica cotidiana de negociar las disputas de forma inmediatamente anterior al inicio del litigio o bien paralelamente al mismo.

b.- En segundo lugar, la negociación se integra y crea sinergias con otros mecanismos de resolución de conflictos, incluso con el litigio, complementándolos. En el caso de la mediación, las partes negocian para llegar a un acuerdo que resuelva una disputa, ciertamente, se trata de una modalidad diferenciada, ya que interviene un tercero neutral, el mediador, ayudando a las partes a acercar posiciones para que puedan llegar a pactar, vemos así que para mediar, si bien atendiendo a lo regulado para el instituto de la mediación, las partes deben negociar. El arbitraje requiere a las partes negociar los términos del convenio arbitral, de forma que un tercero resolverá la disputa, pero son los interesados quienes deben pactar numerosos extremos sobre el desarrollo del proceso. Incluso el mecanismo de resolución de conflictos contencioso por excelencia, el litigio, no vive de espaldas a la negociación, ya que durante el proceso judicial, las partes como hemos explicado puede optar por una solución negociada poniendo termino al proceso judicial e incluso durante el procedimiento judicial contencioso, aun en desacuerdo respecto del objeto de la disputa, los litigantes pueden llegar a acuerdos parciales o mostrar su conformidad sobre extremos puntuales cuando estiman que les resulta lo más beneficioso.

Lo expuesto, se refiere a la negociación de disputas, pero existe otra modalidad de negociación, la transaccional, no referida a disputas, sino a la regulación de relaciones jurídicas entre partes. No nos extenderemos en la diferenciación, ya que dedicamos al apartado siguiente a dicho análisis.

1.2 Clases de negociación legal: la negociación de disputas y la negociación transaccional

Las negociaciones legales en particular, tal y como ocurre con las negociaciones en general, pueden presentar elementos que permiten establecer categorías. Si atendemos al número de partes podemos hablar de negociaciones bilaterales o multilaterales, en referencia a la materia a tratar, podemos hablar de negociaciones en el ámbito del derecho de familia, de negociaciones laborales o mercantiles entre otros tipos⁴³. En otro orden, nos interesa especialmente la distinción entre las negociaciones legales voluntarias y obligatorias, si bien por cuestiones de orden metodológico, esta clasificación será abordada en la segunda parte de esta tesis⁴⁴.

Puede decirse que la distinción de los tipos de negociación legal por excelencia es la negociación de disputas frente a la negociación transaccional⁴⁵. Es esta distinción, la que en orden a la comprensión del concepto de negociación legal, trataremos de forma extensa en este apartado.

Generalmente, se asocia la intervención del jurista con la resolución de conflictos que podrían desembocar en una disputa judicial. Los asuntos litigiosos encomendados al abogado, generalmente, van precedidos de una fase

⁴³ GOMEZ-POMAR, J., *Teoría y Técnicas...* op.cit., pp. 22-26. Entre los autores españoles destacamos la clasificación ofrecida por GOMEZ-POMAR, J., a.- Negociaciones bilaterales y multilaterales, atendiendo al número de partes que intervienen. b.- Negociaciones ocasionales o retiradas, atendiendo a si las partes deben negociar repetidas veces o únicamente una vez, este factor puede propiciar que las partes tengan interés en labrarse una determinada reputación. c.- Negociaciones sobre un objeto o sobre varios objetos, esta distinción cobra relieve por propiciar la negociación distributiva (un solo objeto) o la negociación integrativa (varios objetos), d.- Las negociaciones pueden ser públicas o privadas.

⁴⁴ Atendiendo a lo anterior podemos distinguir entre dos tipos de negociación: la requerida legalmente y la voluntaria. La primera vendría impuesta bien por la ley procesal o bien por indicación del Tribunal y dicha remisión puede producirse de forma previa o una vez iniciado el litigio. La segunda, de carácter totalmente voluntario, sería fruto de la libre decisión de las partes. En muchos casos, estos procesos negociadores se llevan a cabo con antelación al inicio del litigio. Es más, en muchas ocasiones el litigio es el resultado de negociaciones prolongadas e infructuosas. Lo anterior, no obsta, que las partes decidan libremente iniciar o seguir manteniendo negociaciones de forma paralela al litigio o incluso que decidan suspender el pleito contencioso para negociar.

⁴⁵ MENKEL-MEADOW, C., *Legal Negotiation: A Study of Strategies in Search of a Theory*, *Am. B. Found. Res. J.* 906, 1983, pp. 906-937, p. 908 y siguientes. (Consultado 10/03/2015). <http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/lsoicq1983&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/lsoicq>

La autora dice que en las arenas legales la negociación incluye la resolución de disputas, la redacción legislativa, la transacción planificada, de forma que la negociación alcanza a todos los procesos legales, si bien el contexto legal cualquier negociación se encuadra de alguna forma en la negociación de disputa o en la negociación transaccional.

de negociación, o bien la negociación y el litigio discurren de forma paralela. De resultar exitosa la negociación se evitará el recurso a los Tribunales. A su vez, el abogado interviene en negociaciones que no tienen como finalidad resolver un conflicto existente, simplemente, las partes en relación desean ponerse de acuerdo para regular sus relaciones presentes y futuras.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, las tareas negociadoras del abogado pueden dividirse en dos ámbitos diferentes, el ámbito de resolución de disputas, en el que las alternativas de las partes consisten en recurrir a la Administración de justicia o intentar resolver su conflicto privadamente recurriendo a otro mecanismo de resolución de conflictos, entre ellos la negociación legal, y el ámbito transaccional, en el que las partes entran en relación de forma voluntaria y desean regular esa relación precisamente para evitar conflictos, ejemplos de esta modalidad serian una compra venta, operaciones societarias o la creación de negocios⁴⁶. La negociación transaccional desempeña una importante función en la prevención de conflictos legales, ya que mediante el proceso de negociación se pretende prever el comportamiento de las dos partes para así evitar posibles conflictos⁴⁷. Además, mediante la negociación y siendo conscientes de que las circunstancias en las que se celebra un negocio jurídico puede ir variando a lo largo del tiempo, los negociadores cuentan con instrumentos legales para garantizar que lo pactado se siga cumpliendo, aunque ello signifique ir adaptando los términos del contrato a las circunstancias de cada momento. A este respecto, pueden negociarse y pactarse las modalidades de adaptación que las partes de un negocio jurídico estimen más conveniente⁴⁸. Las provisiones que se adopten anticipando las posiciones a través de la negociación o posibilitando la concurrencia de determinadas circunstancias contribuirán a crear un clima de confianza entre las partes.

⁴⁶ KRIEGER, S.H., NEUMANN, R.K., MCMANUS, K.H., JAMAR, S., *Essential Lawyering Skills: Interviewing, Counseling, Negotiation and Persuasive Fact Analysis*, 1999, Aspen Law Business Publishers 1999, pp. 227-228.

⁴⁷ DUTREY GUANTES Y., "La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales..." *op.cit.*, p. 182.

⁴⁸ *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Primero.

Un factor diferencial se observa en la diferente orientación pasado/futuro entre los diferentes tipos de negociación. En la negociación de disputas las partes deben resolver un conflicto que las enfrenta a causa de acciones pasadas, por el contrario, la negociación transaccional pretende establecer un marco regulador para gobernar las futuras conductas de los negociadores creando a tal efecto acuerdos, tratados o protocolos⁴⁹.

En los dos tipos de negociación, la intervención del profesional de la abogacía es elemento común y a su vez distintivo⁵⁰, pero aun así, la distinción entre los dos tipos de negociación resulta relevante y la función del consejo legal difiere según una negociación transcurra en un contexto litigioso o en un contexto transaccional⁵¹. De hecho, un informe elaborado por la ABA de especial relevancia en EEUU, el conocido como informe MacCrate⁵², en el apartado dedicado a la negociación y a las capacidades necesarias para ser un negociador legal eficiente identifica en primer lugar y como importante, la capacidad de distinguir entre la negociación litigiosa y la transaccional y la de actuar de acuerdo a dicha diferenciación.

Los enfoques de negociación, y por lo tanto, las estrategias a emplear que pueden resultar adecuados para la negociación de disputas pueden no resultar apropiados para la negociación transaccional y viceversa⁵³. Para MENKEL-MEADOW cuando el contexto se presume contencioso el proceso tiende a

⁴⁹ EISENBERG M., A., *Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement...* op. cit., p. 638. En el mismo sentido MENKEL-MEADOW, C., *Legal Negotiation: A Study of Strategies*op.cit., pp. 908-909.

⁵⁰ DeMOTT, D.H., *The Lawyer as Agent*, 67 *Fordham L. Rev.* 301 (1998), pp. -301326, *Vid.*, p. 301. (Consultado 18/03/2015)

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/flr67&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/flr>

⁵¹ *Vid.*, *Legal Education and Professional Development - An Educational Continuum. Report of The Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap. American Bar Association. Section of Legal Education and Admissions to the Bar, July 1992*, (En Adelante, Informe MacCrate).

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report.authcheckdam.pdf

(Consultado 20/11/2014). Este informe describe ampliamente las complejidades de la profesión de abogado en EEUU y se trata de un estudio en profundidad sobre los conocimientos y habilidades que se estiman necesarios para el ejercicio de la profesión, y por consiguiente, deben ser tenidos en cuenta en el currículo académico.

⁵² *Ibidem*, p. 185.

⁵³ LOWENTHAL, G.T., *The Bar's Failure to Require Truthful Bargaining by Lawyer*, 2 *Geo. J. Legal Ethics*, 411 1998-1989, pp.411-447. *Vid.*, p. 432. (Consultado 20=1/2015)

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=411&handle=hein.journals%2Fgeojlege2&collection=journals>

definirse en términos de intereses contrapuestos, mientras que cuando el contexto no tiene ese carácter el énfasis descansa en incluir los intereses compartidos, trabajar sobre las preocupaciones comunes y tomar decisiones conjuntas⁵⁴.

A sensu contrario, CONDLIN⁵⁵ apunta que, pese a la aparente diferencia entre las negociaciones de disputas y las transaccionales, en ambos casos, la estructura del proceso presenta grandes similitudes, ya que en ambos tipos de negociación legal, las propuestas de cada parte se presentan de la manera más ventajosa y se intentan intercambiar las dimensiones negociables de los ítems en discusión.

En definitiva, podemos afirmar el elemento distintivo entre ambos tipos de negociaciones pivota en la existencia de una situación de conflicto presente elemento central en la negociación legal de disputas, mientras que en las negociaciones transaccionales el conflicto no está presente, si bien las partes negocian teniendo en cuenta las manifestaciones potenciales del conflicto que pueden derivarse de su relación jurídica.

Debemos señalar que nuestra investigación se centra preferentemente en las negociaciones de disputas legales, ya que son las que guardan mayor relación con los contenidos que se abordan en la tesis, si bien a lo largo del texto, si bien cuando lo hemos estimado especialmente oportuno hemos incluido referencias a la negociación transaccional.

⁵⁴ MENKEL-MEADOW, C., *Legal Negotiation: A Study**op.cit.*, pp. 908-909.

⁵⁵ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of Lawyer Dispute Bargaining Role*, 51 *Md. Rev.* 1 (1992), vid., p. 4. (Consultado 06/05/2015).
<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/mlr51&id=11&print=section§ion=8&ext=.pdf>

1.3 Negociación legal y ADR

La negociación legal es utilizada desde tiempos inmemorables para resolver los conflictos sobre derechos y obligaciones, pero no es el único medio de resolución de disputas legales. La negociación legal siempre se ha presentado como la solución pactada a una situación de conflicto, como una vía distinta al litigio que ofrece una posibilidad de resolución más armónica, como un mecanismo que se esfuerza en primar, sino la ausencia, la disminución de la confrontación. No obstante, ante los conflictos que deben resolverse, al lado de estos dos cursos de actuación, litigio versus negociación, han ido apareciendo nuevas propuestas con una finalidad similar a la de la negociación, es decir, la resolución del conflicto mitigando el enfrentamiento entre las partes. Desde hace ya varias décadas, algunos de estos mecanismos se vienen presentando de modo agrupado como una “alternativa” a la tradicional Administración de justicia bajo la nomenclatura de ADR.

A nosotros más que intentar establecer, si es que ello es posible, lo que realmente quiere decir la nomenclatura ADR, nos interesa analizar si la negociación legal encuentra cobijo bajo el ambiguo paraguas en el que parece haberse convertido el conocido acrónimo.

Para intentar llegar a conclusiones que nos resulten aclaratorias, en primer lugar, trabajaremos sobre la definición del término ADR, posteriormente, nos referiremos a la confusión terminológica suscitada por el acrónimo e intentaremos establecer si la negociación legal debe considerarse incluida en el mismo, concluiremos comparando los rasgos más significativos de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio más utilizados.

1.3.1 Una definición de ADR

A primera vista puede resultar claro lo que el término ADR expresa, pero basta con profundizar un poco para darse cuenta de que la confusión en torno a dicho término resulta importante. Nos basta plantear dos interrogantes para tomar conciencia de la verdadera situación:

- a) ¿Existe una lista exhaustiva y cerrada de que mecanismos son los que integran el acrónimo ADR?

- b) ¿Se han establecido de manera uniforme e inequívoca las características que deben poseer o las que no deben poseer los mecanismos que se acojan a tal denominación?

La respuesta a ambas preguntas es negativa, de ahí, que la definición y contenido del acrónimo ADR estén lejos de ser cuestiones pacíficas.

En el imaginario colectivo, los ADR son formas de resolver los conflictos sin recurrir a los Tribunales, y entre esas modalidades son especialmente conocidos el arbitraje y la mediación, pero llegar a dilucidar lo que realmente significa la nomenclatura ADR y que mecanismo de resolución de conflictos quedarían englobados bajo tal denominación resulta ser una tarea realmente complicada que puede arrojar resultados diferentes a esa primera impresión que ha calado en la mente de la gran mayoría.

MENKEL-MEADOW⁵⁶ habla de la resolución de disputas como un campo de conocimiento, una disciplina que se compone de teoría y práctica. Por un lado, en su aspecto más aspiracional es una sensibilidad o forma de pensar sobre como los seres humanos deberían aproximar la resolución de sus conflictos, superando las condiciones que conocemos, trabajando con expectativas y objetivos divergentes y evitando la violencia improductiva. Por otro lado, en su aspecto más pragmático, la disciplina de resolución de disputas ofrece una serie de procesos instrumentales, técnicas y herramientas para manejar el conflicto, resolverlo y construir relaciones y acuerdos eficientes.

BARONA VILAR⁵⁷ se refiere a los ADR como un conjunto de mecanismos o medios que ofrecen cauces para resolver o gestionar las disputas, citando el arbitraje la mediación y la conciliación como instituciones que se incardinan en lo que ella llama movimiento, si bien a pie de página explica que dichos mecanismos eran los únicos conocidos y comunes, pero se han ido generando

⁵⁶ MENKEL-MEADOW, C., "Roots and Inspirations, A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution" in *The Handbook of Dispute Resolution*, Edited by Michael Moffit and Robert C. Bordone, Jossey-Bas, 2005, pp. 13 y siguientes.

⁵⁷ BARONA VILAR, S., *Integración de la Mediación en el Concepto de Access to Justice, Luces y Sombras en Europa*, InDret, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre 2014, p. 5. (Consultado 14 de enero 2016). <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>.

otros cauces como la evaluación neutral de expertos, el *minitrial*, o el *summary jury trial*.

A continuación, y siguiendo una línea similar a la de MACHO GOMEZ⁵⁸ en el estudio del concepto de ADR, recurriremos al análisis de los rasgos distintivos y de los términos que componen el acrónimo, si bien nosotros perseguimos objetivos distintos y llegamos a conclusiones diferentes.

En primer lugar, el término *alternative*/alternativos, indica que constituyen un curso de acción alternativo a otro curso de acción, en este caso al proceso judicial tradicional, por lo que el primer rasgo definitorio de estos mecanismos sería el hecho de que se desarrollen al margen de los procesos judiciales con la finalidad de evitarlos, y por lo tanto, sustituirlos. MACKIE⁵⁹, explica que cada vez parece ser más obvio que la expresión *alternative* no resulta apropiada, y ello, por diversas razones, dos de ellas nos parecen especialmente remarcables, por una parte, estos mecanismos se utilizan en áreas que tradicionalmente no aparecen asociadas al litigio como las disputas vecinales o quejas de consumidores; por otra parte, por otra parte, es bien sabido que disputas sobre materias dignas de tutela jurisdiccional pueden ser resueltas mediante diferentes mecanismos, uno de ellos el litigio, parece entonces, que si se trata de escoger entre diferentes opciones para alcanzar un objetivo, la resolución de la disputa, se está “estigmatizando” al litigio. Nosotros otorgamos especial relevancia a este argumento, ya que consideramos que el valor de los ADR reside en ofrecer un amplio abanico de métodos de resolución de disputas, lo que permite escoger el más adecuado a cada caso, y el litigio es un mecanismo más a utilizar cuando en un caso concreto resulte el más aconsejable. Para concluir cabe tomar en consideración que los llamados ADR tienden cada vez más a incardinarse en los procesos judiciales como parte de los mismos, lo que

⁵⁸ MACHO GOMEZ C., Los ADR “alternative dispute resolution” en el comercio internacional, Cuadernos de derecho transaccional, Vol. 5 N°2, 2013, pp. 398-427, *vid.*, en general. (Consultado 24/11/2015).

<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828>

⁵⁹ MACKIE, K.J., *Dispute Resolution: the new wave in a handbook of dispute resolution, ADR in action*, Edited by Mackie, K.J., Routledge, 1991, pp. 3 y siguientes. MACHO GOMEZ C., *Los ADR “alternative dispute resolution”...op.cit.*, pp. 401-403 Entre la doctrina española, la autora también señala que la diferenciación entre los ADR y el proceso judicial no es tan evidente, y ello porque en unos ordenamientos legales más que en otros, estos mecanismos se han ido incardinado en los procesos judiciales.

nos llevaría a hablar más de complementariedad que de sustitución y nosotros entendemos que para calificarse como “alternativos al litigio”, estos mecanismos deberían sustituirlo y no complementarlo⁶⁰.

En segundo lugar, la utilización del término dispute/disputa, propio de la terminológica utilizada en las disciplinas legales⁶¹, sugiere que a los ADR se les asigna la función de resolver una confrontación entre partes. Es en este punto cuando surge la pregunta de por qué el acrónimo utiliza el término disputa y no conflicto, si bien observemos que en su traducción a otros idiomas, como es el caso del español, la palabra disputa ha sido sustituida por conflicto. De hecho, la distinción entre conflicto y disputa ha recibido la atención de los académicos, ya que este último vocablo posee una connotación más bien jurídica, mientras que el término conflicto puede ser utilizado de forma más amplia sirviendo también para calificar controversias que no pudieran gozar de la tutela jurisdiccional, y para cuya resolución pueden resultar especialmente convenientes los ADR. MOFFIT Y BORDONE⁶² arrojan luz sobre el tema explicando que algunos académicos utilizan los términos disputa y conflicto de forma intercambiable mientras otros observan importantes diferencias entre los mismos, de hecho, ninguna disciplina establece una definición única de dichos vocablos. En todo caso, y de forma genérica, puede decirse que el conflicto es percibido como más amplio, suele implicar a más personas, es más profundo al poder afectar a los valores de los individuos y grupos y más sistemático, al extenderse normalmente a más de una interacción. En la opinión de los autores es dudosa la justificación del esfuerzo que llevaría establecer la definición, ya que en no pocas ocasiones los propios disputantes difieren en la términos que definirían su disputa, en la identificación del tema concreto de desacuerdo, incluso denominan a aquel o aquellos que se enfrenta con términos tan diversos como oponente, adversario, contraparte o parte. Observamos así, que el vocablo controversia o conflicto parece resultar más adecuado que el de disputa

⁶⁰ En este sentido, LIEBANA ORTIZ, J.R., *Jurisdicción Voluntaria, Conciliación y Mediación: Notas para su Delimitación Dogmática*, REDUR 9, Diciembre 2011, pp. 147-164, Vid., p. 159. Consultado 18/02/2015). <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero9/liebana.pdf>

⁶¹ MOFFIT, M.L., BORDONE R.C., “Perspectives on Dispute Resolutions” in *The Handbook of Dispute Resolution, A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*, pp. 1-6. siguientes. Los autores explican que los académicos de las disciplinas sociales utilizan preferentemente el término conflicto.

⁶² *Idem*.

para englobar a mecanismos tan diversos, no obstante, la nomenclatura original incorpora el término, en principio más restrictivo de “disputa”.

En tercer lugar, nos encontramos con el término *Resolution/Resolución*. Nosotros entendemos que aquellos mecanismos que pueden quedar amparados por la denominación ADR deberían garantizar una solución al conflicto. Pues bien, para nuestra sorpresa, si simplemente tomamos como ejemplo el ADR de más rabiosa actualidad, la mediación, resulta que no es así, ya la mediación puede acabar sin avenencia, y por ende, el conflicto que debía ser resuelto quedar sin solución.

Lo cierto es que el análisis de la nomenclatura nos causa cierta extrañeza, ya que si resulta que los ADR, realmente no son siempre alternativos- entendiendo que deberían de serlo al litigio, por lo tanto sustituyéndolo-, además, no tienen porque necesariamente versar sobre lo que técnicamente se considera una disputa y a lo anterior debe añadirse que puede que no la resuelvan, resulta que estaríamos ante una nomenclatura que, al menos en ocasiones, bien poco refleja aquello que denomina.

1.3.2 La confusión terminológica y la determinación de las figuras ADR

Refiriéndonos al marco español, BLANCO CARRASCO lleva a cabo una revisión sobre la terminología o conceptos utilizados para hacer referencia a los mecanismos que permiten obtener la resolución del conflicto al margen de la vía jurisdiccional y enumera las nomenclaturas siguientes: MESC⁶³- Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos- como término que describe cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los Tribunales de justicia, un término similar es el de Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos⁶⁴, que refiere aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica, de tal forma que impida a las partes plantearla en vía

⁶³ La autora cita a PAZ LLOVERAS E. y Asociación Española para el Derecho y Economía Digital (coord. Científico). Libro Blanco Sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España, AENOR, Madrid, diciembre 2002, p. 12.

⁶⁴ La autora cita a HUERGO LORA, A., La resolución extrajudicial de conflictos en del derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 12.

judicial o ponga término a un proceso ya comenzado, además, existe también el término TARC que hace referencia a las Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos, y por supuesto, el más conocido el de ADR-*Alternative Dispute Resolution*- traducido al español como Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos- MARCs⁶⁵. Por su parte, LIEBANA ORTIZ⁶⁶ habla Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, que define como un sistema complementario de la Administración de justicia, que habiendo sido institucionalizado, incluye cuatro elementos, la transacción, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los dos primeros regulados en las leyes procesales⁶⁷ y los dos segundos por leyes creadas de forma expresa para regularlos. GONZALO QUIROGA⁶⁸ escribe sobre la noción de modalidad o método alternativo de solución de conflictos-MASC-, a los que define como los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero de forma imparcial, destacando como figuras que quedan designadas con el acrónimo la mediación y la conciliación. Por su parte, la ya citada autora MACHO GOMEZ⁶⁹, refiere que la determinación de que aspectos definen los ADR no es una cuestión pacífica en la doctrina y apunta como características de estos mecanismos: el protagonismo de la autonomía de la voluntad, la naturaleza puramente contractual, la flexibilidad, rapidez y reducido coste económico, la importancia de los intereses de las partes y la presencia de terceros en el proceso.

No obstante, para contar con una magnífica muestra sobre la diversidad terminológica referida resulta particularmente útil la revisión de EL LIBRO

⁶⁵ Este es el término utilizado por SAN CRISTOBAL, en SAN CRISTOBAL REALES, S., *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI (2013) 39-62/ISSN: 1133-3677, pp. 39-62. Vid., en general. (Consultado 16/02/2015). <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182033>.

⁶⁶ LIEBANA ORTIZ, J.R., *Jurisdicción Voluntaria, Conciliación.....op.cit.*, pp. 147-164.

⁶⁷ Actualmente la conciliación previa al proceso judicial no está regulada en la LEC sino en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

⁶⁸ GONZALO QUIROGA, M., GORJON GOMEZ, F.J., (Editores/Directores), SANCHEZ GARCIA, A. (Coordinador), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 27. La autora utiliza el acrónimo MASC.

⁶⁹ MACHO GOMEZ C., *Los ADR "alternative dispute resolution".....op.cit.*, pp. 399-401.

BLANCO DE LA MEDIACION EN CATALUÑA⁷⁰. Probablemente, la variedad de nomenclaturas que aparece en el mismo, obedece a la extensión del documento y a la participación de numerosos autores en su elaboración. Nosotros hemos conseguido identificar las denominaciones siguientes: Sistemas Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos⁷¹, Métodos para la Resolución de Conflictos⁷², Mecanismos de Resolución de Conflictos⁷³, Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias⁷⁴, Mecanismos de Gestion y Resolución Alternativa de Conflictos⁷⁵, Mecanismos para la Solución de Controversias-MACS-⁷⁶, Instrumentos de Resolución Alternativa de Disputas-ADR-⁷⁷, Mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos⁷⁸ Mecanismos Extrajudiciales de Prevención y Resolución de Conflictos⁷⁹, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos⁸⁰, Métodos Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos⁸¹, Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos⁸², Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos⁸³ Así las cosas, no es de extrañar que FERNANDEZ BALLESTEROS⁸⁴, se refiera al “nebuloso acrónimo ADR que se ha convertido en paraguas que cobija figuras heterogéneas”.

BLANCO CARRASCO⁸⁵ apunta que la gran variedad de figuras que integran la expresión ADR comporta dificultades, ya que dependiendo que organismo o entidad haga referencia a los ADR considera incluida unas u otras figuras, además, algunas de estas figuras presentan limites muy débiles con otras, a lo que debe añadirse que algunos ADR carecen de regulación lo que permite que

⁷⁰ Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, que dirigen Pompeu Casanovas, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba, Editado por el Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 1^a Edición 2011.

⁷¹ *Ibidem*, p. 11.

⁷² *Ibidem*, p. 58.

⁷³ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 83.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 86.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 133.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 139.

⁸¹ *Ibidem*, p. 148.

⁸² *Ibidem*, p. 240.

⁸³ *Ibidem*, p. 306.

⁸⁴ FERNANDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., Avenencia o ADR: negociación, mediación, conciliación y transacciones, Td. Iurgium, Madrid, 2013. *Vid.*, prólogo.

⁸⁵ BLANCO CARRASCO, M., Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Una Visión Jurídica, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 9 y siguientes.

cada institución desarrolle y las ponga en práctica de la forma que considere más adecuada. La autora señala que extremos como la vinculación al proceso jurisdiccional, la intervención de un tercero neutral y el alcance de esta intervención, serían las características definitorias relevantes a efectos de determinar que modalidades pueden ser consideradas efectivamente ADR.

En la atmosfera de confusión descrita, cobra una importancia relevante el pronunciamiento de las autoridades comunitarias, que en el libro verde de los ADR en materia civil y mercantil, se ha pronunciado definiendo los ADR y excluyendo algunas figuras asimilables a la denominación. En el libro verde sobre los ADR⁸⁶, la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido, para decir seguidamente, que las modalidades alternativas de solución de conflictos se designarán en el documento con el acrónimo que en la práctica tiende a imponerse universalmente ADR, por *Alternative Dispute Resolution*.

Nosotros, a decir verdad, encontramos más defectos que virtudes a los enunciados de la Comisión Europea. El libro verde utiliza de forma entremezclada y en nuestra opinión más que confusa, la nomenclatura modalidad alternativa de solución de conflictos. El manejo terminológico de la Comisión deja sin cobijo del amplio paraguas que el acrónimo debería ser mecanismos usualmente utilizados para resolver conflictos de forma alternativa al recurso a los órganos jurisdiccionales. Los redactores del documento, a pie de página, excluyen al peritaje por considerarlo un instrumento de apoyo a los procesos judiciales o arbitrajes, así como, los sistemas de procedimientos de demandas puestos a disposición de los consumidores por un profesional, al no intervenir tercero y encargarse de ello una de las partes en conflicto, así como, los sistemas de negociación automática que funcionan sin intervención humana, alegando que en tales sistemas no interviene un tercero imparcial sino

⁸⁶ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas Bruselas, 19.04.2002, COM(2002) 196 final.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=ES>
(Consultado 10/02/2015).

instrumentos técnicos destinados a facilitar las negociación directa entre las partes.

Una vez expuesta la extensión de denominaciones con las que en España se designan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, abordamos nuestra segunda cuestión: ¿Quiénes utilizan las nomenclaturas enumeradas y partiendo de la presunción de que todas significan lo mismo, incluyen la negociación legal, el objeto de nuestro estudio, entre dichos mecanismos o métodos?

Debemos, no obstante, señalar que la doctrina, o al menos parte importante de los académicos no parecen haber tomado nota de los dictados de las autoridades comunitarias, ya que puede decirse que el arbitraje no es generalmente excluido del concepto de modalidades alternativas de resolución de conflictos, y la negociación legal, si bien no ha sido estudiada con profundidad en todos sus aspectos relevantes, parece estar presente en el imaginario doctrinal como un mecanismo de resolución de controversias legales⁸⁷. A mayor abundamiento, también el legislador español parece no escuchar los dictados de la Comisión Europea con demasiada atención, o al menos eso parece, cuando en el art. 414.1 de la LEC puede leerse “ si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”, es obvio, que del tenor de la norma podemos deducir que tanto al negociación como la mediación son mecanismos para resolver la disputa que gozan del reconocimiento del Juzgador.

Los elementos definitorios de los ADR ofrecidos por la Comisión Europea representan, en referencia a nuestro objeto de estudio, las negociaciones legales, un gran problema, ya que parece ignorarlas. De la lectura del

⁸⁷ A este respecto, obras citadas en este vid., *infra* pies de páginas 66 y 68. Entendemos que LIEBANA ORTIZ al encuadrar como mecanismos alternativos a la resolución de conflictos a la transacción y la conciliación, incluye implícitamente la negociación, máxime cuando la transacción puede ser extrajudicial. También a este respecto los autores españoles citados en la revisión doctrinal concerniendo los enfoques negociadores parecen entender que la negociación legal es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, *vid.*, *infra*, pp. 125-128.

documento, en cuanto a la inclusión o exclusión de la negociación legal entre la modalidades alternativas de resolución de conflictos, más concretamente como mecanismos integrado en acrónimo ADR, la honestidad académica nos lleva a inclinarnos por la exclusión, ello tomando en consideración que en la negociación legal no interviene un tercero neutral y el libro verde cuando excluye los sistemas de negociación automática lo hace en base a la no intervención del tercero neutral y a que se trata de un mecanismo destinado a facilitar la negociación directa de las partes en conflicto, de forma que aunque la conclusión a la que llegamos no sea de nuestro agrado, parece que la comisión ha optado por excluir del libro verde, con las consecuencias que de ello puedan derivarse, al mecanismo más utilizado de resolución de conflictos de forma alternativa al litigio, la negociación legal.

En EEUU la situación es diferente, y la razón primordial es la de que todos los mecanismos de resolución de conflictos distintos al litigio presentan un grado de integración importante con el proceso judicial, de forma que casi podemos hablar de una simbiosis litigio-negociación. En la actualidad, los Tribunales son concebidos como lo que los estadounidenses llaman a “*multi-door courthouse*”⁸⁸, es decir, como un gran centro de resolución de disputas, en el que cada caso es derivado para su resolución al mecanismo más conveniente.

En este multisistema de resolución de disputas, la negociación ocupa un lugar preminente, y ello, por dos razones:

En primer lugar, es por si misma el mecanismo por excelencia de resolución de disputas, ya que tal y como mencionaremos más de una vez en esta investigación, la gran mayoría de asuntos contenciosos que llegan a los juzgados estadounidenses, se acaban resolviendo mediante un acuerdo negociado entre las partes, con una intervención judicial que dependiendo de cada caso podrá ser más o menos pronunciada, además, debe tenerse en cuenta que muchos conflictos son resueltos de forma privada entre las partes y

⁸⁸ JOHNSON, E., *The Pound Conference Remembered* in *Dispute Resolution Magazine*, Fall 2012, Volume 19, Number 1, explicando que el concepto, entonces innovador, fue introducido en un discurso en *The National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice -1976-*. La conferencia referida es conocida como “Pound Revisited Conference”.

sus abogados, sin que llegue a existir en esos casos ninguna actuación judicial. Como bien dicen los reconocidos autores, GOLDBERG, SANDER, ROGERS Y COLE, en raras ocasiones un abogado prudente, intentaría resolver un caso recurriendo al litigio o un ADR con intervención de tercero, sin haber intentado previamente alcanzar un acuerdo negociado entre partes, resulta pues, que la negociación no es únicamente un mecanismo más de resolución de conflictos al que recurrir para evitar el litigio, es el mecanismo “rey”.

En segundo lugar, la negociación es parte importante de cualquier otro de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio, ya sea porque se conceptúe como una fase en el desarrollo de una modalidad de solución de conflictos o bien como una herramienta para que el mecanismo o modalidad pueda cumplir su función.

Teniendo en cuenta la situación descrita, no resulta extraña la inexistencia de un gran debate en EEUU sobre la inclusión de la negociación entre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, incluso cuando se usa el término ADR. Por el contrario, en Europa, y por tanto en España, el debate está abierto, en tanto las instituciones de la UE, a través del libro verde, han decidido acotar el contenido del termino ADR.

Probablemente, la intención de los redactores del libro verde era evitar la confusión uniformizando los criterios de utilización del término ADR, pero tememos que el resultado sea más bien el contrario.

MACHO GOMEZ⁸⁹ explica que por una parte, los defensores del concepto tradicional de ADR incluyen la negociación entre los métodos que agrupa dicha nomenclatura, y ello por ser un mecanismo que tiene como finalidad resolver conflictos sin recurrir al litigio, pero por otra parte hay quienes piensan que la negociación no debe considerarse un ADR, y ello en base a tres elementos, es un proceso entre partes en el que no interviene un tercero neutral, carece de una estructura y no está regulado. Estas tres características que parecen servir para justificar la exclusión de la negociación del termino ADR, aparecen

⁸⁹ MACHO GOMEZ C., *Los ADR “alternative dispute resolution”.....op.cit.*, pp.405-406.

repetidamente mencionadas a lo largo de esta tesis. En este sentido, obviamente no podemos dejar reconocer lo obvio, por una parte, en la negociación no interviene un tercero neutral y es un procedimiento privado entre las partes, en cuanto a los otros dos elementos aducidos por Macho Gómez, en nuestra opinión son de alguna manera el uno consecuencia del otro, por otra parte, la negociación no es un mecanismo o método regulado y no sigue un procedimiento formal, mientras el arbitraje, la mediación y la conciliación, presentan ambas características. En nuestra opinión, lo referido requiere ser matizado, puesto que no creemos que pueda afirmarse que la negociación es un proceso carente de toda regulación, puesto que los negociadores deben respetar el ordenamiento jurídico marco en el que tiene lugar el proceso de negociación, y deben hacerlo tanto en cuanto al proceso en sí mismo como al resultado, de forma que los comportamientos no ajustados a derecho durante el proceso de negociación, especialmente, los que puedan tener incidencia en el consentimiento de las partes son susceptibles de reproche jurídico, que entre otras consecuencias puede acarrear la revocación del acuerdo. Lo que si debemos reconocer es que no existe un procedimiento normativo específico que regule el proceso de negociación.

Lo cierto es que si la Comisión Europea ha definido el termino ADR en los términos que lo ha hecho, parece quedar claro que la negociación no es un ADR. Pero lo que a nosotros nos parece más que discutible, y ello desde el momento en el que la definición del acrónimo ADR queda acotada en los términos mencionados, es que debamos entonces dar por sentado que ADR sea, por excelencia, sinónimo de mecanismos alternativos al litigio de resolución de conflictos. Definir que son los ADR, y hacerlo en los términos estrictos y acotados, nos parece “quererle poner puertas al campo”, basta observar la dinámica seguida por el sistema legal estadounidense donde los medios/ métodos/mecanismos/modalidades, alternativos o no de solución/ resolución de disputas/conflictos, presentan cada día nuevos formatos, se combinan entre ellos, se superponen y se integran unos con otros, incluso con el propio sistema

judicial, por lo que quizás no son tan “alternativos” al mismo como puede parecer a simple vista antes de un análisis profundo⁹⁰.

Lo que en nuestra opinión no resultará productivo a la larga en Europa y en España, donde el fenómeno del auge de estos mecanismos es incipiente, es empezar consumiendo el debate en cuestiones de orden terminológico, en vez de abordar lo realmente importante; en nuestra opinión los esfuerzos deberían orientarse a que todos y cada uno de los mecanismos que pueden servir a la finalidad de resolver conflictos- se le denomine como se les denomine- tanto los ya conocidos como los que se crearán, constituyan un complemento eficiente del sistema judicial e incorporen las garantías suficientes para constituirse en verdaderos instrumentos de mejora de acceso a la justicia, sin que los ciudadanos puedan ver en momento y/o modo alguno mermar sus derechos a la tutela efectiva de sus derechos tal y como se garantiza en los textos constitucionales.

Lo que planteamos, no impide algo tan lógico y deseable como que las normativas que puedan afectar a los mecanismos de resolución de conflictos distintos al proceso judicial determinen de forma lo más concreta e inequívoca posible su ámbito de aplicación, estableciendo a cada efecto que a que mecanismo en específico es aplicable la norma y que mecanismos quedan fuera del ámbito de su aplicación.

Admitido que existe cierta confusión en cuanto a considerar o no la negociación legal como un ADR, queremos concluir expresando que para nosotros la negociación legal es, indiscutiblemente, un mecanismo extrajudicial de resolución de disputas legales, además, no se trata de un mecanismo más de

⁹⁰ MACFARLANE, J., *ADR and The Courts: Renewing our Commitment to Innovation*, 95 Marq. L. Rev. 927 2011-2012, pp. 928-940, *vid.*, p.929 (Consultado 15/03/2016)

http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr95&div=31&start_page=927&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

La autora describe una evolución constante de ADR en el contexto judicial, de forma que los mecanismos, aparecen se modifican y algunos desaparece. LANDE, J.M., *Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in A New Model of Lawyering*, 64 *Ohio St. L.J.* 1315 (2003), pp. 1315-1384, *vid.* en general. (Consultado (12/10/2014).

<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1268&context=facpubs>, En autor expone sobre la modalidad conocida como “Collaborative Law” consistente en la negociación conducida por abogados siguiendo un modelo conciliador y de resolución de problemas.

una lista cada vez es más extensa, se trata del mecanismo más utilizado en la práctica diaria para resolver conflictos que afecten a obligaciones y derechos legales. Lo cierto es que la realidad no se modifica por considerar la negociación legal como un ADR o no. En nuestra opinión suele resultar más productivo adaptar el discurso y/o debate doctrinal y los esfuerzos legislativos a la dinámica de la realidad que proceder de forma inversa.

1.3.3 Distinción de la negociación y las figuras afines

Una de las clasificaciones a las que recurre la doctrina para categorizar los mecanismos de resolución de conflictos es la de mecanismos autocompositivos versus mecanismos heterocompositivos⁹¹. Los primeros, son aquellos que las partes utilizan para encontrar por si mismas una solución a su conflicto llegando a un acuerdo. En esta tarea, las partes pueden estar ayudadas de un tercero neutral- mediación-o bien pueden negociar ellas mismas, asistidas y/o representadas por sus abogados, como es el caso de la negociación legal, que es un mecanismo autocompositivo sin intervención de tercero neutral. Los segundos son los que se caracterizan por la intervención de un tercero neutral que debe resolver el conflicto mediante una resolución que vincula a las partes, la jurisdicción y el arbitraje pertenecen a esta categoría⁹².

⁹¹ Recurren entre otros a esta clasificación, El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña.....op.cit, ver general. ABEL LLUCH, X., *La Función Conciliadora en la Audiencia Previa: Presupuestos, Facultades Judiciales y Límites*, *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 30, año 2013, pp. 1-26. Vid., 11-13. (Consultado 17/02/2015).

http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num30-1/30axavier.pdf, El autor se refiere a la conciliación como una solución autocompositiva y alude a su fin autocompositivo.

⁹² SAN CRISTOBAL REALES, S., *Sistemas alternativos*op.cit., vid., en general. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y Sistemas* vid., en general. Algunos autores para definir o caracterizar mecanismos como la conciliación o la mediación utilizan el término autocompositivo, presumiblemente como contrapuesto a heterocompositivo. ABEL LLUCH, X., *La Función Conciliadora en la Audiencia Previa*.....op.cit., p. 13. GINEBRA MOLINS M.E., TARABAL BOSCH J., *La Obligatoriedad de la Mediación Derivada de la Voluntad de las Partes: las cláusulas de mediación*, *InDret*, *Revista para el Análisis del Derecho*, Octubre, 2013, pp.16 y 20. (Consultado 19/02/2015).

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/270125/357682> LIEBANA ORTIZ, J.R., *Jurisdicción Voluntaria, Conciliación*op.cit., pp. 152, 155 y 156. Una matización respecto a una de las modalidades de la mediación la encontramos en BLANCO CARRASCO, M., *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro*, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII (2009) pp. 129-152, vid., p. 146. Consultado (19/01/2016).

<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/77>

La autora refiere que en el ámbito de la mediación de consumo, tanto la doctrina como los propios mediadores, reconocen la facultad al mediador de realizar una propuesta no vinculante, por lo que la mediación de consumo podría considerarse un mecanismo de resolución de conflictos heterocompositivo.

A parte de la categorización descrita, tal y como hemos mencionado anteriormente, para definir y estudiar los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los parámetros más significativos a tener en cuenta serian:

- La intervención de tercero, las funciones que a éste se le atribuyen y las características que debe presentar la actividad del mismo.
- La regulación y organización del proceso. Se trata de aspectos que están íntimamente ligados, ya que los mecanismos regulados comportan la observancia obligatoria de un proceso previamente diseñado, que aún en los casos en los que se caracteriza por su flexibilidad, entraña la observancia obligatoria de ciertos mínimos.
- El resultado de proceso, es otro parámetro que nos permite diferenciar unos mecanismos de resolución de conflictos de otros. A este respecto, debe tomarse en consideración lo siguiente: si el proceso a seguir en la utilización de cada mecanismo debe conducir necesariamente a una decisión, si esa decisión es vinculante para las partes, y en caso afirmativo, como está regulada la ejecutabilidad en caso de incumplimiento, así como, si es posible que las partes puedan intentar plantear la controversia ante otro mecanismo de resolución de conflictos, especialmente, ante el orden jurisdiccional.

A continuación, basándonos en los parámetros mencionados comparemos los mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio más conocidos⁹³: el arbitraje⁹⁴, la mediación⁹⁵, y la negociación legal⁹⁶.

- Regulación de los mecanismos y aplicación de la ley y los precedentes judiciales.

Una de las principales diferencias entre la negociación y sus figuras afines, es la de la regulación de dichos institutos. Los ordenamientos jurídicos analizados cuentan con leyes que regulan de forma particular la mediación⁹⁷ y el arbitraje⁹⁸,

⁹³ En este apartado omitimos las referencias a la conciliación ya que es un instituto regulado en el ordenamiento español únicamente, y nos remitimos a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que son más conocidos y utilizados en los dos marcos legales analizados, el estadounidense y el español.

⁹⁴ El arbitraje consiste en el recurso voluntario a un Tribunal no judicial compuesto por especialistas expertos en la materia a tratar, que desde una posición neutral, deben dictar una resolución vinculante para las partes que previamente han prestado su consentimiento por vía convencional para resolver su disputa mediante este mecanismo. No obstante, debemos aclarar que la gran variedad de sistemas de arbitraje hace difícil generalizar sus características y funcionamiento. RISKIN, L.L., WESTBROOK, J.E., *Dispute Resolution and Lawyers*. West Publishing Co, Abridged ed. 1987, p.146.

⁹⁵ Una definición amplia de este instituto es la que recoge el art. 3 de la Directiva Europea de Mediación que la define como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente un acuerdo sobre la resolución de su disputa con la ayuda de un mediador. Atendiendo a lo preceptuado por la Directiva Europea de Mediación, este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por el órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea 24.05.2008.L136/3-136/8. (En adelante, Directiva de Mediación). (Consultada 14/09/2015).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>

Última visita Septiembre 2015. Si acudimos a la Ley Española de Mediación, vemos que en el art. 1 queda definida como un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 7 de Julio de 2012 Núm.162, pp. 49224-49242, (En adelante, Ley de Mediación). (Consultada 15/09/2015).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112 .

⁹⁶ La negociación legal se trata de un proceso sin intervención de un tercero neutral, en el que las partes por si mismas asesoradas por sus abogados tratan de encontrar una solución pactada al conflicto que las enfrenta. La negociación legal es un proceso que no obedece a regulación específica alguna, por lo que ofrece un elevado grado de participación y libertad a las partes en su organización y desarrollo. Las partes deciden por si mismas tanto respecto del procedimiento como del acuerdo resultante del mismo.

⁹⁷ La Mediación está regulada en *The Uniform Mediation Act*, que no ha sido hasta el momento adoptada por todos los Estados, que cuentan con regulación propia. La ley pretende unificar la legislación existente sobre mediación, ya que en EEUU existen más de 2.500 normas legales que afectan a dicho instituto. (Consultada 08/09/2015).

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf.

⁹⁸ En EEUU la *Federal Arbitration Act*, promulgada en 1925, regula el arbitraje coexistiendo con las leyes estatales en la material. Desde 1983 la ley es de aplicación tanto en los Tribunales federales como estatales, prevaleciendo sobre las normativas estatales en caso de conflicto. (Consultada 08/09/2015).

<https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf>. Legislación española, *vid.*, pie pagina 102.

por el contrario, la negociación, en tanto proceso de resolución de conflictos no cuenta con una regulación propia⁹⁹.

Respecto de la obligación de basarse en las normas legales para elaborar una solución al conflicto, de entre los mecanismos que analizamos, únicamente el arbitraje de derecho obliga al tercero neutral que interviene a aplicar de forma obligatoria las normas legales pertinentes. La mediación no obliga ni a las partes ni al mediador a aplicar la norma jurídica, de forma que los negociadores si lo estimaren conveniente pueden ignorar el derecho aplicable al caso, si bien en ningún caso serán válidos acuerdos que contravengan normas de derecho que no sea de libre disposición¹⁰⁰. El mediador y las partes deben estar orientados a buscar una solución para el futuro y nada les obliga a tener en cuenta los hechos y circunstancias del pasado ni lo que decidiría un Tribunal si el conflicto se resolviera por litigio, mientras el árbitro dicta el laudo basándose en derecho¹⁰¹. Los negociadores ayudados de sus abogados pueden alcanzar un acuerdo basándose en sus intereses sin necesidad de recurrir a normas legales, siempre en la esfera del derecho dispositivo, de igual manera que pueden hacer las partes en la mediación ayudadas por el mediador.

- Poder de decisión.

Cuando las partes recurren al arbitraje intentarán convencer al árbitro acerca de la bondad y razón de sus argumentos para que estos prevalezcan. En este sentido también el arbitraje es el ADR que más se asemeja al proceso judicial, ya que es el tercero imparcial quien emite una resolución vinculante para las partes. Por el contrario, cuando recurren a la mediación las partes no deben convencer al mediador de la preponderancia de sus argumentos, simplemente, deben exponerle sus intereses para que con la información aportada el

99 HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Just Negotiation.....op.cit.*, pp. 382-383. Refiriéndose a la negociación como “el hijastro” del sistema de resolución de disputas civiles.

¹⁰⁰ SINGER, L.R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...op.cit.*, p.28. La autora plantea que esta diferencia redundaría en facilidad para la tarea de los árbitros que encuentran guía en la ley cuando el arbitraje es de derecho y en el precedente de resoluciones arbitrales que incluso en ocasiones es utilizado por abogados litigantes. El mediador no cuenta con ninguna de esas orientaciones por lo que su labor depende de su buen hacer profesional para obtener las informaciones necesarias de las partes y así poder ayudarlas a acercar sus posiciones y a buscar por sí mismas la solución a su conflicto.

¹⁰¹ Excepto cuando el arbitraje sea de equidad, caso en el que no necesariamente se resuelve en base a normas jurídicas.

profesional pueda ayudarlas a acercar posiciones. En cuanto a la negociación una parte intentará convencer a la otra para hacer prevalecer sus argumentos. Por lo tanto, únicamente en el arbitraje, el tercero neutral, es decir el árbitro, cuenta con poder de decisión unilateral para dictar una resolución vinculante para las partes.

- Carácter convencional y voluntariedad.

El recurso a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es, en principio, de carácter voluntario, de modo que las partes deciden de mutuo acuerdo recurrir a su utilización. No obstante, la voluntariedad respecto del recurso a los mecanismos alternativos al litigio para resolver disputas requiere matizaciones.

Respecto al litigio, SAN CRISTOBAL REALES explica que ante la existencia de un conflicto que implica a dos o más partes, el Estado asume la competencia de resolverlo a través de los órganos jurisdiccionales establecidos a tal efecto y siguiendo los procedimientos establecidos en las leyes procesales aplicables, obteniendo las partes una resolución ajustada a derecho que únicamente podrá ser recurrida en los casos y ante los órganos jurisdiccionales previstos por la norma procesal. No es necesario, pues pacto previo de las partes para reclamar la tutela judicial, que es un derecho fundamental de los ciudadanos¹⁰².

En los procesos judiciales normalmente una de las partes participa obligatoriamente. La parte que no ha iniciado el proceso judicial, si posteriormente participa, lógicamente para defenderse-, lo hace para evitar males mayores, pero el proceso no tiene carácter de voluntario para esa parte.

El arbitraje, la mediación y la negociación presentan pues como punto en común la preferencia por ambas partes por obviar la intervención de los Tribunales en favor de otras vías alternativas para resolver el conflicto en el que se ven inmersas, por lo tanto, el recurso a cualquiera de los mecanismos es, en principio, una opción voluntaria para todas las partes.

¹⁰² SAN CRISTOBAL REALES, S., *Sistemas alternativos....op.cit.*, pp.49-50.

La voluntariedad de utilización de estos mecanismos se manifiesta en dos vertientes diferentes:

1. La voluntariedad de la elección del recurso al mecanismo. Debe existir acuerdo entre las dos partes para la utilización del arbitraje, la mediación, y la negociación en sustitución del litigio. No obstante, en algunos sistemas legales, como es el caso del estadounidense, tal y como hemos mencionado, los litigantes que acuden a un Tribunal pueden verse obligados por el Juez a recurrir a un mecanismo alternativo para resolver su disputa de forma previa al proceso judicial. No nos extenderemos aquí en este tema que es objeto de amplio tratamiento en la parte segunda.
2. La voluntariedad de continuar en el proceso de arbitraje, mediación o negociación una vez aceptada la participación en el mismo, así como la disposición al cumplimiento de la resolución resultante. Entre los mecanismos de resolución de conflicto que analizamos existen diferencias relevantes, puesto que el procedimiento arbitral no puede ser abandonado unilateralmente por una de las partes sin que ello acarree las consecuencias legales pertinentes, ya que el procedimiento puede continuar y el laudo llegar a dictarse a pesar de la incomparecencia de una de las partes¹⁰³, por el contrario, el abandono del proceso de mediación o negociación es siempre posible, y en principio, no debería comportar consecuencias de tipo legal¹⁰⁴. En el caso de arbitraje, el denominado convenio arbitral recogiendo el consentimiento de las partes para

¹⁰³ Art. 31 de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje, BOE de 26 de diciembre de 2003, Núm. 309, pp. 46097- 46109. (Consultada 19/09/2015).

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646, (En adelante, Ley de arbitraje). El art. 31 dice que si el demandante no presenta su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que oído el demandado, éste manifieste la voluntad de ejercitar alguna pretensión. Cuando es el demandado quien no contesta la demanda en plazo los árbitros continuaran las actuaciones sin que esa omisión se considere un allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante. Si una de las partes no comparece a una audiencia o no presenta pruebas, los árbitros podrán continuar con las actuaciones y dictar laudo con fundamento en las pruebas a su disposición. La Ley de arbitraje ha sido reformada Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2011, páginas 50797 a 50804 http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847. (Consultada 19/09/2015). Nota: si los artículos que citamos no están afectados por la reforma citaremos la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje.

¹⁰⁴ Puede darse el caso de que el abandono unilateral de un proceso de negociación acarree consecuencias legales, lo que podría ocurrir si mediara mala fe en la actuación de la parte que se retira. *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

someterse al mecanismo es elemento esencial e imprescindible del mismo. Mediante el convenio arbitral las partes deciden voluntariamente someter la resolución de la disputa al mecanismo arbitral, despojándola del conocimiento de los Tribunales de justicia, es decir, las partes de forma voluntaria sustituyen la justicia pública por la privada¹⁰⁵. Existe la posibilidad de que las partes se hayan obligado convencionalmente a recurrir a un mecanismo alternativo al litigio para la resolución de conflictos distinto del arbitraje, por lo que existiría un consentimiento previo de las partes, pero debe tenerse en cuenta que en estos casos bastará el intento de resolver la disputa mediante el mecanismo acordado, ya que las partes no pueden obligarse convencionalmente a permanecer en el proceso de mediación o negociación ni a aceptar un resultado que se pretendiera imponerles. En cuanto a la voluntariedad de las partes para recurrir al mecanismo, es cierto que en estos casos las partes han prestado su consentimiento, pero aun así algunas situaciones, tales como los contratos de adhesión, o las relaciones jurídicas que presentan una gran desigualdad entre las partes, pueden ofrecer dudas razonables acerca de la real voluntariedad¹⁰⁶.

- El resultado del proceso.

Los árbitros deben alcanzar una solución, mientras los mediadores y los negociadores no deben alcanzarla necesariamente. Los procesos de mediación y la negociación, dado su carácter autocompositivo, pueden acabar sin acuerdo, si bien los mediadores pueden sentirse más obligados a la obtención del acuerdo de mediación que los abogados que negocian¹⁰⁷, especialmente, si estos no han descartado la vía del litigio.

¹⁰⁵ En EEUU, cabe la posibilidad de que las partes que pretenden litigar sean requeridas de forma obligatoria por el Juez para intentar resolver el conflicto mediante arbitraje de forma previa al litigio. El arbitraje puede ser en algunos casos obligatorio, pero no vinculante. En el ámbito voluntario el recurso al arbitraje no vinculante también es posible.

SCHMITZ, A.J., *Nonconsensual + Nonbinding = Nonsensical? Reconsidering Court-Connected Arbitration Programs*, 10 *Cardozo J. Conflict Resol.* 587 2008-2009, pp. 587-625, *vid.*, en general. (Consultado 15/04/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore10&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>.

¹⁰⁶ GINEBRA MOLINS, M.E., TRABAL BOSCH, J., *La Obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación*, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2013, *vid.*, p. 8 y siguientes. (Consultado 19/02/2015).

http://www.indret.com/pdf/1016_es.pdf.

¹⁰⁷ SINGER, L.R., *Settling Disputes: Conflict Resolution....op.cit.*, p. 48.

La negociación legal y la mediación buscan una decisión que proviene de las partes. En el caso de la mediación las partes cuentan con la ayuda del mediador para intentar alcanzar el acuerdo, si bien pueden intervenir también abogados asesorando a las partes. En el caso de la negociación legal cada parte cuenta con el asesoramiento de su abogado.

La mediación puede terminar porque todas o alguna de las partes decida retirarse del procedimiento o bien porque haya transcurrido el plazo máximo que las partes fijaron para intentar el acuerdo de mediación. El mediador podrá decidir terminar la mediación cuando estime que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que aconseje la finalización del proceso¹⁰⁸.

Si la mediación acaba sin acuerdo, el mediador habrá finalizado su labor sin éxito, por el contrario el abogado en el proceso negociador, generalmente, continuará trabajando en la resolución del conflicto en una instancia diferente.

- La naturaleza del resultado.

En el procedimiento arbitral, el árbitro deberá adoptar laudo arbitral, resolución que tiene la misma eficacia que una sentencia judicial, es decir, vincula a las partes que han participado en el proceso.

Los laudos arbitrales son ejecutables de forma equiparable a una sentencia judicial¹⁰⁹ y al igual que las resoluciones judiciales firmes, tienen el carácter de cosa juzgada, de modo que el conflicto resuelto mediante litigio o arbitraje no puede volver a plantearse¹¹⁰. El único recurso posible es el de anulación por las causas tasadas en la ley¹¹¹. A parte de lo expuesto, entre el laudo arbitral y la resolución judicial existe una importante diferencia, ya que el árbitro carece de

¹⁰⁸ Artículo 22 de la Ley de Mediación. El procedimiento puede terminar también por renuncia del mediador o por rechazo a las partes a continuar con el mediador, a no ser que nombre otro en sustitución.

¹⁰⁹ Art. 43 Ley de arbitraje. El arbitraje presenta además la posibilidad de ser ejecutado a nivel internacional en muchos casos. Esto es posible cuando respecto de los Estados Miembros de la Convención de Nueva York de 1958. (Consultado 15/09/2015).

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

¹¹⁰ SAN CRISTOBAL REALES, S., *Sistemas alternativosop.cit.*, p.50.

¹¹¹ Artículos 41 a 43 de La Ley de Arbitraje. El recurso no permite al órgano jurisdiccional ordinario entrar ni siquiera a conocer el fondo del laudo arbitral pues ni transfiere ni atribuye a los órganos judiciales la jurisdicción originaria y exclusiva de los árbitros.

potestad exigir el cumplimiento del laudo dictado si una de las partes incumple, por lo que en dichas circunstancias la parte que dese reclamar el cumplimiento deberá acudir al órgano jurisdiccional para instar la ejecución. Respecto a los efectos de la cosa juzgada, al laudo arbitral se le atribuyen efectos similares a los de las sentencias judiciales, dado que se tratan de resoluciones heterocompositivas¹¹². No obstante, la firmeza y ejecutabilidad del laudo arbitral también presenta desventajas, ya que no existe posibilidad de revisión sobre el fondo del asunto. Además, puede darse el caso de la negativa de un Tribunal a la ejecución de un laudo arbitral si su contenido atenta contra políticas públicas reguladas por leyes¹¹³.

El acuerdo de mediación vincula a las partes, y únicamente será impugnabile mediante acción de nulidad. Las partes pueden dotar al acuerdo de mediación de fuerza ejecutiva elevándolo a escritura pública o solicitando la homologación judicial cuando se hubiese alcanzado como resultado de un proceso de mediación iniciado durante la pendencia de un procedimiento judicial. Para BONET¹¹⁴, la posibilidad de elevación a escritura pública del acuerdo de mediación ofrece ciertas dudas. La ley no establece si para proceder a tal trámite debe concurrir la voluntad de las dos partes o basta con la de una de ellas. El autor observa que atendiendo al principio de autonomía de la voluntad en un sentido amplio, tal y como lo hace la Ley de Mediación, cabe pensar que es necesario el consentimiento de todas las partes. No obstante, será posible que una parte pueda elevar el acuerdo a escritura notarial sin la concurrencia de la otra parte cuando anteriormente las partes hubieran previsto este extremo para el futuro. Cuando las partes hubieran alcanzado el acuerdo en un proceso

¹¹² Al respecto de los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral, CALAZA LOPEZ, S., *La Cobertura Actual de la Cosa Juzgada*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 20, 2009, pp. 67-93, *Vid.*, pp. 71-72. (Consultado 29/08/2015).

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/8982/47450_2.pdf?sequence=1.

¹¹³ RISKIN, L.L., WESTBROOK, J.E., *Dispute Resolution**op.cit.*, p.145.

¹¹⁴ BONET NAVARRO, J., *El Abogado ante el Procedimiento de Mediación: De Espejismos Ilusionantes a Expectativas Ponderadas*, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº4, 2014, *vid.*, pp. 31-32. (03/08/2015).

http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=170

de mediación desarrollado después de iniciado un proceso judicial, podrán solicitar la homologación del mismo al Tribunal¹¹⁵.

Los acuerdos alcanzados en una negociación, a no ser que se homologuen judicialmente, tienen validez contractual con todas consecuencias legales que ello implica. Estos pactos no gozan de fuerza ejecutiva, por lo tanto, el derecho que asiste a las partes para exigir el cumplimiento es el recurso a los Tribunales para que en virtud de una sentencia judicial sea impuesto el cumplimiento.

¹¹⁵ Este extremo está previsto en la LEC arts. 414.1, 415.1. 440 1 443.3. El autor estima que la diferencia se justificaría al estar las partes inmersas un en un procedimiento judicial, ya sea este o no suspendido, para intentar llegar al acuerdo de mediación.

Capítulo Segundo

Enfoques y estilos de negociación

2.1 Desarrollo doctrinal de la teoría de la negociación

El estudio de la negociación se presenta como un ámbito de trabajo académico multidisciplinar, puesto que a menudo sus estudiosos se sirven de conceptos e instrumentos pertenecientes a distintas áreas de conocimiento, como la de la teoría de los juegos o la teoría de toma de decisiones, existiendo también una conexión relevante con la psicología¹¹⁶.

Con sus aportaciones los académicos de diferentes ámbitos y los teóricos de la disciplina propiamente dicha, han ido elaborando una serie de marcos conceptuales que nos ayudan a comprender y a obtener los mayores beneficios de los procesos de negociación.

Una de las primeras líneas de estudio con impacto significativo en la teoría general de la negociación fue la de los modelos matemáticos o teoría de los juegos. Los proponentes de dichas teorías, partiendo de la asunción de la actuación racional de los negociadores, utilizaron metodologías tanto descriptivas como prescriptivas, si bien los modelos de comportamiento formulados han resultado ser muy restrictivos¹¹⁷.

GOMEZ-POMAR¹¹⁸ explica que la teoría de los juegos y las teorías sobre toma de decisiones ofrecen similitudes importantes con la teoría de la negociación, pero la aproximación al problema y la finalidad perseguida difieren. Los teóricos de los juegos se preocupan por la actuación de seres ultra-inteligentes e

¹¹⁶ GOMEZ-POMAR, J., Teoría y Técnicas.....*op.cit.*, pp. 26-29.

¹¹⁷ El estudio de las teorías sobre la cooperación emerge en la década de los cuarenta como parte de la teoría de los juegos, con las aportaciones de Von Neumann y Morgenstern's. En los setenta Axelrod presenta sus trabajos sobre la cooperación dando lugar a investigaciones al respecto por parte de diversas disciplinas. Axelrod formuló el famoso dilema del prisionero, uno de los hitos en el estudio de los comportamientos cooperativos y competitivos de los individuos. JONES-PATULLI, J., *Reconciling the carrot and the stick: An intellectual history of integrative bargaining in 20th century American organizational relations*, Working Paper Series, Conflict Research Centre, Saint Paul University, Working Paper N°1, July 2011, *vid.*, pp. 26-27. (Consultado 20/04/2015).

http://ustpaul.ca/upload-files/CRC/Working_paper_series_1_-_Jennifer_Jones-Patulli-Edited_PS.pdf

RAIFFA, H., *The Art & Science of Negotiation*, Harvard University Press, 1982, *vid.*, pp. 20 y siguientes.

El autor explica que los teóricos de los juegos examinan lo que deberían hacer en situaciones de competición y acción recíproca personas impecablemente racionales. Este tipo de investigación es simétricamente prescriptiva. Cada una de las partes tiene que pensar acerca de lo que la otra parte piensa, a su vez esta otra parte debe pensar en lo que piensa la primera y así sucesivamente.

¹¹⁸ GOMEZ-POMAR, J., Teoría y Técnicas.....*op.cit.*, pp. 26-29.

implacablemente racionales y su finalidad es conocer cómo estos deben comportarse, mientras negociación como disciplina persigue la adquisición del conocimiento acerca de cómo se comporta la gente normal ante situaciones de conflicto. Por su parte, los teóricos de la toma de decisiones diseñan instrumentos que ayudan a decidir a los sujetos en situaciones de incertidumbre, pero no analizan la interacción entre sujetos en una situación de conflicto. A pesar de las diferencias apuntadas, lo cierto, es que tanto la teoría de los juegos como la teoría de la toma de decisiones proporcionan métodos y herramientas de trabajo, así como, marcos conceptuales de utilidad para los negociadores.

Es indudable la influencia de algunos de los teóricos de los juegos en la teoría de la negociación, entre los que destaca especialmente Axelrod, que con el dilema del prisionero llamó la atención sobre la importancia de los comportamientos cooperativos en actividades de interacción entre individuos¹¹⁹. El dilema formulado por Axelrod se ha convertido en una de las bases sobre las que descansa la preconizada conveniencia de la utilización de enfoques cooperativos en la toma de decisiones que implican a otras personas. El dilema del prisionero arroja la conclusión de que la cooperación es la mejor opción para la óptima distribución de los recursos y el máximo retorno de beneficio para los participantes en procesos de interacción entre individuos como las negociaciones¹²⁰. No obstante, respecto del proceso negociador la aplicación de dicho dilema resulta limitada¹²¹, ya que sería válida para los procesos con negociadores repetidos, pero no para los que tienen lugar en una sola ocasión, casos en los que el “diente por diente ojo por ojo”, es decir, la reciprocidad, no

¹¹⁹ LAX, D., SEBENIUS, J.K., El Directivo Como Negociador:.....*op.cit.*, p. 169 y siguientes. Los autores reconocen la influencia de Axelrod a través de sus investigaciones sobre el dilema del prisionero, que tiene la misma estructura que el dilema del negociador. Axelrod logró llamar la atención sobre la importancia de la cooperación en los procesos de negociación. Los autores reconocen, no obstante, que tanto el dilema del prisionero como el del negociador son simplificaciones que no deben ser tomadas al pie de la letra.

¹²⁰ Entre los escasos autores españoles que tratan la negociación, FONT BARROT, A. y GOMEZ POMAR, J. a pesar de la brevedad de sus textos conceden considerable importancia a la teoría de los juegos y el dilema del prisionero. Vid. FONT BARROT, A., Negociaciones: entre la cooperación y el conflicto, Grijalbo Mondadori cop, Barcelona, 1997. GOMEZ-POMAR, J., Teoría y Técnicas de negociación, Editorial Ariel 2ª Edición 2004.

¹²¹ En el juego se dan condiciones que no se dan en la vida real fácilmente, los dos jugadores deben actuar simultáneamente, deben conocer las reglas y beneficios a obtener en cada situación, es decir, la información es simétrica, y no debe haber comunicación entre ambos

tiene lugar, si bien tal y como apunta CONDLIN¹²², en el caso de las negociaciones legales en particular y respecto de uno los intervinientes en las mismas, los abogados, resulta ser diferente, puesto que los profesionales que representan a partes contrarias pueden volver a encontrarse en la mesa de negociaciones, ya sean representando a los mismos clientes o a otros, lo que suele condicionar sus elecciones con respecto a la adopción del enfoque negociador, empujándoles a valorar muy cuidadosamente la conveniencia de mostrarse cooperativos so pena de no obtener cooperación del abogado contrario cuando en el futuro pudiera resultar necesaria. Podemos incluso precisar que, en ocasiones, no es necesario siquiera esperar a volver a encontrarse al compañero de profesión en otro caso, sino que en el transcurso de la resolución de un asunto el equilibrio de poder entre las partes pueden variar, por lo que el abogado es consciente de que en cualquier momento puede precisar de la actitud colaboradora del compañero de la parte contraria.

NEALE Y FRAGALE¹²³ señalan que la práctica cotidiana ha demostrado que los negociadores no son los seres de conducta absolutamente racional que pretenden los teóricos de los juegos, lo que explica que en la vida real las predicciones de los modelos matemáticos raramente se cumplan. Esta realidad ha ido provocando un creciente interés por los estudios e investigaciones sobre el papel que desempeña la cognición social en la negociación, resultando este ámbito de la psicología ser una disciplina de gran ayuda para comprender la influencia de los factores psicológicos en el proceso negociador y en sus resultados.

¹²² CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence.....op.cit.*, pp. 62-67. MNOOKIN, R.H., *Strategic Barriers to Dispute Resolution: A Comparison of Bilateral and Multilateral Negotiations*, 8 *Harvard Negotiation Law Review* 1 2003, pp. 1-27, vid., pp.8-10. (Consultado 16/04/2015).

<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg8&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>

El autor plantea limitaciones a los modelos matemáticos o de teoría de los juegos, subrayando que en estos modelos las reglas están previamente definidas y se programa un equilibrio entre las partes, lo que no ocurre en las negociaciones que se desarrollan en la vida real.

¹²³ NEALE, M.A., FRAGALE, A.R., "Social Cognition, Attribution and Perception in Negotiation,": *The Role of Uncertainty in Shaping Negotiation Processes and Outcomes*", in *Negotiation Theory and Research* edited by Leigh L. Thompson, New York, Psychology Press, 2006., pp.27-54. Las autoras dicen que una de las razones de la influencia de los factores psicológicos en el proceso negociador es la incertidumbre de dicho proceso que conlleva toda una variedad de condicionantes que determinan los pensamientos y comportamiento de quienes negocian.

El interés despertado por el análisis de la cooperación, y en especial por su aplicación en los procesos de negociación, sin duda alguna, ha contribuido a la aparición de obras como la de WALTON Y McKERSIE¹²⁴, los primeros en trabajar sobre la dicotomía negociación distributiva versus negociación integrativa, que seguidamente trataremos. La aportación de estos autores, si bien centrada en el estudio de las relaciones laborales, ha tenido una repercusión trascendental en el estudio de los enfoques negociadores.

La teoría sobre la negociación legal en particular, empezó a desarrollarse con una trayectoria sólida a principios de los ochenta, aunque todavía hoy los académicos encuentran serias dificultades para llegar a formular una teoría general¹²⁵. La confusión entre lo descriptivo y lo prescriptivo, la falta de fundamentos empíricos, la borrosa distinción entre objetivo y procesos¹²⁶, y sobre todo, la generalización excesiva y la falta de segmentación atendiendo a los muy diversos contextos en los que los procesos de negociación pueden producirse constituyen factores que dificultan la formulación teórica. Lo anterior no obsta, que esta primera fase de desarrollo doctrinal que hoy puede parecer algo rudimentaria haya servido para ir configurando el diseño de una agenda de estudio que todavía está en curso¹²⁷.

En el ámbito empírico y respecto de la negociación legal de forma específica, fue Williams, cuya aportación analizamos en este mismo capítulo, quien con sus investigaciones inició una etapa en la que se intenta pasar del relato anecdótico al plano científico¹²⁸, pero aparte de investigaciones aisladas, en general, cabe

¹²⁴ WALTON, R.E., McKERSIE, R.B., *Teoría de las Negociaciones Laborales*, Barcelona, Ed. Labor, S.A., Barcelona 1974.

¹²⁵ Los primeros textos de referencia son los de BELOW G. & MOULTON B. *The Lawyering Process: Negotiation*, The Foundation Press, Inc., 1978. EDWARDS, H., WHITE, J.J., *The Lawyer as Negotiator, Problems, Readings and Materials*, West Publishing Company, 1977, sin olvidar en el terreno de lo empírico el texto resultante de primera investigación sobre negociación legal, WILLIAMS, G. R., *Legal negotiation and settlement*, West Publishing co. 1983.

¹²⁶ En este sentido, los académicos parecen prestar una mayor atención a los procesos-estrategias que a los objetivos-resultados.

¹²⁷ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op.cit.*, p.776.

¹²⁸ CONDLIN ROBERT, J., *Legal Bargaining Theory's New "Prospecting" Agenda: It May Be Social Science, But Is it News?*, 10 *Pepp. Disp. Resol. L. J.* 215, 2009-2010, *Vid.* en general. (Consultado 29/04/2015), http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/663/

señalar la ausencia de base empírica incluso en los más paradigmáticos tratados sobre negociación legal, lo que no impide que su contenido sea consistente con el sentido común, la experiencia y la lógica, si bien ignoramos si lo que afirman es cierto desde el punto de vista puramente empírico¹²⁹.

La retrospectiva histórica puede ayudarnos también a comprender mejor la emergencia de los enfoques cooperativos para la resolución de conflictos. Debemos situarnos en la década de 1960, época en la que en EEUU aparecen y cobran importancia movimientos contraculturales, protestas anti-bélicas y tiene lugar el auge del feminismo, al mismo tiempo que se producía una evolución significativa en las relaciones raciales y los derechos civiles en favor de una mayor igualdad. Los fenómenos descritos coinciden con el crecimiento de las grandes ciudades que se constituyen en caldo de cultivo apropiado, de forma que el escenario descrito resultó ser el adecuado para la eclosión de la defensa de los derechos por parte de los ciudadanos, lo que comportó la sobrecarga de los órganos judiciales, quedando pronto en evidencia los límites del sistema. Al mismo tiempo, las organizaciones empresariales apremiadas por la competencia internacional empezaron a interesarse también en enfoques cooperativos que pudieran sustituir a los de corte adversarial en las relaciones con la fuerza laboral. Lo relatado, marcó al inicio de lo que se puede denominar la era “ganar-ganar” en la teoría de la negociación¹³⁰. En este sentido, GIFFORD¹³¹ señala que la preferencia de la academia legal por los nuevos

El autor subraya la influencia de la psicología en la teoría de la negociación legal, especialmente, la de la teoría de la prospección de Kahneman y Tversky, si bien también explica que el conocimiento y los datos obtenidos por las investigaciones que desarrollan esta teoría no cuentan, por el momento, con una equivalencia en la teoría de la negociación legal, ya que la toma de decisiones es diferente en el marco de la negociación que en otros escenarios. Por lo tanto, algunas de las propuestas elaboradas para reformular la teoría de la negociación no cuentan, al menos por ahora, con el soporte empírico de las conclusiones alcanzadas en las investigaciones que desarrollan la teoría de la prospección.

¹²⁹ NEUMANN, R.K.Jr., *What We Don't Know About Deal Negotiations By Lawyers in Negotiation* NEUMANN, R.K.Jr., STARK, T.L., KATZ, H. *Negotiations*, Transaction: *The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 12, 2011, pp. 153-173, *vid.*, p. 156. (Consultado 04/05/2015). <http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=transactions>

¹³⁰ JONES-PATULLI, J., *Reconciling the carrot andop.cit.*, p.28.

¹³¹ GIFFORD, D.G., *The Synthesis of Legal Counseling and Negotiation Models: Preserving Client-Centered Advocacy in the Negotiation Context*, 34 *UCLA L. Rev.* 811 1986-1987 pp. 811-862, *vid.*, p. 815. (Consultado 21/04/2015). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclaIr34&id=825&print=section§ion=29&ext=.pdf>

enfoques de resolución de problemas parece estar conectada a la emergencia de los ADR.

De forma previa al inicio del análisis de los enfoques utilizados por los negociadores legales estimamos conveniente referir la confusión terminológica que encontramos al adentrarnos en el estudio de la doctrina. Existen diferentes denominaciones con las que los autores se refieren a un mismo concepto, a la vez, que un mismo concepto es denominado con diferentes nombres¹³².

Identificamos tres causas fundamentales que pueden explicar la confusión terminológica:

- La ausencia de claridad en la distinción de los diferentes conceptos-elementos que se manejan en la teoría de la negociación¹³³. La academia no ha conseguido establecer las diferencias entre el concepto de enfoque o modelo de negociación y el de estilo negociador, lo que dificulta la comprensión de las diferentes propuestas¹³⁴. Nosotros encontramos muy acertada la aproximación de HURDER¹³⁵ que define el enfoque de negociación como un marco conceptual que permite escoger una estrategia y un estilo basándose en el análisis de los objetivos a alcanzar en el proceso negociador. Las estrategias y el estilo pueden variar dependiendo del contexto, pero el enfoque permanece inalterable ya que se basa en la concepción que tiene el negociador del proceso.
- La falta de distinción y/o definición clara entre algunos de los enfoques/modelos de negociación. En este sentido, debe señalarse que se observa una mayor unidad de concepto en la doctrina respecto de los enfoques/estilos de corte adversarial que respecto a los enfoques/estilos no adversariales.

¹³² SCHNEIDER K. A., *Teaching a New Negotiation Skills Paradigm*, 39 *Wash.U.J.L.&POL'Y*13 (2012), pp.13-38, (Consultado 26/03/2015). *Vid.* p.21.

http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol39/iss1/3,

¹³³ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op. cit.*, p. 827. La autora explica que estilos de negociación y comportamientos negociadores no son sinónimos.

¹³⁴ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence.....op.cit.*, p. 22. El autor dice que las investigaciones y categorizaciones que no distinguen entre sustancia y estilo provocan que cuando se califica un comportamiento negociador no se sepa si la valoración se refiere a lo que se ha dicho o hecho o a como se ha dicho o hecho

¹³⁵ HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemma: To Be Or Not To Be A Problem-Solving Negotiator*, 14 *Clinical L. Rev.* 253 2007-2008 pp. 253-300, *vid.*, p. 258. (Consultado 12/11/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/clinic14&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/clinic>

- La mayoría de los análisis académicos no llegan a proveer a los negociadores legales con la estructura necesaria para la organización sistemática del proceso de negociación¹³⁶. De hecho, en buena parte de la literatura académica resulta complicado distinguir lo descriptivo y lo prescriptivo¹³⁷.

A continuación, y sin ánimo ni pretensión de ser exhaustivos, enumeramos algunas de las clasificaciones dicotómicas utilizadas por los académicos más relevantes en la materia.

Atendido al orden cronológico, una primera clasificación es la aportada por los ya mencionados autores WALTON Y McKERSIE¹³⁸ quienes pusieron en boga la dicotomía negociación distributiva versus negociación integrativa, omnipresente en la literatura de la disciplina, WILLIAMS¹³⁹, en el texto que constituye probablemente la más relevante investigación empírica en el ámbito de la negociación legal, utiliza la polarización negociador competitivo versus negociador cooperativo. LAX Y SEBENIUS¹⁴⁰ realizaron una aportación significativa a la teoría de la negociación al establecer dos categorías de estrategias negociadoras, las que reclaman valor y las que lo crean.

¹³⁶ KOROBKIN, R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, 88 *Geo. L.J.* 1789 1999-2000, pp. 1789-1831. *Vid.*, p.1789. (Consultado 26/10/2013).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1789&handle=hein.journals%2Fglj88&collection=journals>

¹³⁷ RAIFFA, H., *The Art & Science of..... op.cit.*, pp.20-25. Clasifica las investigaciones sobre el comportamiento negociador en a.- Investigación simétricamente b.- Investigación asimétrica prescriptiva/descriptiva, que es la que se interesa por el comportamiento real de las personas medianas en un conflicto. Se trata de un análisis prescriptivo desde el punto de vista de una parte y descriptivo desde el punto de vista de las partes que compiten con ella. c.- Investigación externamente prescriptiva o descriptiva. Esta modalidad de investigación se interesa por cómo actúan y por cómo deberían actuar los participantes en el proceso de negociación. MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op.cit.*, p. 767-768. La autora evoca lo que creemos que creemos constituye un buen ejemplo de la falta de distinción entre lo descriptivo y lo prescriptivo diciendo que no está claro si se debe formular una primera oferta alta porque es lo que comúnmente se hace, y por lo tanto, lo que se espera o porque este tipo de oferta asegura un punto focal o de compromiso cerca del punto de partida del negociador. Si bien, la autora no lo refiere, entendemos que la oferta será la más alta o más baja posible dependiendo de la posición del negociador, por ejemplo, será alta si es vendedor y baja si es comprador.

¹³⁸ WALTON, R.E., McKERSIE, R.B., *Teoría de las Negociaciones.....op.cit.*, *Vid.*, en general.

¹³⁹ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiation and Settlement*, West Publishing co. 1983, *vid.*, en general.

¹⁴⁰ LAX, D., SEBENIUS, J.K., *El Directivo como Negociador:op.cit.*, p.101-129.

Las dos categorías se reflejan en la dicotomía negociación distributiva frente a la integrativa.

KOROBKIN¹⁴¹ defensor de las teorías utilitaristas, aportó la dicotomía Zone Definition / Surplus Allocation, que más que una comparación de enfoque contrapone los tipos de movimientos que llevan a cabo los negociadores para alcanzar el acuerdo. MENKEL-MEADOW¹⁴² clasifica los comportamientos negociadores en enfoque resolución de problemas y adversarial, subrayando que la diferencia entre los diferentes modelos de negociación reside en la concepción del proceso, es decir, en la forma de aproximarse a los objetivos de cada negociador más que en las estrategias y tácticas que se escogen, si bien la elección que el negociador hace de estas últimas afecta necesariamente a la concepción del proceso. MNOOKIN¹⁴³ establece cuatro categorías de comportamiento negociador: acomodaticio, evitador, competitivo y de resolución de problemas. SHELL¹⁴⁴, un autor citado en alguno de los escasos trabajos que existen sobre negociación legal en España, el autor identifica cinco estilos: elusivo, el buscador de compromiso, el facilitador, el competidor y el de resolución de problemas, que reduce a dos estilos básicos, el cooperativo y el competitivo. En un artículo muy reciente, CONDLIN¹⁴⁵ reconoce que, pese a la

¹⁴¹ KOROBKIN, R., *A Positive Theory of Legal Negotiation...op.cit.*, , *vid.*, en general.

El autor, uno de los académicos defensores de las teorías utilitaristas, aumenta la diversidad terminológica al añadir una nueva dicotomía referida al proceso, pero con incidencia en el enfoque negociador, la de Zone Definition/Surplus Allocation. Lo que el autor llama la Zone Definition sería la zona de acuerdo, es decir, la distancia entre los dos puntos de reserva de los negociadores. Una vez creada esta zona, cada negociador intenta convencer a su oponente de cuál es el punto de esa zona donde es conveniente en acuerdo, esta actividad sería el Surplus Allocation. Para las dos partes el acuerdo en cualquier punto de la zone definition es preferible al no acuerdo, por ello las partes necesitan llevar a cabo los dos movimientos crear la zona de acuerdo y luego atribuir el surplus. Los dos movimientos pueden implicar tanto tácticas competitivas como cooperativas, pero mientras la atribución del surplus es un ejercicio distributivo, la zona de definición puede crearse utilizando tanto tácticas integrativas como distributivas.

¹⁴² MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View..... op.cit.*, p.759. En un sentido muy similar, GIFFORD, D.G., *A Context-Based Theory of Strategy Selection in Legal Negotiation*, 46 *Ohio Dt. L.J.* 1985, pp.41-94, p.47. (Consultado 26/10/2013).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=41&handle=hein.journals%2Fohslj46&collection=journals>

El autor clasifica el comportamiento negociador en tres tipos: competitivo, cooperativo e integrativo. El autor insiste en la importancia de la distinción entre estrategia negociadora-decisiones sobre oferta inicial, modificaciones etc.- y estilo de negociación –que guarda relación con las características personales del negociador-. Normalmente, según el autor, estas últimas se correlacionan con la estrategia preferida por el negociador.

¹⁴³MNOOKIN, R.H., SCOTT, R.P., TUMELLO, A.S., *The Tension Between Empathy and Assertiveness*, *Negotiation Journal*, July 1996.

¹⁴⁴ SHELL, R.G., *Negociar con Ventaja*, Editorial Bosch, DL 2005, pp. 7 y siguientes.

¹⁴⁵ CONDLIN, R.J. *The "Nature" of Legal Dispute Bargaining*, 17 *Cardozo J. Conflict Resol.* 393 2015-2016, pp. 393-425, *vid.*, pp. 393-396. (Consultado 06/04/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore17&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>

proliferación de propuestas de enfoques híbridos¹⁴⁶, los académicos todavía se basan en la dicotomía adversarial versus “comunitarian bargaining”-entendemos que el autor, empelando estos términos quiere subrayar que son enfoques orientados a la relación. Estos enfoques son fundamentalmente diferentes en su concepción del conflicto y divergen en las creencias sobre la forma de resolverlo siendo el enfoque adversarial el más antiguo y el más popular entre los abogados.

La utilización de etiquetas por los teóricos de la negociación presenta ventajas e inconvenientes. La categorización ayuda a organizar el pensamiento y el conocimiento, además, permite tener en cuenta las contribuciones de diferentes disciplinas, pero la generalización teórica puede suponer dificultades para identificar lo que los negociadores realmente hacen o deberían de hacer para ser efectivos¹⁴⁷.

A pesar de estar completamente de acuerdo con los inconvenientes señalados y ser conscientes de que al no utilizar de forma uniforme la doctrina los mismos términos puede en algún momento aflorar la confusión terminológica que mencionábamos dificultando la comprensión, consideramos útil a nivel metodológico recurrir a la clasificación dicotómica, por ello en los apartados siguientes estudiaremos los enfoques/estilos negociadores recurriendo a las dicotomías adversarial versus no adversarial y distributiva versus integrativa.

2.1.1 La dicotomía negociación distributiva versus negociación integrativa

Es imposible la comprensión de los enfoques y estilos de negociación sin detenerse en el estudio de lo que los académicos han denominado negociación integrativa, concepto que el siglo pasado encontró el marco adecuado para su expansión en el ámbito de las relaciones laborales en las organizaciones. El primer antecedente del concepto debe buscarse en Follet, que en sus trabajos ofreció una amplia descripción sobre el enfoque o modelo integrativo, si bien

¹⁴⁶ Infra.

¹⁴⁷ SCHNEIDER, A.K., Teaching a New Negotiation....op.cit., pp 13-14.

nunca lo definió. La propuesta tuvo buena acogida en la Universidad de Harvard, lo que significó su difusión¹⁴⁸.

No obstante, fueron WALTON Y McKERSIE, quienes en la década de los sesenta y en el ámbito de las negociaciones laborales, difundieron realmente el concepto de negociación integrativa contraponiéndolo al de distributiva y marcando así, lo que podríamos calificar como uno de los puntos de partida de la teoría de la negociación tanto en general como en el ámbito legal¹⁴⁹.

La dicotomía negociación distributiva versus negociación integrativa puede definirse de la forma siguiente:

- a. La negociación distributiva es el marco natural de la distribución de valor. Las partes tratan de dividirse el valor existente- el ítem a distribuir se presenta como un valor fijo- siendo lo usual que cada parte pretenda conseguir la mayor porción de valor, lo que convierte el proceso de negociación en un proceso de corte adversarial y/o competitivo. Lo que una parte consiga ganar de más, la otra lo perderá¹⁵⁰.

¹⁴⁸ JONES-PATULLI, J., *Reconciling the carrot andop.cit.*, pp. 4-7. La autora evoca el trabajo de Follet, identificando tres posibles formas de gestionar el conflicto: dominación, compromiso - equivaldría al enfoque distributivo o de suma cero- e integración. Follet basaba el enfoque integrativo en cinco premisas: el conflicto es natural y potencialmente funcional, los adversarios pueden acercarse al conflicto de manera conjunta, la gestión y solución del conflicto se ve afectada por las relaciones de poder, las dinámicas interpersonales son importantes cuando se intenta negociar el conflicto y no existe la necesidad evidente de compromiso. GULLIVER, P.H., *Disputes and Negotiations.....op.cit.*, p.79. El autor, en uno de los primeros tratados sobre la negociación de disputas, ya apuntando hacia los elementos que posteriormente han configurado el enfoque negociador de resolución de problemas, aludía la posibilidad de que las partes de forma conjunta sean capaces de utilizar el proceso negociador para crear términos que permitan llegar a soluciones que ninguna de las partes contemplaba al iniciarse la negociación.

¹⁴⁹ LAX, D., SEBENIUS, J. K., *El Directivo como Negociador:.....op.cit.*, pp.27-28.

Los autores establecen la dicotomía, pero apuntan que existen procesos mixtos, que combinan tanto el intento de aumentar el tamaño de las ganancias conjuntas como una decisión sobre el modo de distribuir dichas ganancias.

¹⁵⁰ WALTON, R.E., McKERSIE, R.B., *Teoría de las Negociaciones.....op.cit.*, pp.27-28. Respecto de los conceptos y características principales de la negociación distributiva e integrativa.

- b. La negociación integrativa se orienta a intentar aumentar el valor de la sustancia o materia sobre la que se negocia¹⁵¹. Esto quiere decir que las partes deben repartirse los ítems que se negocian, si bien antes utilizan el proceso de negociación como marco de colaboración para aumentar el valor del objeto de la negociación. La creación de valor, es decir, la creación de ganancias tiene altas posibilidades de derivar de las diferencias de los intereses de los negociadores. No obstante, la diferencia de interés no es el único mecanismo para crear valor, los intereses pueden ser coincidentes, pero los recursos de cada parte diferentes, lo que debería facilitar un intercambio beneficioso para las partes que les lleve al acuerdo. También las divergencias en la valoración de probabilidades respecto de hechos inciertos, a los que las partes atribuyen un valor determinado según experiencias anteriores y pautas observadas pueden dar base a acuerdos aleatorios¹⁵². El incremento de valor del objeto de negociación puede obtenerse de diversas formas, aparte de buscando complementariedad en los ítems a repartirse, una de las tácticas puede ser la implicación de los intereses de terceras partes susceptibles de aumentar los recursos a repartir, por ejemplo comprador y vendedor pueden convencer al intermediario para rebajar su comisión y hacer el acuerdo más óptimo para las dos partes. Agregar más objetos para negociar puede ser otra forma de añadir valor¹⁵³. Respecto de las estrategias para mejorar y facilitar el proceso de

¹⁵¹ A este respecto es necesario detenerse a analizar el significado o posibles significados de la palabra valor. MENDENHALL, R.W., *Post-Settlement Settlements: Agreeing to Make Resolutions Efficient*, 1996 *J. Dis. Resol.* 81 1996, pp.81-113, pp. 82-83. (Consultado 07/04/2014). <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1996/iss1/6>

El autor señala la diferencia entre el valor monetario que se atribuye a un ítem, comúnmente es conocido como valor de mercado y es de orden cuantitativo frente al valor intrínseco que consiste en la apreciación de un ítem por valores diferentes al monetario, ambos valores pueden formar parte del valor que añadan las partes en la mesa de negociación al objeto negociado.

¹⁵² LAX, D., SEBENIUS J.K., *El Directivo como Negociador:.....op.cit.*, pp.101-136. Los autores señalan que los teóricos de los juegos y analistas con mente matemática, caracterizan a los negociadores de acuerdos con referencia a cuatro parámetros: a.- sus valores y actitudes hacia el riesgo y el tiempo representado por sus “funciones de utilidad”, b.- sus creencias y proyectos, representados por distribuciones de probabilidad, c.- lo que originalmente poseen, las llamadas dotaciones iniciales, d.- sus capacidades para producir, representadas por las funciones de producción.

¹⁵³ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op.cit.*, p. 811. LAX D., SEBENIUS J. K., *El Directivo como Negociador:.....op.cit.*, 101-129. Los autores describen el proceso de creación de ganancias conjuntas como el de búsqueda de complementariedad de valores.

creación de valor, FISHER Y URY¹⁵⁴ apuntan la conveniencia de separar los actos que sirven para pensar en la creación de valor de los que tienen por objeto la atribución del mismo.

Posteriormente, a la aportación de Walton y McKersie y en una línea similar, LAX Y SEBENIUS¹⁵⁵, diferencian a los negociadores creadores de valor y a los que reclaman valor. En su exposición se puede presuponer el paralelismo de la creación de valor con la negociación distributiva y de la reclamación de valor con la integrativa, de la misma forma que podría apreciarse una correspondencia entre la creación de valor y los enfoques no adversariales y la reclamación de valor y los enfoques adversariales. Con las teorías de estos autores, el dilema de prisionero parece sufrir una adaptación al proceso de negociación y aparece el dilema del negociador¹⁵⁶.

La posibilidad de situar un proceso negociador en uno de los ámbitos de esta dicotomía puede estar condicionado por la sustancia o materia de la negociación, es decir, por el tipo de asunto que se negocia¹⁵⁷, si bien, los negociadores tienen margen para situar la negociación en un terreno o en el otro, ya que valorar el potencial integrativo del asunto a negociar conlleva una cierta dosis de subjetividad y voluntarismo por parte de quienes negocian. En

¹⁵⁴ FISHER, R., URY, W., PATTON, B. (Editor) - *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Editorial Penguin Books, New York, p. 60. No obstante, esta sugerencia parece ya formulada por Walton y McKersie que dicen que la negociación integrativa es un proceso que se aplica a una situación de suma variable en el que una amplia gama de valores totales están a disposición de las partes, de forma que éstas no tendrán por qué preocuparse al mismo tiempo sobre la cuestión de cómo deberán distribirse el valor creado. WALTON, R.E., McKERSIE, R. B., *Teoría de las Negociaciones...op.cit.*, pp.30-31. En este sentido ELLIOT

¹⁵⁵ LAX, D., SEBENIUS, J. K., *El Directivo como Negociador:...op.cit.*, pp. 101 y siguientes. WALTON, R.E., McKERSIE, R.B.,.....*op.cit.*, pp.40-43. Eso sucede cuando se llega al punto conocido como frontera de las posibilidades o Pareto, que es el punto donde ya ninguna de las partes puede incrementar el valor del resultado que recogerá del acuerdo sin que perjudicar a la otra parte. Superada esta frontera o punto para que una parte gane la otra tiene que perder. ALLRED, K. G., *Distinguishing Best and Strategic Practices: A Framework for Managing the Dilemma between Creating and Claiming Value*, *Negotiation Journal*, October 2000 pp. 387-397. *vid.*, p. 387. (Consultado 07/12/2014).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2000.tb00766.x/epdf> 16/08/2015 El autor refiere la continua tensión entre estas dos dimensiones, la distributiva o de reclamación de valor y la integrativa o de creación de valor.

¹⁵⁶ SCHNEIDER K. A., *Teaching a New Negotiationop.cit.*,pp.22

¹⁵⁷ WATKINS, M., *Negotiating in a Complex World*, *Negotiation Journal*, July 1999, pp. 240-250. *Vid.*, en general (Consultado 10/03/2015).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1999.tb00195.x/epdf>

este sentido, BAZERMAN¹⁵⁸ explica que la idea preconcebida sobre “el tamaño inalterable del pastel” y la convicción de que los intereses de aquellos con quienes se negocian son opuestos a los propios de forma automática constituye un sesgo cognitivo que dificulta la aplicación del enfoque integrativo en casos en los que resultaría idóneo.

En realidad, las fronteras entre la negociación distributiva y la integrativa son más tenues de lo que pueda parecer a simple vista, por lo que la dicotomía distribución/integración no puede constituirse en guía orientadora infalible para los negociadores. Además, un proceso de negociación bajo patrón distributivo puede atravesar fases en las que predomine un patrón integrativo¹⁵⁹ y a la inversa¹⁶⁰.

Lo cierto es que los negociadores no se atienen de forma única a un modelo distributivo o integrativo, sino que suelen recurrir a ambos, si bien pueden preferir uno u otro según el contexto y la ocasión. En general, quienes negocian exponen en base a posiciones y lanzan amenazas, lo que es propio el enfoque distributivo, a la vez que exploran opciones y exhiben muestras de confianza, lo que es propio el enfoque integrativo. Lo paradójico es que los modelos o patrones mixtos no han sido realmente estudiados como tales y apenas han sido objeto de investigación¹⁶¹.

En el proceso de negociación, en algún momento puede surgir la tensión entre la distribución y la creación de valor y ello sucede por varias razones: en primer lugar, el proceso de creación de valor es por definición un proceso limitado, llega un momento en el que las partes, aunque lo intenten no pueden crear más

¹⁵⁸ BAZERMAN, M.H., *Negotiator Judgment, A Critical Look at the Rationality Assumption*, *American Behavioral Scientist*, Vol. 27 N° 2, November/December, 1983, pp.211-228, *Vid.*, p.216. (Consultado 06/04/2015).

<http://search.proquest.com/sire.ub.edu/docview/1306754529/fulltextPDF/58099A392E2F4188P/Q/9?accountid=15293>

El autor atribuye esta orientación de pensamiento a un entorno social competitivo- en el deporte, en la vida académica, en la industria-, lo que ocasiona que los individuos trasladen este esquema a situaciones que objetivamente no son competitivas.

¹⁵⁹ KOROBKIN, R., *A Positive Theory.....op.cit.*, p. 1791.

¹⁶⁰ El proceso de creación de valor no es infinito, ya que en algún momento se debe distribuir el valor creado. *Vid.*, *Infra*.

¹⁶¹ FELS, R.E., *Overcoming the Dilemmas in Walton and McKersie's Mixed Bargaining Strategy*, *Relation Industrielles/Industrial Relations*, vol. 53, n°2, 1998, pp. 1-27, *vid.*, p. 21. (Consultado 26/10/2013). <http://www.erudit.org/revue/ri/1998/v53/n2/005276ar.pdf>

valor¹⁶²; en segundo lugar, cuando los negociadores terminan de crear valor, inevitablemente, empieza un proceso de distribución de valor que comprenderá tanto el que existía al iniciar el proceso de negociación como el las partes han conseguido crear. El proceso de distribución del valor creado no está exento de complicación, ya que resulta complicado que los negociadores puedan medir con exactitud el valor que se ha añadido mediante la negociación integrativa, y por lo tanto que parte corresponde a cada uno. Además, puede suceder que el interés de una parte en alcanzar el acuerdo la empuje a ceder lo que podría ser su parte del surplus creado¹⁶³.

Una vez iniciado el proceso de negociación, incluso desde los primeros estadios, se puede proceder a la creación de valor a la vez que se configuran las diferentes alternativas de acuerdo, presentándose unas como más convenientes que otras a cada una de las partes, lo que provoca que el valor que se vaya creando se vaya distribuyendo, y será normal que las partes tiendan a querer apropiarse de la mayor porción posible del valor acumulado¹⁶⁴, por lo que existe el riesgo de que las partes pasen a actuar desde un enfoque no adversarial/resolución de problemas a un enfoque de corte adversarial y competitivo. Como dice MNOOKIN¹⁶⁵, al fin y al cabo, cada negociador, en primer lugar, se preocupa del tamaño de su porción, y únicamente de forma secundaria, del tamaño del pastel como todo”.

En nuestra opinión, para que los negociadores empiecen a plantearse repartirse el valor creado, no es necesario que el proceso de creación de valor haya sido completado o aprovechado al máximo, basta con que una o ambas partes

¹⁶² LAX D., SEBENIUS J.K., El directivo como negociador.....op.cit., pp. 101 y siguientes. MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op. cit.*, p.829.

¹⁶³ CRAVER, C.B., *The Inherent Tension Between Value Creation and Value Claiming During Bargaining Interactions*, 12, *Cardozo, J. Conflict Resol.*, 1, 2010-2011, pp.1-18, *vid.*, p.3. (Consultado 16/04/2015).<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore12&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>

Los negociadores para dividir el surplus deberían mostrar abiertamente cuáles son sus ítems preferidos, los intereses que subyacen en estos ítems y su grado de valoración de los mismos, pero puede ocurrir que los negociadores cuando negocian para repartir el surplus no sean transparentes.

¹⁶⁴ LAX, D.A., SEWBENIUS, J.K., “Three Ethical Issues in Negotiations” , in *What’s fair, Ethics for Negotiators*, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, p. 10. En este sentido, los autores apuntan que se trata de un problema inherente al proceso de negociación, en realidad se trata del antiguo problema de la justicia distributiva, que existe en el nivel social y en el nivel particular, por ende, en las interacciones privadas.

¹⁶⁵ MNOOKIN, R.H., *Strategic Barriersop.cit.*, p. 13

decidan cambiar su criterio en orden a obtener una porción mayor del valor acumulado, bien porque éste les parezca suficiente, sea el adecuado a sus objetivos o porque, quizás equivocadamente, piensen que ya no es posible crear más valor. Los negociadores pueden también cesar en la tarea de la creación de valor añadido, simplemente, porque no consideren óptimo invertir más recursos en el proceso de negociación.

A lo anterior, debe añadirse que existen dificultades que pueden presentarse al intentar utilizar los patrones integrativo y distributivo de forma simultánea en un proceso de negociación¹⁶⁶. Por una parte, puede resultar imposible separar en porciones lo obtenido en el proceso de creación de búsqueda de ganancias adicionales conjuntas; por otra parte, si bien los llamados *side payments*¹⁶⁷ pueden servir para crear el equilibrio que propicie el acuerdo, resultara difícil determinar si el reparto es realmente justo. Además, un negociador puede actuar respondiendo a un patrón cooperativo cuando realmente solo busca una oportunidad para ganar ventaja.

CRAVER¹⁶⁸ asume como fases del proceso negociador una fase de creación de valor seguida de una de distribución de valor, si bien sería inocente pensar que el valor creado se repartirá automáticamente entre los negociadores a partes iguales, ya que generalmente cada negociador intentara apoderarse de una porción de valor mayor que la de la contraparte¹⁶⁹. MNOOKIN¹⁷⁰ describe como negociador habilidoso al que utiliza con agilidad estrategias creativas para aumentar el valor del acuerdo y estrategias conservadoras para asegurarse una porción lo más amplia posible del valor creado, independientemente, del tamaño final del pastel.

Un negociador experto debe tener siempre en cuenta que si en el proceso negociador se emplea directamente un enfoque distributivo pudiera perderse la

¹⁶⁶ FELLIS, R.E., *Overcoming the Dilemmas in Walton and McKersie's.....op.cit.*, p.3.

¹⁶⁷ Término utilizado en el marco de la resolución de conflictos y negociación que significa pago o contrapartida para incitar al acuerdo. Generalmente presentan la forma de ayuda o preferencias en el intercambio.

¹⁶⁸ CRAVER, C.B. *The Negotiation Process*, 27 *Am J. Trial Advoc.* 271, (2003-2004), pp.272-328. *Vid.*, en general. (Consultado 26/10/2013).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad27&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/amjtrad>

¹⁶⁹ CRAVER, C.B. *The Inherent Tension.....op.cit.*, p.3.

¹⁷⁰ MNOOKIN, R.H., *Strategic Barriers.....op.cit.*, p.13.

oportunidad de crear valor, por ello es necesario asegurarse de la existencia de una fase integrativa en el proceso¹⁷¹.

En ocasiones, la naturaleza del asunto a negociar puede abocar a la negociación distributiva, pero en otras ocasiones no es así, y existe margen para que los negociadores puedan colaborar, intercambiar información e idear fórmulas que aumenten el valor del objeto de negociación. En este último tipo de negociaciones, cuando son exitosas, los negociadores terminan de negociar con más valor sobre la mesa que el que encontraron cuando empezaron a negociar. Ese valor lo han elaborado ellos mismos cooperando y haciendo así surgir nuevas oportunidades.

Lo cierto, es que tal como hemos expuesto, la creación de valor, a diferencia de lo que muchos puedan creer, se ve facilitada por las diferencias entre los negociadores, de forma que las diferencias susceptibles de crear valor pueden referirse a los recursos, a la valoración relativa de los ítems disponibles para el intercambio, a las diferencias, en las previsiones, al riesgo y al factor temporal. Aparte de las diferencias pueden darse intereses comunes o complementariedades que permitan a los negociadores añadir valor al objeto de negociación, ya que en algunos casos lo que un negociador gana no implica pérdida para el otro negociador¹⁷². Algunas veces no es posible alcanzar un acuerdo con el valor que hay encima de la mesa y una posible solución para allanar el camino al acuerdo sería la creación de más valor a repartir entre los negociadores¹⁷³.

¹⁷¹ SAVORY, J., *Styles and Effectiveness of Negotiation*, 76 *Arbitration* 3, August 2010, Chartered Institute of Arbitrators, pp. 503-513, *vid.*, p. 510.

¹⁷² MNOOKIN, R.H., *Strategic Barriers**op.cit.*, p.12.

¹⁷³ WATKINS, M., *Principles of Persuasion*, *Negotiation Journal*, April 2001, pp. 115-137., p.124. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2001.tb00231.x/epdf>.

También puede aumentarse el valor al añadir al proceso negociador más partes o una tercera parte neutral, como un mediador cuando las partes son incapaces de resolver su conflicto por sí mismas. MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View*...*op.cit.*, pp.811-812. WALLIHAN J.S., *Negotiating to Avoid Agreement*, *Negotiation Journal*, July 1998, pp. 257-268, pp. 264-265. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1998.tb00164.x/epdf>

De lo anterior podemos concluir que ambas variables- voluntad de los negociadores¹⁷⁴ y sustancia de la negociación- deben ser tenidas en cuenta.

Tal y como GALANTER Y CALLIS¹⁷⁵ dicen, las auténticas soluciones integrativas se producen en menor medida de lo deseado, pero los costes de transacción elevados dan lugar a lo que se podría llamar “soluciones integrativas débiles”. Este tipo de soluciones son las a las que las partes recurren para poder encontrar un punto de encuentro que les permita alcanzar el acuerdo y evitar más costes. En estos casos, los negociadores llegan a un pacto porque les resulta al menos más conveniente que el litigio, pero sin llegar a una solución integrativa superior.

Llegados a este punto, estimamos necesarias las reflexiones siguientes:

- a. Existen negociaciones en las que realmente se trata de distribuir el valor existente. La creación de valor, aun cuando sea posible, requiere una inversión de recursos- dinero tiempo, intercambio de información- y dicha inversión puede resultar injustificada o incluso perjudicial para alguna de las partes. Resulta obvio que cuando los recursos que se deban invertir en crear valor sean iguales o superiores al valor creado el proceso negociador como tal se habrá revelado ineficiente, aun así, no lo será para la parte que logra capturar una porción de valor creado que incorpore más de lo que ha invertido en crear el surplus.
- b. Asumiendo que podamos crear valor y que los recursos que debemos emplear en ello sean proporcionados y adecuados, llegará un momento en el que no resultara posible crear más valor y deberá iniciarse el proceso de distribución del valor creado. Teóricamente, cuando se crea valor adicional conjunto, las partes se llevarán más valor del que se hubieran llevado sin la creación del valor adicional, pero es posible que solo una de las partes consiga hacerse con el incremento y la otra se lleve el mismo valor del que se hubiera llevado en un

¹⁷⁴ Pruitt apunta que los acuerdos integrativos tienen más posibilidades de producirse cuando las dos partes adoptan un enfoque negociador de resolución de problemas. PRUITT, D.G., *Negotiation Behavior ...op. cit.*, pp. 165 y siguientes

¹⁷⁵ GALANTER, M., CAHILL, M., “*Most Cases Settle*”: *Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, 46, *Stan. L. Rev.* 1339 1993-1994, pp. 1339-1391, *vid.*, p.1377. (Consultado 04/12/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr46&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/stflr>

proceso de negociación distributiva y si a esa porción de valor se le descuentan los recursos invertidos en la creación de valor, puede que acabe llevándose menos valor del que aportó.

Respecto a la creación de valor, se hace imprescindible la reflexión del coste del valor creado, ya que si ninguna de las partes negociadoras lo asume es posible que lo asuman terceros no partes en la negociación y/o acuerdo fruto de la misma, en estos casos estamos ante lo que GILLESPIE y BAZERMAN denominan acuerdos parasitarios. Estos acuerdos incorporan un valor añadido que ha sido creado a costa de no participantes en el proceso de negociación, pero que de alguna forma pueden verse afectados por el resultado del mismo¹⁷⁶.

¹⁷⁶ GILLESPIE, J.J., BAZERMAN, M.H., *Parasitic Integration: Win-Win Agreements Containing Losers*, *Negotiation Journal*, July 1997, pp. 271-282, *vid.*, p. 274. (Consultado 12/03/2015). <http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1997.tb00132.x/epdf>

2.2 Análisis de los diferentes modelos de negociación legal

Como ya hemos explicado, por una cuestión de orden puramente metodológico consideramos útil y conveniente utilizar la polarización y/o dicotomía tan habitual entre los académicos de este ámbito para estudiar los diferentes enfoques negociadores.

Estableceremos dos modelos/enfoques y a partir de dicha dicotomía iremos analizando y clasificando las diferentes contribuciones de los académicos. Nuestra clasificación genérica, distingue entre:

- a. Modelos de orientación adversarial: competitivo/ distributivo.
- b. Modelos de orientación no adversarial: cooperativo/ colaborativo/ integrativo, de negociación por principios y de resolución de problemas.

2.2.1 Los enfoques de corte adversarial

Los albores de la doctrina sobre negociación legal están dominados por una visión del abogado en sus funciones como negociador, que no se aparta de la que se tiene del abogado en el terreno litigioso¹⁷⁷. Predomina la imagen del abogado como gladiador que defiende a ultranza los intereses de su cliente sin tener en cuenta los perjuicios que se puedan causar a la otra parte.

En estos enfoques el abogado reproduce en el proceso negociador los comportamientos propios de la defensa ante los Tribunales. Los abogados habituados al litigio ven la negociación como el segundo mejor sustituto del proceso judicial, como una versión distorsionada de la batalla que se libra en la sala de pleitos¹⁷⁸.

Desde este enfoque se contempla la negociación como un proceso de confrontación en el que la otra parte es percibida como el adversario. La

¹⁷⁷ BELOW G., MOULTON B., *The Lawyering Process: Negotiation*, The Foundation Press, Inc., 1978, *vid.*, en general.

¹⁷⁸ HYMAN, J.M., *Trial Advocacy and Methods of Negotiation: Can Good Trial Advocates Be Wise Negotiators?*, 34, *UCLA L. Rev.* 863 1986-1987 pp.863-924, *vid.*, p. 863. (Consultado 09/12/2013).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclaIr34&id=877&print=section§ion=30&ext=.pdf>

finalidad del abogado es maximizar los beneficios de su defendido partiendo de la presunción de que los intereses de los intervinientes están siempre en conflicto¹⁷⁹.

Los enfoques adversariales conciben la negociación desde una perspectiva de distribución de valor, lo que significa que el objetivo de las partes es el de distribuir o repartir el valor que está en la mesa de negociación, de forma que ambas partes compiten para obtener el mayor tramo de valor posible partiendo de la premisa de que lo que uno se lleva de más, el otro se lo lleva de menos¹⁸⁰.

En los enfoques de corte adversarial normalmente se reconocen las características siguientes:

- Los negociadores parten de la presunción de que ambos desean los mismos ítems o valores y es la escasez de estos lo que les lleva al conflicto¹⁸¹. La realidad es que las partes negociadoras pueden tener intereses compartidos, diferentes y en conflicto. La negociación suele ser una batalla librada en torno a estos últimos. Como bien dice PATTON¹⁸² se suelen pasar por alto dos cosas, en primer lugar, que lo que realmente alimenta el conflicto son los intereses idénticos que puedan tener las dos partes, en segundo lugar, parece ignorarse que los intereses compartidos y los intereses diferentes pueden ofrecer un potencial de creación de valor mediante el proceso negociador igual o incluso superior al objeto de disputa.

¹⁷⁹ ELKINS-ELLIOTT, K., ELLIOT, F.W., *Settlement Advocacy*op.cit., p.9.

Los autores explican que es frecuente que los abogados no consideren otra posibilidad que la victoria completa en la disputa, ya que han sido educados en lo que se conoce como *Zelous Advocacy*. Para estos profesionales todo lo que se sitúa entre la victoria y la derrota es "debilidad". Pero parece olvidar que incluso la norma ética dice "As advocate, a lawyer zealously asserts the client's position under the rules of the adversary system", pero ambient dice "As a negotiator, a lawyer seeks a result advantageous to the client but consistent with requirements of honest dealing with others"

¹⁸⁰ BELOW, G., MOULTON, B., *The Lawyering Process*..... op.cit., pp. 50-51.

¹⁸¹ HERMAN, G.N., CARY, J.M., KENNEDY, J.E., *Legal Counseling and negotiating: A practical approach*. (Matthew Bender & Company 2001), p.153 MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View*op.cit., p. 765. GOODPASTER, G., *A Primer on Competitive Bargaining*, J. Disp. Resol. 325 (1996), pp. 325-378, *vid.*, p.342. (Consultado 09/05/2014).

<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clr94&id=527&print=section§ion=20&ext=.pdf>, RISKIN, L.L., WESTBROOK, J.E., *Dispute Resolution*op. cit., p.87.

¹⁸² PATTON, B., *Negotiation in The Handbook*op.cit., pp.280-281.

- El objetivo es maximizar las propias ganancias sin importar que esto vaya en detrimento de la otra parte¹⁸³. El énfasis descansa en el reparto del valor no mostrándose ningún interés por la creación del mismo. En la negociación legal, generalmente, se toma como referencia de solución aceptable para las partes la que emanaría de una Tribunal.
- Los negociadores intercambian información porque es sencillamente inevitable, pero intentan suministrar la mínima posible o la presentan de forma inexacta o sesgada, de esta forma, pretenden conseguir que la otra parte se forme las opiniones y creencias que resulten más convenientes a sus intereses, a la vez que intentan conseguir la máxima información posible acerca de las verdaderas preferencias y limitaciones de la otra parte. Los negociadores hábiles se esmeran en ocultar su punto de reserva¹⁸⁴ mientras intentan conocer el de la otra parte¹⁸⁵.
- Los negociadores expresan sus deseos/aspiraciones/objetivos de forma contundente y se muestran inflexibles y reacios a hacer concesiones esperando que la otra parte las haga¹⁸⁶. Los negociadores hábiles cuando logran conocer el punto de reserva de la otra parte establecen su posición y se aferran a ella en ese punto o muy cerca de él, sin ceder, hasta que consiguen el acuerdo. Por esta razón, las soluciones tienden a concentrarse en el diferencial existente entre las posiciones iniciales¹⁸⁷.

¹⁸³ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another Viewop.cit.*, p.793.

¹⁸⁴ El Valor de Reserva o Reservation Value es el punto-normalmente puede cuantificarse en unidades monetarias- en el que el negociador será indiferente a la obtención del acuerdo. Cuando ese punto se supera o no se alcanza- eso dependerá de la posición de un negociador determinado en un proceso de negociación, el acuerdo no resultará conveniente para ese negociador. MNOOKIN ROBERT H., *Strategic Barriersop.cit.*, p.5. CRAVER, C.B., *The Negotiation Process,op.cit.*, 326. El autor dice que cuando el negociador se pregunta que pasara si no se alcanza el acuerdo, la respuesta a esta pregunta ayuda le ayuda a establecer el precio de reserva.

¹⁸⁵ WALTON, R.E., McKERSIE, R.B., *Teoría de las Negociaciones.....op.cit.*, p.225. Los autores refiriéndose a la dicotomía negociación distributiva versus integrativa, dicen que la claridad del lenguaje que resulta esencial a la negociación integrativa puede ser deliberadamente evitada en la negociación distributiva.

¹⁸⁶ LOWENTHAL, G.T., *A General Theory of Negotiationop.cit.*, pp. 75 -79.

¹⁸⁷ HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemma:op.cit.*, p.262.

- Los negociadores otorgan mucha importancia a la sustancia de la negociación y poca a la relación¹⁸⁸.
- El proceso negociador es de carácter lineal oferta-contraoferencia demanda-concesión¹⁸⁹, lo que resulta en concesiones recíprocas para buscar una solución en algún punto de la zona de acuerdo¹⁹⁰. El negociador intentará acercar el resultado del proceso de negociación a su punto de reserva.¹⁹¹ Las partes ignoran la posibilidad de explorar alternativas que puedan satisfacer plenamente los intereses de todos los participantes, de modo que el proceso tiende a alcanzar un compromiso en un punto intermedio para las dos partes dentro de la zona de acuerdo, lo que no suele dejar a las partes realmente satisfechas con el resultado¹⁹².

2.2.2 Los enfoques de corte no adversarial

En contraposición al enfoque adversarial de negociación, la doctrina ha ido elaborando una serie de alternativas que propugnan el empleo de diferentes estrategias y tácticas, así como, diferentes formas de comunicación e interacción entre los negociadores h

Los principios comunes a los enfoques y estilos de esta categoría son los siguientes:

¹⁸⁸ GOODPASTER, G., *A Primer on Competitive Bargaining*, *J. Disp. Resol.* 325 (1996), pp. 325-378, *vid.*, 326. (Consultado 09/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clr94&id=527&print=section§ion=20&ext=.pdf>

¹⁸⁹ Una descripción somera pero ilustrativa es la de FREY, M.A., *Representing Effectively Clients in an ADR Environment*, *Tulsa L. J.*, 443, (1997-1998), pp.443-462, *Vid.*, p. 447. (Consultado 15/11/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr93&id=1093&print=section§ion=57&ext=.pdf>

¹⁹⁰ La Zona de Acuerdo o *Zone of Possible Agreement* consiste en el margen que se crea entre los valores de reserva de las partes que negocian. Lo obtenemos comparando los valores de reserva de las partes, de forma que cuando entre los dos valores hay un margen existe zona de acuerdo y cuanto mayor es la distancia entre los valores de reserva más amplia es la zona de acuerdo. CRAVER, C.B. - *The Negotiation Process**op.cit.*, p. 300. GOODPASTER G., *A Primer on Competitive**op.cit.*, p.331.

¹⁹¹ BELOW, G., MOULTON B., *The Lawyering Process*:*op.cit.*, pp. 58 y siguientes.

¹⁹² MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View*.....*op.cit.*, p.771.

- La maximización de ganancias conjuntas generadas por y para todos los participantes en el proceso de negociación por encima de las individuales¹⁹³.
- La exploración de las respectivas necesidades e intereses, ya que este enfoque parte de la idea de que no necesariamente las prioridades de todos los intervinientes en el proceso de negociación son las mismas. Esta forma de proceder permite estudiar un mayor número posible de alternativas que pudieran representar las soluciones más óptimas para todas las partes¹⁹⁴. En muchas ocasiones, la oportunidad del acuerdo reside en las diferencias y no en las coincidencias de los intereses de las partes, si bien otras veces, las partes desean una idéntica distribución de los ítems a intercambiar -necesidades compartidas-o bien tiene objetivos diferentes que no implican intereses en conflicto- necesidades independientes-. LAX Y SEBENIUS¹⁹⁵ conceptúan como intereses todo aquello que pueda interesar al negociador, es decir cualquier preocupación que pudiera surgir en torno al asunto sobre el que se negocia. Se presume que el vendedor quiere cobrar la mayor cantidad posible por el objeto de intercambio y el comprador intentará pagar la menor cantidad aceptable para el vendedor. No obstante, este principio, que parece obedecer al comportamiento racional y que representa la tendencia natural del negociador a maximizar sus ganancias económicas cuenta con excepciones, ya que los negociadores pueden tener intereses que resulten prioritarios al precio a pagar o recibir, por ejemplo, que un vendedor puede preferir obtener menos precio por la propiedad si puede permanecer más tiempo en ella. Estas situaciones, muestran cuán importante resulta el análisis e identificación de los intereses subyacentes de los negociadores, tanto de los propios como de los de la otra

¹⁹³ HURDER, ALEX J., *The Lawyer's Dilemma:op.cit.*, p. 293. El autor no ve contradicción entre la utilización de estos enfoques y el deber de celo profesional del abogado, ya que con la utilización de enfoques como el de resolución de problemas el abogado busca maximizar beneficios para su cliente, lo que es consistente con el deber de lealtad. SINGER, L.R., *Settling Disputes: Conflict Resolution.....op.cit.*, p. 17. La autora señala que la búsqueda de ganancias conjuntas debe diferenciarse del compromiso que requiere a cada parte ceder, al menos parcialmente, en sus pretensiones.

¹⁹⁴ MNOOKIN, R.H., PEPPEY, R.S., TULUMELLO, A.S., *Resolver Conflictos.....op.cit.*, pp.33-37. No obstante, los intereses similares no necesariamente son incompatibles, puesto que existen intereses mutuos que propician intercambios en los que el hecho de que uno gana no significa que otro pierda.

¹⁹⁵ LAX, D., SEBENIUS, J.K., *El Directivo como Negociador:....op.cit.*, pp. 75-99.

parte¹⁹⁶. Los negociadores que utilizan estos enfoques muestran una actitud abierta y dialogante. Por supuesto, es importante exponer las propias necesidades, deseos y aspiraciones, pero lo es también escuchar los de la otra parte e intentar encontrar la forma de satisfacerlos debidamente. Los negociadores que actúan utilizando estos enfoques exponen sus argumentos de forma flexible y esperan lo mismo de la otra parte¹⁹⁷.

- Los intereses se exponen evitando utilizar un lenguaje basado en posiciones, intentado utilizar un lenguaje que refleje los intereses¹⁹⁸.
- El intercambio de información es más fluido que en los enfoques competitivos. Los negociadores son conscientes de que es necesario revelar información e indagar en los intereses subyacentes para que los intereses de todos los intervinientes queden satisfechos¹⁹⁹.
- Los negociadores otorgan gran valor a la relación²⁰⁰. Cuando la relación deba prolongarse o los encuentros entre las partes sean susceptibles de repetirse, este extremo devendrá de importancia capital. Aun así, los negociadores cooperativos, incluso en aquellas negociaciones que, en principio, únicamente deberían tener lugar una vez entre las partes trabajan concienzudamente en el cuidado de la relación, ya que son conscientes de que esta tarea es necesaria para crear confianza y buen entendimiento²⁰¹.

En relación con lo expuesto y desde el campo de la psicología, DEUTSCH²⁰², trata la dicotomía cooperación/competición, y entre otros puntos, analiza las percepciones de los que participan en el proceso. El autor refiere que quienes

¹⁹⁶ WALLIHAN, J., *Reverse Bargaining: Some Oddities that illustrate the "Rules"*, *Negotiation Journal*, July 2003, pp. 207-214, *vid.*, en general. (Consultado 09/04/2014).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2003.tb00779.x/epdf>

¹⁹⁷ HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemma:op.cit.*, p. 257. En este sentido, el autor subraya el intercambio de información y la creatividad de los enfoques de resolución de problemas.

¹⁹⁸ FISHER, R., URY, W., PATTON, B., (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, pp. 4 y siguientes.

¹⁹⁹ CRAVER C.B. *Negotiation Styles; The Impact on Bargaining Transactions*, 58- APR, *Dispute Resolution Journal*, 48, April 2003, pp. 1-5, *vid.*, p. 2. (Consultado 20/05/2014).

http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1516&context=faculty_publications

WALTON, R.E., MCKERSIE, R.B., *Teoría de las Negociaciones.....op.cit.*, 424. Los autores apuntan que quienes utilizan el enfoque de resolución de problemas alcanza el éxito a través de la franqueza.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.19-21. Los autores atribuyen a los negociadores dos tipos de intereses, los referentes a la sustancia y los referentes a la relación.

²⁰¹ LOWENTHAL, G.T., *A General Theory of Negotiationop.cit.*, p. 74.

²⁰² DEUTSCH, M., *The Resolution of Conflict:op.cit.*, pp. 29-30.

cooperan tienden a ser sensibles a las similitudes e intereses comunes y por el contrario minimizan las diferencias, lo que estimula la convergencia de creencias y valores. Respecto de quienes prefieren la competición dice que muestran mayor sensibilidad hacia las diferencias minimizando la conciencia sobre las similitudes, lo que estimula el sentido de la oposición.

2.2.2.1 La negociación por principios

Posiblemente la teoría alternativa más relevante a los enfoques de corte no adversarial es la de la negociación por principios. Este enfoque negociador cuenta con sus máximos exponentes en FISHER Y URY²⁰³.

El trabajo de estos autores supuso sin lugar a duda alguna, una revolución de la teoría de negociación que la universidad de Harvard se apresuró a abanderar²⁰⁴.

Los autores basan su concepción de la negociación en la premisa de que el conflicto no existe en la realidad objetiva, sino en la mente las personas²⁰⁵.

²⁰³ Su obra más emblemática es la ya citada reiteradamente *Getting to Yes*, datando la primera edición de 1981, la obra se reeditó en 1991 uniéndose un tercer autor B. Patton

²⁰⁴ Harvard es una de las universidades que más ha contribuido al desarrollo de las nuevas aportaciones a la teoría sobre negociación. Luban explica que el enfoque que se asocia con el modelo de Harvard, se identifica como el “PPP Paradagim”- las tres Ps son: negociación como juego de suma positiva, la optimización del Pareto, y la negociación por principios- y que también se asocia a las teorías de Fisher y Ury recogidas en su libro *Getting to Yes* y a las que Raiffa presenta en su obra *El Arte y Ciencia de la Negociación*, pero debe recordarse que ese enfoque no es el único posible y apunta la existencia de otros enfoques contraponiendo al enfoque PPP Paradigma al enfoque POP que concibe la negociación como un conjunto de técnicas manipulativas para conseguir los objetivos propios. LUBAN, D., *Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, N° 4 (Autumn, 1985), p.398-399. (Consultado 29/11/2015).

<https://www.law.upenn.edu/live/files/5142-luban---1985---bargaining-and-compromise-recent>

²⁰⁵ FISHER, R., URY, W. PATTON B. (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, pp.22-23. A sensu contrario, CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normativeop.cit.*, p.27. El autor expone que la idea de que el conflicto existe en la mente de las personas no es congruente con la resolución del conflicto en base a principios, a no ser que el único principio de la negociación por principios sea que quien piensa que está en situación de conflicto este siempre equivocado. Si los negociadores en conflicto están siempre equivocados, el conflicto no existiría, por lo que no queda claro entonces para qué y cómo utilizarían los negociadores que se creen en conflicto los otros principios. Los negociadores en desacuerdo no están siempre equivocados sobre lo que creen o desean, ya que puede ser que sus creencias y deseos estén basados en nociones irreconciliables sobre obligaciones y derechos que las habilidades comunicativas no reconciliarán por sí mismas. El enfoque de negociación por principios dice que las diferencias sustantivas suelen ser ilusorias, pero a la vez resulta que pueden ser resueltas acudiendo a criterios objetivos.

Partiendo de dicha premisa proponen un enfoque o modelo de negociación basado en los siguientes parámetros:

- La negociación por principios se basa en los intereses y no en las posiciones²⁰⁶, es decir, invita a los negociadores a no centrarse en aquellas manifestaciones que las partes realizan para hacer llegar el mensaje “de lo que desean obtener”, y les invita a investigar los intereses que subyacen, tras lo manifestado. Lo importante es averiguar las motivaciones de las partes, qué necesitan y por qué, así como, las diferentes formas en las que las necesidades pueden quedar satisfechas. Las teorías de Fisher y Ury han sido objeto de críticas y matizaciones por parte de algunos académicos. CONDLIN²⁰⁷ cree que la distinción entre posiciones e intereses no es tan evidente como pretenden los autores y sostiene que en una negociación no todas las manifestaciones relativas a intereses se expresan disfrazadas de una posición, a la vez que éstas últimas, aunque no articulen intereses pueden representar manifestaciones de éstos. Para el autor, Fisher y Ury, presumiblemente, pretenden enfatizar con la distinción entre interés y posición, lo que simplemente es la necesidad de flexibilidad en los objetivos con el fin de evitar el bloqueo del proceso negociador y el conflicto improductivo. LAX y SEBENIUS²⁰⁸ señalan que no siempre es correcto centrarse en los intereses, ya que cuando los negociadores responden a ideologías que presentan diferencias profundas, el acuerdo probablemente no será posible respecto de todos los temas que componen el conflicto o problema a solucionar. MAYER²⁰⁹ opina que posiciones e intereses no son mutuamente excluyentes, resultando la distinción algo artificial, ya que todo interés puede ser traducido a posición y viceversa.
- Inventar opciones para las ganancias conjuntas²¹⁰. Los negociadores no deben presumir que la confrontación es la única forma de relacionarse con la otra parte

²⁰⁶ FISHER, R., URY, W., PATTON, B. (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, pp. 40-45.

²⁰⁷ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence....op.cit.*, p. 29.

²⁰⁸ LAX D., SEBENIUS, J.K., *El directivo como negociador:....op.cit., vid.*, capítulo cuarto. Ejemplo dos fracciones que pretenden derrocar a un dictador, pero lo que pretenden tras derrocarlo es totalmente diferente, por lo tanto pueden llegar a acuerdos sobre las acciones a llevar a cabo para derrocar al dictador, pero los acuerdos no excederán de ese objetivo.

²⁰⁹ MAYER, B. S., *Mas Allá de la Neutralidad*, Gedisa Editorial, 2008 Barcelona, *vid.*, pp. 167-168. A mayor nivel de revelación del pensamiento y de profundidad de las motivaciones mayores posibilidades de alcanzar soluciones integrativas. Las posiciones pueden ser necesarias, ya que muchas personas las necesitan para articular sus necesidades o intereses.

²¹⁰ FISHER, R., URY, W., PATTON, B. (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, pp. 56-80.

ni que sus intereses están en conflicto de forma absoluta. Los intereses de las partes pueden estar en conflicto de forma parcial y aún en el caso de una confrontación profunda nada impide utilizar la creatividad para inventar opciones que permitan sacar el máximo partido de una situación, que en principio, solo parecía presentar desventajas. Esta visión es puntualizada por CONDLIN²¹¹ que sin nada que objetar al buen propósito de “aumentar el pastel”, estima que este ejercicio no es realmente negociar, ya que el proceso de negociación empieza cuando las diferencias deben ser reconciliadas o deben alcanzarse compromisos.

- Lo más aconsejable es insistir siempre en la utilización de estándares o de principios objetivos²¹². Se trata de que las partes presenten propuestas que sean objetivas y justas. Evidentemente esto no es tarea fácil, ya que una solución que en opinión de un negociador es justa no se lo parece en absoluto al otro. El componente humano de la negociación la convierte en un proceso donde la subjetividad es inevitable, lo que puede provocar que cada parte teniendo en cuenta sus intereses proponga “la solución” que estima justa y le resulta conveniente, pero la otra parte pueda tener una opinión diferente al respecto. Los negociadores que practican este enfoque, saben que deben regirse por estándares que ofrezcan a las partes neutralidad²¹³, sin intentar imponer lo que es justo para ellos y mostrando la capacidad de recurrir a criterios objetivos que puedan ser aceptados como justos por todos los participantes en la negociación²¹⁴. Lo cierto, es que el termino criterios objetivos puede resultar en sí mismo ambiguo, puesto que objetivo puede equivaler a neutral en el sentido de no partidario, por ejemplo, que lanzar una moneda al aire o dividir por mitades iguales pueden considerarse métodos objetivos, en el sentido de que tratan a todos por igual, pero objetivo puede también ser equivalente a justo y legítimo, y los métodos podrían consistir en reconocer los derechos de las partes que

²¹¹ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative**op.cit.*, p.31.

²¹² FISHER, R., URY, W., PATTON, B. (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, pp. 81-94 KOROBKIN R., *A Positive Theory**op.cit.*, p. 1825.

²¹³ WHITE J.J., *The Pros and Cons of Getting to Yes, Review of Getting to YES, by R. Fisher, W. Ury, J. Legal Educ.* 34 (1984), pp. 115-120, *vid.*, 115-116. (Consultado 06/03/2015). <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=reviews>

²¹⁴ FISHER, R., URY, W., PATTON B. (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, p.154.

En este sentido, los autores dicen que los criterios que resultaran más persuasivos son aquellos que atañen directamente a la cuestión a resolver, los de más amplia aceptación y los de mayor relevancia inmediata en términos de tiempo, lugar y circunstancias.

negocian utilizando normas o principios que gozan de reconocida autoridad. Además, neutralidad y justicia no son siempre lo mismo, se puede ser neutral e injusto y justo pero con sesgos. Los mecanismos neutrales que sugiere el enfoque de negociación por principios pueden presentar sesgos importantes en favor del status quo, que no siempre tiene porque ser lo más justo para todos los negociadores. Un problema añadido del “criterio objetivo” es que pueden existir varios aplicable y entonces se hará necesario elegir uno sobre los demás, por lo que los negociadores podrían entrar en un segundo estadio en el proceso de negociación, el de elegir el criterio objetivo entre los varios aplicables²¹⁵. FISHER Y URY²¹⁶ aclaran que no es necesario que los negociadores se pongan de acuerdo en designar un criterio objetivo como “el mejor”, ya que esto convertiría la negociación en imposible. De hecho, los criterios objetivos no son el fin del proceso negociador constituyen simplemente una herramienta.

- Separar a las personas del problema²¹⁷. Los negociadores deben siempre de rebatir sobre los hechos y no sobre las personas. De esta forma, siempre se protege la relación interpersonal, lo que puede resultar altamente beneficioso, en especial, entre aquellos negociadores cuya relación trasciende un proceso negociador concreto. FISHER Y URY²¹⁸ acuñaron una máxima que resume bien el concepto “Ser duro con el problema y blando con las personas”. No se trata de eludir los problemas sustantivos, simplemente, se debe conceder atención preferente a las personas para crear una buena relación al margen del acuerdo o desacuerdo²¹⁹. A sensu contrario, MENKEL-MEADOW²²⁰, sugiere que las personas no pueden separarse del problema, ya que los negociadores como personas son inevitablemente parte del problema. La misma autora indica que la evolución de la teoría de la negociación acontecida durante las dos últimas décadas ha llevado a los propios Fisher y Ury a apartarse de su premisa para reconocer que, en ocasiones, las barreras al acuerdo provienen de los

²¹⁵ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative ...op.cit.*, p. 33.

²¹⁶ FISHER, R., URY, W., PATTON, B. (Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, p.154.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 17-39.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 97-106.

²¹⁹ *Ibidem*, p.157.

²²⁰ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View....op.cit.*, p. 841.

negociadores²²¹. También CONDLIN²²² muestra reservas y se plantea que separar a las personas del problema, si bien puede ser útil para la comprensión de los intereses del otro negociador, puede también ser una táctica manipulativa si se presenta la oportunidad.

- Conocer el BATNA²²³. Nada debilita más la posición de un negociador, que acudir a la mesa de negociaciones bajo la imperiosa necesidad de alcanzar un acuerdo. Cuando un negociador cuenta con alternativas al acuerdo aumenta automáticamente su poder de negociación. Evidentemente la mayor cantidad y calidad de alternativas incrementan la posición de fortaleza en la mesa de negociación, por lo que la elaboración de alternativas no debería detenerse en la fase de preparación, ya que la información que se recabe según avance el proceso puede sugerir nuevas alternativas o variar las que ya se contemplaban. El negociador no debe centrarse únicamente en su BATNA, también es importante intentar conocer el de la parte contraria, aunque resultar especialmente complicado. La exploración de los intereses del contrario, y otras informaciones que vayan fluyendo en el transcurso del proceso negociador deben ayudar a conocer las alternativas de la otra parte, lo que puede resultar de ayuda para medir sus fortalezas y su capacidad de reacción. De hecho, el negociador que cuenta con la mejor alternativa para resolver la disputa está en mejor situación para imponer la solución que se ajuste mejor a sus intereses²²⁴.

No han faltado las críticas a las teorías expuesta por Fisher y Ury. Uno de los autores más críticos en su día, fue WHITE²²⁵, que reconociendo la gran resonancia de la obra y su utilidad práctica, destacaba su carácter más bien informativo y anecdótico, alejado de los términos académicos, percibiendo

²²¹ MENKEL-MEADOW, C., *Negotiating with Lawyers, Men, and Things: The Contextual Approach Still Matters*, *Negotiation Journal*, July 2001, pp.257-293, *vid.*, p. 285. (Consultado 26/10/2013).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2001.tb00240.x/epdf>

²²² CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normativeop.cit.*, p.28.

²²³ Acrónimo de BEST ALTERNATIVE TO NEGOTIATION AGREEMENT, traducido al español MEJOR ALTERNATIVA AL ACUERDO NEGOCIADO.

²²⁴ FREY, M.A., *Representing Clients Effectively....op.cit.*, p. 446.

²²⁵ WHITE, J.J., *The Pros and Cons of Getting to Yes, Review of Getting to YES, by R. Fisher, W. Ury, J. Legal Educ.* 34 (1984), pp.115-24, *vid.*, pp. 115-120. (Consultado 06/03/2015).

<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=reviews>

Observamos que el autor habla de resolución de problemas y no de negociación de principios que es el enfoque realmente presentado por Fisher y Ury. Entendemos que en realidad se refiere a la negociación integrativa, con independencia del enfoque en un nivel más concreto.

además, ciertos tintes excesivamente moralistas. El autor reprocha a los autores que poniendo el énfasis en los aspectos de resolución de problemas del proceso negociador se han olvidado de otros aspectos fundamentales del mismo. Además Fisher y Ury parecen asumir que cualquier negociador inteligente debe ser capaz de utilizar el enfoque de resolución de problemas, obviando las dificultades que representa la distribución de valor entre los negociadores. MENKEL-MEADOW²²⁶ señala que los autores en su esfuerzo por ser claros tienden a una excesiva simplificación que desmerece la riqueza de algunos argumentos. La autora, si bien considera el libro un instrumento útil, señala un cierto tono de “única opción correcta”, de “lo tomas lo dejas” acerca de lo que ella llama “nueva religión”. PROVIS, uno de los principales críticos al principio comúnmente aceptado en el mundo de la negociación de que se debe negociar en base a intereses y no a posiciones, recuerda la importancia de las posiciones en los procesos en los que las partes no son monolíticas, casos en los que la coherencia intraparte se convierte en una cuestión fundamental para el éxito del proceso de negociación²²⁷.

WHEELER²²⁸ reconoce que desde su aparición el libro se convirtió en el manual de base del enfoque de resolución de problemas²²⁹, no obstante aprecia inconsistencias y ambigüedades, señalando que no pocos lectores le atribuyen un tono “moralista”. El autor también encuentra discutible la idea que subyace en el libro asumiendo que deben existir unos criterios objetivos que suscriba la gente decente y encuentra esta idea difícil de sostener en las sociedades actuales, en las que se privilegian unas posiciones en detrimento de otras. El autor encuentra paradójico que después de todo, los autores basen sus teorías en un argumento utilitarista y no moral, ya que más que transmitir que existen comportamientos correctos y otros que no lo son, advierten que aquello que das

²²⁶ MENKEL-MEADOW, C., *Legal Negotiation: A Study of Strategies....op.cit.*, pp. 919-920. La autora apunta la alta popularidad en el uso del libro en universidades, a pesar de estar en principio escrito para un público no especializado.

²²⁷ PROVIS, C., Interest vs. Positions: a critique of the distinction, *Negotiation Journal*, October, 1996.

²²⁸ WHEELER, M., “Swimming with Saints/Praying with Sharks”, in *What’s fair*, Ethics for Negotiators, Edited by Menkel-Meadow, C. and Wheeler M., Published by Jossey-Bass.

²²⁹ Nosotros distinguimos el enfoque de negociación por principios del de resolución de problemas de forma clara, pese a las similitudes,

o haces es lo que recibes o te hacen. A este respecto, el mismo FISHER²³⁰ ha reconocido que una de las críticas que se ha realizado al libro con más justicia es la de no prestar atención suficiente al tema del poder en el proceso de negociación. KIRGIS²³¹, lleva a cabo el análisis de la utilización de poder en los procesos de negociación, exponiendo que la influencia que supone el poder-económico, social, conocimiento de información- puede ser ejercida frente al otro negociador de forma positiva- para la satisfacción de los intereses de la otra parte- o negativa- imponiendo consecuencias negativas-.

CONDLIN²³² entiende que el enfoque de negociación por principios propone en cierto modo, un proceso bilateral y privado de carácter adjudicativo como modelo de resolución de conflictos cooperativo, proceso en el que la autoridad de normas sustantivas es determinante para el resultado de la negociación.

Nosotros apreciamos que en el contenido de la obra pueden identificarse respuestas anticipadas de las autores a sus previsibles críticos, ya que éstos alegan que el libro no constituye un sermón de moralidad, que la negociación por principios no se basa en la pretensión de aceptar la primera solución justa que se ponga sobre la mesa ni se pretende que no se pueda obtener más de lo que otorgaría un Tribunal. Los autores dicen que su propuesta prescribe, simplemente, utilizar principios independientes para discutir la justificación de las propuestas, de modo que quienes pretenden obtener más de lo que en justicia pudiera corresponderles pueden encontrar también fuente de inspiración en el libro, eso sí, los autores muestran sus dudas acerca de la conveniencia de perseguir resultados desmesuradamente favorables en los procesos de negociación y llaman a reflexionar sobre si realmente los excesos merecen la

²³⁰ FISHER, R., *Negotiating Power: "getting and using influence"*, *American Behavioral Scientist*, Vol. 27 N° 2, November/December 1983, pp. 149-166, *vid.*, p. 149. (Consultado 10/03/2015). <http://search.proquest.com/docview/1306754481?accountid=15293> No obstante, en el este artículo, el autor admite la importancia de poder en la negociación y la influencia del equilibrio de poder entre las partes, lo que no le impide proponer formas de gestionar el poder más coherentes con los enfoques no adversariales que con los adversariales.

²³¹ KIRGIS, P.F., *Bargaining with Consequences: Leverage and Coercion in Negotiation*, 19 *Harv. Negot. L. Rev.* 69 2014, pp. 69-128, *vid.*, pp. 72-74. (Consultado 10/12/2015). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg19&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>. El autor recoge la distinción de Shell.

²³² CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence...* op.cit., p.34.

pena, teniendo en cuenta que pueden comprometer la durabilidad del acuerdo y dañar la relación con la otra parte negociadora²³³.

La influencia que las teorías formuladas por estos autores han proyectado en la teoría de la negociación resulta indiscutible, pero estimamos imprescindible señalar que algunos de los conceptos e ideas que proponen no deberían serle totalmente atribuidos. La lectura atenta de algunas obras de anterior aparición a la emblemática obra de Fisher y Ury, nos muestran que algunos autores, de una u otra forma, ya exponían algunos de los conceptos que ellos presentaron después como revolucionarios²³⁴. Pese a ello, debe reconocerse que fueron los primeros en exponer y presentar una nueva forma de negociar de forma clara y atractiva al alcance no solo de los profesionales y expertos, sino del gran público, lo que probablemente constituye su mérito más remarcable.

2.2.2.2 El enfoque de resolución de problemas

Otro de los enfoques de negociación surgidos a partir de las teorías que intentan superar el tono adversarial propio de las arenas legales es el denominado “enfoque de resolución de problemas”²³⁵. Este enfoque subordina las estrategias y tácticas a utilizar en el proceso de negociación a la identificación de soluciones que permitan contar con un mayor rango de alternativas que constituyan posibles resultados de dicho proceso²³⁶. Para que este enfoque pueda funcionar

²³³ FISHER, R., URY, W., PATTON, B.(Editor), *Getting to Yes:op.cit.*, pp.154-157.

²³⁴ GULLIVER, P.H., *Disputes and Negotiationsop.cit.*, pp. 88-107. El autor habla en un sentido extenso de las preferencias y valores- no emplea el término intereses- para sugerir superar las teorías utilitaristas, señalando que deben tomarse en cuenta los intereses de toda índole. El autor refiere también el carácter fluctuante de las preferencias y al uso de criterios objetivo. WALTON, R.E., McKERSIE, R.B., *Teoría de las Negociaciones...op.cit.*, *Vid.*, en general. También en esta obra se encuentran las ideas presentadas por Fisher y Ury en su obra *Getting to Yes*.

²³⁵ En la literatura legal estadounidense podemos encontrar la acepción “problem solving” refiriéndose a capacidades y habilidades que deben enseñar las facultades de derecho a sus estudiantes. El informe *MacCrate* -p.152- entre las capacidades que debe poseer el abogado menciona la de desarrollar y evaluar efectivamente estrategia para resolver un problema o cumplir un objetivo presentado por el cliente que emplee los servicios del abogado. El profesional debe estar familiarizado con las habilidades y conceptos de la resolución de problemas, tales como la identificación y diagnóstico del problema, la generación de soluciones alternativas y de estrategias para alcanzar dichas soluciones, el desarrollo de un plan de acción y su implementación, así como, el mantenimiento de un plan de acción en evolución abierto a nuevas informaciones e ideas.

²³⁶ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op.cit.*, p.794.

correctamente es necesario que las dos partes se muestren preocupadas por atender los intereses de la otra parte y no exclusivamente los propios²³⁷.

Los defensores de este enfoque se muestran firmemente convencidos de que colaboración entre las partes es el mejor modo de llegar al mejor acuerdo posible, de modo que puede darse el caso de que el pacto alcanzado exceda aquellos activos con los que los negociadores llegan a la mesa de negociaciones. No obstante, no siempre estos activos son igual de evidentes y la manera más eficiente de descubrirlos es el trabajo conjunto. A sensu contrario, CONDLIN²³⁸ sugiere que el trabajo conjunto de los negociadores en la búsqueda de la resolución de su conflicto también podría añadir problemas al conflicto ya existente.

MENKEL-MEADOW²³⁹ una de las más arduas defensoras de este enfoque afirma que si los negociadores adoptan el perfil adversarial se debe a percepciones subyacentes que les hacen creer de forma equivocada que el resultado de la negociación arroja necesariamente un ganador y un perdedor. Los negociadores tienden a creer que la negociación es un juego de suma cero puramente distributivo y lo que uno gana va necesariamente en detrimento del otro. Esta dinámica hace que las partes vean la negociación de forma simplificada pensando que se reduce a un intercambio, por ejemplo, mercancía-precio y que las dos partes desean necesariamente lo mismo, normalmente, dinero o un bien convertible en dinero.

El intercambio abierto, fluido y honesto de información y la identificación de intereses comunes unidos a una actitud colaboradora pueden hacer aflorar posibilidades de solución al conflicto no previstas inicialmente por los que negocian, de forma que las expectativas iniciales pueden quedar superadas²⁴⁰.

En las negociaciones legales es habitual que se tomen en especial consideración los pronósticos sobre el probable pronunciamiento de un Tribunal

²³⁷ CARNEVALE, P.J., PRUITT, D.G., *Negotiation and Mediation*, Ann. Rev. Psychol. 1992 43:531-82 pp. 532-582, *vid.*, p.552. (Consultado 09/04/2015).

<http://division.aonline.org/cm/award-winning-papers/1998-mia-carnevale.pdf>

²³⁸ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence.....op.cit.*, p. 48

²³⁹ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op.cit.*, 783-793.

²⁴⁰ HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemmaop.cit.*, p. 296.

sobre el caso, lo que supone una clara limitación a la búsqueda de soluciones alternativas²⁴¹. Un enfoque interdisciplinario de la teoría de la negociación arroja soluciones más creativas y el enfoque de resolución de problemas contempla las necesidades de los negociadores en su acepción más amplia, con la única limitación de los objetivos y las soluciones que se planteen en el proceso de negociación²⁴².

MENKEL-MEADOW²⁴³ explica que el intercambio de información se presenta como la espina dorsal de este enfoque al precisar los negociadores de mayor nivel de comunicación sobre sus necesidades y objetivos. Por este motivo, la dinámica propia de este enfoque invita a utilizar la pregunta con la finalidad de conocer mejor las necesidades de la otra parte y clarificar la información más que con la de intentar persuadir mediante argumentos a la otra parte y conseguir que acepte así el punto de vista propio. No obstante, la misma autora, admite que una inhibición excesiva en el intercambio de información puede resultar tan contraproducente como la falta de comunicación respecto a las necesidades y objetivos. De hecho, cita las investigaciones de Pruitt y Lewis en las que concluyen que no encontraron una correlación necesaria entre el libre intercambio de información y la creación de ganancias conjuntas en el proceso de negociación.

En nuestra opinión, el elemento distintivo de este enfoque consiste en enfocar la solución del problema desde una concepción amplia poniendo énfasis atender al máximo todos los intereses que puedan mostrar los negociadores. Todos los enfoques intentan resolver el conflicto y/o problema, es cierto, pero también lo es que el enfoque de resolución de problemas es el que contempla de forma más abierta y amplia los objetivos de los negociadores²⁴⁴, de forma que además de tener en cuenta el corto y el largo plazo, presta gran atención a la necesidad de que los negociadores continúen relacionándose, propicia que los

²⁴¹ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View*....*op.cit.*, 783-793.

²⁴² HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemma**op.cit.*, p. 259.

²⁴³ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View**op.cit.*, pp. 821-823, citando PRUITT & LEWIS, *The Psychology of Integrative Bargaining*, in *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, p. 170-172.

²⁴⁴ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View* ...*op.cit.*, p. 819. El enfoque de resolución de problemas expande el número de soluciones posibles conforme avanza el proceso negociador, al contrario que el enfoque adversarial que conforme avanza las restringe.

negociadores tomen en cuenta el riesgo de que el acuerdo en sí mismo pueda ser una potencial fuente de problemas, lo que conlleva prestar especial atención a asegurar el compromiso de las partes en cuanto al cumplimiento de todo lo acordado por estimar que se trata de pactos justos. En definitiva, el enfoque pretende ante todo que la negociación aporte lo máximo posible a todos los participantes en el proceso, y lo que es más difícil, sin que lo que una parte consiga sea en perjuicio de la otra²⁴⁵.

CARNEVALE Y PRUITT²⁴⁶, desde la disciplina de la psicología social, realizan significativas aportaciones útiles para entender el funcionamiento del proceso negociador y sus componentes afirmando que el enfoque de resolución de problemas, que ellos conciben como una estrategia, se fomenta en base a la combinación de la preocupación de los resultados propios y de los de la otra parte. El escaso interés por el resultado que pueda obtener la otra parte en la negociación hace que el interés por los propios resultados promueva un estilo más contencioso. No obstante, los autores apuntan que el uso del enfoque puede también obedecer a motivaciones individualistas. El negociador puede darse cuenta de que no tiene poder para conseguir que la otra parte ceda y sabe que únicamente puede conseguir lo que desea si la otra parte lo consigue también.

MENKEL-MEADOW²⁴⁷, como ya hemos indicado ardua defensora del enfoque, le reconoce ciertas limitaciones y cita entre ellas: el carácter finito de los recursos que en ocasiones hace imposible ampliar el valor de lo que se negocia, las diferencias de poder entre las partes, ya que la parte débil puede verse imposibilitada de poner este enfoque en práctica frente a un contrincante más poderoso que opta por el enfoque adversarial o la necesidad imperiosa de una de las partes de venganza o castigo. Por su parte, BELLOW Y MOULTON²⁴⁸ estiman que para que el enfoque de resolución de problemas funcione deben concurrir ciertos prerequisites: las partes deben verse motivadas a utilizarlo y para ello deben reconocer la existencia de un valor potencial que les lleve tomar la decisión de invertir tiempo y esfuerzo, así como a asumir los riesgos que

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 760-761.

²⁴⁶ CARNEVALE P.J., PRUITT, D.G., *Negotiation and Mediation.....op.cit.*, pp.552-553.

²⁴⁷ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another Viewop.cit.*, p. 829 y siguientes.

²⁴⁸ BELLOW, G., MOULTON, B., *The Lawyering Process:.....op.cit.*, p.151.

puede comportar el trato de las diferencias, especialmente, el riesgo de revelar información, además, debe tomarse en consideración que para utilizar el enfoque son necesarias ciertas habilidades y actitudes. Para CONDLIN²⁴⁹ los defensores este enfoque viven en un mundo en el que la mitad de la gente quiere la piel de la naranja para hacer un pastel y la otra mitad los gajos para comérselos, por lo que la distribución es muy fácil y deja a todos muy satisfechos, pero el mundo no funciona así, o al menos, no funciona así siempre.

Para MENKEL-MEADOW²⁵⁰, por una parte, resulta importante diferenciar este enfoque del cooperativo o colaborativo, ya que éstos se refieren a comportamientos adoptados en las negociaciones tales como mostrar más flexibilidad, revelar información o establecer buenas relaciones con el otro negociador, ello sin perjuicio de que dichas conductas resulten también adecuados para el óptimo funcionamiento del enfoque de resolución de problemas, de la misma forma que incluso a veces, se exhiben en las negociaciones adversariales para aumentar los propios beneficios²⁵¹. Lo cierto, es que la concepción del enfoque de resolución de problemas puede resultar útil en la planificación de todas las negociaciones sin importar el comportamiento que se adopte posteriormente en el curso de las mismas. Por otra parte, el enfoque de resolución de problemas puede ser considerado “primo hermano” del enfoque “negociación por principios”. La autora también hace referencia a la diferenciación entre el enfoque de resolución de problemas y la negociación por principios apunta que la principal diferencia reside en que el modelo de Fisher y Ury antepone los resultados justos y objetivos a la atención a las necesidades de los negociadores²⁵². Para CONDLIN, ambas teorías, la de negociación por principios y la de resolución de problemas, coinciden en que las necesidades reales juegan de parte de los intereses y las necesidades legales de las posiciones, abrazan la idea de que el auténtico conflicto no existe y que los

²⁴⁹ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative.....op.cit.*, p.47.

²⁵⁰ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View....op.cit.*, pp. 818-819. La autora señala que la planificación llevada a cabo en base a un enfoque de resolución de problemas puede llevar a la conclusión de que los intereses son incompatibles y aconsejar entonces el enfoque adversarial o incluso el litigio, lo que por ejemplo podría ocurrir si las dos partes pretenden una interpretación diametralmente opuesta de la ley.

²⁵¹ P. 398 El autor dice que los negociadores adversariales pueden tomar en consideración argumentos de justicia, eficiencia o durabilidad del acuerdo si piensan que ello les puede proporcionar beneficios inmediatos.

²⁵² *Ibidem*, p. 816.

enfoques de corte adversarial son malignos para negociar, además, asumen que los intereses subyacentes en las posiciones son compatibles al menos en algunas de sus manifestaciones y el negociador hábil será siempre capaz de diseñar una distribución equilibrada que deje a todos los negociadores satisfechos, de hecho la verdadera diferencia entre estos enfoques reside en el hecho de que la negociación de principios se asienta en resolver el conflicto acudiendo a criterios objetivos, lo que lleva a contar como telón de fondo con los principios normativos aceptables para los negociadores, ya sean de orden, legal, ético, o moral, mientras el enfoque de resolución de problemas cede el lugar central a los negociadores y sus necesidades e intereses, de forma que las normas de cualquier tipo son solo una herramienta más a utilizar por los negociadores, puesto que la razón de ser de este enfoque es la acción conjunta de los negociadores en la búsqueda de la solución a su conflicto. En definitiva, el enfoque de resolución de problemas se basa principalmente en el trabajo creativo de los negociadores, mientras que el de negociación por principios descansa en una concepción adjudicataria²⁵³.

2.2.3 El enfoque del mérito legal

Frente al importante auge de las propuestas de los enfoques negociadores no adversariales, pero sin tampoco significarse como enfoque adversarial, una parte de los académicos que estudian la negociación legal reclaman el papel preponderante de los méritos legales del caso.

CONDLIN²⁵⁴, posiblemente, el más paradigmático entre los autores que sostienen esta línea argumentativa, reconoce que las negociaciones de disputas legales en el transcurso del tiempo parecen haberse convertido en procesos corruptos que no descansan en el razonamiento y en los que se recurre demasiado fácilmente a planteamientos de fuerza, amenazas o engaño. Los académicos que han presentado propuestas alternativas para resolver los conflictos de forma más productiva se focalizan en la adquisición de habilidades psicológicas y sociales haciendo prevalecer la forma sobre el contenido o lo sustantivo. En definitiva, lo que el autor lamenta es que tantos estudiosos de la

²⁵³ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative.....op.cit.*, p. 39-40.

²⁵⁴ CONDLIN, R.J., *Bargaining Without Law.....op.cit.*, pp.283-290.

negociación legal se centren más en las formas que en el fondo y acaben por conceder tan escasa atención al argumento legal. Algunos parecen haber decidido que las disputas legales tratan sobre percepciones erróneas sobre los intereses de las partes y no sobre concepciones sobre los derechos que están en conflicto.

El enfoque del mérito legal viene a recordarnos que las negociaciones legales versan sobre derecho. Para que el abogado pueda sentarse en la mesa de negociaciones con posibilidades de alcanzar un buen acuerdo para el cliente, lo óptimo es contar con un buen caso, solido, con hechos que puedan ser probados y que se alineen con las pretensiones que se defienden, además, es también necesario saber identificar y esgrimir los fundamentos legales que apoyen las pretensiones. Por su puesto, las formas adecuadas, la capacidad de escuchar, la buena comunicación, la empatía con la otra parte y la capacidad de proponer soluciones creativas son siempre de ayuda.

Para CONDLIN cuando se trata de negociar sobre disputas una cuestión central es la de las distintas visiones de la ley que tienen los negociadores, de forma que si no se afrontan estas diferencias y se ignoran intentando solucionar el conflicto por otras vías, puede que se logre suprimir por un tiempo, pero difícilmente se resolverá²⁵⁵. El autor reconoce, no obstante, que los enfoques de corte no adversarial cuentan algunas ventajas, ya que evitan que los negociadores polaricen su relación, lo que puede redundar en el ahorro de recursos y sobre todo evita el bloqueo del proceso de negociación²⁵⁶. También DOCHERTY refiere que en las negociaciones legales, el poder de cada una de las partes se manifiesta con los argumentos de todo tipo a su favor y en contra, pero en el centro se encuentra el argumento legal y el abogado con capacidades negociadoras debe dominar la formulación, presentación y discusión de este argumento.

Por su parte, CRAVER²⁵⁷ se une a quienes reclaman la importancia del argumento legal explicando que los abogados en las negociaciones legales

²⁵⁵ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normativeop.cit.*, p. 46. El autor pone en duda que enfoques como el de resolución de problemas sean una panacea.

²⁵⁶ *Ibidem*, p.49.

²⁵⁷ CRAVER C.B. *The Negotiation Process,op.cit.*, pp. 310-311.

utilizan tanto los hechos para apoyar sus posiciones como las leyes, normas, jurisprudencia y doctrina legal.

A sensu contrario MENKEL-MEADOW²⁵⁸ señala que la negociación atendiendo a méritos legales puede resultar problemática, ya que cuando las partes tienen puntos de vista muy divergentes sobre los méritos del caso acaban viéndose envueltas en una argumentación improductiva que la autora estima inherente al sistema adversarial. De esta forma, puede verse minimizada una de las principales ventajas de la negociación frente al litigio, el hecho de que para llegar al pacto, no sea necesario ningún juicio a propósito de lo acertado o equivocado de los argumentos de las partes.

Una aportación especialmente interesante es la de LANDE²⁵⁹ que encuentra discutible las típicas dicotomías que hemos analizado y sugiere que en la realidad cotidiana muchas negociaciones legales no encuadran en esos enfoques. En la práctica, los abogados buscan el buen resultado para sus clientes y pactan teniendo en cuenta normas legales que producen resultados óptimos, a la vez que intentan salvaguardar las buenas relaciones entre profesionales, de forma que el intercambio de información que se produce es el que se considera adecuado para propiciar el resultado buscado. Los abogados para pactar se basan principalmente en normas como estándar principal, y entre las normas que pueden resultar de aplicación escogen las que mejor responden a las necesidades de las partes.

CONDLIN²⁶⁰ resume su punto de vista de forma escueta pero ilustrativa, al decir “que la justicia de un acuerdo estará en entredicho si una parte lo acepta sin tener consideración alguna de las cuestiones legales relevantes en ese caso”.

²⁵⁸ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View....op.cit.*, p.826.

²⁵⁹ LANDE, J.M., *Teaching Studentsop.cit.*, p. 120.

²⁶⁰ CONDLIN, R.J., “*Cases on Both Sides”: Patterns of Argument in Legal Dispute Negotiation*, 44 *Md.L.Rev.*65, 1985, pp.65-136, *Vid.* p. 82. (Consultado 13/05/2015).

<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2572&context=mlr>

“If a party accepts a settlement based on an incomplete consideration of the relevant legal claims, the justice of that settlement is in question”. Traducción de la autora.

2.2.4 Negociación legal y empirismo

La doctrina sobre negociación legal utiliza preferentemente la metodología descriptiva, y en menor medida, la prescriptiva. De hecho, no existe acuerdo sobre la prescripción de un modelo teórico completo de negociación que pueda servir de orientación de forma general a todos los negociadores. Los estudiosos de la negociación legal, a diferencia de los de otras disciplinas, han recurrido escasamente a la investigación empírica, además, las pocas investigaciones llevadas a cabo presentan carencias significativas²⁶¹. La causa de estas deficiencias provienen de diferentes factores: en primer lugar los investigadores de las ciencias jurídicas se basan preferentemente en el estudio de leyes y jurisprudencia, así como, de artículos doctrinales; en segundo lugar los datos empíricos no son normalmente requeridos incluso puede afirmarse que no son deseados y cuando se recurre a ellos es para acreditar la existencia de una situación de hecho; en tercer lugar, los estudiosos de las ciencias jurídicas cuando lo precisan suelen recurrir a los datos empíricos obtenidos por investigadores de otras disciplinas, preferentemente, de aquellas que estudian los comportamientos humanos²⁶².

²⁶¹ CONDLIN, R.J., *Legal Bargaining.....op.cit.*, p. 269 y siguientes. La mayoría de las investigaciones llevadas a cabo en el ámbito de la negociación legal se basan en cuestionarios a abogados sobre como negocian o en la toma de decisiones de estudiantes universitarios en el marco de escenarios hipotéticos, por lo que no se estima probable contar con datos realmente representativos sobre cómo se desarrolla la negociación legal en la práctica cotidiana. Es necesario ser conscientes de que los abogados no siempre negocian de la forma que creen y dicen hacerlo, por lo que las informaciones obtenidas en las investigaciones existentes al respecto podrían presentar sesgos importantes. Las investigaciones en el ámbito de la negociación legal presentan serias limitaciones, ya que existe una normal reticencia de abogados y clientes a revelar datos de negociaciones generalmente privadas y confidenciales. Si se recurre a investigaciones antropológicas in situ debe tenerse en cuenta que estos trabajos arrojan resultados a largo plazo y requieren mucha inversión de tiempo y otros recursos, además, de no producir resultados fáciles de cuantificar y ordenar de forma que los datos sirvan para proporcionar la cantidad y calidad de información que resultarían adecuados para extraer conclusiones fiables.

²⁶² HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Legal Research on Negotiation, International Negotiation*, pp. 149-164, 2005, Koninklijke Brill NV. Printed in the Netherlands. *Vid.*, en general.

La autora recoge los obstáculos y circunstancias que propician la escasez de estudios empíricos en las ciencias jurídicas en general y en la negociación legal en particular, refiriendo que los estudios empíricos no gozan de gran valoración en los ámbitos jurídicos y los investigadores no cuenta con la formación necesaria especialmente para trabajar con métodos cuantitativos. Además, obtener datos fiables de profesionales de la Aagacia no resulta fácil, ya que no existe una amplia disponibilidad del colectivo, que entre otros factores, se encuentra condicionado por deberes éticos como el de la confidencialidad, por lo que resulta especialmente complicado reunir muestras lo suficientemente amplias. Las investigaciones realizadas con muestras compuestas por estudiantes de derecho, obviamente presentan en inconveniente de estar alejadas de la experiencia real.

NEUMAN llevó a cabo una revisión exhaustiva en las dos revistas más relevantes sobre negociación legal y no puedo encontrar ningún estudio empíricos sobre como negocian y/o deberían negociar los abogados. Respecto de la negociación sobre disputas, el autor concluye que los pocos estudios existentes adolecen de la deficiencia de contar con muestras compuestas por estudiantes para llevar a cabo simulaciones sobre negociaciones que en la práctica son llevadas a cabo mayoritariamente por abogados en la cincuentena que cuentan con veinte o treinta años de experiencia profesional²⁶³.

Existen trabajos empíricos provenientes del campo de la psicología social de idónea aplicación a los procesos negociadores, pero los trabajos empíricos relativos a la negociación legal llevados a cabo por académicos de la disciplina son raros, y ello, pese a la llamada de algunos autores a emprender investigaciones en este ámbito²⁶⁴.

No obstante, contamos con dos trabajos de gran importancia que ciertamente han arrojado luz sobre los patrones de comportamiento de los abogados como negociadores. El primero de los trabajos es el de Williams, posteriormente, Schneider llevo a cabo una investigación similar, pero introduciendo algunas variaciones, ya que lógicamente al haber transcurrido más de dos décadas entre las dos investigaciones, el contexto analizado había evolucionado. Las dos investigaciones analizadas de forma individual, así como, la comparación entre las mismas, nos aportan datos significativos en orden a conocer la forma en la que transcurren los procesos de negociación legal y los comportamientos de los profesionales del derecho cuando intervienen en dichos procesos.

2.2.4.1 La investigación de Williams

Williams, en el año 1976, llevó a cabo la que puede considerarse la más relevante de las investigaciones existentes en el ámbito de la negociación legal. La importancia de su trabajo debe atribuirse a varios factores, por un lado, al

²⁶³ NEUMANN, R.K.Jr., *What We Don't Know About.....op.cit.*, pp. 154-155. El autor revisó todos los números de las revistas editados. Las revistas revisadas fueron *Harvard Negotiation Law Review* y *Negotiation Journal*.

²⁶⁴ A parte de los dos estudios analizados en este apartado, existen algunos otros, *Vid. HOLLANDER-BLUMOFF, R., Legal Research on Negotiation....op.cit.*, p. 154.

tamaño de la muestra analizada²⁶⁵ y por otro lado, al objeto de la investigación concerniendo la efectividad de los abogados estadounidenses en las tareas de negociación, sin olvidar el elemento de la novedad, ya que cuando se llevó a cabo la investigación no existían trabajos similares sobre la negociación legal. La investigación de Williams ha cobrado una especial relevancia para los teóricos de la negociación legal, sin lugar a dudas debido a la escasez de réplicas y/o investigaciones similares, lo que a la vez, constituye al menos desde un punto de vista puramente empírico, una de las mayores debilidades de dicho trabajo.

La investigación de Williams se marcaba como objetivo conocer los patrones de comportamiento de los abogados cuando resuelven los asuntos que tienen encomendados negociando. La forma en que se llevó a cabo y las preguntas que se efectuaron a los entrevistados hicieron pivotar la investigación sobre la percepción de la efectividad negociadora, especialmente, sobre la identificación de una posible correlación entre el enfoque/estilo del negociador y su eficiencia como tal²⁶⁶. Para determinar la efectividad o ineffectividad de los negociadores se identificaron y valoraron diferentes características de los negociadores.

A este respecto, la primera puntualización que debe formularse tras el análisis de la lista de atributos valorados es la de señalar que el estudio se centra preferentemente en las características personales de los negociadores, ya que en las listas de atributos utilizados encontramos, principalmente, lo que pueden considerarse rasgos de personalidad/carácter, lo que presenta mayor relación con los estilos negociadores que con los modelos o enfoques²⁶⁷.

²⁶⁵ El cuestionario fue enviado a 1.000 abogados de Phoenix escogidos al azar, se obtuvieron 351 respuestas validas, es decir el 35%. WILLIAMS G. R., *Legal Negotiation...op.cit.*, p. 138.

²⁶⁶ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiationop.cit.*, pp.15-46 y 137-147. Los abogados debían responder utilizando conjuntos de escalas para calificar las habilidades negociadoras del abogado de la contraparte en un caso reciente.

²⁶⁷ GIFFORD, D.G., *A Context-Based Theory of Strategyop.cit.*, p.47. El autor critica la investigación de Williams diciendo que tiende a desdibujar la distinción entre estrategias y estilo de negociación al usar la misma polaridad descriptiva competición versus cooperación respecto de ambos conceptos. CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence.....op.cit.*, pp.21-22. En el mismo sentido, CONDLIN, dice que Williams no distingue entre estilo y sustancia al categorizar a los negociadores como competitivos o cooperativos, y esos son distintos ámbitos en los que competir o cooperar.

WILLIAMS²⁶⁸ entrevistó a un importante número de abogados para intentar establecer si la utilización de un estilo de negociación u otro se traducían en la percepción de una mayor o menor eficacia del negociador; para llevar a cabo el estudio tomó como base la polaridad competitivo/cooperativo y el sistema empleado consistía en valorar los atributos, cualidades y defectos, de abogados que recientemente habían sido parte contraria en una negociación. Los resultados apuntan a una mayor eficacia de los abogados que utilizan el estilo cooperativo, pero también de la investigación se desprende que abogados que utilizaban estilos competitivos eran valorados como efectivos. De hecho, el estudio concluye que los dos estilos se utilizan en la práctica de manera habitual y deja patente que ninguno de ellos ostenta el monopolio en exclusiva de la eficacia.

Las conclusiones extraídas reflejan que ciertas cualidades y/o ausencia de defectos coinciden en los abogados que utilizan ambos estilos y que fueron calificados como eficaces²⁶⁹. Los negociadores exitosos de los dos grupos fueron percibidos como experimentados, éticos, confiables, honestos analíticos, realistas, convincentes y observadores de las normas de cortesía profesional, a la vez que buscaban maximizar los beneficios para sus clientes.

Un dato importante extraído de la investigación es la preponderancia de los dos estilos de negociación primarios: el competitivo y el cooperativo, de forma que solo el 11% de los entrevistados no se clasificaban en alguno de ellos²⁷⁰.

La investigación recibió ciertas críticas²⁷¹. En primer lugar, el estudio no ofrece una definición de eficacia limitándose a mencionar factores que pueden usarse para elaborar la definición²⁷²; segundo lugar, es necesario tomar en

²⁶⁸ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiation...op.cit.*, p.18. El propio autor reconoce la polaridad negociador competitivo versus negociador cooperativo podía adolecer de cierta imprecisión, ya que pueden establecerse polaridades o distinciones más afinadas, pero de todas formas la polaridad ha resultado un instrumento útil para obtener conocimiento y comprensión de como los abogados se desempeñan como negociadores.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 25 y siguientes.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.18.

²⁷¹ MENKEL-MEADOW, C., *Legal Negotiation: A Study of Strategies ...op.cit.*, pp. 912 Y 928. La autora explica que los datos se basan en observaciones hechas a posteriori y no de una observación directa del proceso negociador, las denominaciones eficaz, cooperativo, competitivo adolecen de vaguedad, de forma que cabe plantearse si la dicotomía y la polarización utilizada no responden a percepciones de los investigadores.

²⁷² CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative...op.cit.*, p.19.

consideración las opiniones recogidas son de un profesional respecto de otro profesional, de manera que la investigación no incorpora datos de los clientes ni información relativa a la percepción que éstos tienen de sus abogados y/o del abogado de la parte contraria ni siquiera de su satisfacción con el proceso negociador o con los resultados alcanzados.

A pesar de sus debilidades y teniendo en cuenta la escasez de estos estudios, el valor de la investigación resulta incuestionable para ayudarnos a entender la importancia de la elección y utilización de los diferentes enfoques en la negociación legal. La metodología puede adolecer de imperfecciones, si bien debemos apuntar que en el momento de la investigación los recursos informáticos eran más limitados de lo que son en la actualidad, aun así, la investigación cuenta con el activo de basarse en datos reales obtenidos de la práctica profesional, por lo que representó un avance importante en el conocimiento de los procesos de negociación legal. Como decíamos, debe lamentarse la escasez de réplicas y/o investigaciones de similares características²⁷³, probablemente, ello sea debido a la alta inversión de trabajo y otros recursos que requiere una investigación de esta magnitud²⁷⁴. Podemos afirmar que la conclusión más relevante que se extrae de la investigación es el hecho de que ninguno de los patrones ni el cooperativo ni el competitivo garantizan la eficacia del negociador, a pesar de que la proporción más elevada de abogados calificados a la vez como eficaces y cooperativos en la investigación sugiere que es más difícil ser un negociador eficaz y competitivo que eficaz y cooperativo²⁷⁵.

²⁷³ MENKEL-MEADOW, C., *Lawyer Negotiations: Theories and Realities- What We Learn From Mediation*, *The Modern Law Review*, May 1993 pp. 361-379, *vid.*, p. 370. (Consultado 30/04/2015).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02678.x/epdf>.

La autora refiere algunos estudios posteriores como los realizados por Hyman y Milton, que han llevado a cabo investigaciones sobre el comportamiento negociador de abogados y jueces y arrojan resultados similares a estudio de Williams.

²⁷⁴ NEUMANN, R.K.Jr., *What We Don't Know Aboutop.cit.*, p. 155.

²⁷⁵ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiation...op.cit.*, pp.18-19.

2.2.4.2 La investigación de Schneider

La autora expone varias razones sobre su motivación para llevar a cabo una investigación que puede contemplarse como una actualización la llevada a cabo por Williams con más de dos décadas de anterioridad²⁷⁶:

- Razones de orden demográfico, tales como la incorporación femenina al mundo profesional de la abogacía. Se ratificó el aumento de la presencia femenina en la encuesta como extrapolación del dato en la profesión, así como, también la de profesionales procedentes de diferentes orígenes étnicos o raciales²⁷⁷.
- La aparición y éxito de publicaciones sobre negociación legal propugnando nuevos enfoques negociadores y el auge de los ADR. Las nuevas corrientes doctrinales eran motivo de peso para actualizar los adjetivos, es decir, la terminología utilizada para realizar las valoraciones de los distintos comportamientos negociadores y los objetivos en los procesos negociadores.

La dicotomía empleada- resolución de problemas versus adversarial- fue diferente a la utilizada por WILLIAMS, competitivo versus cooperativo-. Respecto a la medición de resultados, en lugar de la metodología utilizada por Williams se empleó un sistema de clústeres que permitía aprovechar mejor las ventajas tecnológicas de la informática²⁷⁸.

La autora consideró importante ampliar los objetivos del estudio solicitando a los entrevistados una autovaloración además de la valoración que el abogado

²⁷⁶ SCHNEIDER K.A., *Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence of Effectiveness of Negotiation Style*, 7 *Harv. Negot. L. Rev.* 143 2002 pp. 143- 233, *vid.*, pp. 150-151. (Consultado 07/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=143&handle=hein.journals%2Fhaneg7&collection=journals>

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 158. Ver datos pp. 158 y siguientes. Más del 30% de los abogados que respondieron a las encuestas fueron mujeres, pero únicamente el 17.8% de abogados evaluados eran mujeres. Las minorías raciales que respondieron supusieron el 7% -3,7% de Afro-Americanos y 2.1% Hispanos. El ratio de minorías de evaluados era menor al 6% del conjunto de abogados. fueron evaluados un 6% de abogados pertenecientes a minorías raciales- Dato significativo es que la repuesta fue mayor por parte de abogados con menos años de experiencia. En cuanto a las áreas de practica eran diversas, cabe destacar que el 71% eran potenciales abogados litigantes y el 29% negociadores transaccionales.

²⁷⁸ Williams utilizo la metodología Q. El autor reconoce las limitaciones del estudio apuntado, entre otras la autoselección de los participantes, el origen de los datos que provienen de percepciones de los participantes, el hecho de que más que basarse en estándares objetivos los participantes determinaron los adjetivos subjetivamente. A lo anterior, debe añadirse que la definición de eficacia es susceptible también de aportar sesgos a los resultados de la investigación. SCHNEIDER K., A., *Shattering Negotiation Myths.....op.cit.*, p. 152-153.

debía realizar acerca del abogado que había sido contraparte en una negociación. También se consideró importante medir la formación de los encuestados respecto de mecanismos alternativos de resolución de conflictos para poder así clasificar con más criterio el perfil de los entrevistados²⁷⁹.

El estudio como técnica de valoración, establecía una escala de prioridad de adjetivos calificando a los negociadores y sus objetivos. Los negociadores valorados pertenecían a dos grupos diferentes según presentasen perfil de resolución de problemas o adversarial. Además, se evaluaron otros dos clústeres diferentes, un tercer clúster que comparaba el enfoque adversarial versus lo que la autora denominó perfil de resolución de problemas cauteloso y un cuarto clúster que analizaba el perfil de resolución de problemas genuino, el perfil de resolución de problemas cauteloso, y dos categorías de adversariales, los éticos y los no éticos²⁸⁰.

Se trataba de ver los cambios que se habían producido en el periodo de tiempo transcurrido desde la investigación de Williams. Se observó lo siguiente:

- En la investigación de Williams se concluía que los investigadores cooperativos eran más eficaces que los competitivos. En la de Schneider se concluyó que los negociadores con perfil de resolución de problemas eran también más eficaces. La lista de adjetivos utilizada para la valoración de la eficacia de los negociadores en las dos investigaciones son similares. Lo anterior pone de manifiesto que pese a la creencia del público en general que percibe a los abogados como profesionales con perfil adversarial resulta que 2/3 de estos profesionales presentan un perfil de resolución de problemas y son percibidos como altamente eficaces por sus colegas²⁸¹.
- A diferencia de lo que ocurre con el comportamiento del perfil no adversarial se observan más diferencias en la descripción del perfil adversarial entre los dos estudios. El estudio de Schneider incluía cinco nuevos adjetivos²⁸² que

²⁷⁹ *Idem*.

²⁸⁰ *Ibidem*, p.183.

²⁸¹ *Ibidem*, pp.184-186.

²⁸² *Ibidem*, p.187. En el estudio de Williams los cinco top adjetivos eran, convincente, experimentado, perceptivo, racional y analítico, en el estudio de Schneider los cinco top adjetivos fueron egoísta, exigente, ambicioso, experimentado y seguro de sí mismo. *Ibidem*, p.187.

presentaban, en general una connotación negativa, lo que significaba un empeoramiento en la percepción del perfil.

- En cuanto a los objetivos perseguidos por los negociadores se observa similitud entre los dos estudios, en el caso de perfil de resolución de problemas se añade el de contemplar los intereses de las dos partes, lo que es coherente con el concepto de la negociación integrativa²⁸³.
- Respecto a la comparación entre similitudes y diferencias de los adjetivos descriptores de los negociadores percibidos como eficaces sin tener en cuenta el estilo, en la investigación de Schneider se observa poco solapamiento entre los dos estilos, únicamente coinciden dos adjetivos, experimentado y seguro de sí mismo mientras que en la investigación de Williams se observaba un solapamiento importante, catorce adjetivos sobre una lista de veinte. La falta de solapamiento sugiere que los dos estilos han ido difiriendo a lo largo del tiempo²⁸⁴.
- Patrones de negociación y efectividad. En el estudio de Williams, el 73% de los negociadores eran percibidos como cooperativos y el 27% competitivos y en cuanto al grado de eficacia el 49% fueron percibidos como eficaces, el 38% promedio-medianos y el 12% ineficaces. En el de Schneider 64 % de los negociadores fueron percibidos como solucionadores de problemas y el 36% adversariales, y únicamente el 38% fueron calificados como eficaces el 40% promedio- medianos y el 22% inefectivos. Dado que en general, los negociadores adversariales fueron calificados como inefectivos en mayor medida, el aumento de negociadores ineficientes se debe al aumento de los negociadores estimados como adversariales. La conclusión principal extraída es que el grupo negociadores cooperativo/solución de problemas permanece estable, mientras que el grupo competitivo/adversarial se ve incrementado en número y en aumento de carga negativa en la percepción del grupo²⁸⁵.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp.188.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 187-196. En el análisis con dos clústeres más del 50% de los negociadores adversariales fueron considerados inefectivos, número creciente si se desglosan los clústeres, en el análisis con tres clústeres los negociadores adversariales inefectivos crecen al 60% y con cuatro clústeres al 75%.

La misma autora identifica las debilidades del estudio destacando que el retorno del cuestionario era voluntario, lo que implica que los entrevistados se autoseleccionaban, lo que de alguna manera era susceptible de afectar a la representatividad a la muestra. Al igual que en la investigación de Williams las respuestas se basaban principalmente en las percepciones de un abogado acerca de otro abogado, lo que no puede considerarse un estándar objetivo, ya que las respuestas eran susceptibles de proyectar cualidades propias en el abogado de la otra parte o de constituir un castigo para el otro abogado por no haber actuado de acuerdo a las expectativas del respondiente. Además, los resultados podrían estar sesgados por el concepto de efectividad de los entrevistados²⁸⁶.

2.2.5 La eficiencia de los enfoques. Elementos para la elección del enfoque

Una vez analizados los enfoques negociadores surge la inevitable pregunta de si uno de ellos es superior a los otros y por qué. La respuesta no es evidente, es más, no existe una respuesta clara y unívoca, de hecho, la contestación variará dependiendo de quién responda. Si bien, generalmente, existe por parte de los autores un alineamiento claro con un enfoque en concreto, muchos de ellos mencionan en sus trabajos los otros enfoques aduciendo que pueden tener bondades y que en determinadas situaciones y circunstancias la utilización puede estar recomendada.

En primer lugar, debemos adelantar que las instituciones académicas estadounidenses, por lo general, no se han decantado por ninguno de los enfoques y los textos que se utilizan para el aprendizaje pretenden que los estudiantes conozcan y dominen todos ellos²⁸⁷.

Es conveniente la referencia al Informe *MacCrate*²⁸⁸ sobre habilidades y valores de la profesión legal, documento que recomienda a los profesionales de la

²⁸⁶ *Ibidem*, pp.190-196.

²⁸⁷ HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemma: ...op.cit.*, p. 255. Existen excepciones como el caso de *Harvard* que como ya indicamos ha abanderado el modelo de negociación por principios y ha desarrollado programas basados en los enfoques de corte cooperativo y de resolución de problemas.

²⁸⁸ Informe *MacCrate*, *Supra*, pie página 51.

abogacía que conozcan las diferencias entre la negociación cooperativa y la competitiva, pero sin recomendar ninguno de los dos enfoques.

El análisis de la doctrina nos muestra que cada enfoque tiene sus defensores y sus detractores. Autores que defienden firmemente el enfoque de resolución de problemas como la profesora Menkel-Meadow o el de negociación e principios como Fisher y Ury muestran posiciones muy negativas con respecto los enfoques adversariales²⁸⁹. Por el contrario, observamos que defensores de sistemas de corte adversarial reconocen con más facilidad los beneficios de los enfoques de corte cooperativo o colaborativo, si bien mostrando sus reservas y señalando sus limitaciones²⁹⁰. Resulta significativa la afirmación de CONDLIN²⁹¹, que dice irónicamente, quienes son contrarios a los enfoques adversariales adoptan en sus críticas al mismo posturas que reproducen las que tanto inadecuadas les parecen.

CONDLIN, cuando enumera y analiza las nuevas aproximaciones doctrinales a la negociación legal, dice que los diferentes enfoques se superponen, se complementan y se construyen unos a otros en muchas maneras, si bien los teóricos parecen coincidir de forma general en que el modelo adversarial tradicional no es adecuado para el buen desempeño de las tareas negociadoras de los abogados²⁹². El autor estima imprescindible la distinción entre estilo y sustancia, el estilo competitivo para el autor puede resultar inapropiado, pero a la vez la competitividad es necesaria para tratar la sustancia si se quiere negociar con éxito²⁹³.

²⁸⁹ MENKEL-MEADOW, C., *Lawyer Negotiations: Theories and Realities- What We Learn From Mediation*, *The Modern Law Review*, May 1993 pp. 361-379, *vid.*, p. 367. (Consultado 30/04/2015).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02678.x/epdf>.

La autora se muestra crítica con las sugerencias de modelos negociadores que se muestran como ruta para la solución de compromiso, ya que opina que esta concepción puede impedir a las partes explorar todas las posibilidades de solución del conflicto y pasar por alto la existencia de un resultado superior.

²⁹⁰ BELOW, G.; MOULTON, B., *The Lawyering Process:op.cit.*, pp.17, 149-150. Los autores a lo largo de la obra y en los extractos de otros textos que insertan hacen referencia, sin una connotación crítica necesariamente negativa, a los enfoques no adversariales.

²⁹¹ P. 404.

²⁹² CONDLIN, R.J., *Bargaining Without Lawop.cit.*, p. 283.

²⁹³ CONDLIN, R.J., *"Cases on Both Sides": ...op.cit.*, pp.72-79.

Es obvio que un enfoque puede funcionar más adecuadamente en unos casos que en otros, por lo que la elección deberá tener en cuenta diferentes factores del contexto y las circunstancias particulares del proceso negociador²⁹⁴.

Si bien, en cada caso unos factores influyen más que otros como mínimo deben tomarse en consideración:

- La materia a negociar, es decir, los ítems importantes para las partes y número de ítems intercambiables²⁹⁵. Las negociaciones en las que únicamente existe un objeto para intercambiar parecen ofrecer a priori menos oportunidades de mejorar el resultado que las negociaciones más complejas en las que los objetos de la negociación son varios y diversos. En este último caso, el proceso negociador de tipo lineal no resulta normalmente adecuado²⁹⁶.
- El comportamiento del otro/otros negociadores²⁹⁷. A este respecto, el problema suele residir en la imposibilidad de conocer el tipo de enfoque que empleará el otro negociador hasta que las interacciones comienzan²⁹⁸. Debe también tomar en consideración que los negociadores cooperativos cuando se encuentran con negociadores competitivos, aun cuando prefieren la cooperación, actúan de forma más precavida y defensiva para evitar la explotación²⁹⁹.

²⁹⁴ WILLIAMS G.R., *Legal negotiation.....op.cit.*, p.67. ELLIOT...p. 13.

²⁹⁵ HOWARD, R., *The Art & Science..... op.cit.*, pp. 33 y siguientes. El enfoque distributivo resultará más adecuado en negociaciones entre dos partes con un único objeto escaso o indivisible.

²⁹⁶ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View.....op.cit.*, p.777.

²⁹⁷ RAIFFA, H., "Ethical and Moral Issues", in *What's fair, Ethics for Negotiators*, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, p. 15-18. El autor explica el resultado de un cuestionario sobre valores éticos que permite observar como el comportamiento de cada uno está influido por el de los demás.

²⁹⁸ GIFFORD, D.G., *A Context-Based Theory of Strategy.....op.cit.*, p. 62. El autor como fuentes para reconocer este comportamiento de la parte contraria recomienda la observación de los siguientes elementos: en primer lugar, las estrategias que se utilizan durante el proceso negociador, en segundo lugar, las que se observaron en el pasado si se ha negociado antes con la contraparte, también pueden observarse las que empleen negociadores similares, por ejemplo, abogados, negociadores de compañías de seguros, además, lo que puede resultar de utilidad es saber ponerse en el lugar de la parte contraria. GOODPASTER G., *A Primer on Competitiveop.cit.*, p.374. El autor explica que "tit-for-tat" es una estrategia utilizada para moldear el comportamiento de la otra parte. HINSHAW, A., ALBERTS, J.K., *Doing The Right Thing: An Empirical Study of Attorney Negotiation Ethics*, 16 *Harv. Negot. L. Rev.* 95 2011 pp. 95-163, *vid.*, p.133. (Consultado 01/06/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=95&handle=hein.journals%2Fhaneg16&collection=journals>

²⁹⁹ CRAVER, Ch.B. *The Negotiation Process.....op.cit.*, p. 288.

- La relación entre las partes³⁰⁰. Deberá también valorarse si es previsible que después de la negociación la relación entre las partes deba continuar.
- Las alternativas de cada parte al acuerdo negociado³⁰¹. En las negociaciones legales, dado que la alternativa por excelencia es el litigio deberán tenerse en cuenta los méritos del caso desde el punto de vista legal.
- Los marcos legales que las partes deben respetar³⁰².
- Los factores psicológicos como la aversión al riesgo y percepción del conflicto en términos de ganancias o pérdidas o el exceso de optimismo³⁰³.
- El potencial integrador de la negociación³⁰⁴.
- En definitiva, como bien señala SCHNEIDER³⁰⁵, los negociadores deben tomar en todo caso siempre en cuenta lo que la autora denomina las tres Cs: contexto, cliente y contraparte.

La doctrina, como nos apunta GIFFORD³⁰⁶, no ha conseguido establecer un ranking de importancia que sirva de guía para que los negociadores puedan priorizar la importancia de los parámetros mencionados. En materia de negociación legal, el negociador puede acudir a ciertos patrones de repetida observación en los distintos ámbitos o ramas del derecho, por ejemplo, las practicas observadas de forma cotidiana en una negociación de orden, si bien como el mismo autor apunta, en ocasiones pueden intervenir factores que hagan desaconsejable seguir las practicas o patrones más comunes.

RUBIN³⁰⁷ relaciona la eficiencia del negociador con elementos como: el conocimiento de las dicotomías que debe confrontar el negociador en el proceso

³⁰⁰ LOWENTHAL, G.T., *A General Theory ...op.cit.*, p.73.

³⁰¹ *Infra*.

³⁰² LOWENTHAL G.T., *A General Theory of Negotiation....op.cit.*, p.73.

³⁰³ BAZERMAN, M.H., *Negotiator Judgment.....op.cit.*, *Vid.* en general.

³⁰⁴ LOWENTHAL, G.T., *A General Theory of Negotiationop.cit.*, p.95-96. El autor sugiere que para negociaciones que no son de suma cero puede resultar adecuado el enfoque de resolución de problemas y para las de suma cero el competitivo. Las negociaciones en la medida que permiten añadir y combinar elementos dan más juego para el uso de enfoques y estrategias colaborativas.

³⁰⁵ SCHNEIDER K. A., *Teaching a New Negotiation.....op.cit.*, *vid.*, en general.

³⁰⁶ GIFFORD, D.G., *A Context-Based Theory of Strategyop.cit.*, p.72.

³⁰⁷ RUBIN, J.Z., *Negotiation: An Introductionop.cit.*, pp. 135-147.

de negociación, la capacidad de evitar ser seducido por las necesidades compartidas únicamente para ser bien apreciado por los otros, la habilidad de ser sensible, pero no en demasía a los movimientos y gestos de los otros. Lo cierto, es que cuando las diferencias son profundas y reales puede resultar complicado inducir al otro a negociar de forma competente, de forma que se hace necesario que el negociador cuente con la firmeza necesaria para evitar comprometerse con ciertas posiciones sin caer en la intransigencia, así como, es importante mostrarse sensible a la intensidad del conflicto como factor que puede aconsejar estrategias diferentes en cada situación.

Para WILLIAMS³⁰⁸ adoptar un estilo u otro no es tanto una cuestión de elección, y el estilo negociador de cada individuo guarda estrecha relación con su personalidad y experiencia. Si bien las investigaciones llevadas a cabo sugieren que todos podemos ser capaces de modificar el estilo negociador bajo la suficiente provocación o motivación, el autor hace algunas precisiones a este respecto: en primer lugar, apunta que los abogados deberían dedicar más atención a conseguir ser eficaces en el estilo que les es propio que a modificarlo, ya que la efectividad no es patrimonio exclusivo de ningún estilo, en segundo lugar, unas personas pueden cambiar de estilo negociador con más facilidad que otras, y no todos los individuos presentan la misma versatilidad al respecto. En el caso de los abogados cabe pensar en una tendencia a experimentar la necesidad de desarrollar dicha capacidad de adaptación de forma más pronunciada que otros negociadores al ser su función primordial la de representar intereses de terceros.

GOODPASTER³⁰⁹ nos señala la conveniencia de ser capaces de identificar y conocer ambos patrones, adversarial/competitivo y no adversarial/cooperativo, para ser capaces de reconocer el del negociador contrario. Además, como bien señala el autor, los negociadores que optan por un enfoque cooperativo pueden en ocasiones necesitar imperiosamente actuar bajo un patrón competitivo, por lo que deben estar preparados para ello.

³⁰⁸ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiation**op.cit.*, pp.41-42.

³⁰⁹ GOODPASTER, G., *A Primer on Competitive**op.cit.*, p.325. El autor subraya que el negociador que ha empleado un enfoque cooperativo para crear valor puede necesitar pasar a un enfoque competitivo para distribuir el valor creado.

2.3 Los enfoques híbridos

En la práctica, ni los enfoques ni los estilos de negociación explicados suelen darse en su forma más pura y la realidad es que a lo largo del proceso negociador, a veces una de las partes otras veces todos los participantes, van modificando sus estrategias y pautas de comportamiento en función de la situación y las circunstancias³¹⁰.

WALTON Y MCKERSIE³¹¹ presentaron como fórmula sugerente la coexistencia de la dicotomía competitividad-cooperación en el proceso de negociación basándose en la existencia de dos fases diferenciadas en el mismo. En primer lugar, se desarrolla una fase cooperativa durante la cual las partes aúnan esfuerzos para crear ganancias conjuntas, y una vez creado el valor, empieza la fase competitiva, momento en el que las partes proceden a repartirse el valor creado, intentando cada una de las partes apropiarse de la mayor porción posible del mismo. De hecho, la observación del discurrir alterno de las fases competitiva y cooperativa en el proceso de negociación, permite establecer un paralelismo con la misma descripción que los autores hacen de las fases integrativas y distributivas³¹².

Generalmente, los elementos cooperativos y los competitivos en el proceso negociador están entrelazados y así deben tratarse, si bien no resulta fácil para los negociadores la utilización de ambos, de forma que una modalidad

³¹⁰ SCHNEIDER A.K., *Teaching a New Negotiation**op.cit.*, p.23. RUBIN J. Z., *Negotiation: An Introduction**op.cit.*, pp.138-139. El autor identifica tres puntos de fricción durante el proceso negociador, de forma que los negociadores se ven confrontados a un juego de equilibrios: entre la cooperación y la competición, entre la revelación y la ocultación de información, y entre las ganancias a corto y largo plazo.

³¹¹ WALTON & MCKERSIE, *Teoría de las Negociaciones*.....*op.cit.*, 164 y siguientes. A sensu contrario, LOWENTHAL, G.T., *A General Theory of Negotiation**op.cit.*, p. 72. El autor argumenta la dificultad de la secuencia de enfoques apuntado varias razones: las tácticas propias de cada enfoque son irreconciliables, por lo que sería prácticamente imposible utilizar los dos enfoques, aunque fuera de forma secuencial en la mayoría de las situaciones, además, en el proceso de negociación no siempre es posible establecer estadios bien diferenciados y el tipo de relación entre los negociadores puede suponer un obstáculo para utilizar un enfoque en concreto. No obstante, Lowenthal, admite que competición y cooperación se dan en casi todas sino en todas las negociaciones, al tratarse la negociación de un proceso en el que las partes con intereses en conflicto buscan términos que les sean mutuamente aceptables en preferencia al no acuerdo.

³¹² *Infra*.

predomina normalmente sobre la otra³¹³. Por ello, no resulta nada extraño que un mismo negociador en un determinado proceso de negociación adopte en algunos momentos un enfoque puramente adversarial y en otros busque o reciba de buen grado la invocación de principios o se emplee a fondo en buscar soluciones creativas utilizando el enfoque de resolución de problemas³¹⁴. También PRUITT³¹⁵ habla de una secuencia de fases competitivas y cooperativas en el proceso negociador, de modo que suele darse una fase temprana competitiva donde los negociadores demuestran firmeza para que el otro negociador se mueva hacia sus intereses, pero también se intenta ofrecer alguna concesión como muestra de buena voluntad, y sobre todo, para mantener el proceso de negociación en marcha, aun así, el autor advierte que el esquema no es rígido, ya que puede suceder que en una negociación que trate diferentes asuntos, los diferentes asuntos se encuentren en estadios diferentes del proceso, de modo que es posible que la coordinación haga surgir nuevos temas que hagan a los negociadores volver al enfoque competitivo. Para HURDER, más que sucederse de forma alternativa, los estilos de negociación cooperativo y competitivo coexisten durante todo el proceso³¹⁶.

CRAVER³¹⁷ refiriéndose de modo particular y específico a los abogados, esgrime que en la realidad son frecuentes los tipos de enfoque/estilo híbridos. El autor refiere que, en ocasiones, los profesionales al darse cuenta de que el estilo

³¹³ LOWENTHAL, G.T., *A General Theory of Negotiation**op.cit.*, p.72 y p.92. El autor argumenta que el negociador no puede ser competitivo y cooperativo al mismo tiempo, ya que conceptos como confianza y desconfianza o rigidez y flexibilidad son funcionalmente opuestos, de forma que una de las opciones es siempre predominante en el proceso negociador.

³¹⁴ Buena parte de la literatura define este comportamiento como común en los negociadores. HERMAN G. N., CARY J.M., KENNEDY J. E. *Legal Counseling and negotiating: A practical approach*. (Matthew Bender & Company 2001), p.156.

³¹⁵ PRUITT, D. G., *Negotiation Behavior*.....*op. cit.*, pp.131-135.

³¹⁶ HURDER, ALEX J., *The Lawyer's Dilemma**op.cit.*, p.272.

³¹⁷ CRAVER C. B., *What makes a great legal negotiator?* *Loyola Law Review*, New Orleans, Vol. 56, 2010, pp. 101-125., *vid.*, pp.110-112. (Consultado 26/03/2014).

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1710168H CRAVER C.B., *The Impact of Negotiator Styles on Bargaining Interactions*, 35 *Am J. Trial Advc.* 1 (2011) pp.1-20., *vid.*, p.17. (Consultado 26/10/2013).

http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=faculty_publications
El autor habla de un modelo híbrido utilizado por los negociadores eficientes. Estos negociadores se comportan aparentemente de forma abierta y cooperativa, pero sutilmente emplean técnicas manipulativas para obtener un surplus y se muestran corteses y profesionales porque reconocen que este comportamiento les ayuda a conseguir sus objetivos, aunque sus oponentes piensen que actúan de forma cooperativa emplean ciertas tácticas más o menos engañosas para hacer avanzar sus intereses. Si la otra parte no llega a apreciar esta forma de interacción puede acabar concediendo más de lo que debería.

competitivo/adversarial puede resultar inefectivo optan por un enfoque que maximice los resultados conjuntos como forma de obtener los mejores resultados para sus clientes. Lo cierto es que quienes negocian suelen percibir que un proceso negociador justo produce mayor satisfacción en las partes y contribuye a mitigar la decepción por la obtención resultados menos óptimos de lo que se pudiera esperar. No obstante, estos negociadores utilizan tácticas que un partidario purista de los enfoques no adversariales blandos consideraría competitivas, ya que pueden intentar manipular de forma sutil las percepciones del oponente respecto a determinados elementos de la negociación, pero raramente recurren a tácticas engañosas. Observamos que lo que describe el autor no es una conducta puramente adaptativa, es decir, no se trata de que el negociador utilice un enfoque/estilo dependiendo de la situación, más bien describe un modelo de comportamiento en sí. El autor, en otro de sus artículos³¹⁸, basándose en los estudios de Williams y Schneider, apunta que los negociadores eficaces comparten rasgos propios tanto del modelo competitivo adversarial como del cooperativo/resolución de problemas. Todos los negociadores suelen necesitar utilizar el enfoque cooperativo para preocuparse por los beneficios que puedan dejar a la otra parte satisfecha, pero esta preocupación no es altruista, en realidad, estos negociadores se comportan así para alcanzar acuerdos que les benefician porque entienden que deben inducir a la otra parte a pactar y para ello deben ceder, de forma que la otra parte esté conforme con el acuerdo y se encuentre motivada a cumplirlo.

En una línea similar, CONDLIN³¹⁹ dice que los negociadores exitosos son los que mezclan competición y cooperación construyendo un enfoque unificado, de manera que, por ejemplo, revelan información para obtener la solución más óptima, pero sin exponerse a una vulnerabilidad desproporcionada, así como, proponen numerosas opciones sin comprometerse a adoptar las que podrían serles menos favorables.

De lo anterior, puede deducirse que en cuanto a los estilos negociador no debe descartarse la adopción de un estilo que combine la competición y la cooperación, es más, pensamos que entre el colectivo de profesionales del

³¹⁸ CRAVER C.B., *Negotiation Styles: The Impact on Bargaining...op.cit.*, pp.4-5.

³¹⁹ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normativeop.cit.*, p.11.

derecho esta opción resulta usual. HERMAN³²⁰ define la combinación de enfoques como una forma de actuar “profesionalmente amigable, de mente abierta, pero firme”, se trata de negociar de forma realista, y cuando decimos realista, recordamos que el abogado debe tener siempre en cuenta los méritos legales del caso³²¹.

MNOOOKIN, SCOTT, TUMELLO³²², exponen que si bien los negociadores suelen mostrar consistencia en la adopción de un estilo negociador, el contexto influye y provoca que muchos negociadores utilicen un amalgama de diferentes tendencias, de manera que son pocos los que se aferran a un estilo sea cual sea el contexto de la negociación.

Corroboran lo anterior, CARNEVALE Y PRUITT³²³ que explican lo que los negociadores se mueven hacia el acuerdo combinado principalmente tres estrategias que son diferentes:

- La de hacer concesiones para acomodarse a las aspiraciones de la otra parte.
- La de intentar que la otra parte conceda utilizando para ello tácticas como amenazas y advertencias de que no habrá más concesiones.
- La resolución de problemas para intentar buscar creativamente soluciones satisfactorias para todas las partes.

Las tres estrategias son de alguna forma incompatibles, por lo que el reto es como utilizarlas de forma combinada. PRUITT³²⁴ señala que dicha posibilidad presenta dificultades de aplicación que residen en las contradicciones psicológicas y prácticas existentes entre ellas. Ello conlleva que la elección de una estrategia haga la elección de una de las otras poco probable, a la vez que las condiciones que llevan a la elección de una estrategia concreta disminuyen la probabilidad de adoptar las otras.

³²⁰ HERMAN, G. N., CARY J.M., KENNEDY J.E. Legal Counseling and negotiating.....*op.cit.*, p. 159.

³²¹ *Infra*.

³²² MNOOOKIN, R.H., SCOTT, R.P., TUMELLO, A.S., *The Tension Between Empathy and Assertiveness*..... *op.cit.*,p. 127.

³²³ CARNEVALE P.J., PRUITT, D.G., *Negotiation and Mediation*.....*op.cit.*, pp.538-539.

³²⁴ PRUITT, D. G., *Negotiation Behavior**op.cit.*, pp. 15-16

Puntualizando lo anterior, LOWENTHAL³²⁵ señala que pasar de un enfoque a otro en un mismo proceso negociador, si bien, puede resultar muy conveniente no es una maniobra exenta de dificultades. De entrada, resultara difícil al negociar escoger enfoque que mejor se adapta a cada momento, y un error en este sentido, puede provocar el bloqueo del proceso negociador. Para el autor, usar los dos enfoques de forma combinada dificulta enormemente utilizarlos en su puridad, especialmente, cuando solo negocian dos personas, y la negociación se desarrolle en un breve espacio temporal.

La importancia de la elección de enfoque y estilo negociador a adoptar es incuestionable. El negociador deberá decidir en función de varias variables- contexto/tipo de negociación, tema a tratar, capacidades y características personales-. Lo cierto es que si decidir el estilo negociador a seguir puede ser una decisión difícil, llevarla a la práctica puede resultarlo todavía más. La adopción de un enfoque y/o estilo de negociación supone que el negociador debe actuar conforme a determinadas estrategias, aplicar determinadas tácticas y seguir ciertos patrones de comportamiento, lo que puede no resultar fácil por diferentes razones, ya que es posible que el negociador no cuente con los suficientes conocimientos – sobre estrategias, tácticas etc...-, o que no posea la suficiente experiencia para ponerlos en práctica. Otro elemento que puede dificultar la elección y puesta en práctica del enfoque y/o estilo de negociación son las dificultades de la identificación y comprensión del comportamiento de la otra parte, especialmente, cuando el negociador desea actuar con reciprocidad.

³²⁵ LOWENTHAL, G.T., *A General Theory of Negotiation.....op.cit.*, pp.93-94.

2.4 La doctrina sobre negociación legal en España

En España, la enseñanza de la negociación legal no cuenta con una amplia difusión. En cuanto a la doctrina, el panorama es comparable a un páramo desierto y la poca literatura que podemos encontrar se limita a traducciones de libros provenientes de EEUU, por cierto poco numerosas si se tiene en cuenta la extensa producción existente, o algunas obras sobre negociación en general.

En el ámbito de la negociación general aparte de las traducciones de libros extranjeros, generalmente estadounidenses, encontramos escasas aportaciones. PONTI³²⁶ ha escrito un libro de bolsillo en el que basándose en dos parámetros- el intereses de los negociadores muestran por la relación y el que muestran por el resultado- establece como tipos de negociación: la acomodaticia, la colaborativa, la de compromiso, la evitativa, y la competitiva. En realidad esta clasificación es una forma de identificar, clasificar y analizar los diferentes estilos y enfoques de negociación sin discriminar entre ambos conceptos. En definitiva, más que profundizar en el estudio de los elementos del proceso de negociación, el autor expone consejos prácticos propios de este tipo de obras.

Por su parte, OVEJERO BERNAL³²⁷, desde el campo de la psicología nos habla de los modelos explicativos de negociación racional o matemáticos y modelos conductuales, ya tratados en esta tesis. En referencia a los estilos de negociación establece la distinción entre los patrones competitivos y los cooperativos distinguiendo también entre la negociación distributiva y la integrativa y mostrando su preferencia por los enfoques cooperativos. Observamos que el autor incluye en el patrón cooperativo enfoques como el de negociación por principios y el de resolución de problemas, sin profundizar en diferenciaciones que a nosotros nos resultan imprescindibles. El texto ilustra sobre estrategias negociadoras desde una perspectiva psicológica. En relación con el objeto de nuestra tesis, el autor incluye un brevísimo capítulo sobre formas de intermediación en el conflicto desde el punto de vista legal. Nos ha

³²⁶ PONTI, FRANC, Los Caminos de la Negociación- Personas, estrategias y técnicas-, Eada Dirección, 2008.

³²⁷ OVEJERO BERNAL, A., Técnicas de Negociación, como Negociar Eficaz y Exitosamente. McGraw-Hill/interamericana de España, S.A.U., 2004.

parecido especialmente interesante y enriquecedor el análisis del autor sobre los aportes de la psicología social para la comprensión del conflicto y de los procesos de negociación, especialmente, porque las teorías sobre el conflicto han sido escasamente tratadas en la literatura sobre negociación legal.

FONT BARROT³²⁸ refiere la teoría de los juegos como base de la teoría de la negociación. El autor se basa en la clasificación de juegos de suma cero y juegos de no suma cero para explicar que los primeros constituirían los casos de puro conflicto, es decir, las situaciones en las que necesariamente para que un jugador pueda ganar otro tiene que perder, mientras que en el extremo opuesto se situarían los juegos de suma no cero representado por las situaciones de pura coordinación en las que ambos jugadores ganan o pierden conjuntamente, y por lo tanto, tienen preferencias idénticas respecto del resultado³²⁹, de forma que entre los dos extremos se hallarían los juegos mixtos de conflicto y cooperación que son también juegos de suma positiva, pero con una correlación imperfecta de las preferencias respecto del resultado, siendo en el marco de este último patrón donde existe espacio real para la negociación.

Una de las aportaciones, breve pero destacable es la de GOMEZ-POMAR³³⁰ que también ofrece una sucinta explicación de lo que la teoría de los juegos ha significado para la disciplina de la negociación. El autor define y ofrece algunas explicaciones sobre los conceptos básicos de la teoría de la negociación. En cuanto a los enfoques y estilos negociadores, se refiere ampliamente a la negociación por principios propugnada por Fisher y Ury y también describe brevemente los estilos negociadores que define como la actitud que las personas adoptan frente al conflicto, siguiendo la clasificación de Shell: acomodación, compromiso, evitación, cooperación y competición.

³²⁸ FONT BARROT, A. Negociaciones: entre la cooperación y el conflicto, Grijalbo Mondadori cop, Barcelona, 1997. El autor se basa en la reformulación de la tradicional teoría de los juegos efectuada por SCHELLING sobre la clasificación de los juegos de suma cero y suma no cero. Como obra de referencia cita SCHELLING, Thomas. The strategy of Conflict, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980.

³²⁹ Nos permitimos observar que para que exista esta cooperación, es decir una coordinación entre los negociadores es necesaria la información acerca de las preferencias del otro.

³³⁰ GOMEZ-POMAR, J., Teoría y técnicas de negociación, Editorial Ariel 2ª Edición 2004.

GARCIA RAMIREZ³³¹ contribuye con un brevísimo libro que se centra en ofrecer consejos para una correcta y eficiente relación entre abogado y cliente cuando el abogado debe negociar el asunto que se le ha encomendado

BAHAMONDE COSTAS³³² aporta un breve manual con algunos consejos explicados de forma muy llana y accesible. El autor presenta la negociación como un proceso más beneficioso que el litigio, aunque sin profundizar en las razones que justifiquen tal preferencia. Además, afirma que los abogados deberían negociar más, premisa con la que no estamos necesariamente de acuerdo, y negociar mejor, premisa que compartimos. Se refiere a los estilos negociadores mencionando: el cooperativo y concesivo, el formalista, el diplomático, el impositivo o posicional, el dirigente o colaborador, el indiferente y el de ganar/ganar o principios, calificando este último como el más beneficioso. En las explicaciones que acompañan la clasificación se refiere esencialmente a las características personales de los negociadores.

FERNANDEZ BALLESTEROS³³³ en un completísimo manual sobre modalidades de resolución de conflicto, trata de la negociación, mediación, peritaje conciliación y transacción. Es una obra muy amplia que trata exhaustivamente las modalidades mencionadas, de modo que permite conocer en un nivel técnico-legal la función negociadora de los profesionales de la abogacía en el marco de los procedimientos procesales, así como, la interacción de los procesos de negociación legal en los procesos judiciales. No obstante, la obra se centra en el plano descrito sin ocuparse del estudio de la teoría sobre la negociación legal.

MORENO, SERRANO Y VERNENGO³³⁴ en un completo manual sobre habilidades que debe poseer el abogado prestan especial atención a tres modalidades de resolución de conflictos: la mediación, el arbitraje y la

³³¹ GARCIA RAMIREZ, J., Estrategia de negociación práctica para abogados: análisis de las técnicas de negociación para facilitar más y mejores acuerdos, 2ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 2007.

³³² BAHAMONDE COSTAS, E., Técnicas de negociación en los despachos de abogados, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2014.

³³³ FERNANDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., Avenencia o ADR: negociación, mediación, conciliación y transacciones, Td. Iurgium, Madrid, 2013.

³³⁴ MORENO TARRES, E., SERRANO AMADO, R., VERNENGO PELLEJERO, N.C., Asesoramiento y habilidades profesionales del Abogado: especial consideración a la mediación, arbitraje y conciliación, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

conciliación, abordando de manera menos profunda la negociación legal. En el capítulo dedicado a la negociación, Moreno analiza los estilos negociadores basándose en la clasificación propuesta por Shell: el evitador, el equitativo, el complaciente, el competidor y el colaborador o resolutivo. En la obra se apuntan las características personales como elementos que definen el estilo de negociación, pero sin abordar concepto de enfoque de negociación. El autor dedica amplia atención al sistema de negociación por principios de Fisher y Ury.

ESTADELLA DEL PINO³³⁵ aporta un manual de habilidades generales del abogado enfocado al litigio que también contiene algunas referencias útiles a la negociación como actividad del profesional de la abogacía. Nos han parecido útiles las referencias relativas a la elección del abogado entre litigio y negociación para resolver los casos encomendados³³⁶.

Además de las obras mencionadas pueden encontrarse algunos artículos doctrinales que guardan relación con la negociación legal y que aparecen referidos a lo largo de esta tesis, especialmente, se trata de textos que tratan el funcionamiento de la negociación integrada en el sistema procesal, pero sin contener referencias a la teoría de la legal ni a los enfoques que hemos tratado en este capítulo.

³³⁵ ESTADELLA DEL PINO, JORDI, *El abogado eficaz: como convencer, persuadir e influir en los juicios*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

³³⁶ *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

Capítulo Tercero

La negociación legal y la relación de agencia

3.1 La negociación legal y la relación de agencia

Como ya hemos expuesto en el texto de esta tesis la intervención de la figura del abogado en la negociación legal es uno de sus elementos distintivos esenciales³³⁷. En EEUU, la relación abogado-cliente es considerada como una relación de agencia, con las consecuencias legales que de ello se derivan. Como estudiaremos en la parte segunda de esta investigación, en España, no se utiliza el mismo término para calificar la relación abogado-cliente, lo que no significa el que dicha relación no presente características similares a las que presenta en EEUU, simplemente, el tema ha sido abordado desde otras perspectivas y atendiendo a otras denominaciones.

La relación de agencia, que reviste carácter fiduciario, tiene lugar cuando una persona, el principal, manifiesta su consentimiento a otra persona, el agente, para que actúe en su nombre y sujeto a su control, a su vez, que el agente acepta el encargo para actuar. La doctrina estadounidense considera la relación abogado-cliente como uno de los más paradigmáticos ejemplos de relación de agencia, si bien reconociéndole cierta singularidad debida en buena medida a la función de cooperación con de la Administración de justicia que desempeña la abogacía³³⁸.

La operativa y dinámica de la relación abogado-cliente que interesa a nuestro estudio es la de los procesos de negociación legal. Como característica general podemos señalar que en los procesos de negociación legal el abogado gestiona numerosos intereses, y no únicamente como pudiera parecer a simple vista, los de su cliente frente a los de la otra parte. En primer lugar, también existe una dinámica entre los intereses del abogado y los del cliente, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que en numerosas ocasiones los abogados pertenecen a firmas legales, por lo que también entrarán en juego los intereses de la organización que, eventualmente, podrían diferir de los del propio abogado y/o de los del cliente, además, el profesional debe también gestionar sus intereses propios con respecto a los de la otra parte, en especial con los del otro agente,

³³⁷ MENKEL-MEADOW, C., *Legal Negotiation: A Study ...op.cit.*, p. 930.

³³⁸ DeMOTT, DEBORAH H., *The Lawyer as Agent.....op.cit.*, 301.

es decir, el otro abogado³³⁹. A todo lo anterior, debe añadirse que, en ocasiones, el abogado deberá también considerar los intereses de terceros, que sin ser parte en el caso, pueden verse afectados por la forma en la que se resuelva.

Un esquema sencillo³⁴⁰, pero esclarecedor sobre la relación de agencia en el proceso negociador es el ofrecido por PRUITT³⁴¹ que describe a cada parte y su agente como un grupo en el que existe un canal de comunicación, al mismo tiempo, el agente establece otro canal de comunicación con el otro agente que, a su vez, se comunica con su cliente. A través de la comunicación de sus dos representantes, los dos clientes se comunican también. El autor apunta también que los representantes interactúan en un periodo de tiempo que puede ser más o menos extenso, comparten posiciones similares, y a menudo se establecen entre ellos lazos relacionales, que en ocasiones pueden contribuir a resolver el conflicto. El agente, en este caso el abogado, representa los intereses de su cliente frente a la otra parte, así como, también debe representar los puntos de vista de la otra parte frente a su cliente³⁴².

A las aportaciones anteriores debe añadirse un factor que estimamos de suma importancia, el de ausencia de supervisión en el proceso de negociación. Observamos que en el marco del litigio el proceso está dirigido por el Juez, de forma que las pautas de actuación del abogado aparecen claramente definidas, por el contrario, en el contexto negociador no ocurre así, ya que la supervisión del juez desaparece, de manera que la relación y por tanto, la comunicación del

³³⁹ FARROW TREVOR C.W. *The Negotiator-as-Professional: Understanding the Competing Interest of a Representative Negotiator*, 7 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 373 2007, pp.373-400, *vid.*, pp. 376-396. (Consultado 24/03/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/pepps7&id=379&print=section§ion=20&ext=.pdf>

³⁴⁰ Debemos apuntar que el esquema que propone Pruitt se refiere a una negociación entre dos partes, pero entendemos, que puede extrapolarse a una relación multiparte.

³⁴¹ PRUITT, D. G., *Negotiation Behavior ...op.cit.*, p. 41. LANDE, JOHN M., *Teaching Students....op.cit.*, p.122. El autor señala que, de hecho, el primer estadio del proceso de negociación tiene lugar entre el abogado y cliente cuando negocian la aceptación y términos de la representación en el caso. WALTON, R.E., MCKERSIE, R. B., *Teoría de las Negociaciones Laborales...op.cit.*, *Vid.*, en general. Los autores, se refieren a las negociaciones que se dan lugar entre una parte en el proceso de negociación como "intra-organizational bargaining".

³⁴² MNOOKIN R.H., PEPPE R.S., TULUMELLO A.S., *Resolver Conflictos....op.cit.*, 21-22. Los autores señalan que de la misma forma que las relaciones entre los abogados de las partes pueden beneficiar el proceso de negociación constituyendo un canal de comunicación que los clientes no son capaces de establecer entre sí, puede darse el caso de que, al margen de la relación que pueda existir entre los clientes, sea la relación entre los abogados la que entorpezca el proceso de negociación.

abogado con otros integrantes del proceso negociador distintos al cliente se desarrollan de forma más libre y espontánea en comparación con el procedimiento judicial.

FARROW³⁴³ ofrece una visión amplia sobre lo tratado señalando que el abogado como negociador debe lidiar al menos con cuatro set de intereses diferentes:

- a. Los intereses del cliente.
- b. Los propios intereses del agente/abogado.
- c. Los intereses legales o éticos. Se espera del abogado que discierna con precisión lo legal de lo ilegal, además, como profesional está obligado a respetar un código ético.
- d. El interés público. A este respecto, el autor subraya que los profesionales de la abogacía debe tener en cuenta el interés general con respecto de los resultados de un acuerdo negociado.

La literatura se ha basado principalmente en modelos que centrados en los intereses del cliente, lo que presenta varios problemas. En primer lugar, el planteamiento no es realista dado que los intereses del agente, en este caso el abogado, no siempre se alinean con los del cliente y por lo tanto, existe la posibilidad de que no sean los intereses del cliente los que primen. En segundo lugar, si el abogado se centra únicamente en atender los intereses del cliente sin contemplar los de la otra parte, resultará poco eficiente en aquellas negociaciones en las que se intentan utilizar enfoques negociadores alternativos al enfoque adversarial³⁴⁴.

De hecho, la tensión susceptible de surgir entre los intereses del principal y del agente se constituye en una de las principales características de los procesos de negociación donde intervienen agentes, como es el caso de la negociación

³⁴³ FARROW TREVOR C.W., *The Negotiator as Professional.....op.cit., vid.*, en general. El autor recuerda que los nuevos enfoques de negociación sugieren que debe superarse la visión del abogado como defensor celoso de los intereses del cliente de forma exclusiva. La práctica de enfoques de corte cooperativo o de resolución de problemas invita a tener en cuenta los intereses de la otra parte. Además, puede ser conveniente tener en cuenta otros intereses como los que pueden existir dentro de la organización a la que pertenece el cliente.

³⁴⁴ *Idem*.

legal. MNOOKIN, SCOTT Y TUMELLO³⁴⁵ califican o denominan las divergencias entre los intereses del principal y el agente, en el caso de las negociaciones legales abogado y cliente, como los costes de la relación de agencia.

DOCHERTY Y CAMPBELL³⁴⁶ apuntan que los conflictos entre principales y agentes influyen en las negociaciones entre partes pudiendo poner incluso el acuerdo en peligro, de la misma manera que lo que ocurra en la mesa de negociaciones entre las dos partes negociadoras influye las relaciones entre el principal y el agente, de modo que para cada parte existen dos procesos de negociación que transcurren paralelos e interconectados.

A continuación, en los próximos apartados analizaremos las diferentes tensiones que pueden surgir entre los intereses del abogado y el cliente en el curso de las negociaciones legales.

³⁴⁵ MNOOKIN R.H., SCOTT R. P., TUMELLO A.S., *The Tension Between....op.cit.*, p. 218.

³⁴⁶ DOCHERTY, J. S., CAMPBELL M. C., *Teaching Negotiators To Analyze Conflict Structure and Anticipate Consequences of Principal-Agent Relationships*, 87 *Marq. L. Rev.* 655 2003-3004, p. 655-664, vid., p. 658. (Consultado 12/03/2013).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=665&print=section§ion=28&ext=.pdf>

3.2 Las tensiones abogado-cliente y la relación de agencia

Para una mayor concreción y claridad expositiva estimamos metodológicamente oportuno establecer tres ámbitos en los que la relación de agencia entre el abogado y su cliente es susceptible de presentar tensiones:

- a. El de la gestión de la información.
- b. El de los incentivos.
- c. El del enfoque/estrategias a adoptar.

3.2.1 La gestión de la información

La gestión de la información en el proceso negociador es una moneda de dos caras: por un lado, el negociador debe ser capaz de reunir aquellas informaciones sobre la otra parte que le son necesarias para tomar las decisiones que sirven mejor a sus intereses, por otro lado, debe tener la habilidad de revelar únicamente aquellas informaciones que le resulten convenientes sobre los propios intereses.

Es obvio, que la intervención del abogado en la negociación condiciona de forma importante la gestión de la información. Por ello, decidir quién estará presente en la mesa de negociaciones es una decisión de suma importancia. Las modalidades a este respecto son numerosas: los abogados pueden acudir sin los clientes, los clientes pueden asistir con abogados para que les apoyen y aconsejen si lo necesitan, pero tomando ellos un papel activo en la negociación, o por el contrario, el abogado puede asumir el protagonismo y el cliente, simplemente, estar presente para ratificar³⁴⁷.

Los conocimientos especializados del abogado lo hacen apto para discriminar la información relevante de la que no lo es, especialmente, a efectos legales, pero a su vez, la intervención del abogado se convierte en el filtro del proceso de comunicación pudiendo dificultarla, si bien, debería ser al contrario. Los abogados pueden centrarse demasiado en tratar de impresionar a sus clientes

³⁴⁷ FREY M., A., *Representing Clients Effectively.....op.cit.*, pp.468-462.

en vez de focalizar todos los esfuerzos en una comunicación eficiente con la otra parte³⁴⁸.

En la práctica es frecuente que una buena parte del proceso de negociación, sea llevada a cabo únicamente por los abogados sin presencia o intervención directa de los clientes, bien mediante reuniones personales, conversaciones telefónicas o intercambio de correspondencia y correos electrónicos, de modo que posteriormente, los abogados deberán transmitir al cliente lo sucedido en proceso negociador³⁴⁹.

Cuando los abogados acuden sin sus clientes a las negociaciones cobra especial relevancia la comunicación intraparte abogado-cliente que deberá tener lugar de forma previa y posterior a las interacciones entre partes. En estas situaciones, en las que probablemente no hay comunicación entre los clientes, el abogado se convierte en puente de transmisión de la información.

La ausencia del cliente en la mesa de negociación puede ser una táctica deliberada, ya que permite al abogado aducir que es necesaria la consulta y ratificación, lo que permite dar esperanza a la parte contraria sin asumir un compromiso³⁵⁰. CRAVER explica que es frecuente que los abogados prefieran la ausencia del cliente en la mesa de negociación para evitar que éste con sus intervenciones pueda facilitar información que el abogado prefiere no revelar en ese momento. El riesgo de una intervención inoportuna del cliente no se evita fácilmente con preparación, ya que la información puede ser expuesta también mediante comunicación no verbal, más difícil de controlar que la verbal.

El abogado es fuente de información vital para el cliente, le ilustra sobre sus derechos y los de la otra parte, le explica cómo podría desarrollarse el caso ante un Tribunal, así como, sobre las alternativas disponibles para resolver el

³⁴⁸ MENDELSON G. *Lawyers as Negotiators*.....*op.cit.*,p. 143.

³⁴⁹ WILLIAMS G.R., *Negotiation as a Healing**op.cit.*,p.10.

³⁵⁰ CRAVER, C.B., *Effective Legal Negotiation and Settlement*, New Lexis Pub, 7th Edition, 2012, p.219. El autor matiza que la regla puede tener excepciones y en ocasiones puede ser beneficioso que el cliente de la parte contraria pueda desahogar sus emociones facilitando de esta forma el desarrollo del proceso negociador.

conflicto³⁵¹. A su vez, el cliente es la fuente de información que puede permitir al abogado vislumbrar todo el elenco de soluciones. El cliente debe exponer sus ideas y al abogado le corresponde explorar las soluciones adecuadas para resolver el problema del cliente, así como, analizar las consecuencias legales de las posibles alternativas³⁵².

Si bien la lógica más elemental puede llevar pensar que existe siempre un intercambio total de información entre el abogado y el cliente, no es así necesariamente. La deficiencia de información puede producirse en dos direcciones, del cliente al abogado y del abogado al cliente e incluso en ambas direcciones de forma simultánea.

En el primer caso, el cliente puede no proveer al abogado de toda la información necesaria por diferentes motivos:

- Por desconocimiento o ignorancia.
- Por sesgo emocional que impide al cliente el análisis lógico de la situación³⁵³.
- Por una deficiente dinámica en la interacción entre abogado y cliente.
- Por la propia dinámica interna de la parte negociadora cuando está integrada por varias personas o grupos. Si el principal son varias personas o una organización puede no haber acuerdo sobre objetivos o concesiones a realizar que resulten aceptables³⁵⁴.

³⁵¹ MNOOKIN R.H., KORNHAUSER L., *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale L.J. 950 1978-1979, pp. 950-997, *vid.*, p. 985. (Consultado 08/02/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=950&handle=hein.journals%2Fylr88&collection=journals>

³⁵² MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View ...op.cit.*, p.801. RENO, J., *Lawyers as Problems-Solvers; Keynote Address to the AALS*, 49 J. *Legal Educ.* 5, 1999, pp. 5-13, *vid.*, p.10. (Consultado 02/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=5&handle=hein.journals%2Fjled49&collection=journals>. Como bien dice RENO "los buenos abogados escuchan, realmente escuchan, y dan seguimiento a lo que escuchan. Escuchan no solo lo que se dice, sino también lo que no se dice".

³⁵³ *Supra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

³⁵⁴ LAX D., SEBENIUS, J. K., *El Directivo como Negociador:op.cit.*, pp.327-334.

- Por omisión voluntaria del cliente. En este último caso la omisión puede ser una táctica del cliente que prefiere que el abogado desconozca ciertos datos, por ejemplo, su precio de reserva³⁵⁵.

Sin obedecer a una táctica u ocultación intencionada, la falta de fluidez en la comunicación o comprensión entre principal y agente o la falta de acuerdo claro entre las personas que componen una parte pueden provocar que el abogado acuda a la mesa de negociación sin haber alcanzado la comprensión necesaria sobre los intereses y objetivos del principal. Las deficiencias en la identificación por parte del abogado de las prioridades del cliente son susceptibles de impedir que no se alcance el acuerdo pretendido aun siendo factible e incluso puede darse el caso de que la incorrecta interpretación del agente conduzca a un acuerdo apartado de los objetivos y preferencias del principal.

La falta de fluidez de la información también puede darse en dirección abogado/cliente. La información deficiente del abogado al cliente sobre el caso se debe normalmente a la adopción de un patrón de relación según el cual la toma de decisiones descansa en el profesional con participación mínima o escasa del cliente³⁵⁶.

Se hace necesario recordar que el abogado está obligado por la norma deontológica a mantener al cliente debidamente informado sobre el caso que le ha encomendado y el incumplimiento de este deber puede acarrear una sanción disciplinaria al profesional³⁵⁷. No obstante, la comunicación es un fenómeno complejo, y fácilmente pueden darse situaciones en las que el cliente estime no estar debidamente informado, sin que ello llegue a constituir una infracción deontológica.

En las negociaciones legales uno de los principales riesgos que corre el principal, es el de quedar vinculado o comprometido con un acuerdo que no le resulta aceptable. Esta situación puede darse especialmente cuando no se han

³⁵⁵ LEGA, C., Deontología de la Profesión de Abogado, Civitas Monografías, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, 1983, p. 87. El autor explica que, en ocasiones, el cliente actuando de mala fe oculta la verdad a su defensor. El cliente puede pensar que si hace creer al abogado que es inocente o que tiene razón, el abogado le defenderá mejor.

³⁵⁶ *Infra*.

³⁵⁷ *Infra*. Parte Tercera. Capítulo Tercero.

facilitado al abogado instrucciones precisas o se la ha otorgado poder/autoridad para negociar y alcanzar el acuerdo sin necesidad de la ratificación del principal. En estos casos, la divergencia de criterios entre principal y agente o la falta de comprensión o atención por parte del agente a los intereses o preferencias que hubiera podido expresar el cliente pueden frustrar las expectativas que éste último ha depositado en el proceso negociador. Estas situaciones pueden darse más fácilmente cuando el abogado no ha sido elegido o designado directamente por el cliente, situación que analizaremos en uno de los apartados que siguen y que hemos titulado, las “relaciones de agencia cautivas³⁵⁸”.

Al respecto del papel clave de la comunicación entre abogado y cliente en la gestión del caso, WILLIAMS³⁵⁹ evoca una investigación realizada en Phoenix, Arizona, en la que fueron estudiados ciento cincuenta casos. En dicho estudio, al preguntar a los profesionales entrevistados sobre las razones por las que los casos analizados acabaron en litigio se concluyó que el acuerdo negociado no fue posible en más de un 50% de las ocasiones a causa de la deficiente comunicación entre abogado y cliente.

3.2.2 La gestión de los incentivos

El abogado es un profesional que presta sus servicios a cambio de una remuneración, los denominados honorarios profesionales. La retribución del abogado puede llevarse a cabo de acuerdo a diferentes modalidades, pero no existe una libertad total, al menos no en todos los ordenamientos jurídicos, ya que las corporaciones a las que pertenecen estos profesionales pueden establecer restricciones al respecto. Existen diversos sistemas para compensar a los abogados por los servicios que prestan: honorarios contingentes o condicionales, honorarios por horas, por trabajo realizado, salario, o la combinación de diferentes modalidades³⁶⁰.

³⁵⁸ FISS, O.M., *Against Settlement*, 93 *Yale L.J.* 1073 1983-1984, PP. 1073-1092, *vid.*, 1078. (Consultado 05/06/2014)

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr93&id=1093&print=section§ion=57&ext=.pdf>

³⁵⁹ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiationop.cit.*, p.59. Los abogados entrevistados indicaron que el acuerdo no fue posible debido a la falta de disposición de alguno de los clientes.

³⁶⁰ *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

La modalidad retributiva es un factor susceptible de crear tensiones entre los intereses del principal y los del abogado. El interés del profesional no será el mismo si factura por horas, si cobra por actuaciones realizadas o si cobra un porcentaje de lo que obtenga el cliente³⁶¹.

No obstante, los incentivos del Abogado no siempre se miden por las ganancias económicas que puede reportar un caso en concreto. Los intereses del abogado en un caso pueden manifestarse de muy diversas formas, ya que aparte de obtener una cantidad lo más elevada posible en concepto de honorarios, el interés puede estar focalizado en otros aspectos, tales como, la reputación profesional que puede aportar defender de un caso determinado, el reconocimiento como especialista en una disciplina jurídica concreta, el interés en crear una relación especialmente cordial con el abogado de la otra parte o

³⁶¹ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement**op.cit.*, p.20. LAX D., SEBENIUS, J. K., *El Directivo como Negociador:op.cit.*, pp.327 y siguientes, GALANTER, M. CAHILL, M., “*Most Cases Settle*”:*op.cit.*, p.1364. Los autores explican que cuando el abogado recibe honorarios en función de un porcentaje puede capturar una proporción desmesurada de los ahorros que supone el acuerdo frente al litigio. MNOOKIN, R.H., *Negotiation Settlement and the Contingent Fee*, 47 *DePaul L. Rev.* 363 1997-1998, pp.363-370, *vid.*, pp.365-367. (Consultado 02/04/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/deplr47&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/deplr.365-367>. MENDELSON G., *Lawyers as Negotiators*,*op.cit.*, p.140-142. El autor destaca que, generalmente, el abogado que factura honorarios por horas no estará muy motivado por alcanzar un acuerdo, más bien le interesará prolongar su trabajo en el caso, por el contrario, si el abogado percibe un porcentaje de lo que se obtenga, esta modalidad de retribución podrá motivarlo a alcanzar el acuerdo negociado, ya que puede maximizar sus beneficios al resolver los casos rápidamente. Del mismo modo, la motivación del abogado hacia el acuerdo aumenta cuando trabaja bajo la modalidad de contrato de servicios legales de tarifa fija/periodicidad. PHILLIPS G.F., *The Obligations of Attorneys to Inform Clients About ADR*, 31 *W. St. U.L. Rev.* 239 2003-2004, pp. 239-263, *vid.*, p. 254. (Consultado 14/12/2013).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=239&handle=hein.journals%2Fwsulr31&collection=journals>. El autor alude al conflicto de interés que puede condicionar al abogado al asesorar al cliente sobre la conveniencia de recurrir a mecanismos alternativos al litigio como medios de resolución de conflictos. GOMEZ LIGUERRE, C., RUIZ GARCIA, C.ALB., *Honorarios de abogados, competencia y pacto de quota Litis, Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008, (JUR 2008/2800; MP: Eduardo Espín Templado, InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Febrero 2009, *Vid.*, pp.8-9. (Consultado 01/06/2015).

http://www.indret.com/pdf/615_es.pdf. Los autores exponen de forma sucinta, pero clara las modificaciones que la norma deontológica española ha experimentado al respecto de la posibilidad del establecimiento de honorarios de profesionales de la Abogacía en base al sistema de *quota Litis* estimando que este sistema aporta como ventaja que el abogado intente maximizar el resultado para el cliente al salir también beneficiado en términos económicos y no solo reputacionales. No obstante, puede darse el caso de que el abogado prefiera una transacción como solución rápida y poco costosa, aunque su porcentaje también disminuya, por lo que no debe descartarse que el pacto *quota litis* pueda provocar conflictos de intereses entre abogado y cliente. A este respecto, *vid.*, SALVADOR CODERCH, P., ABC.....*op.cit.*, pp.12-12.

en labrarse una reputación como negociador entre la comunidad legal o sector de actividad empresarial o económica³⁶².

El abogado puede experimentar preferencias más o menos marcadas por litigar, o al contrario, por negociar. En unas ocasiones el profesional puede estar deseoso de llevar un caso a las arenas contenciosas, mientras en otras la preferencia puede ser la resolución del asunto de la forma más simple y rápida posible, lo que se traducirá en una preferencia por el acuerdo negociado. Debe tenerse en cuenta que resolver los asuntos negociando propicia que el abogado pueda trabajar en un mayor número de asuntos³⁶³.

Lo anterior aconseja que los clientes estudien con atención la modalidad de incentivos para recompensar a su abogado que mejor alineen los intereses del profesional con los propios, especialmente, en cuanto negociar o litigar³⁶⁴, si bien en todo caso, el abogado, en virtud de la diligencia profesional debida al cliente, está obligado a tomar la elección más adecuada dejando de lado preferencias personales³⁶⁵.

Al cliente le interesa obtener el máximo beneficio o el mínimo perjuicio a sus intereses según su posición en el caso. El beneficio o perjuicio puede ser de orden económico, pero existen otras posibilidades, ya que el cliente puede estar expuesto a ver erosionada su reputación en un determinado ámbito, sus intereses pueden centrarse en la creación de un precedente a tener en cuenta por terceros o la prioridad principal consiste en dañar lo menos posible la relación con la otra parte. La obligación del abogado es atender de la forma más diligente posible los intereses prioridades y preferencias expresados por su cliente, siempre dentro de los límites legales.

Uno de las cuestiones que se plantean en la relación de agencia, es el hecho de que el agente puede estar más comprometido con el hecho de obtener un

³⁶² MENDELSON GARY, *Lawyers as Negotiators*.....*op.cit.*, pp.140-141. COCHRAN R. F., Jr., *Legal Representation and The Next Steps Toward**op.cit.*, p. 835. BUNDY S. McG., *The Policy in Favor of Settlement*.....*op.cit.*, pp.20-21.

³⁶³ WILLIAMS G. R., *Legal Negotiation**op.cit.*,p.11.

³⁶⁴ MENDELSON G., *Lawyers as Negotiators**op.cit.*, p.150. En el mismo sentido respecto de los agentes en general ver LAX D., SEBENIUS, J. K., *El Directivo como Negociador*:*op.cit.*, p.327-334.

³⁶⁵ PIERSON, WELCOME D., *The defense Attorney and Basic Tactics*, in *The Lawyer as a Negotiator*, EDWARDS H. T. WHITE J. J., St. Paul Minn. West Publishing CO, 1977, pp. 222.

acuerdo como objetivo *per se* que con el contenido del mismo³⁶⁶, lo que puede provocar que ante la prioridad del agente por cumplir con el encargo de llegar a un acuerdo dejen de explorarse de forma adecuada las alternativas al mismo, ya que de entrada nunca debe descartarse que exista una alternativa más ventajosa que el acuerdo que previsiblemente se podría alcanzar. Debemos recordar que el objetivo del proceso negociador no es la obtención del acuerdo a cualquier precio³⁶⁷, de forma que si el abogado alcanza un acuerdo menos conveniente a alguna de las alternativas disponibles le estará haciendo un flaco favor al cliente, además, de actuar con negligencia.

GROSS³⁶⁸ apunta que en EEUU la posibilidad de remunerar al abogado mediante el sistema de tarifas contingentes permite pleitear a muchos demandantes que no podrían permitírsele de no poder acogerse a dicha modalidad de retribución. Recordemos que los honorarios contingentes implican que el cliente solo deberá satisfacer los honorarios del abogado en el caso de que prevalezca en el juicio. Resulta también un incentivo importante para el cliente no realizar ningún desembolso anticipado, ya que es frecuente la anticipación por parte del abogado de los gastos que genere la preparación del caso, recuperándolos cuando presente su minuta. Este sistema puede resultar especialmente motivador para el cliente al inclinarle a pensar que sus intereses y los del abogado que le defiende convergen, lo que puede redundar en una defensa de mayor calidad.

Entre los factores que pueden influir en la decisión del abogado de negociar o litigar debe tomarse en consideración la importancia económica del asunto, la complejidad del caso, así como, la incertidumbre acerca de lo que podría resultar si se recurre a un procedimiento contencioso³⁶⁹.

FARROW³⁷⁰ apunta que aparte de los incentivos económicos, el nivel de aversión al riesgo del abogado puede influir en su recomendación de litigar o

³⁶⁶ LAX D., SEBENIUS, J. K., El Directivo como Negociador:*op.cit.*,p.330.

³⁶⁷ PATTON, BRUCE, "Negotiation" in The Handbook.....*op.cit.*, pp.285-286.

³⁶⁸ GROSS, S.R., *We Could Pass a Law.... What Might Happen of Contingent Legal Fees Were Banned*, De Paul L. Rev. 47, no. 2 (1998): 321-346, vid., p. 322.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=138480

³⁶⁹ COCHRAN, R.F. Jr., *Legal Representation and The Next Steps Toward**op.cit.*, p.835.

PIERSON, W. D., *The defense Attorney and Basic Tactics*.....*op.cit.*, p.237.

³⁷⁰ FARROW TREVOR, C.W., *The Negotiator as Professional*.....*op.cit.*, pp.384-385.

negociar. LAX Y SEBENIUS³⁷¹ afirman que la incertidumbre del agente acerca de los precios de reserva del principal provoca que el agente aumente el suyo propio. En otras palabras, el agente tiende a incrementar sus propias aspiraciones cuando acude a la mesa de negociación sin saber con razonable certitud cuales son los límites de su cliente en la negociación, es decir, sin conocer la demanda mínima u oferta máxima dependiendo de la posición en el caso. De lo anterior, cabe deducir que la práctica de ocultar a los agentes las verdaderas pretensiones puede no resultar acertada.

Con la finalidad de hacer prevalecer sus intereses, el abogado puede incluso favorecer, ya sea consciente o inconscientemente, un acuerdo que se alinee mejor con sus propios intereses que con los del cliente, de forma que el incremento de los beneficios del agente derivados del acuerdo represente el detrimento de los del cliente³⁷².

3.2.3 La tensión sobre el enfoque/estilo de negociación

De la misma forma que los abogados se suelen adherir a un enfoque/estilo de negociación, los clientes también muestran preferencias en este sentido, por lo que puede darse la situación en la que abogado y cliente tengan opiniones muy divergentes en cuanto a las estrategias y tácticas negociadoras a adoptar en el proceso de negociación. El profesional debe ser consciente de los problemas que puede provocar esta diversidad de opiniones para poder gestionarla de forma que no entorpezca la relación con el cliente³⁷³.

Recordemos que la relación abogado-cliente se desarrolla con un subproceso dentro del proceso de negociación, la dinámica de dicho subproceso resultará más complejo cuantas más personas integren una parte y cuantas más personas

³⁷¹ LAX, D.A., SEBENIUS, J.K., *Negotiation through an Agent*, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 35, N°3, September 1991 pp. 474-493, *Vid.*, p.492. (Consultado 09/12/2013). http://www.jstor.org/stable/173975?seq=1#page_scan_tab_contents

³⁷² LAX, D.A., SEBENIUS, J.K., *El Directivo como Negociador*:*op.cit.*, p. 327-334.

³⁷³ WILLIAMS G. R., *Legal Negotiation**op.cit.*, p.62. El autor explica que si bien su investigación no ofrece resultados en cuanto a los estilos de negociación de los clientes otros estudios sugieren que éstos adoptan como los abogados patrones negociadores de corte cooperativo o competitivos/agresivos.

por alguna razón se vean o puedan verse afectadas por el proceso negociador o puedan ejercer influencia en el mismo³⁷⁴.

El abogado, como agente, debe emplear estrategias y tácticas con las que se sienta cómodo, lo contrario podría restar al abogado la credibilidad necesaria para conducir con éxito la negociación, lo que acabaría comprometiendo la consecución de los mejores resultados de los que el profesional es capaz. El abogado, además, debe mantener sus criterios de interpretación de la norma ética a la que está sujeto, lo que condiciona también su comportamiento³⁷⁵. Lo cierto es que la obligación del abogado con el cliente es la de mostrar competencia a nivel sustantivo, si bien ello no debe afectar a la libertad de éste para elegir su estilo negociador³⁷⁶.

Los académicos, basándose en diferentes investigaciones, concluyen que en los procesos negociadores en los que intervienen agentes se observa una tendencia de los mismos a adoptar un enfoque de negociación adversarial y/o estilo competitivo, si bien las instrucciones precisas del principal o cliente al respecto pueden variar esta tendencia³⁷⁷.

WALTON Y McKERSIE³⁷⁸ estiman que el grado de autoridad otorgado a los agentes puede influir en el enfoque o modelo de negociador que estos adoptan, de manera que la falta de información sobre hechos, preferencias y objetivos reales o sobre los umbrales de reserva del principal restará posibilidades al desarrollo de negociación integrativa y/o enfoque de resolución de problemas. Los autores sostienen que la carencia de información que normalmente va

³⁷⁴ BELOW, G., MOULTON, B., *The Lawyering Process**op.cit.*, p.18.

³⁷⁵ CRAVER, C.B., *Negotiation Ethics: How to Be**op.cit.*, p. 733.

³⁷⁶ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative**op.cit.*, p.77.

³⁷⁷ PRUITT, D.G., *Negotiation Behavior**op.cit.*, 44-45. El autor después de revisar diferentes investigaciones llevadas a cabo a cerca de las estrategias y tácticas de los agentes en la negociación concluye que cuanto más empeño ponen éstos en agradar a sus principales o clientes menos conciliadores se muestran. De la misma forma, el autor también señala que los agentes se muestran menos conciliadores en las circunstancias siguientes: cuando deben responder de forma importante frente al principal- por ejemplo podrían perder su pertenencia a un grupo-, cuando tienen menor status que el principal, cuando el principal muestra desconfianza y cuando son observados por el principal. GOODPASTER, G., *A Primer on Competitive**op.cit.*, p.376.

³⁷⁸ WALTON, R.E., McKERSIE, R. B., *Teoría de las Negociaciones**op.cit.*, pp.222-223.

acompañada de limitaciones en la autoridad concedida al agente privilegia el desarrollo de los modelos distributivos frente a los integrativos³⁷⁹.

A este respecto, es probable que los abogados puedan fomentar la similitud entre el proceso negociador y el litigio, así como, que sean más proclives que los clientes a utilizar determinado tipo de estrategias, pero también es cierto que puede aportar racionalidad a las negociaciones, ayudando a las partes a identificar resultados satisfactorios y asegurándose de que los pactos se ajustan a la legalidad³⁸⁰.

Cuando el abogado adopta un enfoque negociador de corte cooperativo, el interés en alcanzar un acuerdo justo para todos los intervinientes y afectados podría ser interpretado por el cliente como un descuido en la defensa de sus intereses siendo relativamente fácil que aparezca la sensación de que la solución negociada ha resultado menos favorable de lo que hubiera podido ser si el abogado hubiera adoptado un enfoque negociador más competitivo³⁸¹. No obstante, PRUITT³⁸² señala que la buena sintonía entre los dos agentes o representantes puede contribuir a solucionar un conflicto que sin la intervención de éstos sería intratable.

En el ámbito de las negociaciones legales debe tomarse en consideración que los agentes o representantes de las diferentes partes, es decir, los abogados están inmersos en una interacción durante un periodo de tiempo más o menos prolongado con otros individuos que pertenecen a su colectivo profesional y se encuentran en la misma situación o postura, lo que inevitablemente les lleva a establecer una relación profesional que en muchas ocasiones deviene personal. Estas relaciones, que como decimos son inevitables y pueden ser buenas o

³⁷⁹ *Idem.*

³⁸⁰ MNOOKIN, R.H., KORNHAUSER, L., *Bargaining in the Shadow of the Law**op.cit.*, p.987.

³⁸¹ *Supra*, vid, pie página 187.

³⁸² PRUITT, D.G., *Negotiation Behavior* ...*op.cit.*, p. 41.

menos buenas, de modo que a veces contribuyen facilitan la resolución del conflicto y otras la entorpecen³⁸³.

GIFFORD³⁸⁴ incide en que suelen existir problemas sobre la comprensión por parte de los clientes o principales del potencial efecto positivo que pueden proyectar sobre el proceso de negociación las buenas relaciones entre los agentes o representantes.

Las soluciones para reconducir las diferencias entre abogado y cliente respecto del enfoque negociador a adoptar dependen de cada caso en concreto. No obstante, en caso de que estas divergencias resulten intratables e imposibles de reconducir, cabe recordar que si bien el cliente no está obligado a seguir un curso de acción que no estima conveniente, la dirección del caso corresponde al abogado, por lo que si una conciliación razonable no es factible, la solución se encuentra en la norma deontológica que permite al abogado retirarse del caso³⁸⁵.

COCHRAN³⁸⁶ aboga por la prevalencia del punto de vista del cliente en cuanto a enfoque negociador a emplear en el proceso de negociación, así como, estima que el cliente debe intervenir en las decisiones sobre ofertas, contraofertas y cualquier aspecto relevante en el proceso negociador.

³⁸³ GILSON, R.J., MNOOKIN, R.H., *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation*, 94 *Colum. L. Rev.* 509 (1994) pp. 509-566, *vid.*, p. 513. (Consultado 05/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clr94&id=527&print=section§ion=20&ext=.pdf>

Los autores contemplan la tensión que puede darse cuando el abogado puede tener un interés reputacional para mostrarse cooperativo y el cliente desea lo contrario- tensión propia de la teoría de los juegos-. La tensión puede también crearse cuando el agente esté interesado en acrecentar el conflicto para servir a intereses propios y no a los del cliente, por el contrario, también puede ocurrir que el abogado adopte un enfoque cooperativo y el principal prefiera emplear un enfoque adversarial porque piense que será mas productivo- tensión propia de la relación de agencia-.

³⁸⁴ GIFFORD, D.G., *A Context-Based Theory of Strategies**op.cit.*, pp.65-66.

³⁸⁵ FARROW TREVOR, C.W., *The Negotiator as Professional:op.cit.*, p. 381-382. El autor apunta a la existencia posibles diferencias y a reconducirlas mediante el dialogo y el acuerdo abogado-cliente.

³⁸⁶ COCHRAN, R.F. Jr., *Legal Representation and the Next Steps Toward**op.cit.*, pp.854-862.

3.2.4 Patrones relación abogado-cliente

Dado que en numerosas ocasiones las tensiones que acabamos de analizar resultan inevitables, los negociadores deben ser capaces de recurrir a mecanismos que las atenúen, de forma que entorpezcan lo menos posible el éxito de la negociación.

Ciertamente, la ventaja que ofrece la negociación frente al litigio en cuanto a un mayor control de los interesados en la resolución del conflicto podría verse atenuada cuando, el agente, en este caso abogado, toma la dirección de forma absoluta anulando la voluntad del principal o cliente³⁸⁷.

A este respecto, las *Model Rule* estadounidenses adoptan el criterio de atribuir la de toma de decisiones las relativas a los fines u objetivos al cliente y la relativas a los medios al abogado³⁸⁸.

Para la comprensión de los patrones de relación entre abogado y cliente es necesario analizar cómo se lleva a cabo el control del agente por parte del principal. Los mecanismos de control más frecuentes son la presencia del principal en la mesa de negociaciones y la necesidad de ratificación que normalmente afecta al acuerdo, pero que también puede afectar a la aceptación de ofertas parciales o al otorgamiento de concesiones.

El principal puede asegurar el control dictando instrucciones rígidas, inflexibles e imposibles de ser modificadas por el agente evitando así que éste contraiga compromisos indeseados. Este mecanismo resultará más efectivo si las limitaciones de autoridad son conocidas por la otra parte³⁸⁹.

El tema del control del principal sobre el agente y el de la responsabilidad de las decisiones es un tema que la doctrina estadounidense ha tratado al estudiar los modelos de relación entre cliente y abogado.

³⁸⁷ BUNDY, S. McG. *The Policy in Favor of Settlement ...op.cit.*, p47. (Consultado 15/04/2015). <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2000&context=facpubs>

³⁸⁸ *Model Rule* 1.2.

³⁸⁹ SCHELLING, Th. C., *An Essay On Bargaining, The American Economic Review*, Vol. 46, N° 3 (Jun., 1956) pp. 281-306, *vid.*, p.287. (Consultado 11/11/2014).

http://www.jstor.org/sire.ub.edu/stable/1805498?seq=1#page_scan_tab_contents.

Esta táctica resultará eficiente si es percibida por la otra parte, ya que crea el temor de que el principal sea proclive a no cumplir un acuerdo que realmente no desea.

El abogado es una agente altamente especializado, por lo que su control por el principal puede resultar complicado. Si bien la creencia popular suele presumir que los abogados son controlados por sus clientes, los académicos han venido desarrollando otras tesis al respecto. DE MOTT³⁹⁰, distingue entre la capacidad y el derecho a ejercer el control. El cliente puede no encontrarse capacitado para ejercer el control sobre el abogado, pero tiene el derecho de hacerlo, por lo que el elemento configurativo de la relación está presente, de forma que aun en los casos en los que el principal decide no ejercer el control, la renuncia significa la existencia del derecho.

Determinar el grado de control del cliente sobre el abogado requiere previamente establecer el concepto de autonomía que debe otorgarse al profesional. El interés del principal o cliente puede residir en decidir y controlar los objetivos, pero en ocasiones el interés puede también extenderse a controlar los medios que el profesional empleará para conseguir los objetivos encomendados. Lo cierto, es que no todos los clientes sienten la necesidad de ejercer control sobre los mismos elementos. SPIEGEL³⁹¹ apunta que atendiendo al tipo de cliente pueden establecerse distinciones acerca de cómo se desarrolla el control de los clientes sobre sus abogados. El control que el cliente ejerce sobre el trabajo del abogado resultará ser muy diferentes en función de si es ejercido por una corporación internacional o por un individuo particular. Las organizaciones, especialmente, las de mayor tamaño son clientes sofisticados que suelen representar una buena porción del trabajo, y por lo tanto de ingresos de un abogado o firma legal, mientras que los clientes que son personas privadas suelen acudir al abogado de forma ocasional y no suelen contar con cultura legal.

El control ejercido por el cliente sobre el agente es susceptible de influenciar los resultados del proceso negociador. Debe destacarse que investigaciones

³⁹⁰ DeMOTT, D.H., *The Lawyer as Agent**op.cit.*, pp. 303-306.

³⁹¹ SPIEGEL, M., *Lawyers and Professional Autonomy: Reflections on Corporate Lawyering and The Doctrine of Informed Consent*, Western New England Law Review, Vol. 9, pp.139-152, vid., pp. 141-147. (Consultado 09/11/2014)
<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?page=139&handle=hein.journals%2Fwne1r9&collection=journals>. El autor menciona en su artículo investigaciones llevadas a cabo al respecto, que si bien no son concluyentes, mostraron un mayor grado de control respecto del primer tipo de clientes.

existentes respecto de la negociación a través de agentes arrojan resultados que demuestran que los agentes, especialmente, cuando las expectativas o instrucciones del principal no resultan totalmente claras presentan mayor resistencia a ceder, y por lo tanto, al pacto³⁹².

En cuanto al ejercicio del control por el principal, como ya hemos mencionado anteriormente, puede no estar exento de costes de diverso índole y entorpecer el éxito de la negociación, por ejemplo, no facilitar al agente toda la información en un momento dado puede ser contraproducente y producir resultados indeseados³⁹³.

Uno de los primeros tratados sobre negociación legal, el de BELLOW Y MOULTON³⁹⁴, ya refleja la problemática de los patrones de relación entre abogado y cliente y la toma de decisiones, posteriormente, la doctrina ha ido estableciendo la existencia de dos diferentes tendencias, la tradicional y la participativa, que analizamos seguidamente.

3.2.4.1 Tendencia tradicional o paternalista

Esta modalidad se basa en otorgar al abogado el control del caso por considerar que resulta lo más adecuado al contar el profesional con conocimientos especializados y experiencia profesional. El cliente debe limitarse a confiar en el abogado, en la seguridad de que el profesional sabrá encontrar las mejores soluciones a su caso. Los partidarios de esta tendencia basan sus bondades, principalmente, en el desconocimiento por parte del cliente de asuntos legales y en la comodidad para éste que supone delegar en el abogado³⁹⁵.

Bajo este patrón de relación, el control del cliente sobre el abogado es mínimo, ya que incluso deja a criterio del abogado que información debe ser suministrada al cliente sobre la marcha del asunto. COCHRAN³⁹⁶ recoge las objeciones más

³⁹² WALLIHAN, J., *Negotiating to Avoid Agreement*.....op.cit., p.260.

El autor cita los estudios llevados a cabo por Pruitt and Kim. En el mismo sentido se refiere a las investigaciones citadas por GIFFORD, D.G., *The Synthesis of Legal Counseling...* op.cit., p. 837.

³⁹³ MNOOKIN R.H., PEPPE R.S., TULUMELLO, A.S., *Resolver Conflictos...* op.cit., pp.107 y siguientes.

³⁹⁴ BELLOW G., MOULTON B., *The Lawyering Process:*op.cit., pp. 190 y siguientes.

³⁹⁵ GIFFORD, D.G., *The Synthesis of Legal Counseling*.....op.cit., pp.816 y siguientes.

³⁹⁶ COCHRAN ROBERT F., Jr., *Legal Representation and the Next Steps*op.cit., pp.839-846.

frecuentemente formuladas en contra del control ejercido por parte del cliente y las rebate explicando su posicionamiento:

- a. Capacidad para la toma de decisiones. Bajo este patrón se tiende a considerar que el cliente puede ser incapaz de identificar los objetivos que le convienen y podría elegir medios poco idóneos. El autor rebate diciendo que los clientes suelen tener más de un objetivo, lo que puede justificar elecciones diferentes, por ello el abogado debe trabajar conjuntamente con el cliente en el estudio y evaluación de las diferentes alternativas disponibles para escoger así la más conveniente.
- b. La urgencia de las decisiones. El autor apunta que en el caso de las negociaciones legales no suele existir urgencia o premura.
- c. El riesgo de que el cliente se incline por decisiones ilegales o contrarias a la ética. En este caso, Cochran señala que el abogado deberá explicar al cliente que no le es posible proceder como le solicita.
- d. Existe simplemente la posibilidad de que el cliente prefiera que el control y poder de decisión corresponda al abogado, ya que la toma de decisiones conjunta puede aumentar los costes del caso al ser necesarias más reuniones informativas e inversión de tiempo en educación del cliente por parte del abogado. Cochran dice que esta situación solo debería darse tras una explicación clara y detallada del abogado al cliente sobre las ventajas que puede aportar el control por parte del abogado.

3.2.4.2 Tendencia participativa

Frente a los postulados tradicionales, otros autores abogan por el control conjunto del caso por parte del abogado y del cliente³⁹⁷ alegando que el cliente puede proporcionar informaciones útiles, además, de contar con el derecho de manifestar al abogado que una determinada forma de proceder no le parece la más adecuada a sus intereses. Los partidarios de esta tendencia otorgan una

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 821. Entre estos autores se encuentra Cochran que dice que si el sistema legal otorga entre otras a la representación la función de proteger al cliente de interferencias en su autonomía por parte del estado o entes privados, resulta pues paradójico que el abogado que ostenta la representación de una persona se pueda convertir en una fuente de interferencias a la autonomía del cliente.

importancia primordial a la información al cliente por parte del abogado, que conciben como un derecho, ya que éste debe conocer las alternativas disponibles para la resolución del caso y participar en las decisiones al respecto. Los representantes por excelencia de esta tendencia son Binder y Price, autores de un texto sobre las relaciones abogado y cliente basado en el llamado modelo centrado en el cliente, utilizado muy ampliamente tanto por profesionales como por la comunidad académica en EEUU. Los autores presentan un modelo de búsqueda conjunta de alternativas por parte del abogado y del cliente. El abogado debe intentar predecir las consecuencias legales de cada curso de acción propuesto, pero es el cliente quien con sus respuestas al abogado debe ayudar a identificar las consecuencias económicas, sociales y psicológicas de las diferentes alternativas³⁹⁸. En el contexto negociador este tipo de modelos presenta la ventaja de contemplar el proceso del consejo legal y el intercambio de información que se debe producir entre abogado y cliente como parte del propio proceso de negociación. No obstante, GIFFORD³⁹⁹ critica el modelo por considerarlo poco realista y lineal, ya que está concebido para situaciones simples en las que el cliente debe escoger entre una oferta de acuerdo y el litigio, no contemplando casos más complicados que fácilmente se dan en la práctica cotidiana. Como crítica DINERSTEN⁴⁰⁰ en una revisión del libro, en el caso de los clientes sofisticados dotados con recursos económicos importantes y con poder, otorgarles demasiada autonomía al cliente podría provocar perjuicios a la otra parte e incluso a la sociedad en general.

CRAVER⁴⁰¹, refiriéndose al proceso de negociación, otorga gran importancia a la implicación del cliente en el proceso, ya que es frecuente que los clientes se concentren en las alternativas que creen son las que constituirán el objetivo del abogado, obviando así, expresar sus intereses subyacentes y los objetivos reales más allá de los puramente legales.

³⁹⁸ GIFFORD, D.G., *The Synthesis of Legal Counseling*.....op.cit.,p.820.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 821-822.

⁴⁰⁰ DINERSTEIN, R.D., Review Essay of Lawyers as Counselor as Counselor: A Client-Centered Approach by David A. Binder, Paul Bergman, and Susan C. Price. St. Paul and Interviewing Counseling and Negotiating; Skills for Effective Representation, Bastress R.M., Harbaugh, J.D., Little, B., 39 *UCLA L. Rev.* 679 1991-1992, pp. 697-730. Vid., p.728.

⁴⁰¹ CRAVER, C.B., *The Negotiation Process*.....op.cit., p. 273. En el mismo sentido ELLIOT. Los autores subrayan la importancia de implicar al cliente en el proceso de negociación y ayudarles a prepararse para ello.

Las *Model Rules*⁴⁰² en su articulado recogen el patrón participativo como el adecuado a seguir haciendo incluso referencia específica al contexto de la negociación e indicando que el abogado debe mostrar respeto en cuanto a la opinión del cliente relativa a la aceptación de un acuerdo. El comentario a la norma asigna al cliente las decisiones sobre los objetivos a perseguir siempre que estos respeten los límites impuestos por la ley y por las obligaciones profesionales del abogado. En cuanto a los medios a utilizar el abogado debe consultar al cliente y podría llevar a cabo las acciones que implícitamente supongan la representación⁴⁰³.

En definitiva, en las *Model Rules*⁴⁰⁴ la toma de decisiones transcendentales en la negociación es atribuida al cliente, ya que el abogado no únicamente debe respetar la decisión de éste en cuanto a la aceptación o rechazo del acuerdo propuesto, sino debe guiarse de los objetivos que este le ha expresado y consultarle sobre los medios para conseguirlos. Lo anterior requiere algunos matices, ya que ante el desacuerdo abogado-cliente con respecto a los medios a utilizar para alcanzar los objetivos del cliente la norma dice que generalmente se debe deferencia a los conocimientos y habilidades especializadas del abogado, a la vez que éste debe tomar en cuenta la opinión del cliente respecto de los costes en los que se pueda incurrir y la repercusión de las decisiones sobre terceras personas. La norma deontológica reconoce las innumerables variedades de desacuerdos posibles entre abogado y cliente, pero no establece criterios de resolución limitándose a invitar a buscar soluciones mutuamente aceptables⁴⁰⁵.

Establecer un modelo de toma de decisiones entre cliente y abogado puede no resultar tan fácil como pudiera parecer a simple vista. El abogado cuenta con conocimientos técnicos especializados, su trabajo consiste en tomar decisiones, pero el “dueño” del caso indudablemente es el cliente⁴⁰⁶ y las consecuencias de

⁴⁰² Model Rule 1.2.

⁴⁰³ *Comment (1) Model Rule 1.2. Supra.* Parte Tercera. Capítulo Tercero.

⁴⁰⁴ Model Rule 1.2.

⁴⁰⁵ *Comment (2) Model Rule 1.2.*

⁴⁰⁶ SANCHEZ STEWART, N., *Manual de Deontología para Abogados*, Editorial La Ley, Madrid, 2012, p.79.

las decisiones recaerán en última instancia sobre él o sobre terceros vinculados, por lo que el cliente debe intervenir en la toma de decisiones.

Para COCHRAN⁴⁰⁷ los códigos deontológicos profesionales y los Tribunales han llevado a cabo el esfuerzo de determinar qué decisiones corresponden al cliente y qué decisiones corresponden al abogado en los procesos de negociación en base a la división entre las decisiones referidas a fines y medios. Como ya hemos explicado, por lo general, se atribuyen al cliente las decisiones que recaen sobre fines y al abogado las que se refieren a los medios, pero el mismo autor objeta que la división entre objetivos y/o fines y medios no es evidente, ya que incluso los Tribunales se han pronunciado de forma divergente al apreciar a quien – si al cliente o al abogado- debía atribuirse un tipo de decisión en concreto⁴⁰⁸. También puede ocurrir que los fines y los medios guarden una relación incoherente o contradictoria⁴⁰⁹.

Otro tema estrechamente relacionado con el patrón de relación abogado-cliente en el marco de la negociación es la preferencia por la utilización de un enfoque negociador. Cuando se escoge un enfoque como el de resolución de problemas la comunicación entre el abogado y cliente necesariamente deberá de ser continua y fluida. MENKEL-MEADOW⁴¹⁰ indica que bajo este enfoque negociador, probablemente, se barajaran un buen número de soluciones potenciales no contempladas anteriormente, por lo que es probable que el cliente deba participar en la evaluación de las alternativas y propuestas. La participación del cliente cobra especial importancia cuando los objetivos y necesidades del cliente varíen con el tiempo y sea necesario reevaluar las propuestas que van llegando.

⁴⁰⁷ COCHRAN, R.F. Jr., *Legal Representation and The Next Steps*op.cit.,p.824.

⁴⁰⁸ Ibidem, Cochran cita entre otras sentencias *Whiteaker v. State*, 382 N.W.2d 112 (Iowa 1986); *Joos v. Auto-owners, Ins. Co.*, 94 Mich. App. 419, 288 N.W.2d 443,445 (1979), later appealed, *Joos v. Drillock*, 127 Mich. App. 99, 338 N.W.2d 736.

⁴⁰⁹ COCHRAN, R.F.Jr., *Legal Representation and The Next Steps Toward*....op.cit., 824-829. Aquí hacer falta ver Spiegel que explica que ciertas decisiones tomadas por Abogados que afectaban a terceros están en la base de esta teoría de los fines y medios.

⁴¹⁰ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another View*op.cit., p. 829. GIFFORD, D. G., *The Synthesis of Legal Counseling*op.cit.,p.827. El autor explica que el enfoque de resolución de problemas trata las interrelaciones del proceso negociador y el consejo del abogado al cliente con mucho más acierto.

En el marco español, observamos una preminencia de la dirección del caso por parte del abogado, ORTEGA REINOSO⁴¹¹ explica que el abogado no está sometido a las instrucciones del cliente que afecten a los aspectos internos o a la esfera estrictamente profesional del asunto y será el profesional quien en base al principio de independencia elija o diseñe la estrategia de defensa. Es doctrina pacífica que la dirección técnico-jurídica del asunto corresponde al abogado, derecho que tiene como contrapartida la responsabilidad exclusiva sobre las actuaciones que pudieran resultar negligentes, ya que nunca serviría de argumento para la exoneración de responsabilidad alegar que se ha seguido las instrucciones del cliente. SANCHEZ-STEWART⁴¹² argumenta que el abogado cuenta con libertad para escoger los medios de defensa que estime adecuados con la limitación de la utilización de medios ilícitos o injustos, ya que es el abogado quien decide la estrategia de defensa, de forma que el cliente puede siempre manifestar sus preferencias y señalar sus objetivos, pero no cuenta con la facultad de señalar al abogado los medios de los que debe valerse para la defensa. El profesional abogado podrá complacer al cliente que pretenda indicar los medios a utilizar para la defensa de su caso si los estima tan adecuados como los que él habría utilizado sin su consejo.

⁴¹¹ ORTEGA REINOSO, G., *Contenido Obligacional Del Contrato de Servicios del Abogado. Un repaso Jurisprudencial*. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Número 34, Septiembre 2014, Derecho Civil, pp. 1-43, *vid.*, p. 27. (Consultado 20/03/2015).
http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284362586142/Redaccion

⁴¹² SANCHEZ STEWART, N., *Manual de Deontología.....op.cit.*, p.78.

3.3 Las relaciones de agencia “cautivas”

Estimamos necesario llamar la atención sobre ciertas negociaciones legales en las que relación abogado-cliente reviste ciertas particularidades que afectan tanto a la forma como al contenido de la misma. Se trata de relaciones en las que la dinámica entre el abogado y el cliente está mediatizada por un tercero que puede ser otra persona o una institución u organización. En este apartado, centrándonos únicamente en uno de nuestros marcos legales de referencia, el español, analizaremos la dinámica de estas relaciones, habituales en la práctica cotidiana y que desvirtúan la relación de abogado-cliente, tal y como teóricamente se concibe. En España, a este tipo de relaciones abogado-cliente la doctrina no les ha prestado una atención relevante. Nosotros hemos querido finalizar este capítulo, dedicado a las relaciones abogado-cliente, con el análisis de una categoría de relaciones que podríamos calificar como desvirtuadas, por lo que les hemos atribuido la denominación de “cautivas” al considerar que este nombre ilustra con propiedad la problemática que encierran. A continuación pasamos a analizar los ejemplos que estimamos más significativos.

3.3.1 Abogados de oficio

En estos casos los clientes no eligen libremente a los abogados que les representan o defienden, a su vez, los profesionales están limitados en su derecho a no aceptar los casos que se le asigne por el servicio correspondiente de la corporación profesional a la que pertenecen⁴¹³.

La relación abogado cliente, en este caso en concreto, viene regulada por normas legales de diverso rango, ya que el derecho a la defensa viene garantizado por la norma fundamental⁴¹⁴, pero para conocer el detalle es necesario acudir a leyes de menor rango y normativas de las corporaciones

⁴¹³ La asignación de los abogados de oficio es organizada por los Colegios Profesionales por sistema de distribución por turnos. Art. 24 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. BOE» núm. 11, de 12 de enero de 1996, páginas 793 a 803. (Consultada 03/11/2015). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-750 (En adelante, Ley de Justicia Gratuita) El texto consultado es la versión consolidada incorporando las modificaciones introducidas al texto de La Ley de Justicia Gratuita por La Disposición Adicional Tercera Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento Civil, llevada a cabo por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90240 a 90288. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10727 (Consultada el 12/02/2016).

⁴¹⁴ Art. 24 de la Constitución Española.

colegiales que establecen y regulan los límites a los derechos y obligaciones tanto de los profesionales que integran los servicios del turno de oficio como los de los ciudadanos que disfrutan del beneficio de justicia gratuita. Los abogados de oficio se designan para la defensa en el proceso judicial cuando la intervención de los profesionales es preceptiva, o cuando no siéndolo es expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso⁴¹⁵. Los abogados de oficio también podrán ser designados para el asesoramiento previo al proceso de quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses cuando el consejo legal tenga por objeto evitar el conflicto judicial o analizar la viabilidad de la pretensión⁴¹⁶.

En la relación abogado-cliente a nivel privado, éste último puede encargar al abogado todas aquellas tareas que estime conveniente si el profesional acepta el encargo, si bien, el profesional podrá negarse a llevar a cabo las gestiones o diligencias que estime innecesarias o realmente inoportunas. Cuando media la designa de oficio el cliente podrá solicitar al abogado que realice las gestiones o actuaciones que estime convenientes, pero resulta más probable que el profesional se limite a las actuaciones que considere estrictamente necesarias para llevar a cabo la defensa.

En cuanto a la insostenibilidad de la pretensión según la opinión profesional del letrado, éste deberá comunicar tal circunstancia a la Comisión de Asistencia Gratuita dentro de los 15 días siguientes a la designación exponiendo los motivos jurídicos en los que fundamenta la decisión, transcurrido el plazo indicado sin que el abogado lleve a cabo la comunicación, éste queda obligado a la defensa. En aquellos casos en los que el colegio de abogados o el ministerio fiscal estimaran sostenible la pretensión se procederá al nombramiento de un segundo abogado para el cual la defensa será obligatoria⁴¹⁷.

En cuanto a las actuaciones de los abogados de oficio, y en referencia a la responsabilidad civil que pudieran generar dichas actuaciones profesionales, debe señalarse la particularidad de que si bien los profesionales adscritos a los

⁴¹⁵ Art. 6.3 Ley 1/1996, Ley de Justicia Gratuita.

⁴¹⁶ Art. 6.1 Ley de Justicia Gratuita.

⁴¹⁷ Art. 34 Ley de Justicia Gratuita.

turnos de oficio deben responder por la responsabilidad civil que pudiera derivarse de sus actuaciones en los términos generales que recoge el Estatuto General de la Abogacía Española, (en adelante EGAE⁴¹⁸), la responsabilidad patrimonial debe asumirla el Estado⁴¹⁹.

3.3.2 Abogados de aseguradoras

Otro ejemplo de relación abogado-cliente que podemos considerar atípico es el de los abogados de las aseguradoras. Al cliente que tiene contratado un seguro y precisa asistencia legal la aseguradora le asigna un abogado que no ha sido elegido por el propio cliente. El abogado mantiene una relación laboral o una colaboración profesional estrecha con la aseguradora. En estos casos el profesional defiende tanto a la aseguradora como al cliente de la misma frente a la parte contraria, pero cabe plantearse qué ocurrirá cuando los intereses de la aseguradora y el asegurado o cliente no coincidan. La aseguradora atendiendo a sus políticas de funcionamiento puede estar interesada en alcanzar un pacto que el cliente no considera acorde con sus derechos e intereses⁴²⁰, de manera que el abogado puede entonces encontrarse en una situación de conflicto de intereses provocada por lo que pudiéramos llamar una doble relación de agencia.

APARISI⁴²¹ describe como habitual en España por parte de las compañías de seguros la práctica de encomendar la defensa jurídica de sus asegurados a abogados o despachos que trabajan también para las aseguradoras competidoras y frecuentemente partes adversas en los litigios, lo que puede provocar que cuando el asegurado quiera reclamar lo que considera que le corresponde, aunque ello implique el recurso al litigio, exista riesgo de que el abogado asignado priorice el acuerdo con la finalidad de mantener buena relación con su también cliente, pero en este caso parte contraria, sin llevar a

⁴¹⁸ Art. 78.2 EGAE. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola4.pdf>

⁴¹⁹ Art. 26 Ley de Justicia Gratuita y art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. «BOE» núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, páginas 40300 a 40319. (Consultada 08/09/2015). <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>

⁴²⁰ FISS O. M., *Against Settlement**op.cit.*, p.1078.

⁴²¹ APARISI MIRALLES, A., *Deontología Profesional del Abogado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.134.

cabo todos los esfuerzos posibles para conseguir una mayor indemnización para el asegurado, por lo que puede surgir un de conflicto de intereses que debería evitarse de acuerdo a la norma deontológica.

A este respecto, la Ley del Seguro⁴²² protege al asegurado al garantizar su derecho a la libre elección de abogado y procurador. La ley dice que el asegurado gozará de ese derecho cuando intervenga en cualquier clase de procedimiento, por lo tanto de la redacción de la ley se desprende de forma clara que el asegurado tendrá derecho a la libre designación de abogado desde el momento en que tenga conocimiento de ser parte demandada en un procedimiento judicial, de forma que las dudas se suscitan cuando el asegurado es parte demandante, y previamente al juicio es conveniente intentar un acuerdo extrajudicial. En estos casos, las aseguradoras no suelen permitir a los asegurados ejercitar el derecho de libre elección de abogado⁴²³. El funcionamiento de los servicios de las aseguradoras plantea cuestionamientos sobre el derecho del asegurado, ya que pueden surgir discrepancias para determinar cuándo las posibilidades de negociar un acuerdo se han agotado y se debe proceder al litigio, momento en el que el asegurado tiene el derecho de elegir al abogado que le defienda.

Llegado este momento debe valorarse la viabilidad de la demanda, extremo que también puede provocar discrepancias entre aseguradora y asegurado, ya que las aseguradoras, en ocasiones, alegan la inviabilidad de la pretensión o intentan condicionar el pago del profesional elegido por el cliente a los resultados del pleito.

Además, el asegurado goza del derecho de libre elección de abogado y procurador cuando se presente un conflicto de interés entre asegurado y asegurador, ya que en ningún caso el abogado está sujeto a las instrucciones del asegurador. En este caso, la ley no requiere la existencia del procedimiento

⁴²² Art. 76.d. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980, páginas 23126 a 23133. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-22501>. (Consultada 24/11/2015). (Versión Consolidada).

⁴²³ Parece ser que las aseguradoras interpretan que las reclamaciones amistosas no son asistencia jurídica. Además, debe tenerse en cuenta que las aseguradoras pueden encargar la tramitación de expedientes de acuerdos amistosos o extrajudiciales a personal sin la categoría profesional de abogado.

basta que haya surgido el conflicto entre el asegurado y el asegurador, pero la dificultad estribaría en determinar cuando aparece el conflicto, y por ende, el derecho del asegurado. La ley prevé que sea el asegurado el que notifique de la aparición del conflicto que llevaría aparejado el derecho a la libre elección, pero al no contener la ley más indicaciones al respecto la petición del asegurado queda supeditada al planteamiento del caso que lleve a cabo la aseguradora⁴²⁴.

Además, debe tomarse en consideración que las aseguradoras son actores repetidos en los procesos judiciales, de forma que pueden distribuir el riesgo entre el volumen de casos a resolver en un periodo determinado, y neutralizar así el riesgo de un asunto en concreto⁴²⁵. Por este motivo, la apreciación del riesgo y la satisfacción con el resultado de una negociación puede variar de forma significativa si es llevada a cabo por una aseguradora o por un litigante particular⁴²⁶.

3.3.3 Abogados elegidos por una parte para resolver un asunto legal “de mutuo acuerdo”

En estos casos, el profesional elegido por una parte puede ser remunerado por todas las partes interesadas. En principio, no debería representar ningún riesgo el hecho de que acudan al mismo abogado dos partes que desean resolver un asunto en el que estiman no existe conflicto o éste se percibe como mínimo y/o recae en modalidades de ejecución de derechos y obligaciones o en aspectos

⁴²⁴ CANO FERRE, P., Seguro de Protección Jurídica. Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. (Consultado 06/08/2015).

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon8.pdf> El autor dice que existirá conflicto de intereses cuando el resultado de un procedimiento que quisiera instar el asegurado pueda producir resultados negativos en el patrimonio del asegurador, como en el caso de que tanto el asegurado como su oponente en el siniestro estén asegurados en la misma compañía uno en seguro de Defensa Jurídica y otro en seguro de responsabilidad civil. Lo que ha pretendido el legislador es que conocida la situación, el asegurado pueda apartar al asegurador de cualquier trámite en defensa de su interés, incluso la vía amistosa. Para el autor el problema que se plantea es que no están claras las consecuencias de incumplimiento por parte del asegurador.

⁴²⁵ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative**op.cit.*, *Vid.*, pie pagina 231. En el marco estadounidense, el autor refiere el dilema de las compañías de seguros al pactar un asunto individual ya que a veces deben elegir entre los intereses de ese asegurado y los de los asegurados en general, por lo que defender a un cliente de forma muy contundente puede deteriorar las relaciones con otras compañías lo que podría acarrear dificultades para pactar en otros casos.

⁴²⁶ MNOOKIN, R.H., *Negotiation Settlement and the Contingent Fee*, 47 *DePaul L. Rev.* 363, 1997-1998, pp.363-370, *vid.*, p. 365. (Consultado 02/04/2015)
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/deplr47&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/deplr>

accesorios. En estas situaciones, el profesional deberá observar sumo cuidado y velar para que la solución negociada no lesione los derechos de ninguna de las partes. De hecho, en los procedimientos de separación y divorcio de mutuo acuerdo la LEC⁴²⁷ permite que un abogado asuma la defensa de las dos partes, si bien, en caso de que surja un conflicto posterior, el mismo abogado no podrá representar a una parte contra la otra.

Admitimos que en algunos casos esta dinámica de negociación pueda ser la adecuada, pero tenemos reservas que formular a este esquema de actuación. En primer lugar, debe valorarse “el grado de acuerdo existente entre las partes”, ya que por ejemplo las partes pueden estar de acuerdo en que quieren firmar un contrato con una finalidad concreta, pero pueden no haberse planteado los términos o pueden haberlo hecho en unos términos muy básicos, omitiendo la articulación de términos relevantes. Es obvio que el que sea un único abogado representando a las dos partes, el que intervenga en esa negociación exige al profesional un juego de equilibrios realmente complicado. Las opciones podrían ser redactar un contrato de mínimos muy simple, lo que puede ser fuente de conflictos en el desarrollo de la relación jurídica a la que el contrato de lugar, o diseñar un contrato justo y equilibrado para las dos partes. En estos casos, existe la posibilidad de que el profesional reciba presiones de una parte para proponer la redacción que le resulta más favorable o bien al avanzar las negociaciones puede encontrar demasiada dificultad en convencer a las dos partes de adoptar soluciones equilibradas, se hará entonces necesario recomendar a una de las partes buscar su propio asesor e incluso en casos de

⁴²⁷ Art. 750 LEC. Además, si alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el secretario judicial requerirá a las partes para que en plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas, o si por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando una de las partes pida la ejecución del acuerdo, el secretario judicial requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador.

un evidente conflicto de intereses entre las partes, lo más correcto sería abandonar el asunto⁴²⁸.

A este respecto, el Código Deontológico de la Abogacía Española, (en adelante CDAE)⁴²⁹ permite la intervención del abogado en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual exigiendo en estos casos al profesional mantener una estricta y exquisita objetividad. La norma, en nuestra opinión, resulta demasiado genérica y escueta. Esta situación mejora en la redacción del nuevo EGAE⁴³⁰, que siempre en el marco de asuntos de naturaleza no litigiosa, dice que cuando pueda existir riesgo significativo de conflicto de intereses el abogado podrá intervenir por cuenta de dos o más clientes siempre que éstos presten autorización expresa y por escrito. Pero en nuestra opinión las mejoras terminan aquí, porque el precepto añade que el abogado podrá intervenir en funciones de mediador, y en la redacción de documentos de carácter contractual debiendo mantener en estos casos una absoluta neutralidad. El precepto nos parece criticable en dos sentidos, en primer lugar nos parece inadecuado no distinguir entre mediar y asesorar a las partes en la redacción de documentos contractuales; en segundo lugar la redacción del artículo no parece requerir la autorización expresa y escrita de los clientes. Las condiciones en las que un abogado puede asumir las representaciones que presenta las características referidas requieren, en nuestra opinión una regulación más minuciosa, dado que se trata de situaciones potencialmente generadoras de conflicto de intereses. A este respecto, la obligatoriedad de la hoja de encargo, proporcionaría una solución idónea para este tipo de situaciones, ya que al formular los clientes “un

⁴²⁸ SANCHEZ STEWART, N., La Profesión de Abogado*op.cit.*, pp.482-483. El autor relata el caso de una queja resuelta por la comisión disciplinaria de un colegio profesional resolviendo que la letrada que asesoraba a los dos miembros de una pareja en la redacción de un convenio regulador no había cometido infracción al existir renuncia a la defensa. La comisión de deontología que resolvía alegó la desaparición sobrevenida del objeto de denuncia para estimar que no existía infracción. El autor plantea que la resolución, que se apoya en la renuncia del abogado, puede perfectamente no ser correcta, independientemente de que por otras razones no existirá la infracción, ya que la comisión no valoraba las conductas anteriores a la renuncia.

⁴²⁹ Art. 13. 4 CDAE. (Consultado 10/09/2015).

http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf

⁴³⁰ Art. 52 nuevo Estatuto General Abogacía. AUN SIN VIGOR. Española. (En adelante, nuevo EGAE. (Consultado 10/09/2015).

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-General-de-la-Abogacia.pdf>

encargo al profesional de manera conjunta” quedaría constancia de que aceptan ser asesorados y/o defendidos por el mismo profesional.

3.3.4 Abogados remunerados por la parte que no lo ha elegido

En algunos sectores como el inmobiliario es habitual que el abogado escogido por una parte sea remunerado por la otra parte, un ejemplo frecuente de estas situaciones son los contratos de compraventa o alquiler de inmuebles. En estos casos, propietario o vendedor escogen al abogado para que redacte los documentos que es preciso firmar, pero los honorarios son generalmente satisfechos por el arrendatario o el comprador. Nos encontramos aquí, con lo que podemos considerar una doble relación de agencia, por un lado el asesor jurídico responde ante quien lo eligió, pero entendemos que también responde ante la parte que sin haberlo escogido lo remunera⁴³¹. En caso de conflicto entre las partes, la que remunera al profesional y la que recibe el servicio, o aun sin llegar a crearse un conflicto, la simple redacción de un contrato atribuyendo obligaciones y derechos entre las partes requiere un alto grado de neutralidad por parte del abogado, lo contrario podría derivar en un conflicto de intereses.

3.3.5 Abogados de empresa

Los Abogados de empresa tienen como cliente a una organización. En estos casos es factible que en un momento dado los intereses de la organización y los de las personas que trabajan en la misma, generalmente, los cargos de la dirección entren en conflicto, resulta incluso probable que el conflicto surja entre la persona que ha elegido y contratado los servicios del abogado y los de la empresa como tal. En estos casos, la norma general es que el interés de la organización prevalezca⁴³². Para SANCHEZ-STEWART⁴³³, en estos casos se hace necesario identificar previamente de forma clara quien es el cliente para evitar posteriores dificultades.

⁴³¹ SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología.....op.cit.,, p. 64.

⁴³² HAZARD, G.C.Jr., *Lawyer Liability in Third Party Situations: The Meaning of the Kaye Scholer Case*, 26 *Akron Law Review*, 1991-1992, pp. 395-406. *Vid.*, p. 401. (Consultado 09/11/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=395&handle=hein.journals%2Faklr26&collection=journals>

⁴³³ SANCHEZ STEWART, N., *La Profesión de Abogado*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008, p. 65.

La norma deontológica española, no concede una atención específica a la representación legal de clientes que sean organizaciones o empresas, todo y que dichos clientes presentan unas características e idiosincrasia que se presta de forma especial a los conflictos de intereses en la defensa y/o el asesoramiento legal. Normalmente, deberá privar el interés de la organización u empresa, ya que esta es el cliente, pero son posibles los casos en los que las situaciones y las circunstancias puedan generar en el abogado dudas razonables. Es debido a la falta de atención específica por parte de la norma deontológica española, por lo que aunque este apartado se refiere de forma exclusiva al contexto español, hemos incluido una referencia a la norma ética estadounidense que sí que presta atención específica a las problemáticas que entraña este tipo de representación.

En EEUU, la norma ética integra un precepto que regula los casos en los que los clientes son organizaciones o empresas, imponiendo al abogado la obligación de proceder en el mejor interés de la organización, por lo que deberá impedir las conductas de directivos, empleados o personas físicas o jurídicas vinculadas que supongan infracción de las normas legales o de los deberes y obligaciones de dichas personas para con la corporación o empresa, siempre que dichas conductas guarden relación con la representación encomendada al abogado⁴³⁴. Además, los comentarios a las normas aclaran que el abogado que representa a una corporación no necesariamente representa a cualquiera de sus miembros, componentes o filiales. Por lo tanto, el abogado no está, en principio, impedido para aceptar la representación adversa a un componente de la organización, siempre que se trate de un asunto que no guarde relación con la representación ya ostentada. No obstante, la representación de los intereses adversos referidos no podrá ser aceptada por el abogado cuando las circunstancias sean tales que el miembro o personas físicas o jurídicas vinculadas a la organización deban también ser considerados clientes del abogado, por la existencia de un pacto entre el abogado y la corporación cliente prohibiendo dichas representaciones, o bien por que la aceptación de la nueva

⁴³⁴ *Model Rule 1.13.*

representación supondría limitaciones a las obligaciones que conlleva la representación, ya sea respecto de la corporación o del otro cliente⁴³⁵.

⁴³⁵ *Model Rule 1.7 Comment (34)*.

CONCLUSIONES PARTE PRIMERA

- La negociación es tarea esencial en la actividad profesional de los Abogados. Como hemos podido comprobar, en EEUU existe una amplia atención doctrinal tanto respecto a la negociación en general como a la negociación legal en particular. En España, la situación es distinta dada la escasez tanto de las aportaciones doctrinales sobre la negociación en general como la de textos sobre la negociación legal en particular.

Como hemos analizado, los procesos de negociación legal presentan rasgos distintivos que los diferencian de forma clara de negociaciones de otro tipo. En primer lugar, las negociaciones legales versan sobre asuntos relativos a las obligaciones y derechos de los que participan en dichos procesos. En segundo lugar, en este tipo de negociaciones los interesados participan representados y/o acompañados de expertos profesionales, los abogados. La intervención de estos profesionales se debe a la complejidad técnica de las materias sobre las que versan estos procesos. Podemos, así decir que un elemento distintivo esencial de las negociaciones legales frente a otro tipo de negociaciones es la intervención de los Abogados, ya sea en representación de sus clientes o en tareas de asesoramiento acompañándolos en dicho proceso. La presencia de estos profesionales en el proceso le imprime una buena parte de sus características diferenciales. Además, los acuerdos alcanzados en negociaciones conducidas por abogados, frecuentemente, son refrendados por los órganos jurisdiccionales, ya que la negociación legal se incardina o interacciona con los procesos judiciales. Las negociaciones legales se diferencian de las que se desarrollan en otros ámbitos, por contar con un telón de fondo: el litigio. La posibilidad de que la alternativa al no acuerdo sea el recurso a los Tribunales actúa como un fuerte condicionante sobre los negociadores, los académicos estadounidenses mencionan frecuentemente “la sombra del proceso”.

- En EEUU la doctrina sobre negociación legal empieza a desarrollarse en la segunda mitad del pasado siglo. Partiendo de una visión adversarial del proceso negociador, que de alguna forma mimetiza la dinámica del litigio y ve en la negociación un simple sustituto del mismo, empiezan a surgir aportaciones que supondrán hitos en una evolución hacia una nueva concepción de la negociación como mecanismo alternativo al litigio para la resolución de conflictos, y que

significará el reconocimiento de la cooperación como patrón de comportamiento que puede aportar altos beneficios a quienes deben resolver un conflicto o regular una relación jurídica. A este respecto, hemos concentrado nuestros esfuerzos en presentar la riqueza y variedad de las corrientes doctrinales que estudian los enfoques/estilos de los negociadores legales y ha quedado patente que no puede predicarse la superioridad de un enfoque sobre otro, ya que los negociadores no se convierten en competentes y eficientes por seguir un patrón determinado, si bien y tal como hemos expuesto, entre los negociadores legales, son abundantes ciertos modelos híbridos que se revelan eficientes en la práctica cotidiana de la profesión. Entre los enfoques analizados, las aportaciones de los defensores “del mérito legal del caso”, con su reivindicación de la centralidad del argumento legal en las negociaciones conducidas por abogados, nos ha parecido remarcable y es con el que más nos identificamos.

- El hecho de que cliente y abogado conformen una parte negociadora no significa que automáticamente los intereses de ambos estén alineados durante todo el proceso de negociación. Como hemos expuesto, las tensiones incluso los conflictos que pueden darse entre abogado y cliente pueden entorpecer de forma considerable el éxito de la negociación, por ello es imprescindible que el abogado sea consciente de la complejidad de su posición en el proceso negociador, ya que solo de esa forma podrá estar preparado para la correcta gestión del complicado juego de equilibrios que en muchas ocasiones deberá ser capaz de llevar a cabo para que la negociación sea fructífera. En EEUU, la doctrina ha apostado por la innovación del patrón tradicional paternalista que presidía las relaciones abogado-cliente proponiendo una dinámica participativa que fomente la toma de decisiones conjuntas. En España, la doctrina no presenta una evolución tan marcada en este sentido, observándose una preponderancia del papel del abogado.

Parte Segunda

Negociación-ADR Versus Litigio

Introducción a la parte segunda

El litigio ante los Tribunales se concibe como el mecanismo central habilitado y puesto a disposición de los ciudadanos para resolver todo tipo de disputas y conflictos con transcendencia legal, si bien de forma paralela existen otros mecanismos también utilizados para la resolución de conflictos, unos de más reciente aparición que otros. En España, curiosamente, cuando expertos discuten sobre mecanismos alternativos al litigio para la resolución de conflictos legales se centran en la mediación, el arbitraje y otras modalidades de resolución con intervención de tercero neutral, y prestan escasa o nula atención al más antiguo, tradicional y utilizado de todos ellos, la negociación entre las partes y sus abogados, es decir, la negociación legal.

En el primer capítulo, analizaremos las diferencias fundamentales entre litigio y negociación legal subrayando sus principales ventajas y desventajas. Si bien, el análisis se centra en la negociación legal como opción alternativa al litigio, incluimos algunas referencias a otros ADR por estimarlas de interés relevante y/o por resultar fácilmente extrapolables al proceso de negociación.

El litigio y los mecanismos alternativos de resolución de disputas coexisten en los distintos ordenamientos legales, si bien las modalidades de funcionamiento pueden presentar diferencias relevantes. La tendencia actual es la conexión e integración de dichas modalidades en los procedimientos judiciales. Este acercamiento puede interpretarse de forma positiva, ya que podría traducirse en una mejor y más integral gestión de los recursos disponibles en orden a ofrecer soluciones más completas, más rápidas, más flexibles y menos costosas que el litigio para la resolución de conflictos. No obstante, unas fronteras más tenues o difusas entre el litigio y los ADR/negociación pueden representar riesgos para el derecho de los ciudadanos de acceso a la justicia. Uno de los objetivos de esta tesis es identificar y analizar dichos riesgos, así como, estudiar las posibilidades de aminorarlos cuando existan.

En el segundo capítulo, analizaremos la coexistencia entre litigio y otros mecanismos de resolución de conflictos. Reflexionaremos sobre la posible obligatoriedad del recurso a estos mecanismos en sustitución del litigio y su cada vez mayor incardinación en los sistemas judiciales, para exponer nuestra preocupación por la forma en la que esto pudiera afectar al derecho de acceso

a la justicia de los ciudadanos y a la calidad de las soluciones obtenidas en la utilización de dichos mecanismos.

La búsqueda de soluciones negociadas a los conflictos o problemas de sus clientes ha constituido tradicionalmente una parte fundamental de la actividad de los profesionales de la abogacía. Las deficiencias en el funcionamiento de la Administración de justicia y al auge de las diferentes modalidades de resolución de disputas han provocado, si cabe, una mayor importancia de función negociadora de los abogados. No obstante, en ocasiones el recurso a los Tribunales resulta la opción más conveniente para resolver el asunto que el cliente ha encomendado al abogado, razón por la que se impone que el profesional cuente con los conocimientos y habilidades necesarias para tomar la decisión correcta respecto de la elección entre litigio y negociación.

En el capítulo tercero, analizaremos los factores que deben tomarse en consideración para llevar a cabo dos previsiones fundamentales: la de la prever la resolución que cabría esperar de un Tribunal y la prever el acuerdo que razonablemente sería posible alcanzar mediante un proceso de negociación legal. El abogado debe contar con los conocimientos y habilidades necesarios para llevar a cabo este doble análisis que le permita ayudar al cliente a decidir el curso de acción más conveniente.

Capítulo Primero

Negociación legal versus litigio desde una perspectiva social

1.1 Elementos comparativos entre negociación y litigio

Como bien dice RUBIN⁴³⁶, a pesar de la abundante doctrina pretendiendo lo contrario, no es cierto que todo puede negociarse, pero aun así, como señala COYNE⁴³⁷, muchas disputas que no deberían dar lugar a un acuerdo negociado se resuelven recurriendo al pacto. El estudio de la doctrina estadounidense nos muestra que la elección entre los diferentes mecanismos de resolución de disputas es un tema que levanta pasiones. Las diferencias entre el litigio y la negociación son numerosas y significativas, por lo que se impone el análisis meticuloso de ambas opciones. Los defensores de los distintos mecanismos han venido defendiendo sus posturas con gran ardor, en nuestra opinión, a veces careciendo de la centralidad necesaria y dejándose llevar por valoraciones intuitivas.

Entre los académicos estadounidenses hay quienes critican el “romanticismo litigante” de quienes defienden las bondades del proceso judicial frente a la negociación alegando que sus afirmaciones sobre el funcionamiento de los Tribunales carecen de base empírica⁴³⁸. A su vez, los criticados responden a lo que llaman “romanticismo negociador”, argumentando que los conceptos, ideas e historias que proveen los estudiosos de los diferentes enfoques negociadores, especialmente, los que defienden enfoques no adversariales, no siempre se ajustan a la rutina diaria negociadora de los abogados⁴³⁹.

De hecho, en los sistemas legales negociación y litigio presentan mayor o menor grado de interrelación. En EEUU, incluso los más fervientes defensores de la negociación reconocen que las instituciones legales desempeñan un papel transcendental en la resolución negociada de conflictos⁴⁴⁰, dado que quien

⁴³⁶ RUBIN JEFFREY Z., *Negotiation: An Introduction....op.cit.*, p.135. El autor hace referencia a un aluvión de obras que prometen que todo conflicto puede resolverse negociando- cita a Chastain, Cohen o Schatzki entre otros.

⁴³⁷ COYNE WILLIAM F. Jr., *Using Settlement Counsel for Early Dispute Resolution*, *Negotiation Journal*, January 1999 pp.11-17, *vid.*, p.12. (Consultado 10/02/2014).
<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1999.tb00176.x/epdf>

⁴³⁸ MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*, 83 *GEO L.J.* 2663 1994-1995, pp. 2663-2696, *vid.*, p. 2669. (Consultado 03/04/2015).

<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?page=2663&handle=hein.journals%2Fglj83&collection=journals>

⁴³⁹ LANDE, J.M., *Teaching Students.....op.cit.*, p.113.

⁴⁴⁰ GALANTER, M., CAHILL, M., *“Most Cases Settle”....op.cit.*, pp.1387-1391.

interviene en las negociaciones legales se ven influidos por un trasfondo, el resultado que cabría esperar de un Tribunal, previsión de acuerdo a la cual las partes fijan sus expectativas en el proceso negociador⁴⁴¹.

En este capítulo, con el propósito de analizar el litigio y la negociación como herramientas disponibles para la resolución de conflictos de los ciudadanos, en primer lugar, recurriremos a los tres ejes o parámetros que hemos considerado más representativos para someterlos a una comparación dicotómica, posteriormente, analizaremos las ventajas y desventajas más destacadas por la doctrina de la negociación legal frente al litigio. Como ya mencionábamos en la introducción, hemos incluido algunas referencias a los ADR en general por estimarlas de especial interés.

1.1.1 Binariedad versus equilibrio

Generalmente, se percibe el litigio como un mecanismo de resolución de conflictos que arroja soluciones binarias⁴⁴², otorga la razón a una parte y a la otra no, uno gana y otro pierde, el proceso judicial es así percibido como un asunto de todo o nada⁴⁴³. Frente a la binariedad del litigio la negociación ofrece la ventaja de permitir buscar y alcanzar soluciones que respeten mejor el equilibrio entre las partes, no siendo necesario que uno gane y el otro pierda⁴⁴⁴. Los buenos acuerdos negociados tienden a buscar soluciones aceptables para todas las partes, de forma que tras el acuerdo, todos los participantes disfruten de una situación más ventajosa de la que cabría esperar si el acuerdo no se hubiese alcanzado. En la medida que las ventajas que consigue cada parte coincidan con aquellas preferencias que le son prioritarias, mayor será la calidad del acuerdo.

⁴⁴¹ MNOOKIN, R.H., *Negotiation Settlement.....op.cit.*, p. 364.

⁴⁴² MENKEL-MEADOW, C., *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, *Florida State University Law Review*, Vol. 27, 1999, pp. 153-188, *vid.*, p. 157-158. (Consultado 22/04/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/flsulr27&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/flsulr>

⁴⁴³ LUBAN, D., *Bargaining and Compromise.....op.cit.*, p.414.

⁴⁴⁴ WILLIAMS G. R., *Legal Negotiationop.cit.*, p 11. MENKEL-MEADOW, C., *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, *38 Wm. & Mary L. Rev. 5 (1996)*, pp. 5-44, *vid.*, en general. (Consultado 27/05/2014)

<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol38/iss1/3>. En este sentido, la autora dice que la binariedad del sistema adversarial con sus particulares métodos y tácticas, a menudo frustra algunos objetivos esenciales del sistema legal.

En EEUU, una parte de la doctrina defiende que los abogados cuando negocian no deberían verse constreñidos a las prácticas judiciales o las que son usuales en los negocios. Los negociadores pueden acordar cualquier término, siempre que la ley sea respetada. Los clientes pueden preferir soluciones a las que no llegaría un Tribunal, por ejemplo, un pago en especies. En ese sentido, GOODPASTER⁴⁴⁵ dice: “nada, excepto quizás la cultura local, estándares, costumbres o prácticas en un sector en particular, exige a las partes negociar de una determinada manera”. En el mismo sentido, FROMM⁴⁴⁶ subraya la mayor libertad para acudir a normas, principios legales u otros estándares en la negociación pudiendo incluso los negociadores apoyarse en hechos y pruebas que en un litigio no se tomarían en consideración o serían inadmisibles. Por su parte, CRAVER⁴⁴⁷ dice que no necesariamente debería ser objeto de preocupación que las soluciones negociadas que buscan maximizar los intereses de las partes no reflejen la actuación de un Tribunal ni las prácticas más comunes en el mundo de los negocios siempre que respeten la legalidad.

Nosotros estimamos que debería ponerse mayor énfasis en los matices que atenúan la binariedad que se atribuye al litigio. La dicotomía litigio = binariedad/ negociación = flexibilidad existe, pero no es ni mucho menos absoluta. Debe tenerse en cuenta, que los sistemas legales proveen a los órganos judiciales con mecanismos que les permiten atenuar la binariedad⁴⁴⁸. A modo de ejemplo, en EEUU un mecanismo que neutraliza la binariedad es el principio de

⁴⁴⁵ GOODPASTER, G., *A Primer on Competitive ...* op.cit., p.328.

⁴⁴⁶ FROMM, B., *Bringing Settlement out of Shadows: Information about Settlement in an Age of Confidentiality*, 48, *UCLA L. Rev.* 663 2000-2001, pp. 663-742, *vid.*, p. 675. (Consultado 03/06/2014).. http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein_journals/uclalr48&id=679&print=section§ion=26&ext=.pdf.

⁴⁴⁷ CRAVER, C.B., *The Negotiation Process.....* op.cit., p. 276. El autor subraya que una las ventajas más notables de la negociación sobre el litigio, sobre todo cuando se emplea un enfoque de resolución de problemas, es la posibilidad de pactar una solución aceptada por las partes que no implique el acuerdo sobre los hechos. Los hechos que deben establecerse para dictar un veredicto judicial no necesariamente deben quedar establecidos por las partes en disputa como requisito para el acuerdo. Es posible que una parte acepte una solución y pacte sin aceptar como establecidos hechos relativos a la disputa. COYNE, W.F. Jr., *Using Settlement Counsel for Early.....* op.cit., pp.11-17.

⁴⁴⁸ MENKEL-MEADOW, C., *When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver*, 28 *Hofstra L. Rev.* 905 1999-2000, pp. 905-923, *vid.*, p.908, (Consultado 11/02/2014). http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=905&handle=hein_journals%2Fhoflr28&collection=journals La autora explica que la ley demasiado a menudo se basa en posiciones binarias, negligencia/no negligencia, inocente /culpable, y estima como escasas las elecciones “medias o mediadas” tales como en EEUU la negligencia contributiva relativa a la responsabilidad extracontractual entre otros

contribución de culpa⁴⁴⁹ que opera en algunos estados y según el cual para determinar una indemnización por daños sufridos en un accidente de tráfico no deberá únicamente tomarse en cuenta la falta de diligencia del demandado, también se debe tomar en consideración si el demandante observó una conducta que incrementó el riesgo que acabo produciendo el resultado lesivo y si esto es así, la indemnización se verá reducida. De la misma manera, en los distintos ordenamientos jurídicos, los Jueces cuentan con margen para la determinación de las cuantías de todo de tipo de pensiones e indemnizaciones existiendo cierta discrecionalidad, que no arbitrariedad, dentro de los límites o rangos que las leyes otorgan a los Tribunales para modular los efectos de la sentencias judiciales.

Si asumimos que en el litigio hay un ganador y un perdedor, debemos no obstante, preguntarnos que podemos considerar perder y que podemos considerar ganar. Tomando como ejemplo un pleito cuyo objeto fuera la indemnización por daños corporales producidos por lesión, sería un planteamiento simplista pensar que el demandante gana si se le concede todo lo que reclamaba y que el demandado pierde si se le condena a indemnizar. De hecho, para valorar el éxito del litigio para cada una de las partes deberá tenerse en cuenta si han existido negociaciones previas o paralelas, y en caso afirmativo, será necesario evocar lo que ocurrió en dichas negociaciones para llevar a cabo un balance correcto. Si el demandante consiguió una cantidad muy similar en el litigio de la que el demandado le ofrecía en la negociación no puede hablarse de una victoria, o en todo caso estaríamos ante una victoria pírrica, de la misma forma que si el demandado fue condenado a pagar poco más o menos lo que ya estaba dispuesto a pagar antes de ir a pleito no podríamos hablar de derrota. En todo caso, las valoraciones para ser correctas deben tener en cuenta los costes del litigio y como han sido distribuidos. Además, los costes del litigio deben ser comparados con los de transacción, es decir, con los que hubiera generado el proceso seguido para alcanzar el acuerdo que, normalmente, resultan menores⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Definición en <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=341>. (Consultado 05/04/2016)

⁴⁵⁰ Debe tenerse en cuenta la posible condena en costas para valorar el resultado para cada una de las partes. *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

Podemos afirmar que de la misma forma que existen negociaciones que por su temática y/o contexto tienden a un patrón de corte distributivo con preferencia al integrativo, en el ámbito del litigio, unos asuntos son más proclives a la binariedad que otros⁴⁵¹. Pese a ello, resulta evidente que la pericia profesional de abogados y Jueces resulta fundamental para atenuar una excesiva binariedad de las resoluciones judiciales, en favor de soluciones que tengan en cuenta las circunstancias personales de los implicados y demás elementos del contexto.

1.1.2 La flexibilidad de la negociación versus la rigidez del litigio

El procedimiento litigioso ante los Tribunales se encuentra prolijamente regulado, por el contrario, la negociación es un proceso prácticamente carente de reglas expresas, por lo que la su organización y procedimiento queda a la entera libertad de las partes⁴⁵². Las partes pueden escoger a su conveniencia el lugar de celebración de las negociaciones, fijar la agenda- tiempo y asuntos a tratar-, determinar los intervinientes por cada parte, así como, pueden pactar libremente sobre cualquier otro extremo que sea necesario organizar, Los negociadores deben negociar sobre la misma negociación, es decir, sobre el funcionamiento y desarrollo del proceso que desean seguir para alcanzar el acuerdo.

Sin lugar a dudas, la negociación propicia una intervención mayor de las partes en la diseño del proceso que les debe llevar a la solución negociada, mientras que el proceso judicial está regulado por las leyes procesales y se desarrolla bajo la dirección y supervisión del Juez⁴⁵³.

En la negociación, la participación de las partes se desarrolla de forma más libre y espontánea que en el litigio, ya que las partes pueden dialogar sin necesidad de retórica trabajando en el entendimiento mutuo y la comprensión del conflicto. Como expone CONDLIN⁴⁵⁴, en la negociación el argumento busca informar e instruir más que predicar, intimidar o castigar, de la misma forma descansa más

⁴⁵¹ *Supra*. Parte Primera. Capítulo Segundo.

⁴⁵² HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Just Negotiation....op.cit.*, p. 402.

⁴⁵³ MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophicalop.cit.*, p. 2689.

⁴⁵⁴ CONDLIN, R.J., *Bargaining Without Law.....op.cit.*, pp. 310 y siguientes.

en la razón que en el temor o la inseguridad y resulta más efectivo cuanto más se adhiere a los estándares de lo racional. A lo anterior, caben las excepciones, ya que hay negociadores que utilizan el argumento para sorprender, presionar y crear ansiedad al contrario. El argumento también poder utilizarse para despertar simpatía o provocar sentimiento de culpa y conseguir de ese modo concesiones más generosas de la otra parte, pero lo cierto es que para modificar la postura de los negociadores expertos, el argumento precisa aportar nuevas perspectivas o sembrar dudas.

No obstante, no cabe pensar que el proceso de negociación no cuenta con guía normativa alguna. EISENBERG⁴⁵⁵, en los albores de la teoría de la negociación, apuntó que la negociación no se trata de un proceso libre de normativa de forma total e inequívoca, por el contrario, la observación de estos procesos sugiere que se basan en la evocación, elaboración y distinción de principios, reglas y precedentes.

La flexibilidad del proceso negociador frente a la rigidez del proceso judicial se manifiesta en la posibilidad de utilizar diferentes instrumentos que sirven para facilitar la preparación de las negociaciones y/o para implementar los resultados de las mismas.

Una clara manifestación de las posibilidades que ofrece la negociación es la utilización de los preacuerdos o acuerdos preliminares. Esta técnica es recomendable en procesos de negociación complejos, de forma que las partes se comprometan en una serie de acuerdos parciales para facilitar un acuerdo más completo⁴⁵⁶.

La libertad de la que gozan las partes en el proceso de negociación permite también que una vez alcanzado un acuerdo, sea posible intentar mejorar su eficiencia. Lo cierto es que una vez cerrado el acuerdo, las partes pueden

⁴⁵⁵ EISENBERG, M. A., *Private Ordering Through Dispute-Settlement....op.cit.*, p 639.

⁴⁵⁶ GILLESPIE, J. J., BAZERMAN, M., *Pre-Settlement Settlement (PreSS): A Simple Technique for Initiating Complex Negotiations*, *Negotiation Journal*, April 1998, pp. 149-159, *vid.*, p. 150. (Consultado 26/10/2013).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1998.tb00156.x/epdf>. Estos acuerdos presentan tres características básicas: obligan a las partes, son iniciales ya que serán reemplazados por el acuerdo definido y no versan sobre todos los objetos del conflicto

sentirse más libres y confiadas para revelar información y buscar alternativas que no se habían contemplado en las fases del proceso negociador permitiendo que el proceso continúe para perfeccionar lo ya acordado⁴⁵⁷.

La flexibilidad y la libertad con la que cuentan los negociadores, tanto respecto al procedimiento como a los pactos que puedan configurarse en el plano sustantivo para alcanzar la solución más conveniente para las dos partes, deben servir para la prevención de la reaparición del conflicto, y ello se consigue utilizando herramientas propias de los procesos de negociación para intentar asegurar el cumplimiento de lo acordado, que es también una forma de evitar la reproducción del conflicto⁴⁵⁸.

La negociación ofrece también a las partes una posibilidad que raramente puede ofrecer el litigio, la de negociar sobre las condiciones presentes pero también sobre las futuras, es decir, los pactos pueden basarse en el desarrollo de hechos o circunstancias todavía desconocidos para las partes, pero que pueden preverse con mayor o menor certitud. Esto es posible gracias a los denominados

⁴⁵⁷ CRAVER, C.B., *The Negotiation Process.....op.cit.*, pp.320-326.

⁴⁵⁸DUTREY GUANTES Y., "La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales...*op.cit.*", pp. 187 y siguientes. La autora se refiere este tipo de cláusulas en los contratos. A este respecto, consideramos oportuno referir la posibilidad de negociar la inserción de cláusulas en los acuerdos que desempeñen la importante función de facilitar su cumplimiento aún bajo un cambio de circunstancias solucionando los conflictos derivados de pactos que tuvieron lugar en un situación concreta. Las cláusulas que pueden insertarse a este respecto son variadas y de diversa índole, por ejemplo, las que prevén la compensación de la parte incumplidora del acuerdo a la parte perjudicada por dicho incumplimiento, de esta forma en el caso de que una de las partes no honre los pactos que la obligan, las consecuencias ya están estipuladas, si bien es cierto que la parte incumplidora puede negarse a resarcir a la parte perjudicada, ésta última podrá recurrir a los Tribunales para reclamar el cumplimiento de lo pactado, lo que generalmente y en principio, debe resultar más sencillo que demandar por un incumplimiento solicitando al juzgador que aprecie los perjuicios, determine su valor y establezca las compensaciones pertinentes. De esta forma, las partes en caso de un incumplimiento y el conflicto que de ello puede derivarse disponen de un mecanismo preestablecido de resolución del conflicto, de forma que no será, en principio, necesario recurrir a un tercero al quedar la potencial disputa resuelta por las mismas partes.

acuerdos de contingencia⁴⁵⁹ que permiten que obligaciones o derechos interdependientes sean asignados a los negociadores dependiendo del desarrollo de acontecimientos futuros. Por ejemplo, el precio de un contrato en compraventa puede sujetarse a las variaciones que experimente en el mercado una materia prima o a la fluctuación cambiaria.

La principal diferencia entre los acuerdos contingentes y los preacuerdos consiste en que los primeros son acuerdos definitivos y no requieren ser revisados a no ser que sea necesario porque tenga lugar el acontecimiento previsto y entre en juego el mecanismo de contingencia instaurado al efecto, por el contrario, los preacuerdos son acuerdos provisionales a la espera de ser remplazados. Debemos no obstante, señalar que los preacuerdos pueden tomar la forma de acuerdos contingentes, por ejemplo, se puede estipular que alguien recibirá honorarios o comisiones por los ingresos generados en un primer periodo, a la vez que se acuerda una negociación posterior sobre dicho extremo⁴⁶⁰. Los pactos de esta índole permiten que se alcancen muchos acuerdos que de otra forma no se perfeccionarían al no poder o querer una o ambas partes soportar el grado de incertidumbre futura.

Otra ventaja de la negociación es la posibilidad de establecer acuerdos revisables. En ocasiones las partes suscriben acuerdos para un periodo muy extenso de tiempo, por lo que es previsible que las circunstancias del momento de la firma se vean modificadas y resulte conveniente la revisión de los términos contractuales. Para estos casos, el proceso de negociación permite pactar

⁴⁵⁹ Los acuerdos contingentes o condicionales pueden servir para incentivar el comportamiento futuro de las partes favorable al desarrollo del acuerdo, pero estos pactos pueden presentar especial problemática, ya que la concurrencia de las conductas o circunstancias contempladas pueden ser susceptibles de ser interpretadas de modo diferente por las partes, además, estos acuerdos comportan la revelación de información concerniendo las preferencias o necesidades de los negociadores para el futuro, lo que siempre puede conllevar al riesgo de explotación de una de las partes por la otra parte, si bien, lo cierto es que la necesidad de revelar la información sobre las expectativas y necesidades futuras facilita la cooperación. MOFFIT, M., *Contingent Agreements: Agreeing to Disagree about Future*, 87 Marq. L. Rev. 637 2003-2004, pp. 691-696, vid., en general. (Consultado 10/07/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=691&handle=hein.journals%2Fmarq1r87&collection=journals>

En nuestra opinión, estos acuerdos tienden a desdibujar las nociones de ganador-perdedor, son acuerdos que presentan un cierto tinte de apuesta y las partes obtienen mayores beneficios en la medida que son capaces de predecir el desarrollo de hechos futuros y como les pueden afectar, todo ello, partiendo de la base de que todas las contingencias difícilmente pueden preverse y por lo tanto, no existe el acuerdo perfecto.

⁴⁶⁰ GILLESPIE, J.J., BAZERMAN, M., *Pre-Settlement**op.cit.*, p.152.

revisiones periódicas del acuerdo sobre aquellos puntos que se estime oportuno⁴⁶¹. Si nos detenemos a comparar, el litigio no ofrece las mismas posibilidades, y ello por varios motivos, en primer lugar, en los ordenamientos anualizados aun existiendo diferencias entre ellos, los procesos civiles se inician a instancia de parte y en ellos se resuelve las pretensiones aducidas por las partes, además, existe el principio de cosa juzgada, por lo que salvo aquellos procedimientos no sujetos a dicho principio, una vez exista sentencia firme las posibilidades de modificarla se reducirán a los casos excepcionales previstos por la ley⁴⁶². Otra vertiente de la flexibilidad que ofrece la negociación se refiere a la posibilidad de incrementar la confidencialidad tanto del proceso negociador como del acuerdo obtenido. Los procesos de negociación puede presentar especiales ventajas para negociadores que tengan especial intereses en evitar la publicidad del contenido de los pactos, ya que las partes negociadoras también pueden precintar el contenido del acuerdo impidiendo su divulgación o información revelada, así como excluir la utilización del contenido y términos del acuerdo en disputas posteriores, si bien la confidencialidad puede encontrar límites en la ley y en las disposiciones de los Tribunales⁴⁶³.

Respecto a lo expuesto, debemos precisar, que la creciente integración de la negociación en los procesos litigiosos puede implicar en mayor o menor grado la supervisión del Tribunal y por tanto la libertad de las partes respecto de las decisiones concernientes al proceso negociador podría verse disminuida por las imposiciones de los órganos jurisdiccionales⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ SALACUSE J.W., *So, What is the Deal Anyway? Contracts and Relationships as Negotiations Goals*, *Negotiation Journal*, January 1998, pp. 5-11. *vid.*, p. 8. (Consultado 26/10/2013). <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1998.tb00144.x/epdf> A este respecto, cabe señalar que cada vez cobran más popularidad las cláusulas que prevén que un cambio de las circunstancias bajo las que se contrató y que supongan que los pactos que integran un negocio jurídico puedan resultar demasiado gravosos para una de las partes, creándose así, un desequilibrio entre las mismas y una situación injusta. Estas cláusulas, llamadas *hardship* y propias del derecho anglosajón, dotan al contrato de flexibilidad y propician la renegociación de los términos que pudieran crear desequilibrio entre las partes facilitando así el cumplimiento de los pactos. Ver en DUTREY GUANTES Y., "La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales.....*op.cit.*", pp. 155-187

⁴⁶² Arts. 447 y 787.5 LEC y en general los actos de Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁶³ BUNDY, S. McG., *The Policy in Favor of Settlement.....op.cit.*, p.51.

⁴⁶⁴ *Infra*.

1.1.3 Proceso público versus proceso privado: la garantía de una solución justa al conflicto

El litigio judicial, a diferencia de la negociación que es un proceso estrictamente privado, reviste carácter público⁴⁶⁵. Los órganos jurisdiccionales forman parte del poder judicial y deben actuar con imparcialidad e independencia respecto de otros poderes estatales. Sus actuaciones están supervisadas por los órganos y/o instituciones públicas que tienen encomendada dicha función.

En el litigio, el órgano jurisdiccional como parte integrante de las instituciones que conforman el Estado de Derecho garantiza la justicia de las resoluciones que se adopten. El papel del abogado consiste en defender los intereses de su cliente -solicitando las medidas que estime conveniente, oponiéndose a las que solicite la otra parte cuando lo estime pertinente, solicitando la prueba que fundamenta su derecho e impugnando las pruebas de la otra parte si no fueran ajustadas a derecho y, en definitiva, argumentando ante el Tribunal en favor de los derechos de su cliente y tratando de desvirtuar las argumentaciones de la parte contraria-. No obstante, es el órgano jurisdiccional quien en última instancia decide, y de ese modo, se constituye en garante de la justicia de la resolución.

En la negociación la situación es diferente es un proceso entre partes y a diferencia de lo que ocurre en el litigio no interviene una tercera parte “imparcial” a la que se le tribuya la función de velar para que la solución que se adopte sea

⁴⁶⁵ GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement*, 44 *UCLA L. Rev.* 1 1996-1997, pp. 1-64 *vid.*, p. 4. (Consultado 02/03/2015). <http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclaIr44&id=17&print=section§ion=10&ext=.pdf>

justa para las todas las partes⁴⁶⁶. De acuerdo a lo ya expuesto, el abogado bien interviene en nombre de su cliente o bien lo acompaña y le asesora en el proceso, de modo que la interacción se produce entre las partes y/o los abogados de las partes.

CONDLIN⁴⁶⁷ refiere que la negociación de disputas está a caballo entre la distinción de lo privado y lo público. Es un mecanismo integrado en el sistema legal para resolver un conflicto, pero a la vez abandona el marco integrado en la Administración pública a tal efecto, ya que es privada al no existir la supervisión de tercero y se trata de un proceso organizado por las partes que pueden decidir adoptar soluciones arbitrarias, incluso extralegales, sin contar con las limitaciones que podría imponer el órgano jurisdiccional. A la vez, la ley afecta e interviene definiendo la forma y el contenido de la negociación. El ordenamiento legal debe ser tenido en cuenta por los negociadores y definirá en buena medida las estrategias de los mismos, en concreto la jurisprudencia sirve a la función de complementar a la ley marcando pautas orientadoras sobre la mayor conveniencia de unas soluciones sobre otras. Cuando se trata de negociaciones legales, los participantes saben que durante el curso del proceso una de las partes puede decidir abandonarlo y preferir el recurso a los Tribunales.

La actividad negociadora previa al litigio está en manos de los abogados, de manera que incluso cuando la negociación se encuentra incardinada en el

⁴⁶⁶ Esta es también diferencia esencial entre la negociación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje o la mediación, donde intervienen terceros neutrales, si bien las funciones que les son atribuidas observan diferencias con las del Juez. Las funciones del árbitro son similares a las del Juez, aunque el árbitro no cuenta con la facultad de ejecutar el laudo dictado, por el contrario, las funciones del mediador guardan notables diferencias con las del juez y el árbitro. En la negociación legal, en ausencia de tercero neutral, corresponde a las propias partes y especialmente a los abogados que las asesoran velar por la justicia de la solución. MOULY, B., *Truthfulness in Negotiation*, *Liberty Legal Journal*, 8 2013, pp. 7-11, *vid.*, p. 9. (Consultado 11/02/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/liblej2013&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/liblej>

La autora respecto al carácter privado del proceso de negociación dice “There is no sworn testimony, and there is no written record, There is no power to hold party to contempt. The negotiation is a meeting between adversaries without an independent monitor of their conduct present” No hay testimonio jurado, no hay registro escrito, no hay un poder que reconduzca a una parte en desacato. La negociación es un encuentro entre dos adversarios sin un supervisor independiente de los comportamientos que se produzcan”. Traducción autora.

⁴⁶⁷ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence....op.cit.*, p.6.

proceso judicial, el Juez no suele intervenir hasta que los intercambios e interacciones entre las partes tienen un cierto recorrido⁴⁶⁸.

Como bien señala GUTHRIE⁴⁶⁹, el papel del abogado en la negociación y en el litigio presenta notables diferencias, pero también guarda importantes similitudes. En ambos procesos, el abogado intenta obtener para su cliente aquello que este cree que le corresponde y lo hace utilizando la persuasión, en el litigio persuade al Juez, un tercero neutral, en la negociación persuade a la otra parte. En el litigio el Juez resuelve de forma unilateral aplicando la ley, mientras en la negociación la solución proviene del acuerdo entre las partes. Para alcanzar una solución mutuamente aceptable y conveniente, las partes pueden prescindir de establecer los hechos y pueden disponer del derecho de la forma que más les convenga, con la excepción, por supuesto, del respeto al derecho imperativo que resulte de aplicación.

⁴⁶⁸ GROOS, S.R., SYVERUD, K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts.....op.cit.*, p. 48. En el sistema judicial norteamericano habitualmente el Juez no interviene hasta que se celebra la *Settlement Conference* lo que sucede en momentos cercanos al juicio.

⁴⁶⁹ GUTHRIE, C., *Principles of Influence in Negotiation*, 87 *Marq. L. Rev.* 829 (2003-2004), pp. 829-837, *vid.*, p.829. (Consultado 10/04/2014). <http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr>. ELKINS-ELLIOTT, K., ELLIOT, F.W., *Settlement Advocacy.....op.cit.*, p. 12 Los autores refiriéndose al contexto negociador, dicen que se puede persuadir usando poder, derechos o colaborando en la solución del problema.

1.2 Ventajas de la negociación frente al litigio

En los siguientes apartados expondremos lo que pueden considerarse ventajas del proceso negociador frente al proceso litigioso. Las ventajas predicadas por la doctrina no se limitan al ahorro de recursos, sino como veremos, la negociación puede también aportar un alto grado de especialización en el consejo legal orientado a la búsqueda de soluciones al conflicto, así como puede proporcionar soluciones más equilibradas, flexibles y adaptadas a las necesidades de las partes.

1.2.1 Ahorro de tiempo y de otros recursos

El litigio está considerado como un mecanismo de resolución de conflictos de alto coste económico⁴⁷⁰. En EEUU, aun quienes califican como espectacular el sistema de Administración de justicia para resolver conflictos contenciosos tachan su coste de utilización excesivo⁴⁷¹. Pese a lo anterior, posiblemente, la queja más aireada respecto del funcionamiento de los Tribunales de justicia sea la lentitud en sus actuaciones⁴⁷², siendo en buena medida, la acumulación excesiva de asuntos la razón fundamental de las importantes dilaciones en la Administración de justicia⁴⁷³.

⁴⁷⁰ GROSS, S.R., *We Could Pass a Law.....op.cit.*, p.345.

⁴⁷¹ GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts inop.cit.*, p. 62.

⁴⁷² BRAZIL, W.D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook for Lawyers and Judges". Prentice-Hall Law & Business, 1988, p. 2. A este respecto, el autor dice que la ventaja de los menores costes de la negociación frente al litigio resulta tan obvia que no requiere de comentarios.

⁴⁷³ BURGER W. E., *Is There a Better Way?* *A.B.A. J.* 274 1982 pp. 274-277, pp. 274 y siguientes. (Consultado 07/12/2014).

http://www.academia.edu/3812517/Isnt_There_a_Better_Way El autor señala la sobrecarga de asuntos y consiguientes dilaciones en los Tribunales Americanos con algunos datos, que ya en 1982, resultaban significativos. El autor sostiene "If courts are to retain public confidence, we cannot let disputes wait two, three, or five years to be disposed of, as is so often the situation". "Si los Tribunales sirven para mantener la confianza pública, no podemos dejar las disputas esperando dos, tres o cinco años para ser despachadas, como ocurre muy a menudo". Traducción de la autora. GOLBERG, J., *Online Alternative Dispute Resolution and Why Law Schools Should Prepare Future Lawyers for the Online Forum*, 14, *Pepp. Disp. Resol. L.J.* Iss. 1 (2014), pp.1-25, *vid.*, pp. 3-4. (Consultado 14/12/2015).

<http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol14/iss1/1>

COLINA GAREA, R., *El arbitraje en España Ventajas y desventajas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., cop.2009, p. 47. El autor señala que prácticamente el 98% de las disputas legales se negocian en EEUU, y ello es debido tanto a la dilación de los procesos judiciales como al elevado coste de los mismos, ya que cuanto más se dilata un procedimiento más se eleva su coste.

Analizando las causas de la sobrecarga de expedientes, y por ende, de la lentitud en la impartición de justicia, BURGER⁴⁷⁴ apunta que los Tribunales en EEUU se han visto desbordados por la creciente tendencia de los ciudadanos a llevar ante los órganos jurisdiccionales asuntos que pertenecen al ámbito de las preocupaciones y problemáticas personales y que antes eran mejor tutelados por otras instituciones, pero con el devenir del tiempo se han ido convirtiendo en derechos susceptibles del amparo de los Tribunales. En sentido similar y en el contexto español, BARONA VILLAR⁴⁷⁵ habla del aumento en calidad y cantidad de la conflictividad social de forma asimétrica y exponencial como uno de los componentes del paisaje que nos ofrece la sociedad moderna y mundializada.

GALANTER⁴⁷⁶ identifica causas que derivadas de la sobrecarga de los juzgados empujan a los eventuales litigantes a buscar el acuerdo. La dilación en obtener un resultado puede acabar restando valor a lo obtenido, los costes de mantener “el caso vivo” aumentan y los juzgados se ven abocados a adoptar reglas que restrinjan el acceso al litigio propiciando la negociación, si bien tal y como el autor sugiere, puede que la lentitud de los Tribunales no moleste a todos por igual ya que tiende a favorecer a quienes deben pagar o entregar un bien o llevar a cabo una prestación, de forma que la dilación puede ser utilizada tácticamente por los litigantes más sofisticados que, normalmente, sabrán situarse en una posición que se vea privilegiada por la lentitud del sistema judicial en detrimento de los litigantes con menores recursos y conocimientos⁴⁷⁷.

Lo cierto, es que el tiempo puede jugar a favor o en contra de cada una de las partes, por lo que si en un plano general se percibe la lentitud y dilación de la Administración de justicia como un grave inconveniente, al descender al plano particular, las dilaciones para la obtención del resultado pueden favorecer a una parte en detrimento de la otra, de modo que el perjuicio o beneficio que cada

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 275.

⁴⁷⁵ BARONA VILAR, S., *Integración de la Mediación en el Concepto....op.cit.*, p. 4.

⁴⁷⁶ GALANTER M., *Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits in legal change, Law&Soc’y*,95,(1974-1975), pp.95-160., *vid.*, p.121. (Consultado 16/02/2015).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/lwsocrw9&id=97&print=section§ion=11&ext=.pdf>

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p.122. ROSS, H.L., “Settled out of the Court”*op.cit.*, p.182. Refiriéndose a la dilación que ocasiones supone acudir a los Tribunales para resolver un asunto contencioso señala que parece que algunos litigantes podrían salir beneficiados con la dilación.

negociador obtenga de la cantidad de tiempo invertido en resolver el conflicto podría suponer una alteración del equilibrio de poder entre partes condicionando el resultado de la negociación.

El recurso a las soluciones negociadas se apunta como una solución en orden a la reducción de la carga de trabajo de los Tribunales⁴⁷⁸. No obstante, los ciudadanos que optan por resolver sus conflictos o asuntos mediante la negociación legal, normalmente, financian el mecanismo ellos mismos, lo que disminuye los costes de la Administración de justicia pública.

GOLBERG⁴⁷⁹ apunta que el litigio se está convirtiendo en un mecanismo de resolución de conflictos poco práctico, debido a que a la vez que crecen las demandas que se presentan en los Tribunales disminuye el número de asuntos que realmente se resuelven mediante litigio y la financiación de los Tribunales también se reduce, combinación de elementos que realmente no ayuda a resolver los problemas de sobrecarga de la Administración de justicia. La realidad descrita provoca que los mayores esfuerzos se concentren en la fase incipiente del proceso litigioso, lo que minimiza el número de asuntos que realmente a fase de juicio.

En nuestra opinión, el tema del ahorro de recursos suele contemplarse de forma sesgada, y generalmente, se incurre en el error de no especificar que recursos se ahorran en concreto, y lo que es más importante, a cargo de quien hubiera corrido la financiación de los recursos ahorrados, ya que es distinto, lo que no significa que no sea igual de importante, ahorrar los recursos del erario público que los de las partes litigantes cuando estas son privadas. En primer lugar, únicamente, en aquellos casos en los que los costes de los mecanismos

⁴⁷⁸ CORTES, P., SOTELO, F., *Negocia o Atente a las Consecuencias*, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, p.4. (Consultado 06/08/2015).

http://www.indret.com/pdf/852_es.pdf. Los autores afirman que los procesos judiciales suelen ser vistos por los ciudadanos como lentos y caros. Una de las causas de esta percepción es la acumulación de carga de trabajo que sufren los Tribunales. Una mayor asignación de recursos puede ser una solución, pero a la vez que se aligerará la carga de trabajo podría aumentar la litigiosidad, ya que se podría incentivar la presentación de demandas si los ciudadanos pensarán que éstas serían resueltas más rápidamente. Otra de las soluciones es el fomento de las soluciones negociadas por los litigantes.

⁴⁷⁹ GOLBERG, J., *Online Alternative Dispute Resolution ... op.cit.*, pp. 2-4.

alternativos al litigio sean efectivamente soportados por las partes⁴⁸⁰ podrá hablarse de un ahorro del coste total del procedimiento para el erario público. En segundo lugar, si tareas que deberían ser llevadas a cabo por el Juzgado son llevada a cabo por los negociadores en un proceso privado o eventualmente otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos, deberá considerarse quién hubiera debido soportar el coste de dicha tarea en el curso del proceso judicial, ya que únicamente existe ahorro para el erario público cuando se releva a la Administración de justicia de parte de las diligencias necesarias para la resolución de un caso.

La negociación legal como mecanismo de resolución de conflictos presenta la ventaja de que son las mismas partes las que intentan buscar una solución a su disputa, de forma que prescinden de la intervención de un tercero⁴⁸¹, que estaría obligado a dictar una resolución vinculante, como el Juez o el árbitro o que simplemente ayudaría a las partes a aproximar sus posiciones, como es el caso del mediador o el conciliador. La búsqueda de la solución al conflicto por las propias partes, significa, en principio, un ahorro de recursos, los que servirían para financiar la intervención del tercero imparcial. Pero esta regla general precisa de matizaciones, puesto que debe tenerse en cuenta que en las negociaciones legales, la intervención de abogados requiere una inversión de recursos importante, por lo que debemos considerar que si se recurre a una mediación o conciliación sin consejo legal estos mecanismos pudieran resultar más económicos para los disputantes. Además, en el caso de EEUU, un elemento a considerar es que está permitida la autodefensa⁴⁸², por lo que este elemento podría convertir al litigio en un mecanismo más asequible.

Cabe señalar que al ahorro de recursos para la Administración Pública de justicia que puede suponer resolver disputas legales mediante a negociaciones llevadas a cabo de forma independiente y privada por las partes y sus abogados,

⁴⁸⁰ En España la mediación puede ser financiada por los servicios de Justicia Gratuita. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90240 a 90288. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10727 Disposición Final Tercera que modifica la Ley 1/1996m e 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. (Consultada 26 de Enero 2016).

⁴⁸¹ DUTREY GUANTES Y., “La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales... *op. cit.*, p. 187.

⁴⁸² *Infra*. Parte Tercera. Capítulo Primero.

no será tan evidente si la negociación es impuesta a las partes, tal y como puede ocurrir en EEUU, ya que si tiene lugar la intervención del Juez, este deberá dedicar tiempo a esta tarea lo que podría detraerle de sus obligaciones respecto de los litigios pendientes a resolver por el Tribunal⁴⁸³. MAYER⁴⁸⁴, desde una perspectiva práctica, dice que con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no siempre se ahorra tiempo, ya que cuando el proceso resulta infructuoso se pierde.

Respecto a la conveniencia de la intervención del Juez en las negociaciones entre las partes, hay quien aboga por la dirección del caso por parte del Juzgador incluida la negociación, ya que esto reduce el tiempo de resolución de la disputa y el control por parte de los abogados⁴⁸⁵. Otros, por el contrario observan desventajas en este sistema alegando que las negociaciones previas obligatorias al litigio pueden crear mayores dilaciones que el proceso judicial que se pretende evitar, ya que se fuerza a las partes a negociar de forma indiscriminada sin tener en cuenta que no en todos los casos puede resultar lo más conveniente. El Juez puede invertir mucho tiempo para llegar a un resultado menos eficiente del que se obtendría en un litigio⁴⁸⁶.

Generalmente, el litigio resulta costoso debido a los honorarios de los abogados que deben invertir mucho tiempo y trabajo en la preparación, así como, los de los peritos y/o expertos cuando su intervención resulta necesaria. No obstante, las negociaciones complejas en las que están en juego valores importantes, pueden requerir inversiones similares. En los procesos de negociación legal, resulta probable que una parte no acceda a ninguna concesión hasta saber que obran en manos de la otra parte pruebas en su contra, por lo que en ocasiones se hace necesario que los abogados expongan a la otra parte las normas y jurisprudencia que fortalecen su caso o incluso resulta imprescindible la

⁴⁸³ MENKEL-MEADOW, C., *For and Against Settlement: Uses And Abuses Of The Mandatory Settlement Conference*, 33 *UCLA L. Rev.* 485 1985-1986, pp. 485-516, *vid.*, p.493 y siguientes. (Consultada 04/06/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclaIr33&id=501&print=section§ion=22&ext=.pdf>

⁴⁸⁴ MAYER, B. S., *Mas allá de la neutralidad.....op.cit.*, p. 79.

⁴⁸⁵ MENKEL-MEADOW, C., *For and Againstop.cit.*, p. 496. Reproduciendo las posturas a favor de Flanders y Connelly la de Resnik a sensu contrario.

⁴⁸⁶ SCHMITZ, A.J., *Nonconsensual + Nonbindingop.cit.*, p. 611. La autora se pronuncia en este sentido refiriéndose los ADR obligatorios, especialmente, al arbitraje.

intervención de peritos para llevar a cabo valoraciones sobre aspectos técnicos. En este tipo de negociaciones podría considerarse una “ventaja” la posible reutilización de los resultados de los recursos invertidos en la preparación del litigio si el acuerdo no se alcanza. En todo caso, si bien el coste de la negociación o la mediación es menor que el del litigio, cuando no se alcanza el acuerdo, el cliente que ya ha financiado la negociación, si desea obtener un resultado deberá además financiar también el proceso judicial⁴⁸⁷.

EIDENMULLER⁴⁸⁸ explica que no resulta evidente que los mecanismos de resolución de conflictos alternativos, de forma general, resulten más eficientes en términos económicos para los ciudadanos que las instituciones públicas de impartición de justicia. Un claro ejemplo, en Europa y a nivel comunitario, lo encontramos, en la legislación relativa a la resolución de conflictos consumidores *online*. Este mecanismo se financia por todos los consumidores de un producto/empresa independientemente de que recurran a la utilización del mecanismo o nunca lo utilicen, mientras las demandas de consumidores ante la Administración de justicia pública, salvo excepciones, presentan la tendencia cada vez más marcada a ser financiada por quienes la utilizan.

Cabe también la reflexión sobre si los recursos producidos por la negociación pueden acabar siendo consumidos por el mismo proceso negociador que también tiene costes de diversa índole, y no únicamente, los directos atribuibles al procedimiento en sí, puesto que debe tenerse en cuenta que en ocasiones el coste de una concesión realizado en el proceso negociador puede ser demasiado alto incluso cuando el pacto es preferible al no acuerdo⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ COCHRAN, R. F. Jr., *Professional Rules and ADR: Control of Alternative Dispute Resolution Under the ABA Ethics 2000 Commission Proposal and Other Professional Responsibility Standards*, *Fordham Urban Law Journal*, Vol.28 N° 4, 2001, p. 985-914, *vid.*, p. 899. (Consultado 02/05/2014).

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287682##

⁴⁸⁸ EIDENMULLER, H., ENGEL, M., *Against False Settlement:.....op.cit.*, p.272. Los autores apuntan que se hace necesario considerar si los ADR justifican los costes que ocasionan.

⁴⁸⁹ SEBENIUS, J.K., *Avoiding the Cost of Negotiation: A Commentary on “Is unilateralism always bad?”*, *Negotiation Journal*, April 2004, pp. 165-168, *vid.*, p. 166. (Consultado 26/02/2015)
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/nej.12053/epdf>

A este respecto, FISS⁴⁹⁰ señala que en contra de lo que pudiera parecer, cuando un potencial demandante carece de recursos el acuerdo puede no resultarle tan beneficioso, ya que los costes que le permite ahorrar pueden representar la aceptación de condiciones que supongan una merma notable de las compensaciones a las que se tiene derecho.

1.2.2 Especialización técnica

En un mundo globalizado y complejo como el actual, el esquema básico del conflicto que se presenta ante un Tribunal, el de demandante frente a un demandado que disputan un asunto o queda con mucha frecuencia superado, puesto que cada vez son más comunes los conflictos en los que se deben resolver diferentes asuntos en los que se encuentran implicadas varias partes, incluso la complejidad puede ser doble, ya que el conflicto puede versar sobre diferentes asuntos e implicar a la vez a varias partes respecto de todos o algunos de ellos. De lo anterior, se deduce que la especialización de los jueces cobra cada vez mayor importancia y la cuestión suscita debate y críticas.

Resulta obligado en este punto referir que en España durante la última década se han llevado a cabo avances significativos en la especialización de los Juzgados, de forma que existen Juzgado de lo Mercantil, Juzgados de Familia, de Violencia sobre la mujer entre otros, pudiéndose hablar en España de un grado de especialización judicial relativamente elevado⁴⁹¹. En EEUU, el sistema judicial es plurijurisdiccional, lo que comporta complejidad en la atribución de competencias entre las diferentes ramas que componen el orden jurisdiccional. Los niveles de especialización de Juzgados y Tribunales pueden presentar diferencias relevantes dependiendo del factor apuntado⁴⁹², si bien la visión dominante es la contraria a la europea y española, ya que como apuntan

⁴⁹⁰ FISS, O.M., *Against Settlement*.....op.cit., p. 1076. - KIRGIS, P.F., *Bargaining with Consequences: Leverage and Coercion in Negotiation*..... op.cit., 73. El autor en un artículo reciente sobre el poder en la negociación legal se manifiesta en sentido similar.

⁴⁹¹ DOMENECH PASCUAL, G., MORA-SANGUINETTI, J.S., *El Mito de la Especialización Judicial*, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero 2015, pp. 4-5. (Consulta 10/03/2015). http://www.indret.com/pdf/1120_es.pdf

⁴⁹² The Outline of The U.S. Legal System, Bureau of International Informations Programs, United States Department of State, 2004. (Consultada 09/12/2015). <http://www.law.washington.edu/asianlaw/uslegalsystem.pdf>.

DOMENECH PASCUAL Y MORA-SANGUINETTI⁴⁹³, el juez generalista esta mejor visto en EEUU que sus colegas especializados.

La especialización comporta como ventaja importante el ahorro en los costes marginales, ya que el Juez utiliza los conocimientos y experiencia adquiridos para un caso en otros similares, por lo que la cantidad de recursos empleados para resolver los casos disminuye. La cuestión de si los recursos ahorrados representan una reducción en el periodo de tiempo de resolución de los expedientes judiciales no cuenta con una respuesta clara. Las investigaciones llevada a cabo no demuestran de forma concluyente, que a mayor especialización, mayor productividad de los Jueces y mayor tasa de resolución de asuntos⁴⁹⁴.

Lo cierto, es que resulta inevitable que ante conflictos que versen sobre temas jurídicos complejos y/o que requieren para su resolución de conocimientos y experiencias altamente especializados, los implicados pueden preferir el consejo legal altamente especializado en esa área para negociar en lugar del litigio ante el Tribunal. De hecho, el arbitraje es apreciado por el nivel de especialización de los árbitros y aunque es un mecanismo costoso, en asuntos que requieren conocimientos muy especializados el recurso a este mecanismo puede resultar preferible que el recurso a un Tribunal⁴⁹⁵. De la misma forma, las partes ante asunto de extrema complejidad, pueden preferir dotarse de consejo

⁴⁹³ DOMENECH PASCUAL, G., MORA-SANGUINETTI, J.S., *El Mito de la Especialización..... op.cit.*, p. 6.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, Vid. en general. Los autores citan diferentes investigaciones en diferentes países respecto de sus sistemas judiciales llevadas a cabo al respecto. Además, señalan también desventajas de la especialización de los juzgados: pérdida de proximidad al justiciable al entrafñar o asignar asuntos, normalmente, la centralización territorial de las especialidades, dificultad de encasillar algunos asuntos en una especialidad, la existencia de asuntos muy complejos que plantean cuestiones distintas que entrarían en la esfera competencial de otros órganos jurisdiccionales, rigidez de la estructura judicial y falta de adaptación a la demanda entre otras. En EEUU, Lo anterior es reflejado por autores como MENKEL-MEADOW, C., *When Winning Isn't Everything: The Lawyer as.....op.cit.*, p.908. La autora estima que los órganos jurisdiccionales tradicionales y el sistema adversarial, únicamente, ofrecen soluciones limitadas, incapaces de abarcar la complejidad de todas las situaciones, apunta concretamente que los órganos jurisdiccionales están más orientados a las disputas bilaterales que a las multiparte.

⁴⁹⁵ *Infra*. Parte Primera. Capitulo Primero. COLINA GAREA, R., *El arbitraje en España Ventajas.....op.cit.*, p. 54. En este sentido, el autor atribuye el hecho de que el arbitraje este más extendido en EEUU que en otros ordenamientos legales al hecho de la pluralidad de jurisdicciones y la complejidad técnica de aplicación de las normas legales que esto comporta. Esta circunstancia ocasiona que una persona, ya sea física o jurídica, cuando sus actividades se extienden a varios estados pueda verse sometida a diferentes jurisdicciones, lo que puede hacer especialmente atractivo el recurso a mecanismos como el arbitraje, por presentar una menor incertidumbre.

legal experto y especializado que sea capaz de buscar una solución negociada adaptada a las necesidades y particularidades de los negociadores.

1.2.3 Flexibilidad, creatividad, y posibilidad de soluciones más adaptadas y completas

La norma legal pretende ser justa, pero puede darse el caso que su aplicación en un caso concreto no arroje un resultado ecuánime y mediante proceso de negociación sea más factible llegar al resultado que emanaría de un sistema justo⁴⁹⁶.

La negociación puede proporcionar a los ciudadanos soluciones más flexibles al permitirles alcanzar soluciones consistentes en combinaciones a las que difícilmente llegaría un Tribunal y que además son preferidas por las partes⁴⁹⁷. Las resoluciones de los Tribunales resuelven estrictamente el conflicto jurídico planteado, de hecho, los Tribunales dan una solución al conflicto en el estadio en que se encuentra, como mucho intentan dictar resoluciones que contengan dispositivos que intenten contener la reproducción del conflicto, pero sin entrar a analizar los posibles escenarios futuros y sin ofrecer soluciones a medida, ya que es a las partes a las que les corresponde determinar el ámbito de decisión del Juez que viene marcado por el objeto del proceso a través de la pretensión del demandante y de la correlativa resistencia del demandado en la contestación a la demanda, y en su caso la reconvencción. En todo caso el juzgador está

⁴⁹⁶ BUNDY, S. MCG., *The Policy in Favor of Settlementop.cit.*, pp.37-38.

⁴⁹⁷ En este sentido podemos invocar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 17 de Dic. 2993, rec. 202/2003, que en su Fundamento de Derecho Tercero dice al referirse al acuerdo extrajudicial "No exige, por lo demás, la paridad en los sacrificios o concesiones, porque el móvil de la solución de conflictos puede determinar desigualdad en las concesiones".

obligado a respetar el principio de congruencia que rige las actuaciones judiciales⁴⁹⁸.

La función de los jueces es aplicar la ley, y por tanto, no cabe esperar de los Tribunales otro tipo de soluciones a los conflictos, por el contrario, los abogados cuando negocian pueden proceder de forma diferente, y siempre que el derecho que no es de libre disposición sea respetado, pueden llegar a soluciones más flexibles⁴⁹⁹.

KOROBKIN invoca los estudios llevados a cabo por Macaulay y Keating⁵⁰⁰ que concluyen que en el ámbito de los negocios los intervinientes se muestran poco preocupados por cumplir con las formalidades que garantizarían la ejecutabilidad de sus pactos por un Tribunal y prefieren confiar en su derecho a solucionar sus disputas por sí mismos. El autor subraya que Macaulay, Keating y otros investigadores han podido constatar que las personas del mundo de los negocios entrevistados ignoran muchas de las normas doctrinales del U.C.C.⁵⁰¹ Estos investigadores llegan a la conclusión de la existencia de una preferencia generalizada por lo que podemos llamar “el acuerdo entre caballeros” sobre la ley, así como, pudieron identificar como prioridades de los entrevistados el mantenimiento de una buena reputación y la importancia del cuidado a la otra parte en las relaciones comerciales.

⁴⁹⁸ NOYA FERREIRO, M.L., VARELA GOMEZ, B., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Arts. 19 a 22*, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2005, pp.4-5. (Consultado 29/08/2015). http://www.indret.com/pdf/293_es.pdf p CALAZA LOPEZ, S., Principios Rectores del Proceso Judicial Español, *Revista de Derecho UNED*, núm. 8, 2011, pp. 49-84. (Consultado 10/04/2016).

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf>

La autora expone que el principio de congruencia es una manifestación del carácter dispositivo del proceso civil. El Juez ha de decidir, exhaustivamente, sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate en el proceso, ya que de lo contrario podría incurrir en incongruencia, lo mismo que si resuelve sobre cuestiones no planteadas o sobre cuestiones diferentes a las planteadas.

⁴⁹⁹ EISENBERG, M.A., *Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement...op.cit.*, p.649. El autor manifiesta que en casos en los que los disputantes depositan gran importancia en la relación y en la continuidad de la misma, el elemento de la reconciliación, probablemente, provee a cada disputante con un incentivo para dar peso a la buena fe de la demanda o defensa de su oponente y las normas o proposiciones de hecho que subyacen en ellas, incluso si se piensa que estas normas no son válidas o los hechos son erróneos.

⁵⁰⁰ KOROBKIN, R., *Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls*, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, nº4 pp. 1033-1066, *vid.*, p. 1046. (Última consulta 26/10/2013).

<http://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2002/4/Korobkin.pdf>

⁵⁰¹ Uniform Commercial Code.

Se presume que el único baremo de la legitimidad del acuerdo es la ley, pero lo cierto es que pueden haber principios no legales que sirvan de fundamento al pacto, y ello no significa que el acuerdo carezca de principios, significa únicamente, que no está basado en principios legales al haber preferido las partes guiarse por otros principios que para su caso concreto pueden valorar como más justos⁵⁰². McTHEIA y SHAFFER⁵⁰³ destacan la aplicación de principios y valores no legales en la negociación, proceso que contemplan desde su aspecto “curativo”, insistiendo en que la negociación no trivializa el proceso de resolución del conflicto, sino que lo exalta, adaptándolo a las partes.

La negociación permite a las partes discutir y pactar sobre el derecho aplicable a su caso, analizar y discutir los hechos cara a cara, así como, entender el mérito de las posiciones de cada una para llegar a proponer una solución consentida por todos los participantes aunque no sea un reflejo fiel de la ley de aplicación al caso ni guarde gran similitud con la resolución que cabría esperar de un Tribunal.

De hecho, no es función de los Tribunales un análisis del conflicto orientado a identificar oportunidades de colaboración entre las partes, mejorar su relación, o crear valor partiendo de una situación de conflicto, por ejemplo, un Tribunal que resuelve un conflicto entre dos empresas no tiene atribuida la función estudiar las posibilidades de superar el conflicto y a la vez crear sinergias que fomenten un marco futuro de colaboración que les pueda resultar extraordinariamente conveniente.

⁵⁰² MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical,....op.cit.*, p.7.

⁵⁰³ SHAFFER, Th.L., McTHENIA, A. W., *For Reconciliation* (1985). *Scholarly Works*. Paper 179, pp.1660-1668, *vid.*, pp.1664. (Consultado 27/03/2015).
http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/179

1.3 Desventajas de la negociación legal frente al litigio

1.3.1 Ausencia de resultado y falta de ejecutabilidad

El procedimiento judicial termina con una resolución, es decir, las partes litigantes obtienen un resultado. Cuando las partes negocian para resolver una disputa es posible que no sean capaces de alcanzar el acuerdo y por tanto el conflicto quede sin solución. En estos casos, quedará abierta automáticamente la vía del litigio para proporcionar el resultado que no ha arrojado el proceso negociador.

Cuando un proceso de negociación legal termina sin acuerdo, ninguna de las partes ha dado una solución a la disputa que las enfrenta, pero es posible que una de las partes haya obtenido mayor provecho de las negociaciones infructuosas, ya que el proceso puede haber sido utilizado tácticamente por una de las partes para ganar tiempo y/o obtener información sobre la otra, por lo que lo invertido en el proceso de negociación que no llevado al acuerdo no se habrá perdido en igual medida para todas las partes⁵⁰⁴.

Concerniendo al cumplimiento de los acuerdos, si bien es cierto que los pactos alcanzados tienen validez de ley entre las partes, de forma que estas quedan obligadas a cumplir lo acordado⁵⁰⁵, resulta evidente que esta obligación no siempre es respetada, por lo que una de las partes puede verse en la necesidad de acudir a los Tribunales de justicia por ser el mecanismo coercitivo adecuado para obtener el cumplimiento de lo pactado. Los acuerdos pueden contemplar medidas tendentes a asegurar el cumplimiento, pero ante una negativa abierta y reiterada de la parte incumplidora, la parte perjudicada en muchas ocasiones, se verá abocada a hacer aquello que quiso evitar negociando, recurrir a los Tribunales de justicia.

⁵⁰⁴ *Supra*. Parte Primera. Capítulo Primero.

⁵⁰⁵ DUTREY GUANTES Y., "La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales.... *op.cit.*, p. 182. Esta obligación se basa, aparte de en las normas que cada ordenamiento jurídico incorpora al respecto, en España art. 1091 del Código Civil, en el principio *pacta sunt servanda* universalmente reconocido.

FISS⁵⁰⁶ alude la cuestión de la ejecutabilidad de los acuerdos privados sosteniendo que los Tribunales, a veces, dudan en usar su poder coercitivo para ejecutar lo que descansa únicamente en el consentimiento de las partes. Asumiendo que el consentimiento se ha prestado libremente y es fidedigno, el acuerdo en el mejor de los casos, tiene valor contractual, pero no conlleva la clase de ejecutabilidad que es propia de una sentencia.

BUNDY⁵⁰⁷ señala que el acuerdo es una promesa de cumplimiento, mientras que la parte que prefiere continuar con el litigio no promete cumplir la resolución que imponga el Tribunal. No obstante, el acuerdo en ocasiones puede provocar un sentimiento de falta de real voluntariedad o de una decisión razonada debido a factores como vulnerabilidad a la explotación de un negociador por el otro, de forma que una parte puede percibirse así misma forzada al pacto por la otra por temor a enfrentar los costes del litigio. Las circunstancias mencionadas podrían privar al acuerdo de la fuerza moral que empuja a su cumplimiento, de modo que el litigio, a pesar de sus costes, en numerosas ocasiones ofrece una garantía de justicia procedimental que puede presentarlo como un mecanismo más satisfactorio a la hora de garantizar el cumplimiento, ya que la parte perdedora puede aceptar de mayor grado una sentencia dictada por un juez que se estima tercero imparcial lo que puede reforzar la voluntad de cumplimiento.

En este sentido, cabe evocar las diferencias entre el acuerdo y negociado y la sentencia judicial en dos vertientes, la ejecutabilidad y el carácter de cosa juzgada. Los diferentes ordenamientos jurídicos otorgan diferentes formas y grados de ejecutabilidad a las diferentes figuras procesales que resuelven una controversia a la vez que también prevén cuando el resultado del mecanismo de resolución de conflictos utilizado impide que alguna de las partes puede pretender dilucidar de nuevo la disputa ante un órgano judicial. De modo general, podemos decir que los acuerdos meramente privados únicamente gozan de valor contractual entre las partes con las consecuencia que de ello se derivan, pero si el acuerdo entre las partes es fruto de un mecanismo de

⁵⁰⁶ FISS O.M., *Against Settlement**op.cit.*,p. 1084-1085. El autor, además, alude a aquellas situaciones en las que quien pacta está condicionado por una relación contractual, por ejemplo con la compañía de seguros, lo que puede afectar a su autonomía para prestar consentimiento de forma libre.

⁵⁰⁷ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement**op.cit.*, pp. 45-46.

resolución de conflictos insertado en el marco de un proceso judicial y/o ha sido refrendado por un Tribunal, será necesario estar a lo que la norma procesal estipule en cada caso⁵⁰⁸.

1.3.2 Privacidad y ausencia de precedentes legales como bien social

La negociación, dado su carácter privado, propicia que los datos e informaciones internas de cada parte no salgan a la luz a diferencia de lo que ocurre en el litigio, que es un proceso público. Si bien, en el proceso judicial no existe la seguridad de que todas las informaciones relevantes que conciernen a un asunto sean conocidas, las probabilidades de transparencia son más elevadas, o al menos, las partes corren el riesgo de que informaciones que no les son favorables queden al descubierto en algún momento de la dinámica procesal litigiosa⁵⁰⁹.

El carácter público de la función jurisdiccional facilita el conocimiento y el control de los contribuyentes que subsidian el sistema judicial, de manera que la transparencia permite controlar la incompetencia “de y en” los Tribunales. Esta apertura reviste un valor pedagógico que facilita que la ciudadanía conozca y aprenda cómo funciona el sistema judicial, lo que fortalece la confianza y genera mayor apoyo al mismo⁵¹⁰.

Los sistemas judiciales otorgan valor al precedente judicial, por lo que las sentencias dictadas por los Tribunales influyen en la resolución de los casos futuros constituyendo un elemento impulsor de la evolución de las soluciones ofrecidas por la Administración de justicia en la resolución de disputas⁵¹¹.

⁵⁰⁸ *Infra*. Parte Primera. Capítulo Primero. *Supra*. Parte Segunda. Capítulo Segundo.

⁵⁰⁹ DORE, L.K, *Public Courts versus Private Justice: It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution*, 81 *Chi-Kent L. Rev.* 463 (2006), *vid.*, en general. (Consultado 16/02/2015).

http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol81/iss2/8/?utm_source=scholarship.kentlaw.iit.edu%2Fcklawreview%2Fvol81%2Fiss2%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. En el proceso judicial ciertas informaciones cuando el Tribunal lo considere justificado pueden protegerse. Así puede ocurrir con los nombres que pueden ser remplazados por iniciales o seudónimos, pruebas, documentos.

⁵¹⁰ *Ibidem.*, p. 469.

⁵¹¹ DEPOORTER, B., *Law in The Shadow of Bargaining: The Feedback effect of Civil Settlements*, 95 *Cornell L. Rev.* 957 2009-2010, pp. 957-988, *vid.*, p. 958.

Por el contrario, la privacidad del acuerdo provoca que descubrimientos que se han llevado a cabo durante el proceso negociador no sean puestos al servicio del público como alerta sobre personas o hechos que pueden perturbar el bienestar social⁵¹², lo que priva al sistema legal y judicial y de forma general a la sociedad de contar con valiosos referentes, tal y como sucedería si las soluciones alcanzadas se adoptaran en el sistema público⁵¹³ y quedarán como acervo legal a invocar. Además, la existencia y utilización del precedente tiene una proyección importante en los costes, ya que el precedente legal puede ser utilizado reiteradamente, de forma que una vez creado el uso posterior supone cercano a cero⁵¹⁴.

En determinados casos, como es el de las resoluciones judiciales sobre derechos fundamentales de los ciudadanos, el precedente cobra especial relevancia. La sentencia judicial pone fin a una disputa entre partes, pero también, probablemente, influirá en los comportamientos sociales actuando como disuasorio respecto de conductas indeseables⁵¹⁵. LUBAN⁵¹⁶ incide en este sentido, admitiendo la superioridad del litigio frente al acuerdo en cuanto a la creación de normas y precedentes, pero también remarca que un exceso de litigiosidad recargaría los Juzgados, de forma que los Jueces dedicarían menos tiempo a elaborar sentencias cuidadosamente fundamentadas y éstas no serían publicadas. La falta de precedentes y la no publicación de las sentencias arrojaría el resultado contrario a la pretendida vida pública que se concibe como fruto del litigio.

GALANTER y CALLIS⁵¹⁷ también relativizan las bondades de la publicidad de las resoluciones judiciales sugiriendo que los efectos de una sentencia judicial en cuanto a su influencia como ejemplo de conducta pueden ser positivos, pero

⁵¹² BILSKY, L., FISHER, T., *Rethinking Settlement, Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 15, 2014, p. 85.

⁵¹³ FISS O. M., *Against Settlement.....op.cit.*, pp.1085-1087. MENKEL-MEADOW, C., *For And Against Settlement:.....op.cit.*, pp.488 y siguientes.

FROMM B., *Bringing Settlement out of Shadows: Informationop.cit.*, p. 674.

⁵¹⁴ BILSKY, L., FISHER, T., *Rethinking Settlement.....op.cit.*, p.82.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 81.

⁵¹⁶ LUBAN, D.D., *Settlement and the Erosion of the Public Realm*, 83 *Geo L. J.* 2619 1994-1995, pp. 2619-2662. *Vid.*, 2623-2645. (Consultado 04/12/2014).

<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?page=2619&handle=hein.journals%2Fglj83&collection=journals>

⁵¹⁷ GALANTER, M., CAHILL, M., *"Most Cases Settle":op.cit.*, 1368.

también negativos, tal y como ocurre cuando una sentencia promueve la idea de que ciertas normas legales pueden ser tomadas de forma poco seria. De la misma manera, los autores reconocen que acuerdos que trascienden al público pueden convertirse en un ejemplo poco benigno, especialmente, cuando el pago de una indemnización va acompañado de una cláusula exculpatoria⁵¹⁸.

Al hilo de lo expuesto, cabe plantearse la cuestión de cómo puede el precedente judicial influir en los procesos de negociación, y a su vez, como pueden las negociaciones influir en la creación del precedente judicial.

GROSS Y SYVERUD⁵¹⁹ destacan la importancia del litigio como recurso de orientación para los casos que no son litigados porque se resuelven mediante la negociación. Los casos que se resuelven en los Tribunales suelen presentar características diferenciales: gran valor en juego, una incertidumbre extrema en cuanto al posible resultado, carácter inusual de los derechos/obligaciones en debate o una elevada relevancia de intereses distintos de los económicos como los de tipo reputacional. Los abogados pueden también tener un interés profesional o incluso personal en la defensa de ciertos valores, lo que puede impulsarles a pleitear para obtener una sentencia que sienta un precedente legal de importancia y que pueda incluso propiciar una modificación de la ley o variar su interpretación⁵²⁰. Las decisiones judiciales son también creadoras de expectativas, de forma que pueden convertirse en motivación o desmotivación para quienes puedan encontrarse en casos similares, llegando a constituirse en ejemplo para quienes deban decidir si intentan obtener sus pretensiones acudiendo a un Tribunal o recurren a un proceso de negociación en busca de una solución pactada⁵²¹.

Por su parte, DEPOORTER⁵²², sostiene que también los acuerdos son susceptibles de actuar como precedentes e influenciar las decisiones judiciales, ofreciendo varios argumentos al respecto:

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 1383.

⁵¹⁹ GROOS, S.R., SYVERUD, K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts.....op.cit.*, p.5.

⁵²⁰ MENDELSON, G., *Lawyers as Negotiators.....op.cit.*, p. 142.

⁵²¹ GALANTER, M., CAHILL, M., *"Most Cases Settle":op.cit.*, p. 1384.

⁵²² DEPOORTER, B., *Law in The Shadow of Bargaining: The Feedback.....op.cit.*, pp. 959-961.

1. Los acuerdos pueden actuar como paramentos de influencia sobre las peticiones de los abogados, por lo tanto, podrían e incluso deberían proyectar influencia sobre las resoluciones judiciales.
2. Los acuerdos pueden también servir de encuadre para la visión normativa de una solución, ya que un pacto que pueda parecer excesivo puede verse justificado por una concesión anterior.
3. Los Jueces pueden percibir que los acuerdos expresan lo que socialmente es percibido como justo y extrapolarlo a las resoluciones judiciales.
4. Lo concedido en los acuerdos también actúa como factor condicionante en los puntos de reserva de futuras negociaciones de disputas, de forma que las mayores exigencias del demandante o la menor predisposición a conceder del demandado entorpecen el acuerdo y pueden aumentar la actividad litigiosa. GALANTER Y CALLIS⁵²³, no obstante, señalan que aun en el caso de que un acuerdo pudiera ser tomado como precedente, lo cierto, es que los acuerdos carecen de la visibilidad y de la autoridad de las resoluciones judiciales. Además, los mensajes que pueden transmitir los acuerdos son más susceptibles de sesgo y distorsión.

Por su parte, MENKEL-MEADOW⁵²⁴ considera que una de las bondades del sistema jurisdiccional como es crear precedentes que promuevan la claridad, la certitud y el orden pueden suponer en un escollo para la identificación de soluciones creativas que nunca serían dictadas por un Tribunal, al planear la influencia de las probables resoluciones judiciales de forma limitante sobre las negociaciones legales. Puede suceder que aun en ausencia de tercera parte con poder de decisión, los negociadores repliquen las posturas adversariales y se centren en convencer a la otra parte de que perdería el caso ante los Tribunales para conseguir concesiones sin intentar aprovechar el potencial del proceso negociador.

⁵²³ GALANTER, M., CAHILL, M., *"Most Cases Settle":op.cit.*, 1385.

⁵²⁴ MENKEL-MEADOW, C., *Toward Another Viewop.cit.*, p.790-791.

Tema conexo al precedente judicial como bien común frente a la privacidad de los acuerdos es la confidencialidad sobre los mismos. LUBAN⁵²⁵ aboga por la publicidad de los acuerdos adoptados en el marco de las actuaciones judiciales, fundamentalmente, cuando estén relacionados con asuntos de interés público. MENKEL-MEADOW⁵²⁶, que se opone a la publicidad de los acuerdos como principio general, considera que cuando la aprobación del acuerdo por el Tribunal es solicitada por las partes debe estimarse que éstas, en principio, renuncian a la confidencialidad del acuerdo, siempre que no resultara aplicable otra política relevante. La autora apunta que si bien que no todos los acuerdos tienen porque gozar de publicidad, la difusión de las soluciones negociadas puede presentar ventajas, ya que si los ciudadanos prefirieren el acuerdo por estimar que los pactos privados se adaptan mejor a sus necesidades e intereses que las soluciones previstas por la ley, resultaría apropiado que las experiencias negociadoras pueden servir para explorar nuevas respuestas legales y promover las oportunas reformas⁵²⁷.

Refiriéndose a la importancia para las partes en conflicto de la publicidad de las soluciones pactadas DORE⁵²⁸ expone que la creciente transparencia en los litigios civiles en EEUU desvía disputantes hacia otros mecanismos de resolución de disputas que se presentan como opciones que permiten mantener la información fuera del alcance del público.

BUNDY⁵²⁹ argumenta que no puede pensarse que pueda atribuirse un valor social a toda la información relativa a los acuerdos. La información será valiosa no solo porque existan disputas similares, puesto que será también necesario que la información permita mejorar los resultados en la resolución del conflicto.

Además, como señala GALANTER⁵³⁰ no todos los negociadores dan igual importancia a la creación del precedente, de modo que a quienes deben resolver un conflicto legal de forma aislada, únicamente, les interesa el resultado de su conflicto y normalmente no será de su interés la creación de precedentes que

⁵²⁵ LUBAN, D.D., *Settlement and the Erosion of the Public*.....*op.cit.*, p.2648.

⁵²⁶ MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical*.....*op.cit.*, p.2695.

⁵²⁷ *Idem*.

⁵²⁸ DORE, L.K., *Public Courts versus Private**op.cit.*, pp.465-466.

⁵²⁹ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement**op.cit.*, pp.52-56.

⁵³⁰ GALANTER, M. *Why the "Haves" come out ahead:op.cit.*, pp.199-101.

influyan en la resolución de otros conflictos que no le atañan. Por el contrario, quienes deben resolver conflictos de forma repetida, especialmente, cuando se trata de conflictos similares pueden tener un interés patente en que la solución que se adopte cree un precedente de proyección favorable para la resolución de otros conflictos. En estos casos, es posible que exista gran interés en maximizar los beneficios en una serie de asuntos.

Lo anteriormente expuesto, nos permite concluir que la transparencia y publicidad del proceso judicial, donde la confidencialidad y el secreto deberán obedecer a circunstancias justificadas, no son en la misma medida patrimonio de la negociación legal ni de otros mecanismos alternativos al litigio para la resolución de conflictos.

1.3.3 Regulación, supervisión y formalismo en el ámbito jurisdiccional

El orden jurisdiccional ofrece fuertes garantías a los usuarios de los Tribunales de justicia⁵³¹. En primer lugar, quienes dirigen y supervisan el proceso litigioso, los miembros de la judicatura están sometidos al control de instituciones estatales que tienen atribuida dicha función, así como a la normativa que regula su responsabilidad penal, civil y disciplinaria⁵³². En segundo lugar, las resoluciones judiciales pueden ser recurridas, la revocación por el Tribunal jerárquico superior significa la corrección del trabajo del Juez que dictó la resolución. A lo anterior, debe añadirse que la participación del jurado en algunos procesos y los Tribunales colegiados son modalidades de la Administración de justicia que contribuyen a la visibilidad y control de las actuaciones de quienes participan en los procedimientos judiciales.

⁵³¹ CALAZA LOPEZ, S., *Principios Rectores del Proceso Judicial.... op.cit.*, pp. 58-61.

A este respecto, la autora señala que el principio de igualdad de armas, aplicado al proceso judicial es una proyección del principio general de igualdad proclamado en el art. 14 de la CE. Como explica la autora la posición de las partes al principio del proceso no es de igualdad, y puede ser de desventaja. A modo de ejemplo, el actor es el que decide iniciar el proceso mientras el demandado no dispone de tal elección, será el Juez quien a lo largo del proceso evite las posiciones discriminatorias entre las partes.

⁵³² En España, la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones está regulada en los arts. 405 a 427 de la LOPJ. DELGADO, R., DUNN, CH, BROWN, P., LEE, H., HUBBERT, D, *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice, Alternative Dispute Resolution*, 1985 *Wis. L. Rev.* 1359, 1985, pp. 1359-1404, *vid.*, pp.1368 y siguientes. (Consultado 05/12/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/wlr1985&id=1373&print=section§ion=56&ext=.pdf>

La intervención de los órganos jurisdiccionales también representa una importante garantía respecto de la protección de los intereses de quienes pueden verse afectados por el resultado de un proceso judicial sin ser parte en el mismo, como es el caso de los menores de edad en los procedimientos de familia, el de los incapacitados que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos o incluso el conjunto de la sociedad.

Además, resulta obvio que mecanismos como la recusación o la renuncia por incompatibilidad o el conflicto de intereses que afectan a los abogados son susceptibles de funcionar con más rigor en procedimientos de orden público que en procesos privados como la negociación, en los que el conflicto de intereses podría pasar más fácilmente desapercibido y, por lo tanto, la renuncia pasaría a depender en exclusiva del propio criterio del abogado afectado.

En los procesos de negociación, normas que pudieran resultar de aplicación, dado el carácter privado de los mismos pueden haber sido ignoradas mediante el acuerdo de las partes, lo que podría ir en detrimento de una de ellas. En el caso de que, posteriormente, la parte perjudicada desee reclamar la aplicación de normas en su momento ignoradas deberá acudir ante un Tribunal si existiera base legal para ello⁵³³. En el marco de los procesos negociadores las conductas contrarias a la ética llevadas a cabo por la parte que ha quedado menos favorecida en el acuerdo, normalmente, no serán reclamadas por la parte que resulto más favorecida. Respecto de las conductas poco ortodoxas llevada a cabo por quienes pueden considerarse ganadores con el acuerdo, lo más probable será que estos consideren asumible el riesgo de una posterior reclamación, especialmente, cuando no se trate de un fraude importante o que afecte a materias sensibles⁵³⁴. FISS⁵³⁵ resalta una diferencia crítica entre el acuerdo y el proceso litigiosos, ya que para el autor, el acuerdo se basa en el poder de negociación de las partes y acepta la desigualdad entre estas como

⁵³³ HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Just Negotiation.....op.cit.*, p. 402. En el mismo sentido, MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute is it Anyway? A Philosophical...op.cit.*, 2694, señalando que la privacidad del acuerdo dificulta su valoración.

⁵³⁴ RUBIN, M.H., *The Ethics of Negotiations: Are There Any?*, 56 *La. L. Rev.* (1996), pp. 447-476, *vid.*, p.470. (Consultado 04/06/2015). <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol56/iss2/>

⁵³⁵ FISS O.M., *Against Settlement,...op.cit.*, p. 1078. MENKEL-MEADOW, C., *For And Against Settlement:op.cit.*, 493 y siguientes. La autora señala que que los que critican la función de la negociación y consagran el valor de la adjudicación lo hacen basándose en ratios de desempeño exitosos que no están probados.

componente legítimo del proceso del que es resultado, mientras que el proceso judicial resulta en su esencia un mecanismo que lucha contra las desigualdades e intenta corregirlas.

Pese a lo anterior, no puede afirmarse que los procesos de negociación carezcan de control y supervisión alguna. Todo y que no se trata un elemento muy destacado por la doctrina, en las negociaciones legales los abogados están sometidos al control que pueda ejercer sobre su conducta la otra parte, especialmente, el abogado de la parte contraria. En este sentido, la *Model Rule* 8.3 prevé la obligación del abogado de denunciar las conductas contrarias por parte de los compañeros a las normas éticas que pongan de forma relevante en cuestión la honestidad y confiabilidad de los abogados. No encontramos, lamentablemente, una norma similar entre las normas deontológicas españolas que, únicamente, piden a los abogados denunciar los casos de ejercicio ilegal e intrusismo profesional, si bien en estos últimos la denuncia no recaería sobre un compañero⁵³⁶.

En el ámbito jurisdiccional, la regulación es mucho más intensa y las garantías mayores que en el proceso negociador. Las litigantes y sus abogados encuentran mayores limitaciones en sus acciones⁵³⁷. La igualdad entre las partes y la seguridad se ven incrementadas, eso sí, en detrimento de la flexibilidad que predicábamos de la negociación. Las partes cuentan con mayor protección frente a engaños o falsedades, debido a la vigilancia del Tribunal y a normas procedimentales que intentan evitar la mentira y las conductas engañosas⁵³⁸. El litigio es un proceso diseñado para conocer la verdad e incorpora mecanismos a tal efecto como son las normas relativas a la prueba. En el proceso litigioso es posible que las partes puedan intentar distorsionar la verdad e incluso que lleguen a recurrir a la falsedad y al engaño, no obstante,

⁵³⁶ DUHL, G. M., *The Ethics of Contract Drafting*, Vol. 14, No. 3 *Lewis & Clark Law Review*, pp.989-1033, *vid.*, p.992. (Consultado 27/04/2015). En referencia a la norma deontológica española, art. 34 EGAE, el nuevo EGAE recoge como faltas graves en el art. 124, el incumplimiento de pactos.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552164.

⁵³⁷ DELGADO, R., DUNN, CH, BROWN, P., LEE, H., HUBBERT,, D, *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 *Wis. L. Rev.* 1359 1985, pp. 1359-1404, *vid.*, p. 1374. (Consultado 05/12/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/wlr1985&id=1373&print=section§ion=56&ext=.pdf>

⁵³⁸ LUBAN, D., *Bargaining and Compromise*.....op.cit., p.405.

el procedimiento cuenta con resortes para evitar que esto suceda y si este tipo de conductas son identificadas quienes las lleven a cabo se arriesgan a sanciones importantes. En el proceso judicial una parte no debe convencer a la otra, puesto que es el Juez quien decide lo que es cierto, estableciendo los hechos probados y aplicando el derecho que corresponda. No obstante, se hace necesario recordar que el proceso jurisdiccional presenta el riesgo del desfase entre la verdad procesal y la material, ya que se aplica la norma legal pertinente a los hechos que se consideran probados conforme a los procesos probatorios, y estos hechos en ocasiones pueden no coincidir con la verdad material⁵³⁹, si bien la verdad procesal se establece siguiendo reglas rigurosas, conocidas para todos los que intervienen en el proceso, reglas que son iguales para todos los ciudadanos, por lo que se presumen justas, por el contrario, en la negociación, al ser un proceso de carácter privado, incluso quienes están sujetos a normas deontológicas como los abogados pueden sentirse más libres para infringirlas, dada la menor probabilidad de ser descubiertos y castigados por ello⁵⁴⁰.

El litigio ofrece un marco más protector a los litigantes menos sofisticados y con menores recursos, ya que es un procedimiento basado en la igualdad. Los litigantes son iguales ante la ley, y en principio, las reglas del procedimiento deben corregir las desigualdades entre las partes⁵⁴¹. En otro orden de cosas, el litigio puede hacerse especialmente necesario cuando existe una disfunción entre la estructura social y la norma cultural, de modo que en determinadas circunstancias, las partes no tienen posibilidades reales de generar por sí mismas los mínimos valores compartidos para resolver un conflicto⁵⁴².

El formalismo del proceso jurisdiccional debe servir para impedir los sesgos que podrían ser discriminatorios con litigantes menos favorecidos por factores raciales y/o socio-económicos, lo que supone un aliciente para que litigantes

⁵³⁹ *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

⁵⁴⁰ WHITE, J.J., *Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations on Lying in Negotiation*. *Am. B. Found. Res. J.* 1980 (1980), pp. 926-938, *vid.*, en general. (Consultado 08/05/2015). <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1852&context=articles>

⁵⁴¹ GALANTER, M., *Why the "Haves" come out ahead**op.cit.*, p. 35. En este sentido, *Vid.*, BARONA VILAR, S., *Integración de la Mediación en el Concepto*.....*op.cit.*, p. 25. La autora dice que uno de los riesgos que puede presentar la mediación es el de que el poderoso se "apodere" del débil, es decir, acabe favoreciendo la desigualdad de las partes.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 132. BRAZIL, W. D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook" *op. cit.*, p.1.

pertencientes a dichos colectivos luchan por sus derechos. DELGADO⁵⁴³ insiste en el desequilibrio de poder que puede existir en los casos que enfrentan a personas de minorías desfavorecidas al status quo o/y a litigantes con más poder socio-económico e influencia social, de forma que la asimetría puede provocar presión por cerrar un acuerdo forzando a las más débiles a aceptar menos de lo que merecen obtener⁵⁴⁴. Como dice COYNE⁵⁴⁵ puede suceder que la parte que se ve en situación de inferioridad prefiera el litigio pensando que es un mecanismo más adecuado para corregir la desigualdad. También MNOOKIN⁵⁴⁶ entiende que el proceso judicial, aun cuando el Tribunal únicamente intervenga para la aprobación del acuerdo, protege a los litigantes de su propia ignorancia pudiendo evitar resultados injustos provocados por la disparidad en la capacidad para litigar de las partes. En este sentido, MENENDEZ⁵⁴⁷ dice “el derecho es, además, una garantía para los más débiles, los fuertes no lo necesitan tanto, e incluso pretenden frecuentemente eludirlo”. MAYER⁵⁴⁸ expone que las personas inmersas en un conflicto pueden sentir la necesidad de que su voz sea oída, de tener lo que la gente llama “su día en los Tribunales” y contar así con la oportunidad de resolver su conflicto de una forma justa como otros lo han hecho anteriormente. Las sentencias tienen influencia en los ciudadanos a nivel individual como precedente judicial, pero también adjudican los derechos de los ciudadanos sirviendo de base para el debate político y esclareciendo los valores públicos. A sensu contrario, MENKEL-MEADOW⁵⁴⁹ señala que no existe base empírica para afirmar ni que los Jueces emplean técnicas para corregir los desequilibrios entre las partes ni en el caso de que las utilicen estas produzcan los resultados deseados.

⁵⁴³ DELGADO, R. ET AL., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative.....op.cit.*, pp. 1378 y siguientes.

⁵⁴⁴ LUBAN, D., *Bargaining and Compromiseop.cit.*, p.412.

⁵⁴⁵ COYNE, W.F.Jr., *Using Settlementop.cit.*, p. 12.

⁵⁴⁶ MNOOKIN, R.H., LEWIS, K., *Bargaining in the Shadow of the Law.....op.cit.*, p. 993.

El autor refiriéndose a la aprobación judicial de acuerdos en casos de derecho de familia, lamenta que se trate de un proceso rutinario que generalice no existiendo mecanismos para llamar la atención del Juez sobre aquellos acuerdos que pudieran presentar mayor potencialidad de ser lesivos para alguna de las partes que lo suscriben.

⁵⁴⁷ MENENDEZ MENENDEZ, A., “ Una idea general de la maniobra, en Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI”, en MENENDEZ MENENDEZ, A., TORRES-FERNANDES NIETO, J.J., *Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p.26.

⁵⁴⁸ MAYER, B.S., *Mas Allá de la Neutralidad.....op.cit.*, pp.47-54.

⁵⁴⁹ MENKEL-MEADOW, C., *For And Againstop.cit.*, p. 499

LUBAN⁵⁵⁰ analiza las dos caras de la moneda y señala que el litigio y la actividad prelitigio-negociadora presentan diferencias en cuanto a la búsqueda y conocimiento de la verdad. En las actividades previas al litigio, el abogado busca pruebas sin la supervisión del Juez y puede encontrar evidencias sobre hechos ciertos que resultarían inadmisibles en un proceso judicial, lo que puede suponer que las partes pacten en base a la verdad de los hechos, al margen de como un Tribunal hubiera apreciado la prueba. Esto lleva a pensar que quizás no debería darse sistemáticamente por sentado que la actividad prelitigio que puede dar lugar al acuerdo presenta una desventaja respecto al litigio en cuanto a la búsqueda de la verdad. Aun así, la negociación es opaca frente a la transparencia del litigio. El mismo autor dice que en realidad quienes optan por negociar renuncian a la protección que otorga el Tribunal porque prefieren eliminar la incertidud que produce la posibilidad de una resolución binaria⁵⁵¹.

Por su parte, BUNDY⁵⁵² alega que en asuntos con un coste político el acuerdo puede presentar la ventaja frente a la sentencia judicial de no comprometer el prestigio y la reputación del sistema judicial. No obstante, el autor subraya que el hecho de que determinados asuntos se resuelvan por un acuerdo de forma que socialmente no sea percibida como justa puede alimentar la idea de que el sistema judicial no actúa cuando debe, ya que los ciudadanos prefieren pactar, dados los costes y lentitud del mismo. En este sentido MAYER⁵⁵³ expone “los Jueces cargan con el peso considerable de la legitimación que aportan... y pretenden transmitir el potencial de la aprobación o apoyo social a través de las decisiones que toman”. Resulta de ese modo, que desde un punto de vista no instrumental, el litigio desarrollado en los Tribunales constituyen un componente esencial del proceso democrático.

⁵⁵⁰ LUBAN, D., *Settlement and the Erosion of the Public.....op.cit.*, p. 2648.

⁵⁵¹ LUBAN, D., *Bargaining and Compromiseop.cit.*, p.404. Supra.

⁵⁵² BUNDY, S. McG., *The Policy in Favor of Settlementop.cit.*, pp. 57 y siguientes. La intervención judicial es susceptible de tener un coste político y social, esto puede ocurrir cuando las decisiones son impopulares, los jueces cometen un error o la decisión puede afectar negativamente a actores políticos o sociales importantes.

⁵⁵³ MAYER, B.S., *Mas Allá de la Neutralidad.....op.cit.*, p.55.

1.4 Revisión de las principales posturas doctrinales

Para finalizar nuestro análisis comparativo entre la negociación y el litigio, recogemos a continuación las posiciones doctrinales que nos parecen más significativas al respecto.

En los albores de la literatura sobre el estudio de resolución de conflictos de forma negociada, EISENBERG⁵⁵⁴ manifestó y fundamentó con brillantez que si bien es cierto que litigio y negociación son procesos distintos también guardan elementos en común. La gran aportación del autor fue, sin duda alguna, el rechazo a la dicotomía litigio como proceso normativo obligatorio versus negociación como proceso libre de toda normativa regido por el ejercicio del poder, la amenaza y el engaño. El autor insiste en la presencia de normas, principios y precedentes en el proceso negociador, puesto que aunque los negociadores también alcanzan acuerdos que resuelvan su conflicto mediante el compromiso, este hecho no resulta incompatible con la utilización combinada de los elementos apuntados. El autor sostiene que las diferencias entre litigio y negociación residen en la forma de utilización de los elementos normativos. En el litigio, dichos elementos se emplean de forma más reglamentada y controlada, mientras en la negociación, las partes recurren a las normas, principios y precedentes legales de la forma que más les conviene para alcanzar la solución negociada al conflicto.

FISS⁵⁵⁵, posiblemente, el más ferviente defensor del litigio, en su momento, percibió el auge de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como una seria amenaza contra el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos.

⁵⁵⁴ EISENBERG, M.A., *Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement....op.cit.*, pp. 638-648. En el litigio cuando las normas se contradicen o resultan incompatibles, el Tribunal en aplicación de la ley se pronunciará sobre el criterio a seguir escogiendo la norma que debe preponderar, por el contrario, en la negociación, los negociadores gozan de libertad para utilizar las normas sin atender a la prevalencia de unas sobre otras prevista en el ordenamiento jurídico.

⁵⁵⁵ FISS, O.M., *Against Settlement....op.cit.*, *vid.*, en general.

Resultan ilustrativas las palabras de LUBAN⁵⁵⁶ en un artículo revisando las teorías pro-litigio de Fiss, al expresarse en los términos siguientes “Juicios son caros, terribles, frustrantes, humillantes, llevan demasiado tiempo, quizás consumen demasiado de todo. Así que no es de extrañar, que tanto los Jueces como los litigantes prefieren los acuerdos porque son más baratos, más rápidos, menos públicos, menos todo o nada que los juicios”. A pesar de sus palabras, LUBAN adopta una postura flexible ante la elección litigio o negociación, diciendo que la cuestión no es si una es mejor opción que la otra, sino saber elegir según el caso. Como dice el autor es difícil de imaginar un sistema legal en el que todo fueran litigios o en el que todo fueran acuerdos⁵⁵⁷.

GALLANTER Y CALLIS⁵⁵⁸ en el mismo sentido, dicen que el acuerdo negociado no es en sí ni bueno ni malo. Los acuerdos negociados no cuentan con rasgos distintivos en sí mismos que lleven a promoverlos o desaconsejarlos. Un acuerdo puede ser preferible a un litigio y también a otro acuerdo. GALANTER⁵⁵⁹ dice sentirse identificado con una visión que califica de mixta y dice que la justicia no reside enteramente en el proceso judicial, pero no está totalmente ausente del proceso de negociación, de forma que la cuestión es saber aumentarla, identificarla y distribuirla. La negociación puede perfectamente producir los valores que se atribuyen al litigio, la pregunta es cuándo y en qué condiciones.

Arduos defensores del acuerdo a través de negociaciones legales como BURGER⁵⁶⁰ admiten que, a pesar de que los abogados ya están siendo entrenados para comprender que lo mejor que pueden hacer por sus clientes es

⁵⁵⁶ LUBAN, D., *Settlement and the Erosion of the Public.....op.cit.* p. 2621. “Lawsuits are expensive, terrifying, frustrating, infuriating, humiliating, time-consuming, perhaps all-consuming. Small wonder, then, that both judges and litigants prefer settlements, which are cheaper, quicker, less public, and less all-or-nothing than adjudications”.

⁵⁵⁷ *Ibidem.* p. 2620.

⁵⁵⁸ GALANTER, M., CAHILL, M., “*Most Cases Settle*”:.....*op.cit.*, p. 1388.

⁵⁵⁹ GALANTER, M. *Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach About Legal Process*, 34 *Journal of Legal Educ.* 268 (1984), pp. 268-276, *vid.*, p.275. (Consultado 18/11/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/jled34&id=278&print=section§ion=32&ext=.pdf>

En el mismo sentido, COLOSI, TH., *Negotiation in the Public and Private Sectors: "A Core Model"*, *American Behavioral Scientist*, 27:2 (1983:Nov./Dec.) pp. 229-253, *vid.*, p. 246.

El autor dice que la negociación es vista como una alternativa al litigio por lo que implícitamente sitúa al sistema judicial como dominante, y esta perspectiva hace que aparezcan como dos caminos distintos cuando en realidad no lo son tanto.

⁵⁶⁰ BURGER, W.E., *Isn't There a Betterop.cit.*, p.275.

solucionar sus asuntos fuera de los Tribunales, esta generalización necesita ser matizada, ya que, en ocasiones, los Tribunales son la única vía razonable de solución a un conflicto.

La comparación entre el litigio y la negociación en EEUU, en lo que respecta a la resolución de disputas, no puede llevarse a cabo sin tener presente que son mecanismos que han terminado por interconectarse de tal manera que hoy son partes de un todo. Así lo subraya GALANTER⁵⁶¹ quien acuñó el término “litigotiation” para expresar hasta qué punto litigio y negociación van de la mano y son en realidad partes de un mismo proceso⁵⁶². Más que ver la negociación como una alternativa al litigio, Galanter, la concibe como un mecanismo inherente al mismo. Las atribuciones legales de la partes para negociar, después de todo, provienen de la ley. Para el autor, en EEUU, la negociación no es marginal al litigio es más bien, un elemento central del mismo y la prueba más palpable de ello es el elevado número de casos que se negocian antes o paralelamente al litigio. Esta perspectiva no concibe la negociación como un proceso especial diferente al litigio, pero ello no le resta valor, sino por el contrario, aumenta su importancia al considerarla como pieza clave e imprescindible del proceso legal para la resolución de conflictos.

⁵⁶¹ GALANTER, M., *Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach.....op.cit.*, 268-269. En el mismo sentido, HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Just Negotiation.....op.cit.*, 385.

⁵⁶² Ethical Guidelines for Settlement Negotiations, American Bar Association, Section of Litigation. August. 2002. A este respecto, dicen en el Preámbulo “Settlement negotiations are an essential part of litigation” “La negociación es parte esencial del litigio”. Traducción autora.

Capítulo Segundo

Cuestiones controvertidas sobre la negociación y los ADR

2.1 Auge y desarrollo de la negociación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos

La insatisfacción general percibida en relación al sistema de Administración de justicia, y por ende, las críticas de las que viene siendo objeto el tradicional proceso judicial como mecanismo de resolución de conflictos han llevado a los poderes públicos y a la sociedad en general a movilizarse en orden a desarrollar mecanismos que puedan servir a los mismos fines, lo que ha dado lugar a la prominencia de la negociación como forma de resolver disputas legales, y a la aparición y desarrollo de otros nuevos mecanismos o modalidades que pretenden evitar el litigio.

La forma e intensidad en la que este fenómeno se ha desarrollado en el sistema legal estadounidense y los sistemas legales europeos en general y el español en particular presenta diferencias sustanciales.

La primera diferencia es de orden cronológico, ya que el desarrollo mencionado cuenta con cuatro décadas de recorrido en los EEUU mientras para los españoles la popularidad de estos mecanismos alternativos es mucho más reciente. Otra diferencia importante, reside en la intensidad del auge que referimos, puesto que actualmente, en EEUU la utilización de la negociación y otros mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio para resolver disputas legales está mucho más extendida que en Europa y en España, donde todo parece indicar que el fenómeno podría seguir un desarrollo parecido.

Los EEUU llevan una importante ventaja a Europa general y a España en particular, en la adopción de políticas de fomento de los ADR y la negociación legal. BUNDY⁵⁶³ destaca entre las políticas mencionadas, la revisión de la normativa de las audiencias previas al juicio para dar relevancia al papel del Juez o Tribunal en la negociación del conflicto⁵⁶⁴, la modificación de las normas protectoras de ciertas informaciones intercambiadas en las negociaciones de forma que la confidencialidad facilite la utilización del proceso de negociación⁵⁶⁵, o el establecimiento de programas de evaluación y arbitraje anexo a los Tribunales entre otros.

⁵⁶³ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement....op.cit.*, p. 3.

⁵⁶⁴ *Rule* 16 de la FRCP.

⁵⁶⁵ *Rule* 68 de la FRCP.

A nosotros la perspectiva al respecto no nos parece necesariamente halagüeña. Es cierto que de forma general puede afirmarse que los ciudadanos españoles al igual que los estadounidenses experimentan un descontento palpable respecto al funcionamiento de la Administración de justicia, principalmente, debido a las dilaciones de los procedimientos judiciales y a los elevados costes de los mismos, pero los sistemas legales estadounidense y español presentan diferencias relevantes al responder los marcos comparados a distintos patrones socio-culturales, políticos y económicos que dan lugar a imaginarios colectivos que revisten diferencias esenciales.

En el caso español en concreto, como explica BARONA VILAR⁵⁶⁶, puede hablarse de una evolución tardía debido a la consagración de un poder judicial garantista en la Constitución de 1978. El acceso a la justicia llegaba para los españoles con un retraso considerable con respecto a los países del entorno y, sin duda alguna, la norma fundamental marcó una nueva era, ya que con la nueva Constitución había llegado el momento del proceso judicial y de los Tribunales, si bien este sentimiento- por aquellos años nuevo-, de derecho a la tutela judicial de los derechos no ha impedido que a lo largo de los últimos años otros mecanismos de resolución de conflictos hayan ido cobrando cierta popularidad. En términos similares se expresa COLINA GAREA⁵⁶⁷ refiriéndose a la reticencia a renunciar a la jurisdicción ordinaria, explicando que la multiplicación y complejidad de las relaciones negócias sumados a la mayor información y concienciación de los ciudadanos sobre los derechos que les asisten han contribuido a colapsar una ya sobrecargada Administración de justicia. En el mismo sentido, FERNANDEZ BALLESTEROS⁵⁶⁸ alude al hecho de que en la cultura occidental en el último siglo y medio, el Estado acaparador ha venido encomendando a los jueces todo aquello que requería una decisión, tuviera o no importancia y presentara o no dificultad.

Limitándonos a los rasgos diferenciales más sobresalientes de los dos sistemas judiciales comparados, es importante señalar que el sistema legal estadounidense es

⁵⁶⁶ BARONA VILAR, S., *Integración de la Mediación en el Concepto.....op.cit.*, p.7.

⁵⁶⁷ COLINA GARAEÁ, *El Arbitraje en España: ventajas y desventajas....op.cit.*, pp. 52 y siguientes. El autor explica, que la elevada litigiosidad en España no es un asunto novedoso citando a MARIN GAMEZ, *Aproximación a la problemática....* Diciendo que la litigiosidad no es un asunto novedoso, sino que proviene de la tradición histórica de Castilla exponiendo que mientras la Cancillería Real de Valladolid con cuatro millones de personas bajo su jurisdicción recibía a finales del siglo XVI cerca de siete mil pleitos anuales mientras el Tribunal de la Chancillería de Inglaterra recibía unos quinientos aproximadamente.

⁵⁶⁸ FERNANDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., *Avenencia o ADR: negociación....op.cit.*, vid., prologo.

un sistema adversarial mientras que el español es un híbrido dispositivo-inquisitivo. Como indican FREEDMAN Y SMITH⁵⁶⁹, para los americanos los términos *adversary system* son sinónimos de lo que es el sistema de Administración de justicia, tal y como se ha ido configurando por los Tribunales Superiores durante más de dos siglos, de forma que para la sociedad norteamericana, los vocablos *adversary system* significan mucho más que un simple modelo de resolución de disputas, ya que ese sistema es el corazón que bombea el sistema de valores de la sociedad norteamericana en cuanto a la concepción de sus derechos y a la protección de los individuos en una sociedad libre.

El proceso civil español es de carácter dispositivo⁵⁷⁰ al ser necesario que para su inicio al menos una de las partes reclame la tutela judicial, también son las partes las que deciden la continuación del litigio, ya que cuentan con mecanismos procesales para poner término al mismo antes de que recaiga sentencia⁵⁷¹, la resolución debe ser acorde al *petitum*⁵⁷², no obstante, el análisis de la norma procesal presenta alguna nota propia del proceso de carácter inquisitivo, al otorgar dicha norma al Juez facultades de dirección y supervisión del proceso que se traducen en licencias significativas en la fase probatoria⁵⁷³.

CORTES y SOTELO⁵⁷⁴ hacen referencia a las diferencias entre los modelos procesales de tradición anglosajona caracterizados por la intervención de las partes en el juicio sin la asistencia ni control del juez, que mantiene una actitud poco intervencionista, si bien se observa una modificación de la tendencia hacia un papel más activo del juez. Los

⁵⁶⁹ Los derechos que comporta el sistema adversarial son la autonomía personal, el consejo legal eficiente, la protección igualitaria que otorgan las leyes, el juicio con jurado, el derecho de llamar y confrontar testigos, los derechos contra la auto discriminación involuntaria, el de requerir que el estado prevé la culpabilidad más allá de la duda razonable, y el derecho de pedir al Estado la corrección de errores y perjuicios causados por los mismos.

⁵⁷⁰ LEC, Exposición de motivos.

⁵⁷¹ CALAZA LOPEZ, S., *Principios Rectores del Proceso Judicial ...op.cit.*, p. 62.

⁵⁷² NOYA FERREIRO, M.L., VARELA GOMEZ, B., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil..... op.cit.*, pp. 4-5. Los autores recogen como manifestaciones de este principio que la actividad jurisdiccional únicamente puede ser iniciada a instancia de parte interesada, así como, la determinación del objeto del litigio corresponde únicamente a la partes, lo que conlleva que el Juez se vea limitado por las pretensiones de estas pudiendo decidir solamente dentro del contenido de dichas pretensiones, debiendo observar congruencia con la reclamación, respondiéndolo a aquello que se pide, ni más ni menos. A lo anterior, cabe añadir que de la misma forma que las partes deciden sobre el inicio del proceso, pueden ponerle fin en cualquier momento sin necesidad de esperar a que recaiga sentencia. No obstante, en el ámbito civil algunos procesos no están estrictamente informados por el principio dispositivo, se trata de aquellos en los que la relación jurídica discutida no responde únicamente a la naturaleza jurídica privada, sino que es determinante su carácter publicista- procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio- respecto de los cuales el Ministerio Fiscal tiene potestades de disposición.

⁵⁷³ *Infra, vid.*, pie página 758.

⁵⁷⁴ CORTES, P., SOTELO, F., *Negocia o Atente a las Consecuencias.....op.cit.*, p. 30.

autores hablan de una tendencia a la similitud, con lo que califican como el enfoque inquisitorio propio del continente europeo, buscando con ello una resolución más efectiva de los asuntos contenciosos que se judicializan.

En EEUU, el protagonismo de las partes conlleva que litigantes y sus abogados lleven a cabo los máximos esfuerzos por presentar las pruebas que fundamenten sus pretensiones y desacreditar el material probatorio de la parte contraria. Una diferencia significativa respecto al sistema español reside en que es común que buena parte de la prueba se practique de forma previa al litigio y sin intermediación judicial⁵⁷⁵. Este funcionamiento suele tener un elevado coste que deben soportar las litigantes y, si bien existen algunos mecanismos que sirven a la financiación de las actividades relativas al proceso judicial como los seguros de asistencia jurídica y responsabilidad civil o las *contingency fees*⁵⁷⁶, poner en marcha un engranaje judicial como el estadounidense exige recursos importantes.

Las diferencias señaladas, entre otros factores, contribuyen de forma importante a las divergencias de los sistemas judiciales/legales estadounidense y español. En EEUU, el sistema judicial y las leyes de procedimiento intentan privilegiar el pacto en evitación del litigio, de manera que la resolución de disputas mediante acuerdos negociados es una prioridad que se constituye en esencia del propio sistema. En el caso español, el sistema judicial y las leyes procesales no desprecian el acuerdo negociado como mecanismo de resolución de controversias, incluso intentan incentivarlo, por cierto cada vez más, pero no puede afirmarse que la “búsqueda incansable del pacto” llegue a constituir la esencia del sistema.

En los siguientes apartados llevaremos a cabo un análisis de la situación en los dos marcos legales comparados, EEUU y España, poniendo el énfasis en la penetración en los mismos de la negociación como mecanismo de resolución de conflictos, a la vez, que haremos referencias a otros mecanismos de resolución de conflictos que también pretende evitar el litigio.

En los diferentes sistemas judiciales, por lo general, la normativa y/o los órganos jurisdiccionales de forma previa al inicio del proceso o incluso una vez iniciado este, invitan a las partes a la búsqueda de una solución negociada para la

⁵⁷⁵ *Infra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

⁵⁷⁶ Sistema de pago de honorario de abogados, el equivalente español sería la *Cuota Litis*. *Vid., Infra*.

resolución de su conflicto, ya sea con intervención judicial o sin ella, de modo que las leyes de procedimiento de los diferentes ordenamientos legales pueden contener preceptos destinados a propiciar la conciliación de las partes. Todo ello resulta en todo caso positivo siempre que la normativa al respecto se limite a facilitar que las partes negocien, pero este tipo de medidas nos parecen reprobables si llegan a ejercer presión sobre las partes y/o suponen cualquier tipo de condicionante al acceso a la tutela de los Tribunales.

Para nosotros la creciente utilización para la resolución de disputas de mecanismos como la negociación, la mediación o el arbitraje, si bien presenta ventajas obvias, no está exenta de riesgos e inconvenientes, entre los que nos preocupan particularmente dos:

- a) La voluntariedad de las partes en el uso de todos estos mecanismos. En nuestra opinión resulta inoportuna cualquier posibilidad de imposición por parte de los órganos jurisdiccionales respecto de la utilización de cualquiera de estos mecanismos alternativos en sustitución de los órganos jurisdiccionales.
- b) La justicia y el equilibrio entre las partes. Nos preocupa profundamente, aun asumiendo que los ciudadanos decidan libremente utilizar los mecanismos referidos que las soluciones que puedan proporcionar carezcan de las garantías y la calidad que pueden ofrecer las resoluciones emanadas de los Tribunales.

A continuación, nos referiremos a las inquietudes expresadas respecto de los dos ordenamientos analizados.

2.1.1 El caso de EEUU

En EEUU el desarrollo de los ADR comenzó hace al menos cuatro décadas y su implantación se ha ido consolidando, de forma que hoy podemos decir que los mecanismos alternativos de resolución al conflictos como el arbitraje, la mediación o las conferencias pre-trial entre otros, son parte esencial del sistema judicial. Un punto de inflexión en el florecimiento de los ADR fue el final de la década de los setenta, momento en el que estos mecanismos, en concreto el arbitraje, empezaron a estar conectados a la oficina judicial en algunas jurisdicciones.

La doctrina y las corporaciones profesionales que agrupan a los abogados han jugado un papel muy activo en la implantación de estos mecanismos, los

académicos analizándolos e investigándolos y las corporaciones profesionales difundiendo y colaborando en su puesta en marcha⁵⁷⁷. El poder legislativo también ha desempeñado también un papel fundamental al desarrollar estos mecanismos en el plano normativo. De hecho, como ya hemos mencionado, el sistema procesal civil estadounidense se justifica en el deseo de promover el acuerdo frente al litigio⁵⁷⁸.

Lo cierto es que se ha pretendido rebajar el tono adversarial del mecanismo tradicional de resolución de conflictos por excelencia, el litigio, integrando la negociación, el arbitraje, la mediación entre otras modalidades de resolución de conflictos en el sistema judicial, de manera que se ha llegado al punto de regular su funcionamiento de forma anexa a los órganos judiciales⁵⁷⁹. Actualmente, en EEUU los órganos jurisdiccionales deben proporcionar los medios y el apoyo necesarios para que los ciudadanos que acceden a la justicia puedan contar con la opción de recurrir a mecanismos alternativos para resolver su disputa.

La integración de la negociación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el sistema judicial han representado desde entonces una tendencia creciente, de manera que se ha llegado a una situación en la que los Jueces recomiendan o incluso requieren obligatoriamente a los ciudadanos a utilizarlos de forma previa al litigio⁵⁸⁰.

El fenómeno, como era lógico y deseable, ha provocado desde sus inicios una seria reflexión en el colectivo de los abogados acerca de su desempeño profesional poniendo en cuestión el modelo adversarial/competitivo

⁵⁷⁷ *Alternative Dispute Resolution Committee*, comité de la ABA que se ocupa de impulsar el desarrollo y velar por la correcta utilización de los mecanismos alternativos de resolución de disputas. <https://apps.americanbar.org/litigation/committees/adr/about.html>. (Consultado 02/12/2015). No obstante, tal y como exponemos en este trabajo de investigación, los esfuerzos de la ABA y las *State Bar* respecto de la promoción y correcta utilización de los ADR, entre ellos la negociación, son numerosos y significativos, tanto a nivel formativo, organizativo como de preocupación por la regulación y orientación para la ética de los profesionales en sus intervenciones profesional respecto de estos mecanismos.

⁵⁷⁸ GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Getting to No. A Study of Settlement Negotiations and the Selection Cases for a Trial*, 90 *Mich. L. Rev.* 319, (1991-1992), pp. 319-393, *vid.*, p.320 y siguientes, (Consultado 27/02/2015). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/mlr90&id=341&print=section§ion=20&ext=.pdf>

⁵⁷⁹ DELGADO, R., ET AL., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative....op.cit.*, p. 1365.

FREY MARTIN, A., *Representing Effectively....op.cit.*, pp.443-462.

⁵⁸⁰ SCHMITZ, A.J., *Nonconsensual + Nonbindingop.cit.*, p.591.

comúnmente asociado en la sociedad estadounidense a las actuaciones de estos profesionales.

En EEUU, actualmente, el recurso a los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos y la soluciones negociadas constituyen práctica extendida y buena parte de la doctrina los avala, si bien como exponíamos en el capítulo precedente, no faltan críticos que pongan límites a lo que pudiera ser un entusiasmo precipitado y poco reflexivo, ya que estos mecanismos, en algunos casos, podrían carecer de las garantías suficientes tanto para los ciudadanos que los utilizan como para la sociedad en general.

En EEUU, en el ámbito de los asuntos civiles, la cuestión de la voluntariedad respecto de la posibilidad de resolución de disputas mediante la negociación legal o mediante otros mecanismos alternativos de resolución de disputas se encuentra específicamente regulada en las normas siguientes:

- a. La *Rule 16* de las *Federal Rules of Civil Procedure*, de aquí en adelante FRCP⁵⁸¹ y la Ley de 1998 relativa a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos⁵⁸², normas en las que se fundamenta la posibilidad del recurso obligatorio a la negociación u otros mecanismos alternativos de resolución de disputas.
- b. La *Rule 68. Offer of Judgment, Federal Rules of Civil Procedure*, (en adelante *Rule 68*), según el cual existe la posibilidad de que si un litigante no acepta una propuesta de la otra parte conteniendo una solución negociada razonable y el Tribunal posteriormente resuelve en términos menos favorables a la oferta presentada y rechazada, el litigante que ha preferido proseguir el litigio puede sufrir la imposición de ciertas costas o penalizaciones.

Los apartados siguientes los dedicaremos al estudio de las normas federales mencionadas, al haber desempeñado éstas un importante papel en la implantación de los distintos mecanismos alternativos al litigio para solucionar disputas en el marco del

⁵⁸¹ *Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management, Federal Rules of Civil Procedure.*

⁵⁸² *Alternative Dispute Resolution Act 1998.*

proceso judicial, prestando especial atención a la posibilidad de que los litigantes sean derivados a dichos mecanismos obligatoriamente de forma previa al litigio.

2.1.1.1 El recurso obligatorio a los ADR

2.1.1.2 Recorrido legislativo

En el plano legislativo, el interés por incorporar la negociación y otros mecanismos de resolución de conflictos al engranaje de la Administración de Justicia comienza con la reforma del precepto 16 de las FRCP en 1983, precepto que no había sido objeto de reforma desde la promulgación de la norma en 1938. El texto de la reforma reconocía que, dado que se había convertido en práctica común intentar alcanzar una solución negociada en las audiencias previas a la vista del juicio, y esto podía contribuir al alivio de la excesiva carga de trabajo de los Tribunales, debía facilitarse a los litigantes mecanismos para resolver su conflicto mediante el acuerdo negociado en un estadio temprano del proceso judicial. La nueva redacción de la norma pretendía que la posibilidad de intentar el acuerdo pudiera tener lugar a instancia de una parte, pero otorgando también al juez la posibilidad de recurrir a la negociación. No obstante, la redacción de la norma dejaba claro que no se pretendía imponer los mecanismos para negociar una solución al conflicto de forma obligatoria.

Posteriormente, la *Civil Justice Reform Act* de 1990, (en adelante CJRA), erigía a los Tribunales Federales en responsables del control de la duración y costes de los procedimientos judiciales. La norma requería a los Tribunales Federales implementar un plan de mejora de la gestión de la actividad judicial. De las medidas contempladas en la CJRA las que hacían referencia a la utilización de los ADR en el marco de los procesos judiciales civiles son las que constituyen para nosotros objeto de interés. A este respecto, la ley autorizaba a los Tribunales a referir los casos que se consideraran apropiados a programas de utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, si bien no quedaba establecido con la suficiente claridad si los Tribunales podían requerir obligatoriamente a los ciudadanos para que de forma previa al litigio intentaran resolver su disputa recurriendo a los mecanismos alternativos que el Tribunal pusiera a disposición. Se interpretó que lo que la norma hacía era sugerir la posibilidad de intentar alcanzar un acuerdo usando los mecanismos alternativos - mediación, *minitrial* y *summary jury trial*- mencionados en la norma. La norma

no hacía referencia al arbitraje, por lo que se intentó la extrapolación acudiendo a legislación anterior, que de forma experimental proponía remitir al arbitraje los casos que se estimaran apropiados, no obstante, dado el carácter experimental de dicha legislación y la falta de mención expresa en la norma analizada de dicho instituto, la interpretación correcta parecía ser la exclusión del arbitraje⁵⁸³.

Es en 1998, con la promulgación de *Alternative Dispute Resolution Act*, cuando verdaderamente se produce un salto cualitativo en el contenido de la legislación sobre la incardinación y funcionamiento de los mecanismos alternativos al litigio en el marco del sistema judicial. Esta nueva versión de la norma deja a los juzgados de distrito un margen importante de discreción con respecto al diseño de los ADR, a la vez que contiene un mandato para los Tribunales que estarán obligados a poner a disposición de los litigantes en asuntos civiles los mecanismos alternativos al litigio para resolver su conflicto⁵⁸⁴.

Actualmente, puede decirse que los programas ADR conectados a los Tribunales han pasado de la experimentación a la institucionalización. La integración de estos mecanismos en el sistema judicial es de tal orden que empieza a ser común que no se propongan simplemente como opción sino que en ocasiones son la única vía de acceso al litigio, ya que a los ciudadanos que pretenden litigar se les puede requerir que previamente intenten resolver su disputa mediante una de las formas de ADR que proponga el Tribunal. En este sentido, WISSLER⁵⁸⁵ refiere que desde que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se incardinan a los Tribunales, las jurisdicciones han

⁵⁸³ ROBEL, L.K., *Fractured Procedure: The Civil Justice Reform Act of 1990*, (1994). *Faculty Publications. Paper 557*. (Maurer School of Law: Indiana University), pp. 1447-1485, *vid.*, pp. 1460-1464. (Consultado 18/03/2014).

<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1558&context=facpub>

El autor también explica en el artículo la problemática generada por la CJRA, ya que las facultades que otorgaba para su aplicación podía generar inconstancias con las LFPC, lo que representaba riesgos para la uniformidad territorial de las mismas.

⁵⁸⁴ *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*. La norma requiere a los Tribunales poner a disposición de los litigantes al menos un mecanismo alternativo a la resolución de disputas, incluida la mediación, pero sin limitarse a la misma. El arbitraje requerirá siempre el consentimiento de las partes. La norma otorga a los Tribunales la posibilidad de efectuar excepciones cuando consideren que los mecanismos alternativos no resultan indicados para un caso concreto.

⁵⁸⁵ WISSLER, R.L., *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences*, 26 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 271 2011, pp. 271-326, *vid.*, en general. (Consultado 15/12/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr26&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ohjdpr>

ido adoptando modelos diferentes en el diseño y organización de estos servicios. Con respecto a las conferencias pre-trial, las propuestas pasan por dos modelos diferentes, el que asigna el caso al mismo juez para la negociación y el litigio o el que asigna a un juez la *settlement conference* y a otro el litigio en caso de que no se alcance el acuerdo. Algunas jurisdicciones trabajan con los dos modelos, y se escoge uno dependiendo de factores relativos a la modalidad del desarrollo del proceso judicial-jurado o juez- a lo manifestado por las partes en disputa cuando solicitan voluntariamente la negociación. En cuanto a la mediación, las diferencias estriban en la relación del mediador con el Tribunal, si es retribuido y si en caso de que reciba honorarios deben satisfacerlos las partes. El autor señala la carencia de estudios empíricos que examinen el funcionamiento de los diferentes modelos. Las escasas investigaciones existentes datan del principio de la década de los ochenta, además, están centradas en la percepción de los abogados sobre los jueces en su función de facilitar la negociación más que en el análisis de los modelos empleados para poner a disposición de los ciudadanos los mecanismos alternativos al litigio referidos. No obstante, el autor analiza un estudio llevado a cabo en 2008, que recoge la opinión de abogados acerca de los modelos de funcionamiento de los mecanismos alternativos al litigio que ofrecen los Juzgados. Las conclusiones extraídas indican que los abogados están en desacuerdo con la intervención del mismo juez en la negociación y el litigio en los casos en los que no llega a alcanzarse el acuerdo, así como, que las partes están menos predispuestas a intercambiar información con franqueza por temor a repercusiones negativas en un posterior pleito con el mismo juez. No obstante, Wissler señala que los estudios empíricos que se han llevado a cabo para analizar el papel del Juez en las negociaciones en el contexto litigiosos son insuficientes para poder afirmar que el hecho de que el mismo Juez conduzca las negociaciones y posteriormente intervenga en el litigio supone limitaciones serias para el proceso negociador o supone un elemento de presión para la obtención del acuerdo.

Contando ya con cierto recorrido, la experiencia estadounidense “multi-door court-house” ha permitido tomar conciencia de que ningún mecanismo de resolución de conflictos es adecuado “a priori” para todos los casos, y la asignación por “categorías por materias” no es siempre adecuada, puesto que

pueden presentar elementos que los convierta en sustancialmente diferentes. HEDEEN⁵⁸⁶, expone que no es suficiente con que un mecanismo de resolución de conflictos en concreto parezca el correcto para resolver un caso por la materia sobre la que versa, ya que es necesario que lo sea también para el elemento humano, es decir, para las partes en disputa. Como el autor explica refiriéndose a la mediación, la experiencia ha demostrado que algunas personas sencillamente no están preparadas por motivos diversos- emocionales, cognitivos- para participar en un proceso de estas características con el propósito de resolver un conflicto. El autor concluye que los profesionales de la resolución de conflictos, ya han aprendido que la preparación de los procesos de resolución de disputas es fundamental, y ello implica una correcta selección que asigne a cada caso el mecanismo más apropiado.

Tras la breve referencia histórica, en los dos apartados siguientes analizaremos: en primer lugar, el recurso obligatorio a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como al arbitraje y la mediación; en segundo lugar, estudiaremos uno de los artículos más relevantes de la LFPC estadounidense- el 68-, precepto puede ser utilizado por los Tribunales para penalizar a aquellos litigantes que en su momento hubieran rechazado ofertas que puedan calificarse como “razonables”. Concluiremos el análisis del marco estadounidense con algunas consideraciones respecto de la intervención judicial en las negociaciones legales y en otros mecanismos de resolución de conflictos.

2.1.1.3 La derivación del caso a los ADR obligatorios

Por supuesto, toda iniciativa que suponga ampliar los medios a disposición de los ciudadanos para resolver sus conflictos debe ser bienvenida. Nuestra preocupación reside en la posibilidad de que las fórmulas de resolución de conflicto alternativas al litigio pasen de ser opcionales a obligatorias, aunque únicamente sea en determinados casos.

⁵⁸⁶ HEDEEN, T., *Remodeling The Multi-Door Court-House to “Fit the Forum to the Folks”: How screening and Preparation Will Enhance ADR*, 95 *Marq. L. Rev.* 941 2011-2012, pp. 941-954, *vid.*, en general. (Consultado 10/01/2016). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr95&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr>

En EEUU, actualmente, los ciudadanos que necesiten acudir a los Tribunales de justicia pueden ser desviados de forma obligatoria a la utilización de algunos de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos⁵⁸⁷, de modo que el ciudadano que acude a un Tribunal para resolver una disputa, o como nosotros preferimos decir para reclamar la tutela efectiva de sus derechos, puede encontrarse con que el acceso a los órganos jurisdiccionales se encuentre condicionado al recurso previo a una negociación u otro mecanismo alternativo al litigio para intentar resolver el conflicto.

Entre los académicos estadounidenses se ha suscitado el debate acerca de la posibilidad de que el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos pudiera verse comprometido por la remisión obligatoria a los mecanismos mencionados⁵⁸⁸. Se ha pretendido contrarrestar este argumento alegando la falta de fuerza vinculante de cualquier resultado que no sea plenamente aceptado por las partes, de manera que si estas no consideran resuelto el conflicto mediante estos mecanismos, queda abierta la vía litigiosa. Pero esta solución no parece ser adecuada, ya que no remedia la dilación en la resolución del conflicto y, además, deben atenderse los costes del mecanismo alternativo utilizado. En algunos programas de arbitraje obligatorio las partes pueden verse forzadas a pactar o a aceptar el resultado del arbitraje para evitar el incremento de costes y penalizaciones que pueden resultar especialmente gravosas, lo que supone especial riesgo de que las partes en situación más desfavorable puedan ser explotadas por las partes con mayor poder. En el caso específico del arbitraje debe tenerse en cuenta que cuando no es vinculante, se trata de una versión desnaturalizada de dicho mecanismo, pero aun así, puede que las

⁵⁸⁷ MENKEL-MEADOW, C., *For And Against**op.cit.*, p. 485.

⁵⁸⁸ QUEK, D., *Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program*, 11 *Cardozo J. Conflict Resol.* 479 2009-2010 pp. 479-509, *vid.*, en general acerca del debate referido. (Consultado 18/03/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore11&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore> FARROW, TREVOR, C.W., *Civil Justice, Privatization and Democracy*, March25. 2011, p. 28 y siguientes. (Consultado 08/06/2015). , http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1795407

Entre los académicos españoles, SAN CRISTOBAL REALES, S., *Sistemas Alternativos*.....*op.cit.*, p.51. La autora dice que la Justicia que emana del pueblo no se consigue únicamente a través de la función jurisdiccional, sino también por el arbitraje, la negociación, la mediación y la conciliación y por lo tanto, estos mecanismos de resolución de controversias no vulneran el derecho a la tutela efectiva recogido en la CE sino que forman parte de ella porque tienen la misma finalidad, la de resolver conflictos entre particulares para obtener la paz social.

partes con pocos recursos ante la perspectiva de asumir todavía más costes decidan aceptar una resolución que no les satisface, aunque no sea vinculante⁵⁸⁹.

La imposición a las partes de estos mecanismos presenta varias consecuencias negativas de cara a la resolución del conflicto sin recurrir al litigio. En primer lugar, imponer un mecanismo en concreto, probablemente, impide que las partes establezcan procesos de negociación privados en vista a encontrar una solución negociada. En segundo, lugar las partes pueden adoptar una postura defensiva, rehuendo cualquier actitud que pueda suponer una muestra de debilidad, lo que puede impedir la cooperación necesaria para resolver el conflicto mediante acuerdo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que cualquier medida que pretenda disuadir a las partes de resolver el conflicto mediante una negociación privada significa comprometer, ya sea directa o indirectamente y en mayor o menor medida, recursos públicos en casos en los que podría no resultar necesario al estar las partes dispuestas a sufragar los gastos de un proceso de negociación de carácter privado. La financiación se erige así en un sólido argumento en contra de la eficiencia de los mecanismos alternativos de resolución de disputas obligatorios, máxime, cuando la resolución no es vinculante, casos en los que la política errónea de asignación de recursos resulta más evidente⁵⁹⁰.

Las condiciones del recurso a la negociación y otros mecanismos de resolución de disputas integrados en la oficina judicial son diversas y varían dependiendo de las jurisdicciones. Un tema relevante es el de los criterios adoptados respecto de la elegibilidad de casos para ser resuelto por mecanismos alternativos al litigio. Una de las formulas propuestas para la selección de casos que el Juez puede desviar a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es la de atender a la materia del asunto. En este sentido, numerosos Tribunales civiles han optado por la selección de asuntos de reclamación de indemnizaciones que no sobrepasen una cantidad determinada, pero aparte de la elegibilidad de los casos, el Tribunal debe determinar las reglas que debe

⁵⁸⁹ SCHMITZ, A.J., *Nonconsensual + Nonbindingop.cit.*, p. 605. En ciertos programas de arbitraje no consensual las partes pueden ser condenadas a pagar los honorarios de abogados si no consiguen resolver la disputa sin recurrir al litigio.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, pp. 606-609.

observar el procedimiento, tales como el transcurso de un número de días entre el inicio del proceso y las audiencias para que las partes puedan contar con un periodo de preparación⁵⁹¹. Como dice BIRNING⁵⁹², el criterio de elegibilidad mencionado no es el único y la congestión de los Tribunales no debería poder derivar en una mediación obligatoria en los casos de divorcio en los que uno de los cónyuges ostenta más poder en la relación, por lo que esta opción debería descartarse en casos de abusos o sistemática ocultación de ingresos. Nosotros estimamos que en muchos casos resulta especialmente complicado detectar en el momento preciso la existencia de un desequilibrio, máxime, cuando puede provenir de una manipulación emocional.

Lo cierto es que la selección en base a criterios preestablecidos presenta inconvenientes, ya que la falta de idoneidad de un conflicto para ser resuelto de forma negociada puede depender de factores diferentes y difíciles de identificar a priori de forma general⁵⁹³. La institucionalización de los ADR y la negociación judicializada presenta el riesgo de que los ciudadanos accedan al pacto porque piensen y/o perciban que no hay en realidad otra alternativa a la resolución de su conflicto⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp.592-596.

⁵⁹² BRINIG, M., *Does Mediation Systematically Disadvantage Women*, 2 *Win&Mary J. Women&L.* 1 (1995), pp. 1-34, *vid.*, en general. (Consultado 27/05/2015).
<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=wmjow>

⁵⁹³ FISS, O.M., *Against Settlement*,.....*op.cit.*, p. 1088.

⁵⁹⁴ MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical*.....*op.cit.*, p. 2694.

2.1.1.4 Rule 68 Federal Rules of Civil Procedure

La Rule 68⁵⁹⁵ de la FRCP es uno de los que más controversia ha despertado entre la comunidad legal⁵⁹⁶. El precepto establece la posibilidad de que la parte demandada⁵⁹⁷, al menos 14 días antes de la vista, presente una oferta a la demandante con las costas acumuladas. Dicha oferta podrá ser aceptada o rechazada por el demandante y la prueba del rechazo es admisible en procedimientos fijando costas. Incluso una vez determinada la responsabilidad del demandado, pero no la cuantía de la responsabilidad puede ser presentada una oferta a este respecto. Si la oferta es rechazada, en el caso de que el demandado no obtenga un resultado más favorable en la vista deberá hacerse cargo de las costas generadas desde el momento en el que tuvo lugar la oferta de la otra parte⁵⁹⁸.

Respecto a esta norma cabe decir que como KORIBKIN⁵⁹⁹ señala el sistema se parece a la *Losser pay*⁶⁰⁰ rule, pero en este caso, la parte que prevalece se identifica comparando la oferta que no se aceptó con el resultado del litigio y, además, los costes deben ser asumidos por la parte que rechazó el acuerdo únicamente desde el momento desde que se produjo este hecho.

⁵⁹⁵ Rule 68 Offer of Judgement, Federal Rules of Civil Procedure. HOROWITZ, J., Rule 68: *The Settlement Promotion Tool That Has Not Promoted Settlements*, 87 *Denv. U. L. Rev.* 485 2009-2010, pp. 485-511 *vid.*, pp. 493-494. (Consultado 11/10/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/denlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/denlr>

El autor subraya que aunque la norma ha sido reformada las modificaciones no han sido significativas. Por ejemplo se extendió el plazo de 10 días a 14 para formular la oferta, para que la norma fuera coherentes con otros preceptos de la FRPC. P. 493-494. En este sentido, GIRARD, B., *Don't Try This at Home: The Troubling Distortion of Rule 68*, 103 *Geo. L.J.* 723 2014-2015, PP. 723-748, *vid.*, en general.(Consultado 09/12/2015).

http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/glj103&div=23&start_page=723&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

⁵⁹⁶ Debe prestarse particular atención a la aplicación de la regla, ya que existen diferentes versiones de la misma dependiendo del estado y además los Tribunales no han hecho una aplicación uniforme de la misma al interpretar los términos de forma divergente. BRAZIL, W. D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook.....*op.cit.*, p.161.

⁵⁹⁷ CORTES, P., SOTELO, F., *Negocia o Atente a las Consecuencias*,*op.cit.*, p.18. Los autores consideran una limitación que la oferta pueda ser únicamente presentada por los demandados y que en muchos casos únicamente permita recuperar ciertas costas.

⁵⁹⁸ La regla no se aplica en caso de que prevalezca el demandado de forma absoluta, es decir, cuando el demandado no es considerado responsable y el demandante no obtiene nada. BRAZIL, W.D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook*op.cit.*, pp. 167-168.

⁵⁹⁹ KOROBKIN, R., "The Role of Law in Settlement" in *The Handbook of Dispute Resolution*, MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C., Jossey Bass, 2005, pp.254-276, p.268.

⁶⁰⁰ No es la regla general en del derecho estadounidense, pero se contempla en alguna leyes existiendo bastantes excepciones.

La redacción de la norma adolece de falta de claridad y concreción en algunos aspectos, por ejemplo, no fija requisitos mínimos de valor de la oferta para determinar su validez dificultando así la aplicación. Por esta razón, este extremo ha ido siendo determinado por los Tribunales atendiendo a la circunstancias de cada caso⁶⁰¹. HOROWITZ⁶⁰², expone que realmente la norma no ha servido para la finalidad que fue creada, la de fomentar los acuerdos en evitación del litigio, apuntando como causas la problemática de la interpretación, así como, el hecho que únicamente puedan presentar ofertas los demandantes.

VARON⁶⁰³ identifica algunos problemas para la interpretación de la norma. En primer, lugar la norma emplea el término “costas” sin dejar claro si incluye los honorarios de abogado de la parte contraria. En segundo lugar, no clarifica en qué circunstancias el veredicto final deberá ser considerado más o menos favorable a la oferta, valoración que puede entrañar problemas en sentencias que no contemplen únicamente un valor monetario. Además, no está clara la aplicación de la norma en litigios con varias partes. Respecto del punto más controvertido de la norma, la responsabilidad del pago de los honorarios del abogado, el autor apunta que entender que no están incluidos en los costas que menciona la norma le restaría su poder disuasorio, especialmente, si se tiene en cuenta que la norma pretende fomentar acuerdos que son razonables para evitar el litigio⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Una de las sentencias paradigmáticas a este respecto es *Delta Air Lines, Inc. V. August*, 450 U.S. 346 1981. La sentencia dice que la oferta contemplada en la *Rule 68* debe ser hecha de buena fe y debe ser razonable. La oferta propuesta de 450 dólares únicamente podría ser tenida en cuenta si la reclamación del demandante hubiera carecido de todo fundamento. El Tribunal explica en la sentencia que si cualquier oferta por mínima que fuera debería ser admitida, serían frecuentes las ofertas mínimas llevadas a cabo de mala fe como búsqueda de un seguro barato contra costas judiciales y por tanto, la norma dejaría de cumplir su función que es fomentar el acuerdo entre litigantes.

⁶⁰² HOROWITZ, J., *Rule 68: The Settlement Promotion Tool....op.cit.*,p. 508.

⁶⁰³ VARON, J.N., *Promoting Settlements And Limiting Litigations Cost By Means Of The Offer of Judgment: Some Suggestions For Using And Revising Rule 68*, *The American University Law Review*, Vol. 33:813, 1884, pp. 813-848, Vid., pp.818-821. (Consultado 24/03/2014).

<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Page?page=813&handle=hein.journals%2Faulr33&collection=journals>. HOROWITZ, J., *Rule 68: The Settlement Promotion Tool....op.cit.* p. 506. Como puede observarse la doctrina sigue criticando la falta de claridad relativa a la cuestión de si los honorarios de abogados deben considerarse incluidos en la oferta, y son las legislaciones estatales las que, en general, han ido considerando que si que deben considerarse incluidos.

⁶⁰⁴ Debe tenerse en cuenta que las costas son los ocasionados por los honorarios correspondientes al trabajo realizado después de ser presentada y rechazada la oferta.

BRAZIL⁶⁰⁵ señala que las consecuencias de aplicación de la norma dependen en buena parte del sistema de atribución de costas de cada uno de los estados y, especialmente, de si las costas incluyen los honorarios de abogados, ya que suelen ser las partidas más elevadas. Por esta razón, y teniendo en cuenta las normas que operan en cada caso, la oferta deberá ser presentada lo suficientemente clara y detallada⁶⁰⁶.

La norma resulta controvertida al permitir que el Tribunal deniegue a un demandante cuya demanda sea estimada ciertas costas legales si la sentencia es inferior a la oferta que rechazó e incluso puede obligar a dicho demandante a pagar las costas del abogado de la parte contraria por haber rechazado una oferta razonable no evitando así el litigio. En EEUU, la regla general es que cada parte paga sus costas, pero existen excepciones y, en ocasiones, la ley prevé que exista condena en costas, por ejemplo, en los casos sobre derechos civiles. Son estos casos, precisamente, los que presentan una especial problemática al poder verse los abogados motivados a aceptar un acuerdo que estiman inferior al resultado esperado del litigio para evitar el riesgo de perder la condena en costas por los honorarios post oferta. Esta posibilidad podría llegar a suponer una incoherencia entre las leyes aplicables a los procesos de derechos civiles que intentan motivar a los abogados a defender los derechos

⁶⁰⁵ BRAZIL, W.D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook.....*op.cit.*", pp. 163-168.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, pp. 162 y siguientes. Debe tenerse en cuenta que no serán válidas las ofertas excluyendo las costas en las que se ha incurrido y proposiciones demasiado genérica, por ejemplo, expresarse en términos de aceptar sentencia por responsabilidad por una cantidad concreta sin más especificaciones pueden entrañar riesgos para quien las formula. Uno de estos riesgos sería que el Tribunal decida añadir a la cantidad las costas incurridas hasta el momento de la presentación de la oferta de modo que la cantidad a pagar sería mayor, además, de desconocida a priori por el proponente, por el contrario, puede darse el caso de que el Tribunal interprete que la oferta incluye las costas generadas hasta el momento de la propuesta, por lo que dichas costas se sustraerían de la cantidad total y la compensación real a la reclamación del demandante se vería reducida, de forma que la oferta podría ser rechazada sin riesgo de afrontar las consecuencia que prevé la norma para la no aceptación de ofertas que no puedan considerarse razonables. A tenor de lo expuesto, parece aconsejable que las ofertas especifiquen la cantidad para compensar la reclamación y la cantidad para cubrir las costas generadas hasta el momento de la oferta. Debe tenerse en cuenta que la condena al pago de costas de la parte contraria varía en las diferentes jurisdicciones estatales, lo aconsejable es citar las normas que rigen en este sentido para aclarar que costas se cubren con la oferta, si bien esta opción presenta también su problemática, dado que puede resultar complicado para el proponente de la oferta establecer la cantidad que debe proponerse como costas. En estos casos si la oferta por costas es demasiado baja el Tribunal podría declarar la invalidez de la oferta y si es demasiado alta el demandando estará incurriendo en unos costos innecesarios. Para evitar estos inconvenientes, Brazil aconseja que a la oferta por la reclamación se añada una referencia proponiendo cubrir las costas y honorarios de abogado cuando proceda según la ley de aplicación por un monto razonable.

de tal índole ante los Tribunales, de hecho una norma como el artículo 68 podría provocar que el demandado mediante una oferta motive al abogado contrario a no pleitear en un tema de tanta transcendencia social⁶⁰⁷.

Por su parte, BRAZIL⁶⁰⁸ considera que la norma presenta ventajas entre las que destaca la garantía para la parte demandada interesada en evitar el pleito mediante una oferta de acuerdo razonable de que la propuesta será realmente conocida por el demandante, evitando así cualquier tentación del consejo legal de decidir sobre la oferta sin consultar al cliente. Además, las consecuencias que puede acarrear el rechazo de una oferta llevada a cabo en aplicación de esta norma aconsejan la evaluación y consideración cuidadosa de la oferta.

En el sistema legal español no existe un mecanismo similar al diseñado por la Rule 68 de la LFPC en EEUU. Como dicen CORTES Y SOTELO⁶⁰⁹ ni el allanamiento ni las posibilidades de acuerdo en la fase de audiencia previa ni la consignación judicial prevista como procedimiento de jurisdicción voluntaria son equiparables en espíritu ni contenido a la ⁶¹⁰. Los autores mencionados, estiman que de pretender introducir un mecanismo similar en el derecho español sería necesario incorporar una norma especialmente diseñada al tal efecto, sin que dicho precepto tuviera por qué afectar sobre a los mecanismos de asignación de costas recogidos por la Ley Procesal Civil española. Las leyes procesales españolas no prevén un ofrecimiento de acuerdo del que quede constancia en el expediente judicial, si bien es cierto que a través de un ofrecimiento o

⁶⁰⁷ VARON, J.N., *Promoting Settlements**op.cit.*, pp. 821 y siguientes. FISS, O.M., *Against Settlement*.....*op.cit.*, p. 1074. El autor se ha mostrado crítico con esta norma diciendo que su aplicación podría provocar demasiadas alteraciones en un ordenamiento jurídico en el por regla general cada parte paga los honorarios de sus abogados. The Civil Rights Attorney's Award prevé que en casos de derechos civiles, el Tribunal pueda acordar a la parte que prevalece el derecho a una cantidad razonable en cantidad de costas en concepto de honorarios de abogado. BRAZIL, W.D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook"*op.cit.*, pp.165-167. Los casos de derechos civiles se rigen por leyes específicas antes las que la aplicación de la Rule 68, en principio, debe ceder.

⁶⁰⁸ *Ibidem.*, p.162.

⁶⁰⁹ CORTES, P., SOTELO, F., *Negocia o Atente a las Consecuencias*.....*op.cit.*, pp.23-25. El demandado que de forma previa al proceso no hubiera intentado el pago puede ofrecer o consignar el importe de la deuda durante la tramitación del procedimiento. Si la cantidad cubre la reclamación, costas e intereses equivale a un allanamiento total, si no cubre estos montos el allanamiento es parcial, por lo que el proceso continua, pero aunque la sentencia coincida con la cantidad consignada habrá condena en costas para el demandado si esa cantidad coincide con lo reclamado en la demanda, pero en caso de que la cantidad demandada es más alta que la concedida en la sentencia podrá declararse una estimación parcial sin costas.

⁶¹⁰ Art. 98 y 99 de la recién aprobada Ley de Jurisdicción voluntaria, que han derogado los artículos que regulaban el instituto en la LEC.

consignación anterior o simultaneo al proceso, el demandado puede llegar a influir en la resolución judicial también a nivel de la condena en costas, pero con efectos limitados.

Nosotros no somos partidarios de la incorporación de una norma similar a la Rule 68 a la norma procesal española. En primer lugar, la doctrina estadounidense no la estima eficaz, y es una norma que ha suscitado problemas de interpretación y en la aplicación. Evidentemente, la redacción clara y coherente podría dotar a un precepto similar de más posibilidades de éxito, pero aun así nosotros estimamos que quienes litigian reclaman aquello a lo que cree que tiene derecho, y puede encuentren respuesta a sus pretensiones en toda su integridad o parcialmente, pero no deben sufrir penalizaciones por ellos, en tanto no exista frivolidad en las demandas o mala fe procesal, que son conductas que el legislador, el poder judicial y las corporaciones profesional deben disuadir.

2.1.1.5 La intervención judicial, negociación y otros mecanismos alternativos

Una de las crítica más aireadas entre la doctrina estadounidense a la intervención de los Jueces en pos de una solución negociada de la disputa que los litigantes han llevado ante el Tribunal se basa en el hecho de que dicha participación podría representar una desvitalización del sistema adjudicativo, entendido como aquel que se caracteriza por la intervención de un tercero neutral que debe adoptar una decisión imparcial. La intervención del Juez en el sentido mencionado puede adulterar la función adjudicativa transformándola en una función de gestión, de forma que podría hablarse una sustitución del modelo adjudicativo por un modelo transaccional⁶¹¹. El estilo de intervención de los jueces en las negociaciones puede responder a patrones diferentes- facilitador, consejero, optimizador-. De los modelos de actuación mencionados, unos parecen presentar más inconvenientes que otros. Cabe suponer que para las partes discutir con el Juez el curso de acción a seguir en la resolución de su caso puede resultar intimidatorio, y como ya hemos apuntado, a nivel de ahorro

⁶¹¹ RUBENSTEIN, W.B., *A Transactional Model of Adjudication*, Georgetown Law Journal, Vol 89, N°2, January 2001, pp. 371-43, *vid.*, pp. 37 y siguientes. (Consultado 30/04/2015). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256041

de recursos una intervención activa del juez puede disminuir los incentivos de las partes por elaborar sus propios juicios y conclusiones, de forma que lo que consigue el sistema es trasladar la carga de trabajo de las partes al Juez, de modo que para esta intervención fuera eficiente y rentable debería llevarse a cabo la selección de casos en los que la ayuda del Juez pudiera resultar especialmente indicada, pero resulta complicado obtener, a priori, la información que permita llevar a cabo de forma correcta una selección de esta índole⁶¹².

A este respecto resulta muy ilustrativa una opinión de la ABA⁶¹³ concluyendo que un abogado en una audiencia previa al litigio no está obligado a revelar al juez- a menos que medie consentimiento del cliente- los límites de autoridad para pactar que se le han sido conferidos ni el consejo que el abogado ha emitido sobre el potencial acuerdo negociado. Esta opinión constituye una clara muestra de cómo un mecanismo de resolución de conflictos alternativo al litigio, pero conectado al juzgado y supervisado por el Juez puede ser llegar a convertirse mecanismo de presión para las partes que pueden verse en la situación de aceptar un acuerdo que realmente no desean o estiman poco conveniente.

MENKEL-MEADOW⁶¹⁴ llevó a cabo una investigación referida a procesos de mediación para observar si se apreciaban diferencias en las conductas de usuarios y abogados cuando la utilización del mecanismo no era obligatoria para las partes. Los resultados concluyeron que cuando el recurso al mecanismo es voluntario se observa mayor tendencia a comportamiento de carácter no adversarial y a la utilización del enfoque de resolución de problemas. En el ámbito obligatorio, los intervinientes son repetidos de forma más habitual y se

⁶¹² BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlementop.cit.*, p. 63-66. Los inconvenientes señalados corresponden al segundo estilo, el de consejero.

⁶¹³ ABA *Formal Opinión* 93-370. El Comité que emite la opinión se ampara en la *Model Rule* 1.6 que prohíbe la revelación de información por parte del abogado sin consentimiento previo del cliente señalando que en la situación planteada, el requerimiento del juez al abogado no responde a ninguna de las excepciones contempladas en la norma ética.

⁶¹⁴ MENKEL-MEADOW, C., *Lawyer Negotiations: Theories and Realities- What We Learn From Mediation, The Modern Law Review*, May 1993 pp. 361-379, *vid.*, pp. 371-379.(Consultado 30/04/2015).

<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02678.x/epdf>

Queremos precisar que el estudio se llevó a cabo con estudiantes actuando como mediadores en actuaciones similares a la justicia gratuita. Se eligieron dos marcos judiciales diferentes, Santa Monica-mediación voluntaria - y Los Angeles- mediación con tendencia a ser obligatoria en determinados casos-.

observó más tendencia a tratar la mediación como un trámite a cumplir para evitar responsabilidad de ningún tipo ante el juzgado limitándose a una participación mínima. De forma general, se observó mayor dificultad en alcanzar acuerdos con partes institucionales- agencias estatales, aseguradoras, grandes arrendadores-, ya que tanto los interesados como sus abogados presentaban dificultades para tratar los casos de manera individualizada, al percibirlos como una parte de un problema o conflicto más amplio, en realidad, únicamente una minoría apreciaba la mediación-negociación como una oportunidad real de resolución del conflicto. Los abogados se mostraron tan dispuestos a utilizar técnicas competitivas como las partes y se pudo observar que muchos asumían la mediación como parte del litigio e incluso como una instancia más que podía utilizarse con propósitos estratégicos. Si bien, en algunos casos tanto interesados como abogados, se mostraron proclives a trabajar por buscar la mejor solución.

NOLAN-HALEY⁶¹⁵, refiriéndose a los ADR, señala que la creciente tendencia a legalizarlos los convierte en la criatura que deberían remplazar. Además, la participación judicial en los mecanismos alternativos al litigio pudiera contribuir a difuminar la frontera entre lo público y lo privado en la resolución de conflictos, lo que podría poner en entredicho el derecho de los ciudadanos de acceso a la tutela judicial⁶¹⁶.

Un elemento que también debe ser tomado en consideración es el hecho de que la negociación, la mediación y otros medios alternativos a la resolución de disputas, si bien no todos ellos, se caracterizan por la ausencia de formalidad⁶¹⁷, de forma que si son los Tribunales quienes los imponen y organizan existe el riesgo de que acaben convirtiendo en una especie de anexo al procedimiento contencioso judicial con sus formalidades, perdiéndose por tanto una de sus más importantes ventajas⁶¹⁸.

⁶¹⁵ NOLAN-HALEY, J., *New Problem-Solving Scholarship: An Historical Tale with a Happy Ending*, *Negotiation Journal*, April 2003, pp. 169-182, *vid.*, p.172. (Consultado 10/03/2015) <http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2003.tb00774.x/epdf>

⁶¹⁶ DORE KRATKY, L., *Public Courts versus Private ...* op.cit., p. 467.

⁶¹⁷ *Infra*. Parte Primera. Capítulo Primero.

⁶¹⁸ QUEK, D., *Mandatory Mediation: An Oxymoron?...* op.cit., 481. NOLAN-HALEY, J., *New Problem-Solving Scholarship....* op.cit., *vid.*, en general.

En cuanto a los mecanismos alternativos para resolver la disputa que el Juez pueda prescribir a las partes de manera obligatoria, la doctrina señala la conveniencia de diseñarlos de forma que se proteja al máximo la voluntad de las partes estimando que como mínimo deberían observarse los parámetros siguientes:

- a. Las partes deben estar presentes para ofrecer y/o aceptar soluciones⁶¹⁹. En nuestra opinión este extremo aumentaría las garantías de consentimiento real y consciente de los intervinientes.
- b. Evitar que los Jueces puedan remitir a la negociación y otros mecanismos alternativos de resolución de disputas los casos en base a criterios arbitrarios. MENKEL-MEADOW⁶²⁰ se muestra escéptica respecto de la posibilidad de establecer a priori que tipo de disputas deben ser negociadas y que tipos de disputas deben resolverse recurriendo al litigio. Aun así, la autora, reconoce que ciertos tipos de litigios atendiendo a los intereses afectados deben ser excluidos de este tipo de negociaciones anexas al Tribunal, ejemplos de procesos exceptuados serían las demandas sobre derechos civiles o que afecten a temas de interés público.
- c. Evitar las sanciones desproporcionadas por incumplimiento en el proceso de negociación disminuyendo así la coerción que pudiera percibir una parte a utilizar el mecanismo.
- d. Evitar el excesivo control sobre el desarrollo del proceso. Es obvio, que si los mecanismos alternativos a la resolución de disputas son impuestos y controlados por un Tribunal las partes pueden mostrar reticencia a revelar información de la forma en que lo harían en la negociación privada entre abogados. Una de las posibles correcciones a este problema sería la intervención de Jueces o funcionarios diferentes en la negociación y en el litigio posterior, de manera que cuando la negociación no diera resultado, las consideraciones que pudieran facilitar el acuerdo, pero no serían admisibles en un proceso judicial, no interferirían en un ulterior litigio⁶²¹.

⁶¹⁹ MENKEL-MEADOW, C., *For and Against op.cit.*, 511.

⁶²⁰ *Ibidem*, pp. 505 y siguientes.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 511

- e. Prever la posibilidad de que las partes puedan ser eximidas de utilizar el mecanismo.
- f. La doctrina se plantea la efectividad real de la utilización de la negociación, la mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, de forma anexa a los Tribunales y/o las audiencias previas al litigio para intentar el acuerdo. A este respecto, se hace imprescindible la investigación y el establecimiento de ratios de acuerdos alcanzados, de la satisfacción de las partes con el proceso y las soluciones, del cumplimiento de esos acuerdos y de los costes reales de la utilización de estos mecanismos⁶²².

2.1.2 El caso español

Podemos adelantar que en el caso español el análisis de la normativa vigente resulta tranquilizador, ya que por el momento, si bien los recientes cambios legislativos indican una marcada tendencia a promocionar la resolución del conflicto por una vía alternativa al litigio, especialmente la mediación, la voluntariedad de las partes para optar por la negociación u otro mecanismo de resolución de disputas en sustitución del litigio permanece intacta. No obstante, tanto a nivel europeo como español se vive una especie de euforia ensalzadora de las bondades de los mecanismos alternativos mencionados siendo minoritarias por el momento las voces críticas⁶²³.

Previamente al análisis de los distintos mecanismos alternativos al litigio para la resolución de conflictos y de su incardinación en las leyes procesales españolas, debemos señalar que el ordenamiento jurídico español en materia civil reconoce de forma amplia el derecho de disposición de los litigantes para disponer del objeto del juicio, por lo que en general demandantes y demandados pueden renunciar, desistir, allanarse, transar, conciliar y someterse a mediación

⁶²² MAYER, B. S., Mas Allá de la Neutralidad.....*op.cit.*, p. 59. MENKEL-MEADOW, C., *For and Against*.....*op.cit.*, pp. 493 y siguientes *Vid., supra*.

⁶²³ EIDENMULLER, H., ENGEL, M., *Against False Settlement:op.cit.*, p.63. Los autores creen que la euforia por el acuerdo en la UE y el auge de los ADR se desarrolla de forma equivocada tanto en términos de justicia como de eficiencia. NIEVA FENOLL, J., "La mediación: ¿ una "alternativa" razonable al proceso judicial ?", en Monográfico editado especialmente para EL ICACOR, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, Abril 2013, p. 42.(Consultado 20/02/2015). http://mediacion.icacor.es/download/Doctrina/ESPECIAL_MEDIACION_ICACOR.pdf
Nos parece oportuno aclarar que las palabras del autor se contextualizan en un texto que refleja las dudas y reticencias ante tal entusiasmo.

y arbitraje, es decir, una vez iniciado el litigio, las partes puede renunciar a la continuación del proceso judicial definitiva o provisionalmente y recurrir a otros mecanismos para intentar solucionar la disputa⁶²⁴.

Debemos empezar explicando que el derecho procesal español desde antaño se ha preocupado de propiciar que las partes en confrontación aproximen posiciones, negocien, concilien para evitar el litigio⁶²⁵.

En orden a privilegiar el recurso a mecanismos que evitan el litigio, las leyes procesales han venido integrando dichos dispositivos en el proceso judicial, bien de forma previa a su inicio o cuando el proceso cuenta ya con cierto recorrido. A continuación, analizaremos las figuras que con la finalidad de propiciar un acuerdo negociado entre las partes en conflicto, tradicionalmente han integrado el proceso civil. En primer lugar, nos referiremos a la transacción como modalidad de negociación legal privada que puede ser refrendada por el juzgado si las partes así lo desean; en segundo lugar, abordaremos la figura de la conciliación, instituto basado en el acercamiento de las posiciones de las partes para propiciar un acuerdo que evite el litigio. La diferencia entre la conciliación y la transacción reside fundamentalmente en que en el primer instituto interviene un tercero neutral aun cuando las partes cuenten con asistencia legal, mientras la transacción se desarrolla con carácter privado, es decir, negocian las partes y/o sus abogados, con independencia de que luego se inste la homologación judicial de lo acordado. Para concluir, mencionaremos la incardinación de la mediación y del arbitraje en las normas procesales españolas.

2.1.2.1 La transacción

La transacción como forma de resolver un conflicto entre partes ha existido desde antaño en el derecho español⁶²⁶. El Código Civil establece que las partes mediante la autonomía de la voluntad puedan llegar a un acuerdo que evite el

⁶²⁴ Ver art. 19 de la LEC. No obstante, no existirá este poder de disposición sobre el litigio cuando así lo prohíba o establezca la ley por limitaciones de orden público o interés de terceros. El artículo 19.4 permite que las partes soliciten la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto, siempre que no se perjudique el interés general o de tercero y que el plazo de suspensión no supere los sesenta días.

⁶²⁵ Infra.

⁶²⁶ Art. 19.2 CC.

litigio o concluya el ya iniciado⁶²⁷. En el ordenamiento jurídico español son posibles la transacción extrajudicial y la judicial⁶²⁸. La primera consiste en el acuerdo que las partes alcancen al margen de proceso judicial, que como acabamos de apuntar, puede estar en curso⁶²⁹, de forma que la transacción extrajudicial puede servir tanto para evitar el proceso como para poner término el ya iniciado. El acuerdo alcanzado en la transacción extrajudicial puede ser homologado por el Juez a solicitud de las partes⁶³⁰ para finalizar de esta forma el pleito contencioso⁶³¹, si bien las partes que han alcanzado un acuerdo extrajudicial que estimen resuelven satisfactoriamente la disputa que las

⁶²⁷ Art. 1884 CC. La posibilidad de resolver el conflicto mediante transacción no significa que no puedan surgir posteriores controversias respecto de lo pactado, pero estas ya no lo serán respecto al conflicto origen de la transacción sino sobre lo pactado en la misma.

⁶²⁸ A este respecto, debemos señalar que el art. 1.809 del CC que define la transacción no recoge la distinción entre la transacción judicial y la extrajudicial.

⁶²⁹ Este tipo de transacciones tiene la validez de contrato entre partes, pero si el acuerdo alcanzado se eleva a escritura pública tiene aparejada ejecución- art. 517.4 LEC.

⁶³⁰ Para proceder a la homologación el juez no entra en el contenido de fondo del acuerdo sino se limita a la comprobación de la capacidad de las partes para obligarse y la libre disposición de las partes por razón de la materia o por poder perjudicar el interés general o el de terceros. El acuerdo homologado por el juez tendrá fuerza ejecutiva- art. 517.3 LEC-. FERNANDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., Avenencia o ADR: negociación...*op.cit.* p.459. En este sentido, parece que el legislador, ha optado por dar un tratamiento menos privilegiado a la transacción, ya que existen diferencias en el régimen procesal de los títulos ejecutivos contemplados en el 517.2, regula la fuerza ejecutiva de resoluciones y laudos arbitrales y de los acuerdos de mediación- y el 517.3, ya que el primero de los preceptos es más claro, más completo y más favorable, de forma que el tratamiento concedido a la transacción a este respecto por el legislador contrasta por el concedido a la mediación, que sin necesidad aparente para ello, y con muchos perjuicios se equipara al laudo arbitral.

⁶³¹ En cuanto a la cuestión de si la transacción judicial produce efecto de cosa juzgada encontramos posturas diferenciadas. Por una parte, LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., FERNANDEZ DE LA MELA, J.M., El acuerdo de mediación, Diario la Ley (Estudios Doctrinales), Año 2015, Número 8477, p. 7, citando a Gullón Ballesteros, predicando la fuerza de cosa juzgada de la transacción judicial invocando el art. 1809 del CC, que no es una mera duplicación del 1091, ya que se quiere decir que es algo más que un contrato del que surge una ley privada, se pretende otorgar a la transacción judicial eficacia procesal que produzca una excepción oponible a los transigentes que vigente la transacción, pretenda llevar la cuestión discutida y zanjada ante la autoridad judicial. SAN CRISTOBAL REALES, S., *La Transacción como Sistema...**op.cit.*,p.293. Por otra parte SAN CRISTOBAL dice que el art. 1817 CC, impide equiparar la transacción -procesal o extraprocésal- con la sentencia firme, puesto que admite la impugnación de lo convenido por vicios del consentimiento, careciendo la transacción del elemento fundamental de la cosa juzgada, que la irrevocabilidad. En consecuencia, la cosa juzgada a la que se refiere el art. 1816 CC. no es equiparable a la de las sentencias firmes al carecer de las notas de intangibilidad e invariabilidad consustanciales a la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias firmes. Ahora bien, la transacción procesal tiene naturaleza dual, ya que mantiene su carácter sustantivo a la vez que la homologación judicial le confiere carácter procesal como acto que como fin al procedimiento, lo que hace posible su ejecución como si se tratara de una sentencia. La autora invoca la STS de 5 de abril del 2010, rec. 2371/2005 LA LEY 27010/2010, en el sentido de que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez, su eficacia, y dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. La interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio 1999, RC nº3614/1994) (LA LEY 11512/1999).

enfrentaba pueden optar por no homologarlo y poner término al pleito en curso mediante otros mecanismos procesales⁶³². La transacción judicial es la que tiene lugar estando en curso el proceso judicial antes de que haya recaído resolución y consta en autos al haber homologado el Juez el acuerdo de transacción que ha puesto fin al proceso, dotándolo así de fuerza ejecutiva⁶³³. El hecho de que el contrato o acuerdo a que da lugar la transacción extrajudicial pueda ser homologado por el juez puede dar lugar a cierta confusión para distinguirla de la transacción judicial, a este respecto, muy acertadamente, TORRES OSORIO⁶³⁴ dice que la transacción judicial se produce dentro del proceso cuando las partes presentan al Juez el documento que recoge su acuerdo en suplica para que lo tenga por aportado al procedimiento en curso, en estos casos, el acuerdo si reúne los requisitos exigidos en la ley será aprobado por el juez que tenga competencia para ello a instancia de parte. Estamos de acuerdo con la autora al estimar que la modalidad descrita es la única transacción de carácter judicial o solemne. A mayor abundamiento, la autora citada explica las características de transacción judicial extrajudicial y de la judicial, esta última a diferencia de la primera requiere apoderamiento especial de procurador, debe ser homologada por el Juez y supone la terminación del procedimiento mediante auto.

Debemos subrayar que la transacción como mecanismo de resolución de conflictos presenta un carácter marcadamente privado. Las partes negocian generalmente asistidas y/o representadas por sus abogados, tras aproximar sus posiciones llegan a encontrar el punto en el que es posible el acuerdo, entonces serán los abogados los encargados de dar al acuerdo alcanzado el formato legal que más convenga a las partes. Una vez suscrito el acuerdo los firmantes deberán decidir si prefieren que los pactos alcanzados permanezcan en el ámbito privado- transacción extrajudicial- o si consideran más oportuno solicitar

⁶³² El proceso puede terminar por desistimiento, allanamiento o satisfacción procesal, arts. 20, 21 y 22 LEC.

⁶³³ Art. 415 y 517.3 LEC. Para ver con más detalle las características y diferencias entre los distintos tipos de transacción. SAN CRISTOBAL REALES, S., *La Transacción como Sistema...op.cit., vid.*, en general.

⁶³⁴ TORRES OSORIO, E., *La Mediación a la Luz de la Tutela Jurídica Efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2013, pp. 51 y siguientes.

al Juez la homologación del acuerdo- transacción judicial, lo que producirá los efectos anteriormente mencionados.

2.1.2.2 La conciliación

En el derecho español, uno de los mecanismos más tradicionales de evitación del litigio es la conciliación⁶³⁵. En este sentido, BARONA VILAR⁶³⁶ señala que aunque la conciliación históricamente ha mostrado una buena convivencia, al menos a nivel teórico con el proceso civil, en la práctica, se convirtió en un mero trámite que debía ser despachado para continuar con el proceso judicial, lo que posiblemente contribuyó a la falta de cultura negocial en del modelo jurídico español. Esta modalidad de resolución del conflicto requiere la intervención del Juez o el secretario judicial para intentar que las partes resuelvan la disputa mediante un acuerdo negociado⁶³⁷.

En el ámbito civil, la regulación de la conciliación judicial en la ley procesal ha sido objeto de reformas importantes⁶³⁸. El instituto de la conciliación no quedó afectado por la reforma de la LEC llevada a cabo en el año 2000⁶³⁹, ya que se mantuvieron los preceptos que la regulaban en la Ley de 1881, hubo que esperar a la reforma del 2009 para que tuviera lugar una renovación de la figura de la conciliación. Dicha reforma supuso el paso de un sistema de conciliación preprocesal a uno de conciliación intraprocésal que el legislador ha concebido

⁶³⁵ FERNANDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., Avenencia o ADR: negociación*op.cit.*, pp.445-447. Para el autor la conciliación es la forma más completa, tradicional y estructurada de avenencia judicial que existe en el derecho vigente. La tradición de este instituto en el ordenamiento jurídico civil español se remonta al 1800.

⁶³⁶ BARONA VILAR, S., *Integración de la Mediación en el Concepto....op.cit.*, p.8

⁶³⁷ LIEBANA ORTIZ, J.R., *Jurisdicción Voluntaria, Conciliación.... op.cit.*, pp. 153-155. El autor explica que la doctrina mayoritariamente ha entendido que la conciliación es un expediente de jurisdicción voluntaria, debido sustancialmente a que en dicho instituto faltan la demanda, la postulación en juicio y la sentencia. De hecho, así parece haberlo entendido el legislador al mantener la vigencia de los arts. 460 a 480 de la LEC hasta la promulgación de la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aun así una parte de la doctrina que conciben la conciliación como un verdadero proceso y la asimilan a la jurisdicción. Para Liébana Ortiz la conciliación carece de carácter jurisdiccional porque falta en ella la demanda, la postulación en juicio y la sentencia, si bien tampoco puede considerarse un expediente más de jurisdicción voluntaria, puesto que en ella se verifica una controversia. El autor se posiciona considerando que la conciliación no pertenece a la jurisdicción voluntaria, ya que es un acto en el que se verifica una controversia entre las partes, y es la ausencia de ésta lo que constituye el presupuesto de los actos de jurisdicción voluntaria, por lo que se trata de un sistema autocompositivo contractual de resolución de controversias alternativo a la vía jurisdiccional y que, por ley, queda encomendado al órgano judicial.

⁶³⁸ El acto de conciliación previo era presupuesto a la admisibilidad de la demanda hasta la reforma operada por la Ley 34/1984, que le confirió carácter facultativo.

⁶³⁹ Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (vigente hasta el 15 de julio 2015).

en dos tiempos. La nueva norma estipula dos oportunidades de conciliar incardinadas en el proceso, la primera de ellas es obligatoria⁶⁴⁰ y la segunda potestativa⁶⁴¹.

A parte de la posibilidad de conciliación incardinada en el proceso, la LEC mantuvo la posibilidad para las partes de intentar evitar el juicio mediante la solicitud de intento de conciliación ante el órgano jurisdiccional de forma previa al inicio del litigio⁶⁴², si bien recientemente esta modalidad de conciliación ha pasado a estar regulado en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶⁴³. En la nueva norma los plazos son breves, tal y como lo eran en la norma modificada⁶⁴⁴, no es preceptiva la asistencia de abogado y las partes podrán comparecer por si mismas o representadas por procurador⁶⁴⁵ siendo competentes el Juez de Paz o el secretario del Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil. La presentación de la solicitud de conciliación con ulterior admisión interrumpe los plazos de prescripción tanto adquisitiva como extintiva, en los términos

⁶⁴⁰ Art. 415 LEC “Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas “. Subrayado autora.

⁶⁴¹ Art. 428.2 LEC “A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. Subrayado autora.

⁶⁴² Arts. 460 a 480 LEC de 1980, que se mantuvieron en vigor tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000. La Ley 13/2009, de 3 de Noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, modificó la regulación relativa al acto de conciliación pre-procesal de la ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real decreto de 3 de febrero de 1881, de forma que antes de promover juicio podrá de forma facultativa instarse conciliación ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competente. Si las partes llegan a un acuerdo, éste será aprobado por auto judicial, que llevara aparejada ejecución. De lo anterior, se concluye que el acto de conciliación previo al litigio judicial se celebra a instancia de las partes y del mismo modo, las partes solo alcanzaran un acuerdo que evite el litigio de forma voluntaria.

⁶⁴³ La conciliación queda regulada en los arts. 139-148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE Núm.158, de Julio 2015, pag.54068. (Consultada 30/10/2015). <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf>

⁶⁴⁴ MORENO TARRES, E., SERRANO AMADO, R., VERNENGO PELLEJERO, N.K., Asesoramiento y habilidades profesionales del Abogado:*op.cit.*, *vid.*, p. 574. El Secretario Judicial o Juez de Paz deberán dictar resolución sobre la admisión de la solicitud del acto de conciliación dentro de los cinco días hábiles a la misma, debiendo mediar entre la citación a las partes y la convocatoria al menos cinco días, pero en ningún caso más de diez desde la admisión de la solicitud. No obstante, los plazos previstos por la ley no se cumplen en la práctica diaria dada el excesivo volumen de asuntos de los Tribunales, lo que aporta la ventaja de que el demandado podrá estudiar mejor la demanda, ya que los plazos estipulados son breves.

⁶⁴⁵ Art. 141.3 establece que no es preceptiva la intervención ni de abogado ni de procurador. Según el art. 469 LEC, la incomparecencia de una de las partes tenía como consecuencia que el acto se tuviera por celebrado sin avenencia y la condena en costas de la parte incomparecida sino alegaba justa causa. En la nueva ley si el solicitante no comparece sin alegar justa causa para no concurrir, se archivará el expediente y el requerido podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios que hubiera ocasionado la comparecencia si el incomparecido no alegare justa causa. Si el requerido no comparece ni alega justa causa para no concurrir, se pondrá fin al acto teniéndose la conciliación por celebrada a todos los efectos legales.

establecidos en la ley⁶⁴⁶. Si las partes llegan a un acuerdo, a efectos del art. 517 de la LEC⁶⁴⁷, el testimonio del acta judicial junto con el decreto del Secretario haciendo constar la avenencia de las partes lleva aparejada ejecución y a otros efectos, lo acordado tendrá el valor y eficacia de los convenios consignados en documento público y solemne. La ejecución se llevará a cabo conforme lo establecido en la LEC para la ejecución de sentencias y convenios judiciales aprobados⁶⁴⁸. Contra lo convenido podrá ejecutarse acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos⁶⁴⁹.

Del contenido de la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria estimamos oportuno destacar que se establece que no será posible iniciar o continuar expedientes de jurisdicción voluntaria sobre un objeto que este siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional, por lo tanto, la conciliación prevista en los artículos 139 y siguientes de la norma no podrá solicitarse si la causa judicial está pendiente. En nuestra opinión, la incompatibilidad señalada resulta lógica, puesto que la conciliación a la que viene a sustituir la regulada en la Ley de Jurisdicción Voluntaria es la regulada en los derogados artículos 460 a 480 de la LEC de 1881, que debía tener lugar de forma previa al inicio del procedimiento judicial y no una vez iniciado este⁶⁵⁰.

La modalidad de conciliación que queda regulada en la LEC, la intraprocesal, no tiene encomendada como única función la de conseguir que las partes se avengan a una solución pactada que evite la continuación del litigio sino que del tenor de los artículos de la ley procesal que la regulan se desprende que la conciliación debe servir a otros fines como solventar cuestiones sobre presupuestos procesales, fijar con concreción las pretensiones de las partes y puntos de controversia y la proposición y admisión de pruebas sobre los hechos en discusión por las partes⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ Art. 143 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En previsión de que el instituto pueda ser utilizado de forma abusiva la ley en el art, 139 prevé que será inadmitida la solicitud que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesa.

⁶⁴⁷ Arts. 19.2 y 517.3

⁶⁴⁸ Art. 147 Ley Jurisdicción voluntaria.

⁶⁴⁹ Art. 148 Ley Jurisdicción voluntaria.

⁶⁵⁰ Art. 6.2 Ley Jurisdicción voluntaria.

⁶⁵¹ Arts. 414 a 429 LEC

La función conciliadora se manifiesta en dos tiempos diferentes de la audiencia previa, al principio del acto la conciliación⁶⁵² y, posteriormente, una vez hayan sido determinados los hechos objeto de controversia entre las partes, podrá intentarse de nuevo la conciliación con carácter facultativo⁶⁵³. En el primer tiempo, la función conciliadora se centra en constatar si las partes han alcanzado un acuerdo o a procurararlo si se aprecian elementos para pensar que existen posibilidades reales y razonables de pacto, además, las partes también cuentan con la posibilidad de pedir la suspensión del proceso para someter la disputa a mediación o arbitraje⁶⁵⁴. Como ya hemos mencionado, la exhortación en el segundo tiempo es potestativa, ya que el Juez una vez fijados los hechos objeto de la controversia decide hasta qué punto es conveniente apelar al acuerdo negociado.

No falta quien advierte que las facultades conciliadoras del Juez deben observar serias limitaciones. El Juez puede explicar a las partes las ventajas de una solución negociada, puede facilitar el debate entre las partes, ayudarlas a identificar los puntos de desacuerdo, pero resulta discutible que pueda exponer a las partes los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta no pudiendo actuar en sentido de prejuzgar o anticipar el fallo que podría recaer ni debiendo proponer alternativas de solución de forma concreta. Se trata de que el Juez no pierda nunca la imparcialidad, lo que ocurriría si de algún modo anticipara el fallo que pudiera recaer. De la misma manera, el Juez debe abstenerse de utilizar cualquier medida coercitiva en orden a forzar el acuerdo⁶⁵⁵.

En el nivel práctico, como apunta MORENO⁶⁵⁶, las probabilidades de conciliación en la fase inicial del proceso son escasas, dado que normalmente

⁶⁵² La redacción del art. 414 de la LEC tras ser reformado por el Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, dispone que tras la contestación a la demanda y a la reconvención si la hubiera, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario Judicial convocará a las partes informándoles de la posibilidad de resolver la controversia mediante negociación, pudiendo también incluir la mediación como método alternativo para resolver el conflicto. Las partes en la audiencia deberán indicar su decisión y las razones de la misma.

⁶⁵³ Además, de la previsión sobre conciliación del art. 415, la LEC, establece otra oportunidad para que el Tribunal exhorte a las partes al acuerdo en el art. 428 LEC. Este intento como se desprende del tenor del artículo exige mayor presencia e intervención judicial.

⁶⁵⁴ Esta posibilidad es fruto de la reforma introducida por la LM. Supra.

⁶⁵⁵ ABEL LLUCH, X., *La Función Conciliadora en la Audiencia Previa**op.cit.*, pp. 20 y siguientes.

⁶⁵⁶ MORENO TARRES, E., SERRANO AMADO, R., VERNENGO PELLEJERO, N.K., *Asesoramiento y habilidades profesionales del Abogado:op.cit.*, pp.566-567.

la mayoría de las demandas se presentan tras haber intentado los abogados previamente una negociación, por lo que no cabe confiar excesivamente en que la presencia del Juez pueda incrementar sustancialmente las posibilidades de obtención de un acuerdo en evitación del litigio.

En cuanto a la conciliación intraprocesal debemos tener en cuenta que tiene lugar en un acto con más finalidades, ya que debe servir de audiencia previa y tiene lugar cuando el proceso ya tiene un cierto recorrido⁶⁵⁷. La Ley requiere la comparecencia de las partes asistidas de abogado, si bien se admite la representación por procurador⁶⁵⁸. La incomparecencia de todas las partes supondrá el sobreseimiento del proceso, que también tendrá lugar si solo acudiera el demandado y no alega intereses legítimos en que continúe el procedimiento, por el contrario, ante la inasistencia del demandado el procedimiento continuará entendiéndose la audiencia con el actor en lo que resultase procedente⁶⁵⁹. El articulado de la LEC atribuye consecuencias a la comparecencia sin abogado, de forma que si el abogado del demandante no asiste al acto, el proceso será sobreseído a no ser que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del mismo. Si el demandado no concurre la audiencia o acude sin abogado se entenderá con el actor en las posteriores diligencias que resulten pertinentes, por el contrario, si es el demandado el que comparece sin abogado, la audiencia continuará con el demandante en lo que resultara procedente⁶⁶⁰.

Al no ser la obtención del acuerdo que ponga fin al litigio la única finalidad de la audiencia previa resulta difícil predicar y/o criticar la obligatoriedad de la misma, si bien en todo caso las partes no están obligadas a la avenencia.

⁶⁵⁷ Art. 414.1. Las partes serán convocadas a la audiencia previa una vez contestada la demanda y, en su caso, reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes. En esta convocatoria si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a la negociación o a la mediación. A efectos de incluir la recomendación de la mediación este párrafo del precepto fue modificado por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁶⁵⁸ Art. 414.2 LEC.

⁶⁵⁹ Art. 414.3 LEC.

⁶⁶⁰ Art. 414.4 LEC.

2.1.2.3 La integración del arbitraje y la mediación en el proceso judicial civil

Resulta evidente el interés de los poderes públicos en la promoción y en el fomento de mecanismos que puedan servir al fin de aligerar la carga de trabajo de la Administración de justicia, y de paso, disminuir los recursos que el mantenimiento de dicha Administración requiere. En los últimos tiempos, una figura ideada para tal finalidad ha irrumpido con fuerza en las sociedades occidentales, se trata de la mediación⁶⁶¹, instituto en el que se han depositado grandes expectativas, que en nuestra opinión cuentan con pocas probabilidades de verse cumplidas⁶⁶².

El recurso a la mediación se facilita a los ciudadanos por dos vías diferentes:

- a. La incardinación del instituto en los procesos judiciales, de forma que iniciado el procedimiento pueda ser suspendido si las partes optan por intentar resolver su disputa recurriendo a este mecanismo⁶⁶³.
- b. La puesta en funcionamiento de instituciones que ofrezcan servicios de mediación a los que los ciudadanos puedan recurrir de forma alternativa evitando así el recurso a los órganos jurisdiccionales.

Las líneas de actuación descritas han venido acompañadas de un importante esfuerzo legislativo, tanto en el nivel de la UE, del Estado español como de las Comunidades Autónomas⁶⁶⁴. Además, el fenómeno no es desde luego únicamente español, ya que en los diferentes Estados miembros de la UE se vive una situación similar. Ante la nueva legislación y la promoción que se está

⁶⁶¹ BARONA VILAR, S., *Integración de la Mediación en el Concepto.....op.cit.*, p. 8. La autora apunta que si bien la mediación guarda semejanzas con la conciliación, no pretende sustituirla sino pretende ser otra institución, con ciertos parecidos, pero a la vez con ciertas diferencias, si bien algunas legislaciones hablan de forma indistinta de ambas instituciones e incluso las confunden. La autora se posiciona diciendo que son dos especies del mismo género, y que la mediación se ha ido incorporando a las legislaciones con reglas de actuación, principios, procedimiento, estatuto del mediador, y que es posible afirmar que la mediación es en la actualidad una versión moderna de la conciliación, que sobre todo mejora la institución en lo relativo a la formación del tercero neutral.

⁶⁶² MAYER, B. S., *Más Allá de la Neutralidad.....op.cit.*, *vid.*, en general.

⁶⁶³ *Supra*.

⁶⁶⁴ A modo de ejemplo citamos la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación en la Comunidad de Madrid, en Cataluña Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, o la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la CA de Cantabria.

llevando a cabo por parte de los poderes públicos para fomentar este mecanismo, la doctrina, lógicamente, se está empleando a fondo en su análisis.

En el ámbito europeo el punto de partida podemos situarlo en la Directiva Europea de Mediación⁶⁶⁵. El aspecto más relevante de la norma comunitaria, en relación al objeto de nuestra tesis, consiste en la posibilidad de que los Estados Miembros puedan disponer en sus ordenamientos jurídicos la obligatoriedad de la mediación⁶⁶⁶.

En España, la Ley de Mediación transponiendo la Directiva mencionada data del 2012, pero consideremos de interés relevante retrotraernos en el tiempo para detenernos en el análisis de la elaboración de la relativamente reciente norma, ya que como veremos, el legislador en un principio optó por la obligatoriedad del instituto respecto a disputas con determinadas características⁶⁶⁷, aunque finalmente y por el momento, la norma contempla el recurso a la mediación como voluntario.

Ley de Mediación española estuvo precedida de dos Proyectos de Ley, uno data del año 2011 y otro del año 2012. El texto del primer proyecto permitía que la legislación procesal pudiera hacer preceptivo el recurso a la mediación de forma previa al litigio⁶⁶⁸, si bien es cierto que la obligatoriedad se refería al inicio del

⁶⁶⁵ La Directiva de Mediación establece un marco y unos mínimos que deben servir de base a los Estados Miembros para regular el instituto de la mediación en los ordenamientos jurídicos nacionales y respecto de las situaciones transfronterizas. La directiva mencionada se ciñe al ámbito civil y mercantil regulando únicamente los aspectos fundamentales del procedimiento y concediendo por tanto amplia libertad a los Estados para el diseño del funcionamiento de este mecanismo de resolución de conflictos dentro de sus fronteras. La Directiva de Mediación se limite al ámbito civil y mercantil-art.1.2-, además, de estar limitada a estos ámbitos, excluye de su aplicación los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su actividad soberana.

⁶⁶⁶ La Directiva de Mediación no podrá afectar a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial. La única limitación impone a las legislaciones estatales el respecto no podrán privar a las partes del ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial-art. 5.2-. El mismo artículo en el apartado 5.1, establece que los Tribunales, cuando los estimen oportuno atendiendo a las circunstancias del caso, podrán proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Así mismo, el órgano jurisdiccional podrá proponer a las partes que acudan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación si se celebran tales sesiones y son de fácil acceso.

⁶⁶⁷ *Infra*, pie página 231.

⁶⁶⁸ Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles 2011. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, 29 de abril de 2011, Núm. 122-1.

http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF

(En adelante, Proyecto de Ley de Mediación 2011). (Consultada 05/08/2015).

El art. 7.1 dice “La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”.

procedimiento, y no a mantenerlo ni a alcanzar el acuerdo⁶⁶⁹. El Proyecto del año 2012, que fue el texto finalmente aprobado, presentaba notables diferencias con el elaborado un año antes. Para nosotros, la modificación más relevante consistió en la supresión de la posibilidad de mediación obligatoria previa al litigio. La mediación se presenta como un mecanismo voluntario alternativo al litigio y tanto el recurso al procedimiento como la continuación y la conclusión del acuerdo quedan siempre a merced de la voluntad de las partes⁶⁷⁰, aunque como seguidamente analizaremos, al menos en nuestra opinión, la negativa de una de las partes a intentar la mediación no está siempre totalmente exenta de consecuencias. En este sentido podemos citar una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁶⁷¹, que estima recurso de apelación, y revoca la sentencia de primera instancia en la que se modificaban las medidas respecto de un régimen de visitas. Dicha sentencia toma en cuenta que el padre del menor rechazara participar en un proceso de mediación familiar convocado al amparo de lo previsto en el Código Civil Catalán, vemos así, que no siempre la negativa a participar en un proceso de mediación tiene efectos inocuos.

⁶⁶⁹ Proyecto de Ley de Mediación 2011. Artículo 7.3 “Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni a concluir un acuerdo “. El uso preceptivo de la mediación hacía referencia únicamente a disputas con determinadas características. *Vid.*, Disposición Adicional Final 2ª del Proyecto que daba la que debía ser la nueva redacción al art. 437 LEC introduciendo un nuevo apartado, el 3: “En los juicios verbales a los que alude el art. 250.2 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda”. De acuerdo al texto del Proyecto, el requisito de intento de mediación quedaba cubierto justificando la asistencia de al menos una de las partes- ver Proyecto de Ley de Mediación 2011- art. 18.2.- siendo en los casos de obligatoriedad la sesión constitutiva del procedimiento de carácter gratuito- Proyecto de Ley de Mediación 2011, art 18.3-. La obligatoriedad llevaba aparejada que la LEC estableciera temeridad a efectos de imposición en costas en base a la inasistencia de una parte a la sesión informativa de mediación cuando esta fuera obligatoria- Proyecto de Ley de Mediación 2011, Disposición final cuarta 5 que modificaba el artículo 395 de la LEC, en el sentido descrito, además, no debían ser admitidas las demandas cuando no se acompañara el documento justificante de haber intentado la conciliación o mediación cuando fueran obligatoria- Proyecto de Ley de Mediación Mercantiles 2011, Disposición Final Cuarta 7.3, modificando el artículo 403 de la LEC en el sentido descrito. Se pretendía también modificar el artículo 437 de la LEC referido a los juicios verbales de reclamación de cantidad-no relativos a materias de consumo-introduciendo un nuevo apartado que hacía obligatorio el intento de mediación en los seis meses previos a la interposición de la demanda, debiéndose acompañar preceptivamente a la demanda el acta correspondiente.

⁶⁷⁰ Artículo 6 1. Ley de Mediación.

⁶⁷¹ AP Barcelona Sección 12ª 516/214 de 7 de octubre. La sentencia literalmente dice: “Singularmente se ha de destacar que rechazó participar en un proceso de mediación familiar al que había sido convocado al amparo de lo que establece el artículo 233-6 del CCCat que, si bien es una postura plenamente legítima por el carácter voluntario de este tipo de intervenciones, pone de relieve que su actitud no es la que mejor se adapta a los criterios del artículo 233-11 del CCCat, en lo especial a lo establecido en su párrafo 1.c). Subrayado autora.

En cuanto a la incardinación del instituto de la mediación en los procedimientos judiciales la LEC prevé que las partes de común acuerdo puedan solicitar la suspensión del procedimiento para someterse a mediación o arbitraje⁶⁷². En la audiencia previa al juicio se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para resolver el conflicto o a una mediación debiendo las partes indicar su decisión al respecto⁶⁷³. Como ya hemos mencionado anteriormente, la LEC⁶⁷⁴ en los artículos relativos a la transacción faculta a los litigantes para renunciar, desistir o allanarse, así como a someterse a mediación o arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo teniendo en cuenta las limitaciones establecidas en el mismo precepto.

Respecto de las primeras valoraciones llevadas a cabo en relación a la utilización de la mediación en la UE, contamos con un estudio reciente elaborado por las autoridades comunitarias, El informe arroja unos resultados, que nos atrevemos a calificar demoledores, ya que muestra que la mediación ha sido únicamente utilizada en el 1% de los litigios civiles y mercantiles en el territorio comunitario. El estudio pone de manifiesto la diferencia en los niveles de implantación y funcionamiento de la mediación entre los países de tradición jurídica anglosajona y los de tradición jurídica continental observándose un desarrollo mucho más importante de la institución en los primeros, aun cuando se han dedicado menores recursos a fomentarla⁶⁷⁵.

2.1.2.4 La negociación: un conato de regulación en la LOPJ

Si bien la negociación legal en España esta primordialmente conceptualizada como un proceso de carácter privado entre las partes asistidas por sus abogados existe un indudable interés en fomentar y facilitar su integración en el marco del proceso judicial. Una clara muestra de ello, la encontramos en la propuesta de

⁶⁷² Artículo 415.1 LEC en relación con el art. 19.4 de la misma ley.

⁶⁷³ Art. 414.1 LEC.

⁶⁷⁴ Art. 19.1 LEC.

⁶⁷⁵ *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the UE*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens, Rights and Constitutional Affairs, 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf). (Consultada 10/12/2015). Las respuestas a los cuestionarios se entregaron el 3 de Octubre del 2103 y los datos empezaron a ser analizados el 24 de Octubre del 2013. Los datos se basan en la estimación del número de mediaciones llevadas a cabo por año en cada Estado Miembros.

la inclusión de un artículo en la que debía ser la nueva LOPJ regulando las relaciones extraprocesales entre Jueces y abogados, aunque por el momento y respecto de la reciente reforma, la propuesta no ha prosperado, ya que finalmente el nuevo texto de la LOPJ ha sido promulgado sin incorporar un precepto sobre las relaciones mencionadas. La idea parte de estimar necesaria la regulación de las reuniones extraprocesales de abogados con jueces al considerar que regular este tipo de dinámicas redundaría en mayores ratios de acuerdos que evitarían litigios. Lo cierto es que existe un precepto legal que contempla la posibilidad de que tanto profesionales o público sean atendidos por Jueces y secretarios judiciales, pero no es un precepto exclusivamente dedicado a los abogados tratándose de una regulación genérica⁶⁷⁶. El artículo propuesto en el Borrador de Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial impulsado por el Ministerio de Justicia contemplaba la posibilidad de que sin constituirse en audiencia pública, los Jueces ya sea de oficio o a instancia de parte, puedan convocar a las partes abogados o representantes procesales en la sede del Tribunal cuando lo consideren conveniente para la recta Administración de Justicia informando al resto de las partes personadas. La redacción del precepto propuesta también decía que, a efectos de garantizar el derecho de defensa y la igualdad de los litigantes, podrían ser convocados todos ellos conjunta o separadamente, si se estimare necesario.

En respuesta a esta propuesta, la Comisión Jurídica del CGAE elaboró un informe sobre el régimen jurídico de las reuniones entre Jueces y abogados⁶⁷⁷, tratando con profundidad un tema hasta ese momento prácticamente ignorado en el sistema jurídico español. El informe propone la inclusión de un apartado adicional al precepto del borrador estableciendo que en dichas reuniones los

⁶⁷⁶ Art. 10 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, BOE» núm. 231, de 27 de septiembre de 2005, páginas 31859 a 31886. (Consultado 29/07/2015).

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-15939>. El reglamento ha sido modificado con posterioridad, pero las modificaciones no han afectado al art. 10.

⁶⁷⁷ Informe de la Comisión Jurídica de Consejo General de la Abogacía Española sobre el Régimen Jurídico de las Reuniones entre los Jueces y Abogados de fecha 11 de Marzo del 2015. (Consultado 27/07/2015).

<http://www.icavigo.es/documentos/Circular%2015O%20Informe%2015%20C.Jur%C3%A9Dica.pdf>

abogados no estarán autorizados a entregar notas u otros documentos en forma diferentes a las normas procesales aplicables.

El informe del CGCA señala que al igual de lo que ocurre en los países de nuestro entorno y con tradiciones judiciales similares, las relaciones entre Jueces y abogados fuera del proceso formal carecen de regulación, además, de ser por lo general poco frecuentes y útiles, a diferencia de las relaciones entre Jueces y fiscales o abogados del Estado que suelen ser muy fluidas. El informe también alega que los abogados y sus clientes perciben en ocasiones la necesidad de hablar con el Juez que lleva su caso para expresarles dudas o señalarle puntos que estiman de especial importancia. Además, la facilitación de la negociación mediante la regulación de las relaciones y contactos extraprocesales entre Jueces y abogados guardaría coherencia con las políticas de fomento de los diferentes mecanismos alternativos de resolución de disputas, pero aun así el informe reconoce que se trata de importar un mecanismo propio del derecho anglosajón, aunque apunta que permitiría conceder mayor protagonismo a los abogados en los procesos judiciales en la calidad que ya tienen reconocida en nuestro ordenamiento jurídico de cooperadores de la Administración de justicia.

Se trata, desde luego, de una propuesta que requiere una minuciosa reflexión, no obstante, debe tenerse en cuenta la regulación de las relaciones que se pretende, es extraña a nuestro sistema y a nuestra cultura legal, y podría crear suspicacias. Los Jueces podrían ver amenazada su neutralidad y los litigantes podrían, en según qué circunstancias, percibir que no se encuentran en igualdad de condiciones. Es cierto, que en un momento como en el que nos encontramos y teniendo en cuenta el auge de los mecanismos alternativos al litigio para la resolución de disputas, la regulación de estas relaciones podrían añadir valor a los servicios de los profesionales de la abogacía, ya que a la vez que se mejoraría la comunicación entre los intervinientes del proceso se revalorizaría el papel de los abogados como cooperadores de la Administración de justicia en la resolución de conflictos.

Todo y que el apartado que propone añadir al precepto la Comisión Jurídica del CGAE nos parece cuanto menos acertado, nosotros albergamos serias dudas sobre la conveniencia de incorporar una norma de este tipo en la LOPJ. Resulta

obvio que se trata de un tema controvertido y delicado que puede despertar susceptibilidades, ya que en nuestro sistema legal que concibe al Juez como un funcionario y este tipo de contactos podría cuestionar la imparcialidad que debe presidir todas sus actuaciones.

Debemos recordar que se trata de una dinámica propia de sistemas judiciales adversariales, en el marco de los cuales sin duda alguna, resulta mucho más coherente. En nuestra opinión, un precepto de estas características sería un cuerpo extraño en un sistema judicial y un ordenamiento jurídico como el español.

Aun así, a un precepto de este contenido debe reconocérsele la virtud de dotar al proceso judicial de un elemento de flexibilidad útil para propiciar las soluciones negociadas, especialmente, pensamos en los casos en los que los hechos que se fueran probando y las circunstancias que fueran aconteciendo en el curso del proceso judicial mostrarán de forma clara la viabilidad de un acuerdo que se estime más conveniente para las dos partes de forma clara y patente que la continuación del litigio.

En nuestra opinión, en caso de incorporarse un precepto del tenor del propuesto se debería contemplar que a la reunión con el Juez concurrieran obligatoriamente las dos partes. De esta forma, los participantes en el proceso judicial se beneficiarían conjuntamente y por igual de la flexibilidad que proporciona el precepto, sin que pudiera verse amenazada la igualdad entre las partes en proceso.

Capítulo Tercero

Negociación versus litigio desde una perspectiva privada

3.1 El rol del abogado en la elección entre negociación y litigio

Si bien no existe regla o parámetro de carácter general con resultados infalibles para valorar de forma previa con certeza ni el resultado del litigio ni el de la negociación, el abogado deberá tener en cuenta una serie de elementos para aconsejar con el mayor acierto posible al cliente en la decisión sobre la conveniencia de negociar o la de litigar⁶⁷⁸.

Es fundamental que el abogado informe con claridad al cliente sobre todas las alternativas posibles a disposición para la resolución de la disputa y le ayude a evaluarlas. Si el abogado comunica al cliente unas previsiones vagas y poco concretas sobre los posibles resultados, el cliente difícilmente podrá tomar las decisiones adecuadas⁶⁷⁹.

El consejo del abogado en la elección entre litigio y negociación es de una importancia fundamental. Aparte de contar con las competencias profesionales de las que el cliente carece, los profesionales deciden con menores sesgos. Los abogados no son seres racionalmente perfectos, es obvio que su pensamiento puede estar influido por factores de orden psicológico como el nivel de aversión-propensión al riesgo, el optimismo o el pesimismo, pero aun así, sus decisiones parecen estar menos afectadas por los elementos citados que las de los propios interesados⁶⁸⁰. A sensu contrario, estudios empíricos parecen ir en contra de esta presunción, KISER⁶⁸¹ en una exposición muy correctamente documentada

⁶⁷⁸ PIERSON, W.D., "The defense Attorney and Basic Tactics.....*op.cit.*", p. 420.

⁶⁷⁹ MENDELSON, G., *Lawyers as Negotiators.....op.cit.*, p.144.

⁶⁸⁰ BIBAS, S., *Plea Bargaining Outside The Shadow of Trial*, *Harvard Law Review*, Volume 117, June 2004, Number 8, pp. 2463-2547, *vid.*, en general. (Consultado 21/01/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr117&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/hlr>. El autor se refiere al orden penal, pero los aspectos psicológicos sobre los que tratan estimamos pueden ser extrapolables a otros ordenes, BAZERMAN, M.H., *Negotiator Judgment...op.cit.* ver en general. En relación a los sesgos cognitivos que afectan a los comportamientos y decisiones de los negociadores. KOROBKIN, R., GUTHRIE, CH., *Heuristic and Biases at the Bargaining Table* 87 *Marq. L. Rev.* 795 2003-2004, pp.795-808, *vid.*, en general. (Consultar 07/04720159). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr> Para una visión sobre la elaboración de juicios y toma de discusiones y los factores psicológicos que las afectan y de cómo los abogados intervienen en las decisiones de los clientes en relación a escoger entre acuerdo negociado o litigio.

⁶⁸¹ KISER, R., *Beyond right and Wrong*, (The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, pp. 20 y siguientes. El autor fundamenta sus afirmaciones en diversas investigaciones empíricas que cita en el texto. BAZERMAN, M.H., *Negotiator Judgment.....op.cit.*, p. 221. El autor se refiere al optimismo de las partes en conflicto que tienden a pensar que el tercero neutral adjudicará en su favor.

alega que los abogados y sus clientes resultan ser generalmente optimista en exceso, lo que les dificulta la tarea de calibrar con precisión los posibles resultados del litigio, mientras los jurados, sin ser personas con conocimientos legales, parecen tener opiniones más concordantes con las de los Jueces. La falta de agudeza en la previsión del resultado del caso puede atribuirse al hecho de que el abogado y el cliente están ambos implicados en el caso y por lo tanto, pueden carecer de la neutralidad necesaria en la previsión del resultado, mientras que el jurado y los Jueces son terceros sin implicación personal. BIRKE Y FOX⁶⁸² explican que el abogado en la valoración del caso puede presentar dos sesgos importantes: en primer lugar, generalmente, no ha oído la versión de la otra parte, lo que puede conducirle a una valoración del caso más positiva del caso de su cliente de la que llevaría a cabo un tercero neutral; en segundo lugar, puede presentar una tendencia a evaluar las posibilidades de prevalecer en el litigio de forma demasiado optimista confiando en exceso en sus propias habilidades para influir en el resultado.

Para evitar los sesgos en la valoración del asunto, el abogado debe identificar los elementos básicos que a tomar en consideración en toda elección entre litigio y negociación, y que sin ánimo de ser exhaustivos, enumeramos a continuación:

- a. La negociación carece de sentido cuando el cliente cuenta con una alternativa mejor al acuerdo.

En el caso de las negociaciones legales referidas a disputas, la alternativa por excelencia es el recurso al litigio. Por este motivo, se impone la evaluación cuidadosa por parte del abogado de los méritos legales del caso para poder prever los resultados de un hipotético litigio y compararlos al acuerdo negociado.

- b. Preferencias e intereses del cliente.

En este sentido, podemos invocar clasificaciones de los intereses del cliente propuestas por la doctrina que son de ayuda para diseñar el esquema que debe guiar las decisiones del abogado en la evaluación del caso y la elección entre

⁶⁸² BIRKE, R., FOX, C.R., *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*, 4 Harv. Negot. L. Rev. 1 1999, pp.1-57, p.13 y siguientes. (Consultado 26/10/2013).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg4&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>

negociación y litigio. CRAVER, como ya hemos mencionado en la parte primera de esta investigación, indica que la mayoría de los abogados cuando evalúan intereses y necesidades del cliente establecen tres tipos de objetivos, esenciales, importantes y deseables. Los esenciales son los ítems que el cliente debe obtener de forma prioritaria si el acuerdo se alcanza, los importantes son aquellos que deberían obtenerse, pero puede renunciarse a ellos siempre que se obtengan los esenciales, los deseables son necesidades de carácter más accesorio que pueden ser intercambiados por ítems de más importancia⁶⁸³.

BUNDY⁶⁸⁴ nos señala que en ocasiones las preferencias del cliente pueden ser poco solidas o estar mal informadas. El procedimiento seguido para identificarlas y priorizarlas puede haber sido erróneo. También las preferencias pueden estar segadas por actitudes debidas a experiencias anteriores con el litigio o la negociación o bien pueden existir condicionantes tales como los valores que lleven a no preferir lo más razonable. El abogado no siempre puede evitar los efectos negativos de las preferencias mal informadas, pasajeras, influenciadas o poco meditadas del cliente. A este respecto, las normas deontológicas de la abogacía únicamente obligan a no atender las preferencias que impliquen acciones que se encuentren fuera los límites de lo legal dejando amplio margen de decisión al profesional.

c. Factor tiempo o la urgencia por resolver una situación de conflicto⁶⁸⁵.

En este sentido, ESTADELLA DEL PINO⁶⁸⁶ explica que, en ocasiones de forma errónea, los abogados negocian demasiado rápido, posiblemente, pensando en la dificultad de prevalecer en el juicio. El autor piensa que puede ser necesario

⁶⁸³ CRAVER, C.B., *The Negotiation Process*.....*op.cit.*, pp. 274-276.

⁶⁸⁴ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement**op.cit.*, p. 16-17.

⁶⁸⁵ COYNE, W.F.Jr., *Using Settlement!**op.cit.*, p.13. El autor expone que, en ocasiones, es necesario dejar que las emociones se enfríen para poder alcanzar el acuerdo. En este sentido, DOCHERTY SEMINARE, J., *Power in The Social/Political Realm*, 87 *Marq. L. Rev.* 862, 2003-2004, pp. 862-866, *vid.*, pp. 863-864. (Consultado 25/11/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=872&print=section§ion=49&ext=.pdf>

La autora dice que una de las razones por las que la gente negocia es porque quiere utilizar el tiempo que invertiría pleiteando en hacer otras cosas y denomina este tiempo "el tiempo social", se trata de la preferencia por invertir el tiempo en reconstruirse del conflicto en vez de adentrarse o escalar en él, de manera que el tiempo de que se disponga es una especie de BATNA.

⁶⁸⁶ ESTADELLA DEL PINO, J., *El Abogado Eficaz**op.cit.*, pp. 161-166.

dejar que el litigio discurra, ya que la otra parte puede cometer equivocaciones o puede haber una determinada predisposición por parte del Tribunal. De hecho, el desarrollo del periodo probatorio puede inclinar el poder de negociación en favor de una parte. La defensa aparte de con su propia aportación de prueba puede dificultar la tarea del otro abogado solicitando prueba que sea difícil de conseguir o practicar. El autor opina que el proceder de algunos abogados negociando antes de la fase probatoria e incluso antes de presentar o contestar demanda puede dejar al cliente insatisfecho o incluso pensando que hubiera obtenido un mejor resultado recurriendo al litigio.

d. El tipo de caso en conflicto o el contexto en el que tiene lugar el conflicto.

En algunas situaciones, es evidente la falta de oportunidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para resolver un conflicto, bien debido al escaso valor de la sustancia del mismo, a la necesidad imperiosa de evitar que un asunto conflictivo se haga público o al interés en preservar la relación personal con la otra parte. En estos casos, los esfuerzos se centraran inmediatamente en buscar una solución negociada entre las partes⁶⁸⁷. En otras ocasiones, la elección no resulta tan obvia y será necesaria una reflexión importante para tomar la decisión sobre la conveniencia de negociar o la de acudir a los Tribunales. Ante la elección entre negociar o litigar, una opción habitual consiste en llevar a cabo ambos cursos de acción de forma paralela.

e. La inconveniencia del precedente.

En un caso concreto, la negociación puede ser el método más eficiente de resolver un determinado conflicto, pero a una o ambas partes les puede causarles preocupación que el acuerdo pueda sentar un precedente que otros intenten aprovechar posteriormente, de manera que las ventajas inmediatas se vean altamente superadas por las desventajas a medio o largo plazo⁶⁸⁸.

f. Efectos colaterales.

⁶⁸⁷ Recordemos que las pretensiones sin fundamento alguno pueden dar lugar a condena en costas en el ordenamiento jurídico español. En el ordenamiento jurídico estadounidense, en principio, cada parte paga sus costas, aunque las leyes prevén numerosas excepciones al respecto, así como, existen norma que penalizan al litigante que hayan rechazado acuerdos razonables. *Vid., Infra*.

⁶⁸⁸ GALANTER, M., *Why the "Haves" Come Out Ahead:op.cit.*, p.101-102.

Puede ser que la inconveniencia de la negociación venga determinada por el malestar que pueda causar en terceros que puedan guardar relación con el asunto. MNOOKIN⁶⁸⁹ señala que la negociación podría tener costes indirectos si es percibida negativamente por el principal del negociador cuando existe relación de agencia o por potenciales aliados a los que acudir de forma alternativa en caso de que las negociaciones no resulten exitosas.

g. El equilibrio de fuerzas entre las partes.

El hecho de que una parte tome la iniciativa en promover un proceso de negociación para resolver un conflicto o acceda a participar en el proceso de negociación puede ser visto como un signo de debilidad por la otra parte, de forma que se puede llegar a producir un desequilibrio en el poder de negociación. Como MNOOKIN⁶⁹⁰ señala, en ocasiones, la avenencia a negociar puede ser percibida como una admisión de culpa o puede tener efectos sobre la reputación.

h. Revelación de información indeseada.

El acuerdo alcanzado, un preacuerdo durante el proceso de negociación o simplemente manifestaciones vertidas en dicho proceso-ofertas, contraofertas, propuestas, podrían ser susceptibles de una utilización indeseada por la otra parte⁶⁹¹. Este riesgo se identifica, principalmente, en aquellas negociaciones entre partes que están inmersas en una relación con proyección de futuro, ya que en estos casos existe riesgo de que, aun alcanzado un acuerdo, la información ofrecida pueda ser utilizada si el conflicto resurge, ya sea en la misma o diferentes modalidades o si aparecen nuevos conflictos entre las partes que negocian.

Una vez analizados estos parámetros básicos, procedemos al análisis de la valoración de los méritos legales del caso y de la previsión y calidad del acuerdo que parece viable alcanzar para evitar el recurso al litigio.

⁶⁸⁹ MNOOKIN, R.H., *When Not To Negotiate: A Negotiation Imperialist Reflects On Appropriate Limits*, 74 *U. Colo. L. Rev.* 1077, 2003 pp. 1076-1108, *vid.*, p.1088. (Consultado 28/01/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/ucollr74&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ucollr>

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p.1087.

⁶⁹¹ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement.....op.cit.*, pp. 13-14.

3.1.1 La valoración del litigio y los méritos legales del caso

En el ámbito de las negociaciones legales es frecuente que la elección definitiva entre litigio o acuerdo se pospongan, y en una primera fase, los dos procesos discurren paralelamente, de forma que si las negociaciones dan como fruto el acuerdo se abandonará el litigio.

Cuando el abogado empieza a trabajar en el caso puede observar preferencias por diferentes cursos de acción:

1. Un posible escenario es aquel en los que el cliente debe responder a una demanda planteada ante los Tribunales de justicia. En estos casos, la actuación que procede es la de dar la adecuada respuesta en el cauce jurisdiccional. No obstante, esto no excluye que el abogado estime conveniente negociar con la otra parte de forma paralela al litigio.
2. Un segundo escenario consiste en aquel en el que el cliente acude al abogado para que le asesore en la reclamación de un derecho que le asiste o para resolver una situación que le resulta perjudicial, pero no ha tenido lugar ninguna acción judicial. En estas situaciones, el abogado, a priori, deberá estudiar si la elección más oportuna es la negociación o el litigio.

La opción de negociar y litigar paralelamente suele responder a uno de los criterios siguientes⁶⁹²:

1. Puede existir una preferencia por la negociación, pero empezar a negociar, avanzar en el proceso y concluirlo con éxito puede ser un proceso que requiere un periodo de tiempo dilatado del que el cliente no dispone, por ejemplo, porque la acción en la que basa su reclamación podría extinguirse por prescripción. En estos supuestos, resulta imperativo acudir al litigio y, posteriormente, intentar la negociación de forma paralela.
2. La preferencia es negociar, pero el abogado después de valorarlo estima que debería incrementar su poder de negociación frente a la otra parte. En estos

⁶⁹² COLOSI, TH., *Negotiation in the Public and Private ...op.cit.* pp. 246 y siguientes.

El autor explica que en ocasiones las disputas surgen de forma imprevista o rápida y los abogados se encuentran a la vez envueltos en un litigio y en una negociación sobre el asunto que se les ha encargado.

casos, iniciar un proceso judicial puede ser una medida de fuerza eficiente en orden a aumentar el poder de negociación de la parte demandante. Una vez iniciado el proceso judicial, se intentará abrir un proceso de negociación o bien responderá de forma afirmativa a la invitación de la otra parte para negociar⁶⁹³. KOROBKIN⁶⁹⁴ expone que en las negociaciones legales, el litigio constituye el BATNA⁶⁹⁵ por excelencia, y el poder de negociación de las partes vendrá condicionado por los méritos del caso de cada una de ellas, ya sea su posición de demandante o demandado. KIRGIS⁶⁹⁶, señala que desde una perspectiva económica el demandante vende su acción legal al demandado.

Observamos que en el primer supuesto, el recurso al litigio se hace imperativo para no perder el derecho a ejercitar una acción legal o responder a una demanda judicial, en el segundo, se debe a una razón puramente táctica. No obstante, los movimientos tácticos de los negociadores como el descrito llevados a ciertos extremos encuentran límites en las normas de procedimiento, que suelen penalizar las demandas frívolas o sin fundamento material. SALVADOR CODERCH⁶⁹⁷ se refiere al llamado abuso procesal explicando que éste existe cuando un actor interpone una demanda sin razón material para reclamar ante un Tribunal, únicamente, porque es consciente de que los costes directos e indirectos del litigio son más elevados para la parte demandada pretendiendo forzar una transacción que le favorece, aun sabiendo que su demanda judicial tenga nulas probabilidades de prosperar. Es posible que aunque un demandante base sus pretensiones en argumentos inconsistentes de entrada, un demandado pueda verse gravemente perjudicado, por ejemplo, por una medida cautelar adoptada en un proceso abusivo, o simplemente por los

⁶⁹³ LUBAN, D., *Settlement and the Erosion of the Public ...op.cit.*, p. 2640. El autor dice que en los juzgados muchos casos se presentan para ser negociados, ya que muchos abogados presentan un demanda sabiendo que no tolerarán los riesgos y costes de un juicio, de la misma forma que algunos demandados resisten la demanda contra ellos con el mismo conocimiento. El autor pone como ejemplo los casos de organizaciones que pueden tener la política de no prestar atención a una reclamación, a menos que sea judicial, por entender que en estos casos el que reclama piensa tomarse trabajo en obtener aquello que cree le corresponde. En otros casos, únicamente, el contexto litigioso permite a las partes negociar sin perder la dignidad.

⁶⁹⁴ KOROBKIN, R., *Bargaining Power as Threat of Impasse*, 87 Marq. L. Rev. 867 2003-2004, pp. 867-871, *vid.*, en general. (consultado 28/03/2015).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr>

⁶⁹⁵ MAAN- *Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado*-.

⁶⁹⁶ KIRGIS, P.F., *Bargaining with Consequences: Leverage and Coercion in Negotiation ...op.cit.*, p. 90.

⁶⁹⁷ SALVADOR CODERCH, P., *ABC.....op.cit.*, p.8.

costes que de entrada implica defenderse, ya que aun en caso de poder recuperar parte de ellos en caso de prevaler en el proceso judicial, algunos de los costes difícilmente se recuperaran, por ejemplo, el coste de oportunidad del tiempo invertido en el litigio o los costes emocionales.

Los ordenamientos jurídicos prevén normalmente mecanismos disuasorios contra este tipo de comportamientos⁶⁹⁸. El Tribunal, aparte de poder rechazar la pretensión insostenible mediante resolución motivada, puede imponer multas pecuniarias a la partes por su actuación de mala fe en el proceso, aparte de una posible condena en costas.

El recurso a los Tribunales debe ser una decisión meditada, ya que una vez iniciado el litigio puede ser difícil iniciar o retomar únicamente la opción del acuerdo negociado⁶⁹⁹. Debe tenerse en cuenta que respecto de ciertas acciones judiciales el desistimiento no es posible⁷⁰⁰, por lo que una vez iniciado el proceso continuará sin importar que las partes hayan podido llegar a un acuerdo. Esto puede fácilmente provocar que para la parte a la que se reclama, una vez iniciada la acción judicial, la negociación carezca de sentido. En determinadas circunstancias, aun siendo posible el disentimiento de la acción, puede ocurrir que los perjuicios irrogados a la otra parte sean de tal envergadura que la negociación deje de ser una opción razonable. Además, una vez iniciado un litigio que posteriormente no continúa podrían generarse costas.

En las negociaciones legales el trasfondo del litigio ejerce por lo general una importante influencia como *deadline* ejerciendo presión sobre los negociadores

⁶⁹⁸ Art. 247 de la LEC modificado por el artículo 142 de la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. El apartado 3 del artículo regula los requisitos de esta mecanismo a disposición del juez en los términos siguientes, Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE» núm. 7, de 08/01/2000 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> (Consultada 27/01/2016).

En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala

⁶⁹⁹ COYNE, W.F.Jr., *Using Settlementop.cit.*, p.11. En este sentido, el autor señala la conveniencia de retrasar el inicio del litigio de forma que no interfiera en el proceso negociador.

⁷⁰⁰ Respecto del ordenamiento jurídico español ver art. 751 LEC.

para que se apresuren en alcanzar el acuerdo, lo que influirá en la dinámica de ofertas y concesiones⁷⁰¹. La presión que supone la posibilidad del litigio si no tiene lugar el pacto no debe percibirse necesariamente de forma negativa, puesto que puede servir para dinamizar el proceso de negociación contribuyendo positivamente a que las partes lo lleven a término con éxito al cobrar conciencia de la necesidad de llegar al pacto en un periodo de tiempo determinado⁷⁰².

En el contexto estadounidense, la intervención del jurado constituye un elemento condicionante de importancia cuando las partes deben decidir entre la negociación y el litigio. La valoración del caso por las partes y sus abogados normalmente se llevará a cabo de forma diferente si el caso es decidido por Jueces o por un jurado compuesto por expertos en derecho⁷⁰³.

Un elemento a considerar es el conocimiento que pueda tener el abogado acerca de los criterios que suele aplicar un determinado Tribunal, lo que puede ser de extrema utilidad para tomar la decisión de litigar o negociar⁷⁰⁴.

De forma general, la previsión que debe acompañar la elección entre negociación o litigio no es una ciencia exacta, por el contrario, está sujeta incertidumbre. Una de las decisiones críticas es determinar cuándo se han reunido los suficientes datos para tomar una decisión informada, si bien también resulta importante valorar la calidad de la información obtenida. Estas decisiones del abogado se presumen apoyadas en unos conocimientos y

⁷⁰¹ GOODPASTER, G., *A Primer on Competitive.....op.cit.*, p. 362.

⁷⁰² COLOSI, TH. *Negotiation in the Public andop.cit.*, pp.250-252.

⁷⁰³ GROSS, S.R., *Settling for a Judge: A Comment on Clermont and Eisenberg*, 77 *Cornell L. Rev.* 1178 1991-1992, *vid.*, en general. (Consultado 05/03/2015).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clqw77&id=1204&print=section§ion=74&ext=.pdf>

El autor basa su artículo en las investigaciones llevadas a cabo por Clermont y Eisenberg sobre la influencia en los veredictos de la intervención del jurado. En particular, concluyeron que en los casos de responsabilidad por productos y por negligencia médica, los demandados salieron más favorecidos en los casos resueltos por jueces que en los resueltos por jurados. De hecho, la mayoría de los estadounidenses parecen creer que los jurados son más favorables a los demandantes, especialmente, en casos de indemnización por lesiones, pero esta presunción no se confirma en la práctica.

⁷⁰⁴ PIERSON, W.D., *The defense Attorney and Basic Tactics.....op.cit.*, p.235.

experiencias apropiados, pero no falta el componente de la intuición, costumbre, aparte de la necesaria consideración en cuanto a los recursos disponibles⁷⁰⁵.

Efectivamente, el valor de un caso en el litigio puede depender de la preparación del proceso que cada parte lleve a cabo, de la cantidad y calidad de información y pruebas que consiga reunir, pero también existen elementos que no pueden controlar las partes como la aparición y contenido de material probatorio desconocido⁷⁰⁶.

3.1.2 La valoración del litigio y las investigaciones empíricas

KOROBKIN Y GUTHRIE⁷⁰⁷ exponen la distinción entre el modelo normativo o racional y el modelo descriptivo. Según el primero, que describe como se comportarían idealmente los negociadores, éstos reunirían toda la información necesaria para decidir racionalmente y después de valorarla correctamente, tomarían las decisiones que maximizarán la utilidad esperada. Según el segundo, que refiere como los negociadores realmente se comportan en la vida real, lo que significa que siguen patrones de carácter intuitivo y basan sus decisiones en diversos “atajos” mentales que permiten reducir el esfuerzo que conlleva el razonamiento.

Al respecto de las decisiones a tomar para decidir entre litigio y negociación, una de las aportaciones más notables es la de PRIEST Y KLEIN⁷⁰⁸ que elaboraron la teoría del 50%. Los autores establecieron una relación entre certitud en la previsión del resultado y la modalidad de resolución escogida para resolver la disputa, de forma que a mayor certitud en la previsión del resultado mayor probabilidad de que las partes negocien y alcancen un acuerdo ahorrando así los costos del litigio, mientras a menor certitud en la previsión o sea en los

⁷⁰⁵ BUNDY, S.McG., *The Policy in Favor of Settlement....op.cit.*, pp. 15-16.

⁷⁰⁶ HAY, B.L., *Effort, Information, Settlement, Trial*, 24, *J. Legal Stud.* 29 1995, pp. 29-62, *vid.*, p. 36. (Consultado 29/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=29&handle=hein.journals%2Flegstud24&collection=journals>

ESTADELLA DEL PINO, ESTADELLA DEL PINO, J., *El Abogado Eficaz:op.cit.*, p. 67. El autor dice que la incertidumbre es inherente al juicio, ya que si la incertidumbre pudiera evitarse el juicio no tendría sentido.

⁷⁰⁷ KOROBKIN, R., GUTHRIE, CH., *Heuristic and Biases...op.cit.*, pp.795-796.

⁷⁰⁸ PRIEST, G.L., KLEIN B., *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 *Journal of Legal Studies*, 1, 1984, pp. 1-55, *vid.*, en general. (Consultado 15/03/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/legstud13&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/legstud>

casos que tienden al 50% de posibilidad de victoria para cada parte, mayores las posibilidades de que la controversia se resuelva mediante litigio.

KISER⁷⁰⁹, ha llevado a cabo una investigación posterior intentando validar la teoría de Priest y Klein. En dicha investigación, entre otras cuestiones se planteaba si realmente demandantes y demandados salen victoriosos en un porcentaje del 50% en los litigios contenciosos y si ambos son capaces de prever el resultado con el mismo índice de éxito. Las conclusiones extraídas, revelan que muchos litigantes hubieran tomado una mejor decisión pactando en las negociaciones previas al litigio⁷¹⁰. El estudio observa que el 60% de los demandantes y el 25% de los demandados no consiguieron un mejor resultado por llegar hasta el final del litigio⁷¹¹, si bien los demandantes salieron más perjudicados en la comparación que los demandados, estos incurrieron en mayores costes en el litigio.

Por su parte, GROSS Y SYVERUD⁷¹², a principio de los noventa, averiguaron que los resultados del litigio varían dependiendo de la materia legal sobre la que verse el caso. En sus investigaciones detectaron que los demandantes en litigios sobre lesiones corporales pierden en una gran mayoría de casos, pero los demandantes en litigios comerciales suelen ganar. Esta diferencia parece encontrar una explicación en la atribución de costes del procedimiento judicial, que en los litigios comerciales son soportados por los demandantes propiciando que éstos sean muy selectivos, lo que contribuye a aumentar la proporción de

⁷⁰⁹ Para realizar esta investigación se analizaron 5.653 casos civiles contenciosos en los que intervenían aproximadamente 14.250 abogados, dado que tanto demandantes como demandados debían tomar una decisión se analizaron un número de 11.306 decisiones. La particularidad de esta investigación es que a diferencia de otras se basa en negociaciones reales. Para más datos sobre la investigación *vid.*, KISER, R., *Beyond Right and Wrong...op.cit.*, pp. 31 siguientes.

⁷¹⁰ Se analizaron 20 clases de variables. La investigación demostró que las variables referidas al contexto influyen en mayor medida en los errores de decisión, ratios de éxito en el juicio o en las disparidades en la negociación que las que se refieren a los intervinientes. Como variables de influencia relevante relativas al contexto se detectaron: el tipo de caso, el foro, los mecanismos procesales para promover el acuerdo negociado con posibilidad de incrementar las costas procesales, el tipo de daños reclamados y la disparidad de las propuestas del demandante y del demandado. Aunque presentan menor influencia también se debe tener en cuenta otros factores: la existencia de aseguradoras y el hecho de si la reclamación se debe a acción u omisión del demandado, los parámetros relativos a los intervinientes como el tipo de demandado-organización o particular- el género y experiencia o facultad de procedencia del abogado,

⁷¹¹ Los datos son referidos al periodo 2002-2007.

⁷¹² GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Getting to No. A Studyop.cit.*, pp. 378 y siguientes.

veredictos favorables. Además, los autores identificaron comportamientos que propician el litigio y que no responden a una previsión o valoración económica, sino más bien consisten en una maniobra estratégica como es el caso de la negativa a tener en cuenta ofertas por parte del demandado, de forma que ante el comportamiento del demandado de abstenerse a negociar el demandante se ve forzado al litigio, sean más o menos altas sus previsiones de victoria. La investigación demostró que las previsiones de prevalecer en el pleito influyen en menor medida cuando el coste del proceso no es sufragado directamente por el demandante.

KISER, ASHER Y McSHANE⁷¹³ en las conclusiones de una de sus investigaciones exponen que los demandantes habían apreciado erróneamente en mayor medida que los demandados la conveniencia del litigio frente al acuerdo negociado, no obstante, la magnitud del error resultó ampliamente superior en los demandados. El análisis histórico de los datos reveló que la incidencia del error en la elección litigio y acuerdo creció de forma muy moderada a lo largo de los años, mientras la magnitud del error creció de forma muy importante.

3.1.3 La evaluación de los méritos legales del caso

Los conocimientos técnicos y experiencia del abogado permiten que los hechos sean vistos y analizados desde la perspectiva del derecho⁷¹⁴. En primer lugar, deben establecerse los hechos materiales que sean relevantes al caso y las circunstancias en las que se han producido, ya que es importante conocer si los hechos constituyen el supuesto o supuestos contemplados en las normas jurídicas, puesto que de ello depende la aplicación o no aplicación de las mismas⁷¹⁵.

⁷¹³ KISER, R.L., ASHER, M.A., McSHANE, B.B., *Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiation*, *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 5, Issue 3, 551, September 2008, pp. 551-591, *vid.*, pp. 589-591. (Consultado 04/03/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=551&handle=hein.journals%2Femplest5&collection=journals>

⁷¹⁴ CRAVER, C.B., *The Negotiation Process**op.cit.*, 277.

⁷¹⁵ Informe *MacCrate*, p. 151-152. En este sentido, el informe identifica entre las habilidades que debe adquirir el estudiante de derecho que pretende ejercer la abogacía la de análisis y razonamiento legal.

Respecto de la valoración de los hechos debe tenerse en cuenta que las partes no necesariamente conocen los mismos hechos. Algunos hechos son conocidos por todas las partes en la misma medida, otros hechos son de conocimiento exclusivo de alguna de una parte o bien las partes tienen un conocimiento asimétrico de los mismos. Además, intervienen la diferente interpretación de cada parte sobre los mismos hechos y las distintas valoraciones de las leyes y principios legales aplicables al caso que cada defensa lleve a cabo⁷¹⁶. La combinación de todos estos elementos contribuye a que las partes lleguen a formarse expectativas muy diferentes en cuanto al resultado del litigio.

El abogado debe proceder a la identificación y estudio de los argumentos en favor y en contra del caso del cliente. Esto significa el estudio de leyes, de la doctrina sobre la materia concreta sobre la que verse el caso, el análisis de la jurisprudencia e identificación de costumbres y usos que en determinadas ocasiones resultan de aplicación. Esta preparación es fundamental, ya que de igual manera que la parte contraria puede intentar distorsionar los hechos de forma que le favorezca también puede intentar distorsionar los fundamentos legales del caso para crear en la otra parte la percepción de contar con un caso dotado de más y mejores méritos. En el derecho anglosajón, atendiendo a la premisa de que no es razonable que un abogado confíe en las afirmaciones de la otra parte sin verificarlas, un comportamiento de esta índole por parte del abogado en lo referente a los aspectos técnicos del asunto sería, en principio, permisible al estar las leyes y la jurisprudencia abiertas a interpretación. Por el contrario, una conducta de este tipo podría resultar reprochable si la parte “engañada” no contara con representación legal⁷¹⁷.

El litigio no es un proceso estático, sino evolutivo, por lo que las probabilidades de éxito de las partes normalmente no están fijadas de antemano, lo que provoca que los esfuerzos de las defensas se encaminen a mejorar las posibilidades de sus clientes de prevalecer. En el transcurso del proceso pueden quedar establecidos nuevos hechos y con la práctica de la prueba puede quedar

⁷¹⁶ MNOOKIN, R.H., PEPPET, R.S., TULUMELLO, A.S., Resolver Conflictos.....*op.cit.*, p. 146 y siguientes. En EEUU, dado su sistema legal probatorio, las partes deben conocer los hechos antes de la celebración del juicio, pero aun, así es posible que bajo determinadas circunstancias una parte retenga información privada que influya sobre sus expectativas en el pleito.

⁷¹⁷ KOROBIKIN, R., “The Role of Law in Settlement..... *op.cit.*, pp. 258-259. *Vid., Infra.*

socavada la credibilidad de la versión de una parte, de forma que lo que vaya aconteciendo durante el proceso puede ir modificando la fortaleza o debilidad de las posiciones de cada uno de los litigantes⁷¹⁸.

En cuanto se disponga de la información necesaria será necesario establecer el valor del caso en un litigio. El profesional intentará predecir las posibilidades de ganar. En muchos casos puede ser obvio que la resolución será a favor del cliente, pero es también necesario intentar predecir si total o parcialmente y en qué términos⁷¹⁹.

BELOW Y MOULTON, quienes se encuentran entre los primeros estudiosos de la negociación legal, ya se referían al hábito de los abogados de valorar los casos siguiendo lo que los anglosajones denominan “rules of thumb”, de forma que toman más en cuenta reglas de carácter general sin garantías de que funcionen adecuadamente en una situación concreta quedando relegada la utilización de fórmulas cualitativas con las que los profesionales de la abogacía, por lo general, parecen no sentirse demasiado cómodos⁷²⁰.

Las razones de este comportamiento probablemente deban buscarse en la formación que reciben los abogados, ya que el razonamiento probabilístico no forma parte del currículo académico. Las habilidades de estos profesionales se centran en el conocimiento de la legislación aplicable y la jurisprudencia, de modo que la predicción de resultados concretos no suele ser un punto fuerte. De hecho, la enseñanza del derecho inculca una preferencia por el argumento analógico sobre la evidencia estadística⁷²¹.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que el razonamiento predictivo de los abogados se basa en la proyección desde el pasado presumiendo que lo que sucedió anteriormente de forma regular seguirá sucediendo en el futuro, sin ir más lejos, la orientación que ofrece la jurisprudencia es un claro ejemplo de éste tipo de razonamiento. Una de las desventajas que presenta esta forma de razonamiento es que no es útil para los casos novedosos o relativos a áreas

⁷¹⁸ MNOOKIN, R.H., PEPPET, R.S., TULUMELLO, A.S., *Resolver Conflictos yop.cit.*, p.147.

⁷¹⁹ GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Don't Try: Civil Jury Verdicts....op.cit.*, p. 31.

⁷²⁰ BELOW, G., MOULTON, B., *The Lawyering Processop.cit.*, pp. 63 y siguientes.

⁷²¹ KISER, R., *Beyond Right and Wrong.....op.cit.*, pp. 141-149.

donde no existe acervo legal y jurisprudencial⁷²². Los proyectos de investigación legal, en su gran mayoría, empiezan y acaban con la revisión de sentencias dictadas por Jueces, de normas redactadas por los poderes públicos y de artículos doctrinales escritos por profesores de derecho, lo que da como resultado un artículo bien escrito y cuidadosamente expuesto ofreciendo la visión del autor sobre el tema tratado; los datos empíricos no son requeridos, incluso no son deseados en la mayoría de los casos, ya que carecen de la fuerza de la ley, por lo que no son tan apreciados por los abogados e investigadores de las ciencias jurídicas como los otros recursos utilizados⁷²³.

En las investigaciones jurídicas, cuando se recurre a datos empíricos, es generalmente para establecer hechos y/o describir situaciones existentes. En el ámbito de la investigación legal los datos empíricos que suelen figurar en las investigaciones provienen de otras disciplinas, generalmente, de la psicología y la sociología. Una de las explicaciones de la escasa utilización del empirismo en las ciencias jurídicas reside en el hecho de que a diferencia de otras ciencias que estudian el conflicto, el derecho no estudia los comportamientos humanos de forma expresa⁷²⁴.

Como puede observarse la sistematización y el pensamiento empírico no parecen ser los puntos fuertes del modelo de pensamiento de los abogados. En los países que funcionan bajo el sistema *Common Law* la anécdota parece contar con mayor poder de persuasión que el empirismo. La tendencia parece ser la de elaborar un argumento e intentar fundamentarlo en hechos anecdóticos. Si las dos partes hacen lo mismo ambas pueden pensar que su argumento es válido⁷²⁵.

⁷²² BELOW, G., MOULTON, B., *The Lawyering Processop.cit.*, pp.177-178. BIRKE, R., FOX C.R., *Psychological Principles inop.cit.*, pp. 40-41. Los autores destacan la dificultad de la valoración de casos únicos por falta de jurisprudencia.

⁷²³ HOLLANDER-BLUMOFF, R., *Legal Research on Negotiation.....op.cit.*, p.150.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 151-155. Por otra parte, NUEMAN explica que la forma en la que los abogados utilizan generalmente un artículo fundamentado empíricamente es exactamente la que no desearía que nadie utilizara el investigador que lo ha escrito. La tendencia descrita por el autor es leer los primeros párrafos, no prestar atención a los datos y al análisis de datos e ir de forma rápida a las conclusiones. Si las conclusiones convienen se adoptan y si no convienen el abogado intente profundizar en los datos para argumentar en contra. En otras palabras, la tendencia es buscar lo que pueda fundamentar las preconcepciones. NEUMANN, R.K.Jr., *What We Don't Know Aboutop.cit.*, p.161.

⁷²⁵ *Ibidem*, pp. 161 y 154.

Asumiendo que un grado de incertidumbre, sea mayor o menor, existe siempre para tomar la decisión de negociar o pleitear el abogado deberá tener en cuenta un factor de orden psicológico de gran trascendencia, la actitud hacia el riesgo de su cliente.

Respecto de la toma de decisiones relativas al litigio y la negociación⁷²⁶ debemos recordar que la doctrina ha elaborado dos importantes líneas argumentativas:

- a. Según el modelo económico o utilitarista, ya mencionado en el texto de esta investigación, los intervinientes en estos procesos toman decisiones racionales encaminadas a conseguir el mejor resultado. Según este patrón el disputante únicamente preferirá el acuerdo cuando su valor exceda al valor esperado en el litigio⁷²⁷.
- b. El modelo conductual que parte de idea de que quienes negocian deben tomar decisiones de diversa y variada índole. Los demandantes deben elegir entre una el valor seguro de una oferta o el valor de un posible resultado favorable en el pleito. Los demandados aceptarían una pérdida segura si pactan, pero la pérdida podría ser más elevada en el litigio. Los formuladores de esta teoría destacan que la posición en el conflicto, la de demandante o demandado, condiciona de forma importante la toma de decisiones. A este respecto, de lo investigado se concluye que el demandante contempla un riesgo de ganar más o menos, mientras que el demandado contempla un riesgo de perder más o menos⁷²⁸.

⁷²⁶ RACHLINSKI, J.J., *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, 70 S. Cal. L. Rev. 113 1996-1997, pp.113-185, *vid.*, en general. (Consultado 04/03/2015).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/scal70&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/scal>

⁷²⁷ Deberán tomarse en cuenta tanto las costas del procedimiento judicial como los costes de transacción del acuerdo. *Supra*.

⁷²⁸ TVERSKY, A., KAHNEMAN, D., *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, *Science New Series*, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131, *vid.*, en general. (Consultado 08/04/2015).

<http://links.jstor.org/sici?sici=0036-75%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJUUHAB%3E2.0.CO%3B2-M>

Los autores con sus investigaciones han demostrado que cuando las personas eligen entre ganancias presentan una aversión al riesgo más elevada que cuando eligen entre pérdidas. En la resolución del conflicto esta teoría pone énfasis en la posición que se ocupa en el mismo, demandante o demandado.

Observamos que una diferencia fundamental entre las teorías utilitaristas y las conductuales reside en el tratamiento del riesgo. Para los utilitaristas la elección del nivel de riesgo depende del valor en juego y de su peso en relación al valor de la riqueza del individuo, mientras las teorías conductuales ponen énfasis en la categorización del riesgo como ganancia o pérdida, de forma que cualquier decisión puede ser presentada en un marco de ganancia o pérdida, de modo que resulta complicado tomar decisiones que impliquen riesgos sin conocer el encuadre. La elección entre acuerdo negociado y litigio suele presentarse en este marco, si bien existen excepciones como los casos en los que las partes deben dividirse beneficios, por ejemplo. No obstante, además del encuadre del riesgo otros elementos tales como el deseo de venganza, publicidad, reputación son susceptibles de afectar la elección⁷²⁹.

A efectos de poder prever el probable resultado del litigio es preciso establecer el valor económico del caso, para conseguir aproximarse de la forma más certera posible a la resolución que es razonable esperar por parte del Tribunal, el abogado puede acudir a determinados soportes tales como:

- a. Jurisprudencia sobre casos similares⁷³⁰.
- b. Fuentes legales. Por ejemplo, si se intenta obtener una indemnización por una muerte en accidente de tráfico, en primer lugar se consulta si existe una norma que regule este tipo de indemnizaciones en concreto, de no ser así, se puede recurrir a normas que regulen casos similares, por ejemplo, muerte en otro tipo de accidentes para proceder a la aplicación analógica.
- c. Pueden existir otro tipo de baremos que sirvan de referencia, por ejemplo, los baremos indemnizatorios recogidos en los contratos de las compañías de seguros privados o los de la seguridad social. Por supuesto, la posibilidad de

⁷²⁹ RACHLINSKI, J.J., *Gains, Losses, and the Psychology**op.cit.*, pp. 127-130. El autor refiere en el artículo investigaciones que arrojan resultados refrendando la teoría del encuadre del riesgo.

⁷³⁰ BIRKE, R., FOX, C.R., *Psychological Principles in Negotiating**op.cit.*, p. 6. Los autores señalan que cuanto más numeroso sea el número de sentencias disponibles para el análisis de casos similares mayor poder de predicción del resultado. GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Getting to No*.....*op.cit.*, p. 384. Los autores llaman la atención sobre el riesgo de fijarse en la media para calcular la indemnización que puede obtenerse, ya que este dato puede estar inflado por casos con condenas espectaculares, lo que puede comportar un efecto distorsionador.

basarse en esos datos ofrece mayores garantías cuanto más similitud exista entre el caso analizado y los que contemplan esos baremos.

- d. Herramientas para el análisis de decisiones. Estas herramientas, están diseñadas para tratar el elemento de la incertidumbre de forma sistemática. Una de esas herramientas son los diagramas de dependencia consistentes en establecer las posibles incertidumbres que condicionan el resultado, establecer relaciones entre ellas y asignar probabilidades a los diferentes resultados posibles⁷³¹.

Reunida y estudiada esta información, el abogado estará en disposición de empezar a evaluar el caso y llegar a conclusiones acerca de cuáles son los resultados más probables si se recurre al procedimiento litigioso.

La información reunida sitúa al abogado, primero en el ámbito de lo posible, y desde ese punto debe tratar de situarse en el ámbito de lo probable, ya que la certitud sobre lo que puede resultar exactamente de un procedimiento litigioso es normalmente escasa, y lo cierto es que factores como la vaguedad de algunas normas jurídicas, la discrecionalidad de los jueces para aplicar las normas, que si bien limitada en algunos casos resulta ser mayor que en otros, así como, las diferentes interpretaciones que de la ley pueden hacerse contribuyen a una mayor incertitud en la previsión de la resolución de un Tribunal en un supuesto concreto⁷³².

Entre los académicos españoles, APARISI MIRALLES⁷³³ dice: “la ciencia jurídica no es un saber que pertenezca al ámbito de lo exacto, de lo acabado o zanjado definitivamente como las verdades obtenidas en las matemáticas o geometría. Ni la interpretación de los hechos ni el derecho aplicables surge ante el jurista de manera indiscutible o dicho de otra forma, el abogado en su labor de

⁷³¹ MNOOKIN, R.H., PEPPET, R.S., TULUMELLO, A.S., Resolver Conflictos.....*op.cit.*, 296 y siguientes.

⁷³² A este respecto, resultan de ayuda preceptos como el art. 264 que incorpora la nueva LOPJ que requiere la reunion de Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala para tratar de unificar criterios de aplicación de ley. Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8167 (Consultada 10/11/2015).

⁷³³ APARISI MIRALLES, A., Deontología Profesional....*op.cit.*, p.38.

asesoramiento o defensa no se encuentra ante una sola vía de actuación clara e incuestionable, por el contrario, pueden existir diversas opciones”.

Para BONET⁷³⁴, la previsión del resultado del juicio es difícil, ya que intervienen diversos factores difíciles de evaluar. En primer lugar se desconoce el juzgado competente por reparto, puede influir la personalidad y estado anímico de Juez en la valoración de la prueba, los criterios de interpretación de la norma legal pueden ser variables o pueden desconocerse, incluso siempre existen dudas de cómo se comportaran los testigos.

En definitiva, como bien ilustra MENDELSON⁷³⁵, el abogado puede prestar un servicio muy valioso al cliente informándole de como un Tribunal podría resolver su caso, de esta forma el cliente que “negociaba en la oscuridad” empezara a “negociar a la sombra de la ley”.

⁷³⁴ BONET NAVARRO, J., *El Abogado ante el Procedimiento de Mediaciónop.cit.*, vid., en general.

⁷³⁵ MENDELSON, G., *Lawyers as Negotiators,op.cit.*, p.144.

3.2 Valorar la conveniencia del acuerdo. Identificar las posibles barreras

Un buen método para valorar la conveniencia del proceso negociador y/o acuerdo es identificar y analizar las diferentes barreras potenciales al mismo. Los obstáculos al acuerdo, en ocasiones, pueden resultar infranqueables, lo que llevara a recurrir a otro mecanismo de resolución del conflicto distinto a la negociación. En otros casos, las barreras mencionadas puedan llegar a superarse, pero entonces se hará necesario evaluar los costes que ello comporta para decidir si se justifican.

A continuación, analizamos en dos categorías las barreras que puede encontrar el acuerdo. Nos referiremos primero a las de carácter de la sustantivo, es decir las relativas al objeto, para posteriormente analizar las de carácter subjetivo o referidas a los intervinientes de la negociación.

3.2.1 El elemento objetivo, es decir, lo “que se negocia”

En ocasiones el impedimento al acuerdo negociado reside en la total indisponibilidad de al menos una de las partes para negociar sobre la materia u objeto sobre el que se pretende pactar. La indisponibilidad de la negociación del acuerdo puede venir impuesta por normas jurídicas o puede responder a necesidades o limitaciones internas del sujeto.

Respecto de la indisponibilidad derivada de normas jurídicas, ocurre que los ordenamientos legales limitan la autonomía de la voluntad para pactar sobre materiales consideradas sensibles por afectar a intereses ajenos a las partes susceptibles de protección o al interés público. En ocasiones, los pactos entre las partes son posibles, pero requieren la aprobación del Tribunal, de forma que los intereses de terceros que merecen especial protección, como es el caso de los menores, puedan ser debidamente protegidos⁷³⁶.

En cuanto a la indisponibilidad de negociar sobre una materia por causas de orden interno del individuo, un buen ejemplo lo constituyen las negociaciones sobre valores y creencias, ya que en estas situaciones las resistencias a ceder

⁷³⁶ SAN CRISTOBAL REALES, S., *La transacción como sistemaop.cit.*, pp. 284-289.

por las partes pueden resultar insuperables y el acuerdo de devenir así imposible⁷³⁷.

Otras veces existen dificultades para que las partes puedan apreciar los beneficios de la negociación, ya que puede existir una valoración de orden social, político o cultural acerca de lo correcto o incorrecto. En estos casos puede crearse necesidad de castigo o reproche a la otra parte, lo que impide la negociación⁷³⁸.

En referencia a las barreras al acuerdo relativas al elemento objetivo, una aportación destacable es la de SHAVELL⁷³⁹ que analiza la incidencia de la divisibilidad o indivisibilidad de objeto de disputa sobre las posibilidades de alcanzar el acuerdo para evitar el litigio. El autor concluye que todos los demás elementos constantes o iguales, la indivisibilidad o los costes de la divisibilidad del objeto en disputa propician el litigio con preferencia al acuerdo. De acuerdo a lo anterior, ante una disputa concerniendo un objeto indivisible, por ejemplo la custodia de un hijo, una parte estará dispuesta a pagar un máximo por obtener el objeto mediante acuerdo evitando el litigio, a la vez que la otra parte estará dispuesta a ceder por un mínimo para alcanzar dicho acuerdo. El acuerdo negociado priva a ambas partes de la oportunidad de prevalecer en el litigio, de forma que cuanto más importante sea la cuestión en discusión, más elevados serán el máximo y el mínimo mencionados, si lo que una parte ofrece supera o iguala lo que la otra aceptaría como mínimo, el acuerdo puede resultar beneficioso para las dos partes, en caso contrario, la opción será el litigio. Como podemos observar, el mecanismo de los valores de reserva y zona de acuerdo funcionan de forma similar a la disputa sobre objetos divisibles, pero la diferencia reside en que cuando se trata de objetos indivisibles, en ocasiones,

⁷³⁷ RUBIN JEFFREY Z., *Negotiation: An Introduction.....op.cit.*, p. 136. Por lo anteriormente expuesto, los conflictos relativos a principios suelen ser menos proclives a ser resueltos por acuerdos negociados. COYNE WILLIAM F. Jr., *Using Settlementop.cit.*, p. 12. KIRGIS, P.F., *Bargaining with Consequences: Leverage and Coercion in Negotiation.....op.cit.*, 86-87.

⁷³⁸ MENKEL-MEADOW, C. *Toward Another View....op.cit.*, p.835.

⁷³⁹ SHAVELL, S., *Suit Versus Settlement. When Parties Seek Nonmonetary Judgements*, 22 *J. Legal Stud.* 1 1993 pp.1-13, *vid.*, en general. (Consultado 05/05/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/legstud22&id=5&print=section§ion=5&ext=.pdf> El autor explica que la teoría sostenida puede ser susceptible de investigación empírica p.13. En el mismo sentido, MNOOKIN, R.H., KORNHAUSER, L., *Bargaining in the Shadow of the Law:op.cit.*, p. 975. Los autores señalan que la indivisibilidad del objeto en litigio propicia el mecanismo adjudicativo frente a la negociación.

los valores de reserva son demasiado altos incluso podrían no existir, dada la importancia que tiene el objeto de la disputa para las partes. Respecto del ejemplo tratado las partes, en este caso los padres, prefieren no renunciar de ninguna manera a las posibilidades de éxito, sean estas las que sean, de su pretensión ante un Tribunal prefiriendo asumir los riesgos relativos a la incertidumbre característica del litigio.

RAIFFA opina que cuando se evalúan los casos desde una perspectiva puramente monetaria la posibilidad de acuerdos son menores, ya que los ítems intercambiables por las partes se reducen. Por el contrario, a mayor número de ítems en controversia y por lo tanto, intercambiales entre las partes, la variedad de soluciones aceptables aumenta, ya que las partes pueden otorgar diferentes prioridades a los distintos ítems sobre la mesa de negociación⁷⁴⁰.

A este respecto, para MNOOKIN⁷⁴¹ las negociaciones entre dos partes sobre un solo asunto tienden a ser de carácter distributivo, de forma que las asimetrías de información y el empleo de tácticas duras tendentes a maximizar únicamente el propio beneficio pueden llegar a impedir que las partes alcancen el acuerdo aun existiendo margen suficiente para ello.

3.2.2 El elemento subjetivo, “con quien se negocia”

Las características particulares de las partes y las relaciones entre las mismas son elementos a considerar en la selección de casos que deben negociarse o litigarse⁷⁴².

En ocasiones la falta de disposición a hacer concesiones viene determinada por la identidad de la otra parte, de forma que una concesión que no se haría en modo alguno a determinada persona o personas sería viable respecto de otros elementos subjetivos. Este elemento debe tenerse en cuenta y valorarse cuidadosamente, ya que cuando concurren este tipo de circunstancias lo más

⁷⁴⁰ RAIFFA, H., *The Art & Science.....op.cit.,.....pp. 158-164.*

⁷⁴¹ MNOOKIN, R.H., *Strategic Barriers.....op.cit., pp. 4-8.*

⁷⁴² GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., *Getting to Noop.cit., p.322.*

aconsejable es abstenerse de iniciar unas negociaciones que no darán ningún fruto⁷⁴³.

Ciertas características y particularidades de las partes pueden también tener una influencia decisiva en el proceso de negociación como alternativa al litigio. Este es especialmente el caso de algunas organizaciones, tales como las aseguradoras que aplican políticas con límites preestablecidos que condicionan la negociación de los asuntos⁷⁴⁴, por lo que en ocasiones las políticas de estas entidades no coinciden con la opinión del abogado encargado del asunto. En estos casos, si la compañía no acepta pactar por el importe que sugiere el abogado, éste, aun en contra de su opinión, deberá litigar⁷⁴⁵.

Es práctica cotidiana en las organizaciones que negocie una persona que las representa, si bien no cuenta con poder necesario para cerrar un acuerdo o ni siquiera para efectuar ciertas concesiones o aceptar ofertas. Es obvio, que este esquema no es el que produce negociaciones más productivas y eficientes, pero es un funcionamiento habitual y será necesario esperar a que la negociación avance en la buena dirección para llegar a las fases en las que intervienen quienes pueden cerrar un acuerdo. En conclusión, en estas situaciones la solución consiste en aceptar al interlocutor siendo conscientes de que en algún momento deberán intervenir directa o indirectamente quienes tienen realmente autoridad para pactar.

Otro inconveniente que pudiera desaconsejar la negociación es la falta de legitimidad de alguna de las partes que deben negociar. La falta de legitimidad puede obedecer a una actuación maliciosa de la parte que quiere hacer creer que la posee para intervenir en negociaciones, a pesar de que resulte dudoso que pudiera obligarse a suscribir un acuerdo y posteriormente cumplirlo. En otras ocasiones, lejos de existir engaño o intenciones deshonestas, la otra parte podría no estar organizada para constituirse en parte de un negocio jurídico, por ejemplo, imaginemos una empresa que negocia con “ecologistas”, pero éstos no

⁷⁴³ MNOOKIN, R.H., KORNHAUSER, L., *Bargaining in the Shadow of the Law:....op.cit.*, p.974. Los autores evocan el caso de los esposos que se divorcian y prefieren claramente el litigio, por deseo de evitar el contacto cara a cara, o deseo de castigo o venganza, de forma que este tipo de barreras al acuerdo ni siquiera se verán atenuadas por intermediarios como los abogados.

⁷⁴⁴ PIERSON, W.D., *The Defense Attorney and Basic Tactics.....op.cit.*, pp. 227-228.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, pp. 224-247.

están constituidos en ningún tipo de organización o asociación, en un caso así, podríamos encontrarnos con que tenemos un acuerdo “con no se sabe exactamente quién”. Lo mismo ocurriría si alcanzamos un acuerdo con parte de los afectados pero no con todos, de forma que en realidad puede que no hayamos solucionado completamente el problema debido a que el acuerdo no puede cumplir su función.

Una cuestión ligada a la legitimidad de las partes es el coste que pueden tener la negociación y el acuerdo en orden a reconocer la legitimidad de la otra parte cuando ésta resulta discutible. En estos casos, el hecho de sentarse a negociar y todavía más el de pactar, puede interpretarse como el reconocimiento no conveniente de una legitimidad que pudiera resultar discutible⁷⁴⁶.

No obstante, la legitimidad de la otra parte negociadora no es en sí misma garantía de cumplimiento de lo acordado, por lo que en orden a asegurar este extremo, lo prudente será valorar otros factores que puedan indicar que la otra parte honrará los pactos que se suscriban⁷⁴⁷.

Como bien dice MNOOKIN⁷⁴⁸ un elemento esencial es el de intentar evaluar la confiabilidad de las partes, ya que de nada servirá un acuerdo que posteriormente no sea honrado por quienes lo suscribieron.

Las barreras al acuerdo negociado pueden provenir también de los conflictos internos de las partes negociadoras. Cuando los integrantes de cada una de las partes son varios individuos u organizaciones, las diferencias entre ellos no resueltas antes de que avance la negociación pueden suponer una dificultad insuperable al acuerdo con la otra parte. En las negociaciones multiparte existirá, además, la posibilidad de que se establezcan coaliciones entre algunas de las partes participantes, lo que también podría suponer dificultades para un acuerdo entre todas las partes implicadas⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ SEBENIUS, J.K., *Avoiding the Cost of Negotiation.: A Commentary....op.cit.*, 167.

⁷⁴⁷ SCHELLING, TH.C. - *An Essay on Bargainingop.cit.*, *vid.*, en general.

⁷⁴⁸ MNOOKIN, R.H., *When Not To Negotiate: A Negotiation.....op.cit.*, pp. 1085-1088.

⁷⁴⁹ COLOSI, TH. *Negotiation in the Public.....op.cit.*, *vid.*, en general. En este sentido también se pronuncia PROVSTIV, *Vid.*, *Infra*. Parte Primera. Capítulo Segundo.

3.2.3 Evaluar la calidad del acuerdo

El abogado deberá intentar prever que acuerdo pueda llegar a obtenerse, pero una vez crea que ha conseguido una previsión acertada deberá valorar si el acuerdo que cabe esperar es realmente un acuerdo conveniente para su cliente. Surge aquí la cuestión de que debemos considerar un buen acuerdo. Se tiende a pensar que las negociaciones han sido exitosas si se alcanza el pacto, pero este planteamiento puede resultar erróneo.

A este respecto, LUBAN⁷⁵⁰ sugiere como criterios de valoración:

- a. La satisfacción de las partes y el nivel de equilibrio de esta satisfacción, es decir, si todas las partes aprecian el acuerdo por igual.
- b. En el caso de que sea necesario informar a una tercera parte imparcial sobre el acuerdo, la aprobación y/o satisfacción del tercero con el resultado puede ser un buen parámetro para valorar la calidad del acuerdo.
- c. El valor del acuerdo será más alto si la solución alcanzada es similar a la que dictaría un Tribunal, pero se ha conseguido como menores costos, además, deberá considerarse si el resultado alcanzado es consistente con los valores sociales y/o culturales.

El autor apunta que el elemento diferencial de las negociaciones legales respecto de otro tipo de negociaciones, entendemos que se refiere a la negociación de disputas no a la transaccional, es su función de alternativa al litigio, por lo que su éxito puede medirse por la efectiva sustitución del proceso judicial por el proceso negociador. Por ello, una forma de valorar el éxito de una negociación legal es analizar si replica adecuadamente los elementos del sistema adjudicativo en un Tribunal, de forma que la formalidad del proceso deberá traducirse en justicia procedimental en la negociación, la imparcialidad del Tribunal en neutralidad o justicia del resultado y la atribución a las partes de presentar su versión del caso deberá tener también su réplica en la negociación⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ LUBAN, D., *Bargaining and Compromise.....op.cit.*, p. 402.

⁷⁵¹ *Ibidem*, p. 404-405.

COOTER Y RUBINFELD⁷⁵² estiman que puede decirse que cuando un acuerdo negociado mimetiza el resultado esperado del litigio el caso se ha resuelto en base a méritos legales, mientras que cuando no tiene lugar esta mimetización puede pensarse que existe un desequilibrio de poder negociador entre las partes o manipulación en las reglas del procedimiento que han arrojado un resultado no acorde dichos méritos. Los autores sugieren que los acuerdos justos mimetizan los resultados judiciales y los injustos no⁷⁵³.

GALANTER Y CALLHIS⁷⁵⁴ proponen una guía de los puntos que pueden ser relevantes para evaluar la calidad del acuerdo negociado. Entre estos elementos destacan: que el acuerdo se base en el conocimiento alcanzado sobre los hechos y las preferencias de las partes, que suponga un ahorro de los recursos empleados en resolver la disputa, que signifique una mejora de las posiciones iniciales de las partes, que se fundamente en el reconocimiento de normas o principios legales, que sea flexible y que cuente con altas perspectivas de cumplimiento por las partes. Cuando el acuerdo goce de notoriedad pública, la superioridad del acuerdo podrá venir determinada por su poder disuasorio respecto de conductas indeseables, de forma o puede invitar o desaconsejar, según el caso, a potenciales demandantes ir adelante con sus reclamaciones o desistir de ellas.

KOROBKIN⁷⁵⁵, destaca la importancia de que los negociadores comparen el valor subjetivo esperado del acuerdo con el valor subjetivo esperado del no acuerdo para decidir de forma correcta el curso de acción a seguir, ya que incluso el *status quo* pudiera ser una alternativa preferible a un acuerdo escasamente satisfactorio.

⁷⁵² COOTER, R.J., RUBINFEL, D.L., *Reforming the New Discovery Rules*, 84 *Geo. L.J.* 61 (1995), pp. 61-89, *vid.*, p. 74 (Consultado 28/11/2014). <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1615>

⁷⁵³ *Infra*. A sensu contrario, puede observarse que en general los autores que defienden los enfoques de resolución de problemas piensan que uno de los méritos de dicho enfoque es el hecho de que las soluciones negociadas que se alcancen no tienen por qué replicar ni siquiera intentar hacerlo la probable resolución de un Tribunal.

⁷⁵⁴ GALANTER, M., CAHILL, M., *"Most Cases Settle":.....op.cit.*, p. 1350-1351.

⁷⁵⁵ KOROBKIN, R., *A Positive Theory of Legal Negotiation.....op.cit.*, pp.1975 y siguientes.

3.3 Elementos comparativos litigio- acuerdo, en relación con los costes y la información

3.3.1 La estructura de costes

En algunas ocasiones los costes de la negociación resultan excesivos o no se justifican. MNOOKIN⁷⁵⁶ divide los costes en directos e indirectos, clasificando como costes directos tiempo, dinero y trabajo, entre otros recursos y como costes indirectos la reputación y la creación de precedentes que podrían ser aprovechados por terceros. Debemos tener en cuenta que no existe garantía de que el proceso negociador sirva para alcanzar un acuerdo, de modo que existen costes comportados por el inicio del proceso de negociación se alcance el acuerdo o no.

Respecto a las actitudes y comportamientos de las partes en relación a los costes que comportan los procesos de negociación legal, existen doctrina que asevera que cuanto estas más invierten en el proceso de negociación más motivada se sienten para alcanzar el acuerdo, ya que si este no se obtiene, lo invertido podría traducirse en pérdidas, y este temor influye en la valoración que los negociadores van haciendo de las posibles alternativas al acuerdo⁷⁵⁷, se trata de lo que los economistas denominan “costes sumergidos”⁷⁵⁸. Desde el ámbito de la psicología, y ofreciendo otra perspectiva BAZERMAN⁷⁵⁹, recurriendo a las teorías que explican la escalada del conflicto, explica que cuando la inversión en conseguir un resultado no da sus frutos existe la tendencia de invertir de forma no racional más recursos adicionales en orden a alcanzar el objetivo perseguido, lo que puede llevar a la escalada del conflicto, de forma que el acuerdo deviene menos probable. El sentimiento de haber invertido mucho, provoca resistencia para ceder, de manera que puede llevar a

⁷⁵⁶ MNOOKIN, R.H., *When Not To Negotiate: A Negotiation....op.cit.*, p. 1086.

⁷⁵⁷ GOODPASTER, G., *A Primer on Competitiveop.cit.*, p. 338.

⁷⁵⁸ WHEELER, M., “Swimming with Saints/Praying with Sharks....op.cit.,vid., en general.

⁷⁵⁹ BAZERMAN, M.H., *Negotiator Judgment,.....op.cit.*, p. 219-220. Bazerman dice que tal y como los economistas indican los costes históricos irrelevantes no deben ser tenidos en cuenta en la toma de decisiones, apuntado que es un error común tener en cuentas los costes sumergidos para evaluar cursos de acción, cuando los costes y beneficios que deben ser tenidos para evaluar cursos de acción alternativos son los futuros. En este sentido, RAIFFA, HOWARD, *The Art & Scienceop.cit.* pp. 158-164. El autor afirma que las negociaciones pueden llegar a ser un despilfarro.

los negociadores a perder la perspectiva acerca de lo que es realista y racional imponiéndose el afán de victoria sobre el oponente.

Los costes son indudablemente susceptibles de influir la posibilidad de acuerdo, ya que influyen en la determinación de los puntos de reserva de ambas partes y por tanto, de la existencia de una zona de acuerdo donde éste pueda llegar a producirse.

Existen varios elementos de importancia relativos a la evaluación de costes que pueden resultar relevantes para inclinar la decisión de las partes entre el acuerdo o el litigio. En los apartados siguientes, analizaremos: los sistemas de pago de honorarios, la existencia de aseguradoras que cubran los costes judiciales, las normas relativas a la prueba y a la confidencialidad de la información intercambiada en las negociaciones⁷⁶⁰.

3.3.1.1 El sistema de pago de honorarios

Un elemento de influencia decisiva en la decisión entre la negociación o el litigio es el coste de cada una de las opciones. Los abogados para poder llevar a cabo dicha previsión deben tomar en cuenta la regulación de cada ordenamiento jurídico sobre costas de los procedimientos judiciales.

En el derecho estadounidense, el principio general es que cada parte atienda las minutas de sus respectivos abogados, pero la llamada *American Rule* cuenta con excepciones previstas en diferentes leyes⁷⁶¹.

En EEUU es muy habitual el recurso a las tarifas contingentes o condicionales que constituyen un elemento de gran influencia en el cálculo de los costes del litigio. Los litigantes que remuneran a sus abogados mediante esta modalidad únicamente pagan honorarios si prevalecen en el juicio. Teniendo en cuenta que los honorarios de abogados son normalmente la mayor partida que componen las costas judiciales, muchos demandantes dependen del recurso a este tipo de

⁷⁶⁰ WHEELER, M., *Getting to No*, Negotiation Journal, July 1997, pp.227-233, *vid.*, p. 322. (Consultado 10/04/2014).

<http://onlinelibrary.wiley.com/sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1997.tb00128.x/epdf>

⁷⁶¹ KOROCHKIN, R., "The Role of Law in Settlement"*op.cit.*, pp. 254-276.

CORTES, P., SOTELO, F., *Negocia o Atente a las Consecuencias*,*op.cit.*, p.20. Los autores apuntan que el modelo estadounidense propio de un enfoque privatista del derecho es criticado por contribuir a aumentar la litigiosidad.

honorarios para pleitear. Este sistema resulta especialmente atractivo en un sistema judicial como el estadounidense, en el que la regla general es que cada litigante asume sus costas, por lo que el demandante puede arriesgarse con mayor facilidad. Entre los abogados estadounidenses, cuando prestan sus servicios profesionales de acuerdo a esta modalidad de retribución de honorarios es práctica común avanzar otros costes del litigio como la contratación de peritos, de modo que estos costes se sufragan con cargo a la cantidad obtenida cuando la sentencia es favorable, de no ser así, muchos profesionales no reclaman el reembolso a los clientes⁷⁶².

En el derecho español es más común la condena al pago de costas de abogado y procurador. La Ley de Enjuiciamiento Civil sigue como criterio general el del vencimiento con excepciones. El primer criterio aplicable es el de vencimiento total, de forma que la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones será condenada en costas salvo que el Tribunal aprecie y razone que el caso presentaba dudas de hecho y de derecho⁷⁶³. Surge de inmediato la pregunta acerca de lo que debe entenderse por costas a este respecto. En este sentido, la Ley española se refiere a los honorarios de abogados y otros profesionales no sujetos a tarifas o aranceles, pero con algunas limitaciones⁷⁶⁴. El sistema español se basa preferentemente en criterios objetivos que pretende que quien resulte vencedor en el pleito no deba soportar carga económica alguna.

Es habitual que las pretensiones de las partes no sean estimadas en su totalidad o en los términos exactos en los que están planteadas, por este motivo, interviene un segundo criterio para la atribución de las costas del litigio, el del vencimiento parcial. La regla general es que cuando el vencimiento es parcial⁷⁶⁵ cada parte abonará sus propias costas y la mitad de las comunes. No obstante, no a toda falta de correspondencia entre *petitum* y sentencia le será aplicable

⁷⁶² GROSS, S.R., *We Could Pass a Lawop.cit.*, pp.321-323.

⁷⁶³ Art. 394.1 LEC. Para razonar la excepción el Tribunal deberá tener en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. La estimación de petición subsidiaria o alternativa se consideraran a efectos de condena en cosas estimación plena.

⁷⁶⁴ Art. 394.3 LEC. La cantidad a pagar no podrá exceder de la tercera parte de la cuantía del procedimiento por cada uno de los litigantes que hubiera obtenido el pronunciamiento valorándose las pretensiones inestimables en 18.000 euros. Lo anterior debe matizarse, ya que la propia ley otorga cierta discrecionalidad al Tribunal que podrá no aplicar los límites mencionados atendiendo a la complejidad del caso o si se aprecia temeridad en un litigante

⁷⁶⁵ Art. 394.2 LEC.

el criterio, puesto que es necesario que la discrepancia entre lo solicitado y lo acordado por el Tribunal no sea sustancial, ya que en caso contrario rige el criterio del vencimiento total. Se hace entonces necesaria la intervención del criterio del Juez para apreciar el grado de discrepancia y, por lo tanto, la aplicación de un criterio o del otro, ya que el Tribunal podrá abandonar el criterio del vencimiento parcial si aprecia temeridad en un litigante, que podrá ser condenado a soportar todas las costas. CORTES Y SOTELO⁷⁶⁶ estiman que el sistema de costas de la estimación parcial en muchos casos tiende a aumentar la complejidad del litigio, ya que incentiva las oposiciones totales a las pretensiones recogidas en la demanda. Este funcionamiento empuja a la parte demanda a utilizar todo tipo de argumentos para provocar el mayor desfase posible entre el *petitum* del demandante y el fallo de la sentencia con la finalidad principal de eliminar el riesgo de condena en costas. Este tipo de estrategia, probablemente, no sería adoptada si el sistema impusiera las costas totales con estimación parcial de la demanda.

Nosotros pensamos que el sistema español invita a los potenciales litigantes a cierta reflexión ante de recurrir al litigio, ya que el mecanismo establecido por la ley, si bien se basa en criterios objetivos que ayudan a la previsión de los resultados, y por lo tanto, de los costes del litigio, otorga cierto grado de discrecionalidad al Tribunal, lo que añade incertidumbre al cálculo anticipado.

Relativo al pago de honorarios de abogados es de gran importancia la posibilidad de litigar de acuerdo al sistema de *cuota litis*, según el cual, el abogado cobra únicamente si el caso se gana y de acuerdo al beneficio obtenido. No obstante, esta posibilidad puede no estar permitida por la norma deontológica, si bien lo está en los EEUU y en España, aunque en este último

⁷⁶⁶ CORTES, P., SOTELO, F., *Negocia o Atente a las Consecuencias..... op.cit.*, p 26.

ordenamiento jurídico, la práctica había estado prohibida⁷⁶⁷ hasta que una sentencia del Tribunal Supremo del año 2008⁷⁶⁸ estimó que la prohibición de la cuota litis era contraria a la Ley de Defensa de la Competencia⁷⁶⁹.

3.3.1.2 Existencia de aseguradora que cubra daños y/ o costes de defensa

En este ámbito, el ejemplo más ilustrativo es el de la defensa asumida por las aseguradoras en los accidentes automovilísticos. Es práctica común que una aseguradora asuma la defensa del litigante, y por lo tanto, los costes de la misma, en base a la existencia de un seguro de responsabilidad civil o asistencia jurídica. Como ya hemos tratado a lo largo de esta tesis, en estas situaciones relación del abogado con el cliente reviste particularidades. No obstante, el hecho de que el litigante no pague directamente las costas judiciales no es el único elemento que influye decisivamente en la decisión de las partes entre litigio o acuerdo, y como ya hemos analizado anteriormente, la intervención de este tipo de entidades condiciona la función de defensa de forma importante, ya que las aseguradoras tienden a hacer primar sus políticas de resolución de casos a nivel global en detrimento de cada solución en particular, de modo que este proceder puede llegar a alterar el equilibrio de poder de decisión de las

⁷⁶⁷ Así lo prohibía el art. 16 CDAE, precepto suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo del Pleno del Consejo de la Abogacía Española de fecha 21 de julio de 2010. <http://www.abogacia.es/conozcanos/la-institucion/normativa-profesional/> (Consultado 15/12/2015). El CDAE prohibía el pacto *cuota litis* en sentido estricto, pero permitía el pacto mixto en el párrafo 3 del artículo, de forma que sin infringir la norma deontológica abogado y cliente podían pactar que una parte de la retribución fuera fija y la otra dependiera de los resultados. A este respecto, SANCHEZ STEWART, N., La Profesión de Abogado...*op.cit.*, p.. 226. La prohibición de la *cuota litis* se fundamentaba en la idea de que la utilización de dicha forma de remuneración podía comprometer la independencia y la libertad del abogado, ya que dejaba de ser defensor para convertirse en socio del cliente en pos de un resultado material.

⁷⁶⁸ STS de 4 de Noviembre de 2008. Esta sentencia tiene su origen en el recurso que el Consejo General de la Abogacía Española presentó ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, frente a una decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia que declaraba la ilegalidad de la prohibición de la Cuota Litis en sentido estricto por resultar contraria a la libertad de fijación de honorarios. La sentencia en su fundamento de derecho noveno modifica el sentido del criterio jurisprudencial mantenido hasta la fecha.

⁷⁶⁹ Los estadounidenses denominan a este sistema de retribución de los servicios leales, “contingent fees”. *Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers*-§34 §35- que establecen que el abogado únicamente tendrá derecho al cobro de este tipo de honorarios si el cliente efectivamente percibe las cantidades que los originan y excluyen de la posibilidad de utilización de este tipo de pago de honorarios algunos tipos de asuntos. GOMEZ LIGUERRE, C., RUIZ GARCIA, C.ALB., *Honorarios de abogados, competencia y pacto de cuota Litis, Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008\2800. MP: Eduardo Espín Templado, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Febrero 2009, vid., en general.* http://www.indret.com/pdf/615_es.pdf

partes al suponer condicionantes particulares sobre la decisión de pactar o litigar⁷⁷⁰.

3.3.2 Las normas procesales concerniendo la prueba

Las normas relativas a la actividad probatoria que rigen el procedimiento judicial son también un elemento que puede condicionar de forma importante la elección de las partes entre litigio y negociación.

Las normas que regulan la prueba pueden facilitar las soluciones negociadas entre las partes en conflicto a la vez que la práctica de la prueba muestra las fortalezas y debilidades del caso de cada parte. La regulación en materia probatoria en los diferentes ordenamientos jurídicos es un elemento que puede facilitar o entorpecer el intercambio de información suficiente entre las partes para obtener el acuerdo⁷⁷¹.

3.3.2.1 El caso estadounidense

El sistema procesal civil estadounidense gira en torno a la llamada *Discovery Rule*, que podemos definir como los actos de carácter procesal que se llevan a cabo para establecer las posiciones de las partes que se irán construyendo desde el periodo de alegaciones hasta el momento de juicio.

Las normas procesales civiles en EEUU permiten a las partes requerir a su oponente información relativa a la disputa de forma previa al litigio. El legislador estadounidense considera beneficioso para todos los implicados en disputas legales el conocimiento de los hechos relevantes con la mayor anticipación posible para evitar las sorpresas en las salas de juicio.

Lo anterior significa que buena parte de la actividad probatoria se lleva a cabo al margen de la vista de juicio y en marcos menos formales. Bajo el sistema de

⁷⁷⁰ *Infra*. Parte Primera. Capítulo Tercero.

⁷⁷¹ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiation ...op.cit.*, p. 106.

la *Discovery Rule* pueden practicarse diversos tipos de prueba tanto de carácter documental como testifical⁷⁷².

Los mecanismos probatorios que generalmente se utilizan son las declaraciones y los interrogatorios escritos. En las declaraciones, los testigos bajo juramento y sin mediar presencia del Juez, deberán responder a las preguntas que se les planteen, si bien sus abogados podrán presentar objeciones⁷⁷³. La finalidad de la prueba es tanto obtener información como asegurarse de que los testigos no cambiarán el sentido de sus declaraciones, ya que lo declarado consta transcrito y es firmado por el declarante tras leerlo, con posibilidad de solicitar correcciones⁷⁷⁴. Otra modalidad probatoria es el interrogatorio escrito que debe ser enviado a la otra parte para que responda en un plazo de treinta días, pudiendo el respondiente formular las objeciones que estime oportunas⁷⁷⁵.

Entre otros medios de prueba utilizados podemos citar:

- a. La solicitud de copias de documentos en posesión de la otra parte. La ley permite que los documentos pueden ser requeridos directamente a la otra parte sin ser necesaria aprobación judicial.
- b. Las solicitudes de reconocimiento. Este mecanismo permite requerir a la otra parte que admita la autenticidad de un documento, de forma que sin más requisitos pueda ser admitido como prueba. Por este mismo procedimiento también se puede requerir la admisión de un hecho que se tendrá así por establecido sin más trámites. Si la parte requerida se niega y el hecho queda establecido posteriormente en el juicio, la parte que había solicitado el

⁷⁷² COOTER, R.J., RUBINFEL, D.L., *Reforming the New Discovery Rules ...op.cit.*, p. 61. Los autores explican que cada parte puede de forma previa al juicio preguntar a tanto a la otra parte como a los testigos de la otra parte, puede requerir documentos e inspeccionar los objetos en disputa. La ausencia de respuestas completas y sinceras pueda dar lugar a sanciones

⁷⁷³ A pesar de las objeciones, generalmente, los testigos deben responder, si bien, posteriormente, la declaración puede ser descartada por el Tribunal.

⁷⁷⁴ Cuando se han hecho correcciones, este hecho podrá suscitar comentarios de la defensa de la otra parte en el juicio, que podría intentar desvirtuar la declaración. Actualmente, se utilizan los videos por proporcionar una información más fidedigna.

⁷⁷⁵ RODHEM, S.F., *Discovery in The U.S. Legal System*, Volume I, Edited by Timothy L. Hall, University of Mississippi, Salem Press, Inc, Pasadena, California-Hackensack, New Jersey, 2004, pp. 258-261.

reconocimiento puede intentar condena en costas por honorarios de abogados en cuanto al trabajo de establecimiento de ese hecho en concreto⁷⁷⁶.

Las partes que deban soportar la carga de la prueba tendrán en cuenta los recursos que deberá invertir a tal fin y que podrían ahorrarse si se alcanza un acuerdo que evita el litigio. El ahorro generado puede ser considerado por las partes una ganancia conjunta, de forma que aumente el valor a repartir, lo que podría facilitar el acuerdo⁷⁷⁷.

Observamos que en el sistema legal estadounidense la actividad probatoria puede ser muy flexible y las partes pueden proponer, practicar e intercambiar informaciones derivadas de las pruebas con una dosis de libertad desconocida en el sistema legal español, que por el contrario, cuenta con procedimientos probatorios estrictamente regulados.

Desde la perspectiva del Derecho español llama particularmente la atención el momento procesal en el que puede tener lugar la *Discovery Rule*, dado que no es preciso que se abra un periodo probatorio ni tan siquiera que se haya presentado o contestado demanda. En cualquier momento las partes pueden estar interesadas en plantear una posición, y posteriormente, esa información será utilizada a la conveniencia de la parte. De hecho, esta dinámica de funcionamiento suele darse en el ámbito extrajudicial, es decir entre las partes, lo que permite que suponga un ahorro de costes real.

La *Discovery Rule* puede servir a diferentes finalidades. En primer lugar, y en el marco del nuestro objeto de estudio, las negociaciones legales, puede ayudar a fijar las posiciones reales de las partes⁷⁷⁸. Debemos tener en cuenta que el sistema judicial estadounidense establece una serie importante de dispositivos para favorecer que los conflictos se resuelvan mediante un acuerdo negociado que evite el litigio, de forma que abogados precisan de instrumentos que les permitan obtener la información necesaria para poder realizar una previsión sobre el resultado del litigio que les permita decidir con mejor criterio si privilegian la solución negociada. A partir de los resultados obtenidos con la

⁷⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷⁷ SALVADOR CODERCH, P., *ABCop.cit.*, pp. 14-16.

⁷⁷⁸ COOTER, R.J., RUBINFEL, D.L., *Reforming the New Discovery Rulesop.cit.*, pp. 62-63.

práctica de prueba- *Discovery Rule*- los abogados pueden considerar el recurso a otros mecanismos que la complementen como el *Mini Trial* o en los casos de gran complejidad técnica, el recurso a un panel de expertos para poder hacerse una idea anticipada de cómo podría ser valorada la prueba obtenida. El intercambio de informaciones puede resultar determinante para alcanzar un acuerdo que evite el litigio y sus costes⁷⁷⁹.

Probablemente, el mayor inconveniente que presenta el empleo de la *Discovery Rule* es la posibilidad de uso abusivo por alguna de las partes. Efectivamente, las partes pueden recurrir a maniobras estratégicas como la de requerir información a la otra parte sin tener en cuenta, o incluso a sabiendas, de que el costo de la práctica de la prueba supera el valor de los beneficios esperados. Para los casos de utilización abusiva del mecanismo, la penalización para la parte que lleva a cabo dicho tipo de conducta sería la codena en costas de la práctica de la prueba requerida⁷⁸⁰.

3.3.2.2 La prueba en el proceso civil español

La actividad probatoria en el Derecho español funciona de forma diferente, puesto que se encuentra prolijamente regulada y el legislador ha establecido los momentos procesales en que la prueba debe proponerse y practicarse⁷⁸¹.

La LEC⁷⁸² establece que las pruebas se practican a instancia de parte, aunque el Tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o

⁷⁷⁹ *Infra*.

⁷⁸⁰ COOTER, R.J., RUBINFEL, D.L., *Reforming the New Discovery**op.cit.*, p. 63.

⁷⁸¹ Las disposiciones generales sobre la prueba vienen reguladas en los arts. 281 al 386 de la LEC.

⁷⁸² Art. 282 LEC.

que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios cuando así lo establezca la ley⁷⁸³.

La prueba es un instrumento que puede ayudar a las partes a verificar, demostrar o acreditar la certeza de las alegaciones factuales esgrimida en los momentos procesales establecidos a tal efecto. Por lo tanto, es interés de las partes participar en esta actividad procesal para ver estimadas sus pretensiones. A su vez, la prueba es un instrumento al servicio del Juez constituyendo el medio del que este se sirve para determinar de entre todas las realidades susceptibles de la actividad probatoria cuales han quedado debida y suficientemente probadas⁷⁸⁴.

SANJURJO RIOS⁷⁸⁵ explica que el Juez cuenta posibilidades de intervención respecto a la práctica probatoria, pero no obstante, estas potestades no son ni mucho menos ilimitadas. El Juez al admitir, practicar y valorar la prueba se encuentra supeditado a la norma legal y las irregularidades al respecto pueden suponer la conculcación del derecho fundamental del ciudadano a contar con un procedimiento dotado de todas las garantías procesales. No obstante, el Juez goza de la facultad de admitir o inadmitir un medio de prueba en concreto, si bien no puede decidir sobre el objeto de la prueba, que es función a realizar por las partes a través de sus actos de alegaciones, de la misma forma, en algunos supuestos, no podrá valorar la prueba libremente al estar limitado por valor o efecto procesal atribuible a la misma viene fijado por la norma legal, con independencia de su convencimiento psicológico como juzgador. La autora explica que dadas las limitaciones de la potestad del juzgador en el ámbito

⁷⁸³ El Juez cuenta también con prerrogativas concerniendo la práctica de la prueba entre las que podemos destacar: a.) Podrá rechazar la presentación de documentos con finalidad probatoria que se presenten fuera del momento procesal establecido a tal efecto sin necesidad de solicitud de parte -art 272 LEC- en estos casos el juez actuará según los distintos casos y circunstancias. Las partes también pueden solicitar la inadmisión. Los momentos procesales para presentar los documentos vienen establecidos en los arts. 264 a 272. b.) El Tribunal podrá actuar de oficio si considera que alguna de las pruebas admitidas vulnera los derechos fundamentales de alguna de las partes -art. 287 LEC-. c.) El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que las pruebas se practiquen en un orden distinto al enunciado por la ley - art. 300 LEC- . d.) Ante la solicitud de parte de reconocimiento judicial, el Tribunal cuenta con margen de decisión respecto de la amplitud del reconocimiento, así como puede adoptar las medidas necesarias para asegurar la máxima efectividad del mismo arts. 353-354- LEC-. e.) De manera motivada y excepcional el Tribunal puede requerir los libros de los comerciantes-art.327 LEC-.

⁷⁸⁴ SANJURJO RIOS, E.I., *El Procedimiento Probatorio en el Ámbito del Juicio Verbal*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 24.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, pp. 27-28.

probatorio del proceso, resulta evidente que la práctica de la prueba no consiste en la búsqueda de la verdad material o real, estamos más bien ante un mecanismo procesal destinado a obtener el convencimiento del Juez sobre alegaciones factuales vertidas por los litigantes para poder así fijarlas en la sentencia.

Respecto del objeto de nuestro estudio, la ley procesal civil española cuenta con mecanismos procesales cuya revisión nos resulta aquí de especial intereses, por ser los que guardan alguna similitud con la *Discovery Rule*, estadounidense se trata de: las diligencias preliminares, la prueba anticipada y las medidas de aseguramiento de prueba.

Las diligencias preliminares tienen por finalidad la averiguación de datos que son indispensables para que un futuro procedimiento judicial pueda funcionar correctamente, se trata de datos que solo pueden ser obtenidos con auxilio judicial, por lo que esta diligencia tiene una función aclaratoria, careciendo de ejecutabilidad. Las Diligencias Preliminares únicamente pueden solicitarse sobre extremos concretos que aparecen enumerados en la LEC⁷⁸⁶, es decir, se trata de una lista *numerus clausus*. De la lectura del precepto que lista las diligencias preliminares que se pueden ser solicitadas se desprende que tienen por objeto la averiguación de datos relativos a la legitimación pasiva, aunque también pueden servir para determinar la capacidad y legitimación activa⁷⁸⁷. La doctrina divide en dos categorías las diligencias preliminares que se pueden solicitar, las de declaración- consisten en que el requerido declare sobre un dato personal necesario para la correcta formulación de un proceso posterior-y las

⁷⁸⁶ Art.256.1 LEC. LLORENTE CABRELLES L.R, “Las diligencias preliminares en el proceso civil” Tesis Doctoral, Facultad de Derecho. Universidad de Valencia., 2014, *vid.*, pp.60-71. (Consultada 14/01/2016)

[http://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20\(14%20puntos\)%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20(14%20puntos)%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

A este respecto y tras contrastar jurisprudencia, el autor de la tesis expone que las diligencias preliminares reguladas en el art. 256 LEC constituyen “*numerus clausus*”, por lo que solo pueden solicitarse y acordarse las previstas en dicho artículo o por leyes especiales, ello sin perjuicio de una interpretación flexible e incluso analógica.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, pp. 25-29. Al respecto de la naturaleza jurídica de las diligencias preliminares existe una discusión doctrinal, ya que parte de la doctrina las conceptúa como jurisdicción voluntaria y otra parte mantiene su carácter jurisdiccional, tesis en la que abunda la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Nosotros nos posicionamos con los que consideran que las diligencias preliminares son de carácter contencioso, ya que recurrir al Juez para que las acuerde implica la existencia de una controversia, ya que el que la solicitud se lleva a cabo proyectando un posterior proceso judicial.

de exhibición- suponen la exhibición de un objeto sobre el que verse la actuación con el fin de extraer una información necesaria para entablar una acción judicial.

Las medidas de anticipación de prueba y prueba anticipada permiten adelantar o asegurar incluso con anterioridad al inicio del procedimiento prueba relativa al fondo del asunto. La prueba anticipada puede ser practicada antes del inicio del procedimiento judicial, o una vez iniciado éste, antes del momento procesal oportuno. Estas pruebas se pueden practicar en relación a personas y la otra parte puede impugnar la solicitud. Las medidas que pueden proponerse son las establecidas en la norma procesal civil. El Tribunal tiene la potestad de acordar la práctica de la prueba anticipada si estima fundamentada la petición y una vez practicada los documentos y piezas de convicción obtenidos como consecuencia de su práctica quedarán bajo custodia del Tribunal⁷⁸⁸.

Las medidas de aseguramiento de prueba tienen la función instar las medidas necesarias para en que en el momento procesal oportuno una prueba pueda practicarse. Estas medidas se refieren a objetos materiales, por lo que no pueden ser aplicadas sobre las personas. Las medidas de aseguramiento no están especificadas en la ley, de forma que basta que el Tribunal estime que la solicitud de una medida está justificada⁷⁸⁹.

Los mecanismos mencionados, por el hecho de que puedan practicarse de forma anticipada al litigio pueden sugerir cierta similitud a sistema de la *Discovery Rule* estadounidense, pero existen no obstante, importantes diferencias que no nos permiten hablar de una verdadera asimilación. Los dispositivos mencionados tienen en común que permiten practicar prueba de forma previa al inicio del proceso judicial, pero no se trata de una actividad extrajudicial alejada del control del juez, ya que precisamente las figuras se caracterizan por propiciar el auxilio judicial para que las partes puedan preparar un proceso legal con las debidas informaciones. Ciertamente, debe admitirse que tales figuras pueden propiciar la evitación del litigio, ya que el conocimiento de ciertas informaciones de forma previa al juicio puede influir en las decisiones de los posibles demandantes y demandados e inclinarlos por el allanamiento, por

⁷⁸⁸ La prueba anticipada viene regulada en los art. 293 a 296.

⁷⁸⁹ Las medidas de aseguramiento de prueba se regulan en los arts. 297 a 298 LEC.

abandonar sus pretensiones o bien por buscar un acuerdo negociado para resolver el conflicto.

3.3.3 La confidencialidad

La ausencia de publicidad y por tanto el desconocimiento por terceros de la existencia y/o contenido del acuerdo puede inducir las preferencias de las partes por el acuerdo negociado frente al litigio. Algunos negociadores conceden un valor prioritario a la confidencialidad de las informaciones. El carácter privado del proceso negociador debe facilitar que las partes intercambien información que pueda ser útil para encontrar una solución negociada a su disputa. A este respecto, tal y como ya hemos expuesto en este trabajo de investigación, la revelación de información y/o admisión de hechos puede revestir riesgos debidos a varios motivos: en primer lugar, en caso de no dar fruto la negociación la información obtenida puede ser utilizada en un posterior litigio en contra de quien de buena fe la facilitó; en segundo lugar, las informaciones facilitada en la negociación podrían trascender a terceros, lo que en algunos casos puede resultar especialmente indeseable.

Para favorecer la resolución de conflictos mediante soluciones negociadas los ordenamientos jurídicos pueden incorporar normas que protejan la información intercambiada por las partes en los procesos de negociación. En este tema existen diferencias importantes entre el ordenamiento jurídico estadounidense y el español que analizamos a continuación.

3.3.3.1 El caso de EEUU

3.3.3.1.1 La norma 408 de la Ley Federal de Procedimiento Civil

De forma general, el tratamiento de las ofertas llevadas a cabo en el curso de una negociación se inspira en la llamada “teoría inglesa” o “del contrato”, por la que se asume que las ofertas realizadas en una negociación lo son “sin perjuicio” y a menos que la oferta sea aceptada. De esta forma, en tanto no exista contrato, la oferta no puede ser presentada como prueba en juicio para determinar la responsabilidad. La oferta es vista como un deseo de paz y no como una admisión de responsabilidad, si bien estas teorías no excluyen

necesariamente la pertinencia probatoria de afirmaciones de hecho o conductas que no se hayan llevado a cabo para la formación del compromiso⁷⁹⁰.

WENNINGER⁷⁹¹ argumenta que los procesos de negociación razonables requieren que las partes tengan acceso a los hechos relativos a la disputa sobre la que intentan alcanzar una solución negociada. Es frecuente que la revelación de las fortalezas y debilidades de las propias demandas dependan exclusivamente de la voluntad de cada una de las partes, por lo tanto, en un sistema legal como el estadounidense, en el que el acuerdo es el mecanismo imperante en la resolución de disputas, el legislador debe incentivar el intercambio libre y fluido de información entre los negociadores. El autor facilita los datos que han arrojado los estudios de medición de la litigiosidad en EEUU revelando que el número de casos llegan a resolverse mediante litigio es escaso y decreciente. Además, en relación a los casos en los que se llega a presentar una demanda judicial en los Tribunales Federales aproximadamente el 50% se resuelven sin ningún tipo de actividad probatoria y en un 25% de los casos la prueba practicada es mínima. Lo anterior, quiere decir que las negociaciones que puedan llevar a un acuerdo entre los litigantes dependen en gran medida de la investigación que lleve a cabo cada una de las partes, así como, de la información que las partes intercambien voluntariamente.

Respecto a la confidencialidad en las negociaciones, la más paradigmática de estas normas es la *Federal Rule of Evidence 408*. Esta norma ha sido replicada de alguna forma por una gran mayoría de los estados que componen la Unión. La primera versión de la norma remonta a 1975 y la última revisión de la misma data del 2011⁷⁹². Esta norma fue instaurada para incentivar a las soluciones

⁷⁹⁰ WILLIAMS, G.R., *Legal Negotiation ...op.cit.*, pp. 106-107. De hecho, los Tribunales, encuentran dificultades para distinguir las manifestaciones que han conformado el compromiso, que es lo que está protegido, de las colaterales. Por ejemplo si la responsabilidad está admitida y lo que se negocia es el monto de las pérdidas, la oferta de compromiso puede ser admitida como prueba de que existe responsabilidad pero no como prueba de las pérdidas.

⁷⁹¹ WENNINGER, R.A., *Amended Federal Rule of Evidence 408: Trapping the Unwary*, 26, *Rev. Litg.* 402, 2007, pp. 402-456, *vid.*, pp. 405-412. (Consultado 28/11/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/rol26&id=1&size=2&collaction=journals&index=journals/rol>

⁷⁹² La reforma de la norma fue de estilo de redacción para facilitar la comprensión, ya que es una norma que ha suscitado no pocos problemas de interpretación. La intención del legislador ha sido modificar ninguna regla de la normativa de admisibilidad de pruebas. *Vid.*, *Committee Notes on Rules 2011 Amendment*. https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_408. (Consultada 11/01/2016).

negociadas a las disputas legales. El legislador consciente de que la revelación de información trascendental resulta en muchas ocasiones absolutamente necesaria para allanar el camino al acuerdo, decidió instaurar un mecanismo legal que impidiera el uso de la información intercambiada en el proceso de negociación en un litigio posterior.

La norma 408 tiene atribuida la función de impedir que sea admitida la prueba relacionada con una oferta de transacción entre las partes cuando con esta prueba se pretenda probar la validez o invalidez de una reclamación, la cuantía reclamada o impugnar en base a una declaración anterior inconsistente o contradictoria que una persona ha provisto, ofrecido o prometido proveer, o bien ha aceptado, ofrecido aceptar o prometido aceptar algo de valor con el propósito de intentar o lograr transigir una reclamación cuando estaba en controversia su validez o la cuantía reclamada⁷⁹³.

La norma impide la admisibilidad como prueba de las conductas o declaraciones efectuadas durante las gestiones dirigidas a transigir⁷⁹⁴, pero no resulta de aplicación cuando la prueba se pretende utilizar para otros propósitos⁷⁹⁵.

En el segundo párrafo la norma presenta las excepciones que no siempre son de fácil interpretación, por lo que puede convertirse en una trampa para los negociadores. REUBEN⁷⁹⁶ califica la norma de contraproducente, ya que puede llevar a presumir a los negociadores que las informaciones que intercambian en el proceso de negociación son por lo general confidenciales, cuando la realidad no es esa. Para el autor, la redacción del precepto no se corresponde a la nueva visión de la negociación como proceso en el que deben ponerse de manifiesto necesidades, intereses y preferencias sobre las posiciones o manifestaciones.

La norma protege las manifestaciones o admisiones de falta realizadas durante una negociación, si bien en la práctica son numerosas las jurisdicciones que restringen la aplicación de la norma a las ofertas de acuerdo. Los redactores de

⁷⁹³ Rule 408 (a) (1)

⁷⁹⁴ Rule 408 a 2

⁷⁹⁵ Rule 408 b

⁷⁹⁶ REUBEN, R.C., *The Dirty Little Secret of Legal Negotiation: Confidentiality under Federal Rule 408 and Relate State Laws*, University of Missouri, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper, N° 2014, pp.2-3. (Consultado 16/06/2015).

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491686

la norma se han manifestado en contra de la distinción alegando que entorpece la comunicación libre y fluida entre las partes que negocian. Además, las distinciones podrían favorecer a los negociadores expertos convirtiéndose en una trampa para los más desprevenidos e incautos⁷⁹⁷.

Debe tenerse en cuenta que la regla 408 únicamente se aplica a lo que en un proceso de negociación se puede llamar un compromiso, en este caso una oferta, un número representado un valor, por lo tanto no debe ser tomado como referencia el proceso de negociación legal que es mucho más amplio, ya que puede implicar el análisis de un soluciones numerosas y de diferente índole, mientras el compromiso se refiere a un intercambio de valor⁷⁹⁸. Además, la norma se refiere a la oferta o aceptación de “algo de valor” de forma que no se puede aspirar a la protección que otorga si se realiza una oferta que pueda estimarse frívola en relación con la demanda⁷⁹⁹.

Podemos afirmar que, en realidad, la norma no tiene una extensión en la aplicación tan amplia como pudiera parecer a simple vista y deben tenerse en cuenta como mínimo lo siguiente:

- La protección que otorga la norma se refiere únicamente a la utilización de la información en un litigio, no en otra situación⁸⁰⁰. Por lo tanto, la norma por sí misma no protege de la revelación pública de la información intercambiada un proceso de negociación.
- La protección no se extiende a cualquier documento simplemente porque haya sido presentado en el transcurso de un proceso de negociación. Los documentos o pruebas que eran preexistentes no quedarán normalmente protegidos. De forma que los negociadores no pueden pensar que la regla 408

⁷⁹⁷ EHRHARDT, CH. W. *Confidentiality, Privilegeop.cit.*, p. 102.

⁷⁹⁸ REUBEN, R.C., *The Dirty Little Secret of Legal Negotiation: Confidentiality under Federal Rule 408 and Relate State Laws*, University of Missouri, *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper, N° 2014, *vid.*, p. 8. (16/06/2015).
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491686

⁷⁹⁹ WILLIAMS G.R., *Legal negotiation and settlement,.....op.cit.*, p. 108.

⁸⁰⁰ Así se desprende del tenor de la norma al referirse al compromiso de ofrecer o aceptar en el intento de llevar a cabo una transacción sobre una controversia.

es un escudo detrás del cual puede protegerse cualquier documento o prueba que pudiera obtenerse por otro medio admisible en derecho⁸⁰¹.

- La protección que otorga la norma únicamente tiene lugar si la finalidad de la prueba es respecto de la validez o valor del objeto en disputa, pero no si es otra como la de determinar el sesgo de un testigo⁸⁰².
- La aplicación de la regla opera únicamente si existía una disputa preexistente entre las partes cuando la prueba fue creada o producida. En ocasiones, puede resultar complicado establecer la existencia de una disputa en el marco de unas negociaciones⁸⁰³.

Cuando la regla no protege las manifestaciones llevadas a cabo en una negociación, los abogados estadounidenses pueden recurrir a la táctica de expresarse “condicionalmente” o “hipotéticamente” para evitar que lo manifestado resulte prueba admisible en un posterior procedimiento judicial⁸⁰⁴.

Un mecanismo adecuado para asegurar o extender la protección que otorga la *Rule 408* son los contratos de confidencialidad entre las partes. No obstante, debe tenerse en cuenta que no todos los Tribunales están dispuestos a aceptar limitaciones en su derecho a examinar pruebas que estimen precisas para formarse una convicción para dictar la resolución que resuelva el litigio⁸⁰⁵.

3.3.3.1.2 El caso español

Como apuntábamos, en el ordenamiento jurídico español no existe ninguna norma similar a la *Rule 408* de la LFPC. En todo caso, las conductas acontecidas

⁸⁰¹ EHRHARDT, C.W., *Confidentiality, Privilege and Rule 408: The Protection of Mediation Proceedings in Federal Court*, 60 *Louisiana Law Review* (1999), pp. 91-126, *vid.*, p. 104. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss1/6> WILLIAMS G. R., *Legal negotiation and settlement.....op.cit.*, p. 5

⁸⁰² EHRHARDT, C.W., *Confidentiality, Privilege.....op.cit.*, p. 105.

⁸⁰³ *Weems v. Tyson Foods* 665 F.3d 958, 964 (8th Cir. 2011) “We agree with our sister circuits in recognizing a dispute need not “crystallize to the point of threatened litigation” for the 408 exclusion rule to apply”. “Estamos de acuerdo con las otras jurisdicciones en reconocer que una disputa para ser considerada como tal no necesita llegar al punto de amenazar con derivar en litigio afectos de aplicación de norma 408” Traducción autora.

⁸⁰⁴ WENINGER, R.A., *Amended Federal Rule.....op.cit.*, pp. 406 y siguientes. El autor refiere que las manifestaciones formuladas hipotéticamente en una negociación no son admisibles como prueba en juicio por irrelevantes. Refiere la sentencia *United States v. Tuschman*, 405 F.2d 688, 690 (6th Cir. 1969).

⁸⁰⁵ WILLIAMS G. R., *Legal Negotiation....op.cit.*, p. 107.

en el curso de procesos de negociación que pudieran ser objeto de reproche legal se encuentran reguladas en los preceptos aplicables a las obligaciones y deberes precontractuales. Dicha normativa es más bien escasa, si bien existe una propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos que de prosperar significaría la introducción en el código civil una obligación concerniendo la confidencialidad en las negociaciones.

En el ordenamiento jurídico español. el eje central de las obligaciones de las partes en las relaciones precontractuales lo encontramos en el principio de buena fe que debe presidir tanto la fase de la formación del contrato como el posterior ejercicio de los derechos y obligaciones que de este deriven⁸⁰⁶. A este respecto, el código civil español en su tratamiento del principio de buena fe comercial no señala las conductas que pudieran reputarse como infracción del deber, por lo que el principio carece de una formulación positiva concreta de acciones u omisiones reunidas bajo dicha denominación, lo que en modo alguno favorece o fomenta la seguridad jurídica de quienes negocian⁸⁰⁷. La situación descrita ha llevado a recurrir a construcciones doctrinales⁸⁰⁸, jurisprudenciales y a la aplicación de los principios recogidos en artículos del código civil relacionados con la fase precontractual. De forma general, se identifican como contrarias a la buena fe⁸⁰⁹ conductas tales como entablar negociaciones cuando en realidad no se tiene intención alguna de llegar a un pacto, la ruptura

⁸⁰⁶ El art. 1258 del Código Civil pone en conocimiento de los contratantes la obligación de atenerse a los parámetros de la buena fe en la relación contractual, y aunque obvie mencionar la fase precontractual o de formación del contrato es comúnmente aceptado que esta regla es válida para dicha fase por aplicación analógica tanto del art. 1.258 del CC., como del 7.1 del mismo Código. CONDE MARIN, E., “El Deber de Negociar de Buena Fe” en Un Estudio de la Buena Fe Como Elemento de Integración del Contrato de Trabajo, edición nº1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007.

⁸⁰⁷ GARCIA RUBIO, M.P., La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 43. En este sentido, la autora dice que cualquier lista que se pretendiera hacer sería incompleta.

⁸⁰⁸ MANZANARES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares” capítulo tesis doctoral *La ruptura injustificada de las negociaciones preliminares: un supuesto de responsabilidad precontractual*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid., pp. 688 y siguientes.

http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1984-30068700748 ANUARIO DE DERECHO CIVIL *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares* En cuanto a la ruptura injustificada de las negociaciones, el autor establece que deben concurrir al menos tres requisitos: ruptura injustificada de las conversaciones, que la parte que las rompe haya creado en la otra confianza en la conclusión del contrato, que la ruptura de las negociaciones produzca un daño patrimonial en la parte que sufre las consecuencias.

⁸⁰⁹ GARCIA RUBIO, M.P., La Responsabilidad Precontractual.....*op.cit.*, pp.30-41.

injustificada de procesos de negociación, la omisión de información sobre circunstancias que pueden llegar a determinar el consentimiento de las partes en la contratación⁸¹⁰, la falta de veracidad en las informaciones empleando la falsedad o el engaño⁸¹¹, el incumplimiento de cooperación⁸¹², y la infracción del deber de confidencialidad respecto de informaciones que de ser divulgadas perjudicarían a la otra parte.

La situación actual, marcada por una dosis de inconcreción, podría quedar mejor resuelta, si entra en vigor la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Dicha Propuesta dedica más de una veintena de artículos-del 1.245 al 1.268- a la formación del contrato, pero es el primero de ellos el que guarda una relación más estrecha con nuestro objeto de estudio y se hace, por tanto, merecedor de especial análisis. El precepto regularía las conductas relevantes de los intervinientes en los procesos de negociación que en el código civil actual no están reguladas de forma expresa.

El artículo recogido en la propuesta mencionada presta mayor atención a la fase precontractual y a la negociación. El precepto 1245 de la propuesta titulado De

⁸¹⁰ VALES DUQUE, P. Responsabilidad Precontractual o Culpa In Contrahendo en Teorías y Aplicaciones sobre la Noción de Responsabilidad Jurídica, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 559. El autor dice que para fijar el deber de informar debe tenerse en cuenta la desigualdad informativa entre ambos contratantes no resulta criterio suficiente, debe existir una razón que justifique que la desigualdad debe ser descompensada, y se deba proteger a un contratante a costa del otro. ⁸¹⁰ GARCIA RUBIO, M.P., La Responsabilidad Precontractual*op.cit.*, p. 45 y siguientes. La autora expone que en cuanto a las informaciones que deben facilitarse existe dificultad para determinar la extensión y límites del mencionado deber. La regla general es que cada uno debe preocuparse de sus propios intereses y procurarse las informaciones precisas, pero en determinadas circunstancias la regla de la buena fe exige que se faciliten determinadas informaciones. Cuando el deber no se respeta, la responsabilidad del infractor puede instrumentalizarse en la apreciación del error excusable de la contraparte o estimando la reticencia dolosa considerada como supuesto de dolo. La autora señala que la jurisprudencia española adolece de imprecisión al delimitar los límites de ambos institutos. Las Sentencias (Sala 1ª) 12-7-1885 y la STS (Sala 1ª) 27-3-1989, realizan en casos de compraventa de casa y terreno, una valoración totalmente distinta acerca de la excitabilidad del error del comprador.

⁸¹¹ *Idem*. Los datos que se comuniquen las partes, ya sea de forma espontánea o por obligación deben ser veraces. La ignorancia o creencia en falsa información debe ser excusable, el que la alega debe haber atendido a la diligencia que le sea exigible en la tutela de sus propios intereses, atendiendo a las circunstancias personales de tiempo y lugar. El deber de informar de una parte no puede legitimar la pasividad ni el descuido de los propios intereses de la otra. Deben también tomarse en consideración las limitaciones económicas como el costo de la información a proporcionar que puede no justificarse o el riesgo de dar ciertas informaciones de carácter técnico datos amparados por el secreto industrial.

⁸¹² VALES, DUQUE, P. Responsabilidad Precontractual*op.cit.*, pp. 558-560. Este deber proyecta efectos cuando se forma el contrato, cuando se celebra y durante el cumplimiento.

las Negociaciones⁸¹³, consta de cinco apartados. A efectos de análisis del artículo, clasificamos las aportaciones del precepto de la propuesta en dos ámbitos:

a. La buena fe en las negociaciones.

El artículo consagra la libertad de las partes a entablar negociaciones dirigidas a la formación del contrato, así como, a abandonarlas o romperlas en cualquier momento. El contenido es acorde al imperio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual propio del ordenamiento jurídico español. Del mismo modo incorpora en el apartado 2, la obligación de las partes a actuar conforme a las exigencias de la buena fe, lo que no supone novedad alguna, al ser ya requerida la actuación conforme a buena fe en la regulación existente. Lo que realmente aporta la redacción de nuevo artículo es concreción, ya que el punto 4 del precepto establece que se estimaran conductas contrarias a la buena fe entablar o negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo negociaciones, así como interrumpirlas injustificadamente. El negociador que incurra en este tipo de conductas será responsable de los daños causados a la otra parte.

b. La confidencialidad de la información conocida en los procesos de negociación.

En este sentido, el precepto establece que si durante las negociaciones una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido únicamente podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.

Al respecto de la confidencialidad que en el derecho civil español se presume a las informaciones que se intercambian en los procesos de negociación es

⁸¹³ Se prevé que la Sección Primera del Capítulo II del Título II del Libro IV “De la formación del contrato” se rubrique “De la negociación. Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, Boletín de Información Año LXIII, Enero 2009. ISSN: 0211-42-67. Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, GARCIA RUBIO, M.P. La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Núm., 2130, Abril 2011. (Consultado 25/03/2014). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915700>.

preciso señalar que no toda la información intercambiada en una negociación está protegida. GARCIA RUBIO⁸¹⁴ explica que la regla general es la libertad, es decir, en principio la información recibida se trata como no confidencial. La confidencialidad de la información puede venir marcada por la naturaleza o finalidad del contrato, así como, por el carácter de la información, por ejemplo, listas de clientes, o características de los sujetos destinatarios, por ejemplo, posibles competidores.

En términos generales, la incorporación de un precepto del tenor propuesto al del Código Civil no supondría en absoluto ni una revolución ni una modificación significativa de la situación actual, si bien aumentaría la seguridad jurídica de quienes negocian al plasmar en el código unas obligaciones y deberes, que como ya hemos señalado, hasta ahora se habían ido estableciendo por vía doctrinal y jurisprudencial. No obstante, interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales van a desempeñar un papel relevante, ya que el artículo no recoge ni mucho menos, todas las conductas, que pudieran resultar sancionables por faltar al deber de la buena fe en las negociaciones⁸¹⁵.

El análisis detenido del que sería el nuevo 1.245 del Código Civil, nos muestra que el precepto cuenta con virtudes, pero también alguna carencia.

Debe valorarse de positivamente que el precepto utilice el término “negociaciones”, que si bien sinónimo, como termino resulta más abstracto que el de “tratos preliminares”. El vocablo utilizado permitiría extender su protección

⁸¹⁴ GARCIA RUBIO, M.P., La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modificación del Derecho de Obligaciones y Contratos, ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. IV., pp. 1621-1642, *vid.*, pp. 1632-1636.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40162101642 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificaci%F3n del derecho de obligaciones y contratos

⁸¹⁵ La redacción del artículo se limita a referirse a los que parecen ser los supuestos más importantes, el de ruptura injustificada de tratos y el de iniciar negociaciones sin intención de concluir contrato, pero resulta criticable que no trate de forma expresa temas que resultan también relevantes como el de la posibilidad de las negociaciones paralelas o el deber de información.

a más situaciones en el proceso que se inicia cuando las partes se plantean iniciar los intercambios que las lleve a la conclusión de un contrato⁸¹⁶.

En cuanto a las carencias que pueden apuntarse respecto del precepto analizado, nos parece destacable la ausencia de calificación de la naturaleza de la responsabilidad, contractual o extracontractual, que surge en caso de incumplimiento y esta cuestión será sin duda objeto de debate, ya que lejos de ser una entelequia teórica reviste efectos prácticos, especialmente, porque el artículo tampoco indica un plazo de prescripción. Nosotros somos partidarios de calificar como extracontractual la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo que analizamos. Nuestro argumento central se justificaría en la búsqueda de concordancia con el marco jurídico comunitario con el que la reforma pretende una convergencia y aquí conviene recordar que la responsabilidad precontractual está regulada en el Reglamento ROMA II, la norma comunitaria que regula los conflictos de ley aplicable respecto a la responsabilidad extracontractual⁸¹⁷.

Respecto del tema que nos ocupa, el de la garantía de la confidencialidad en los procesos de negociación, si el artículo se incorpora al Código Civil, indudablemente la confidencialidad de las informaciones quedaría mejor protegida al aumentar la seguridad jurídica mediante la regulación de las conductas que hasta ahora eran tratadas en construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Podemos observar que respecto a la obligación de confidencialidad, el artículo es sumamente escueto y únicamente contiene una obligación de carácter muy genérico, por lo que pesar del significativo avance, como ya hemos referido, los contenidos específicos de la obligación, como ya

⁸¹⁶ QUESADA SANCHEZ, A.J., “Las Negociaciones Dirigidas a la Formación del Contrato” en Derecho Privado Europeo y Modernización Contractual en España, Atelier, Barcelona, 2011, Director: Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Coordinadores: M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano, p. 91. QUESADA SANCHEZ, estima acertados numerosos elementos y aspectos del precepto de la propuesta que tratamos:

a.) La ubicación resulta lógica, pues se coloca antes de la formación del contrato mediante la oferta y la aceptación y es aplicable a todo tipo de contrato, se trata de un artículo único, lo que facilita la sistemática de la regulación y la tarea del intérprete y aplicador de la norma.

b.) Es una regulación razonablemente completa. No se han incluido conceptos como “razonable confianza” o “justa causa”, lo que el autor lamenta, si bien entiende que se seguirá recurriendo a diversos lugares comunes que los Tribunales vienen admitiendo.

⁸¹⁷ GARCIA RUBIO, M.P. La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, Boletín del Ministerio de Justicia....*op.cit.*, p.10. La autora dice que a primera vista esa parece ser la calificación autónoma de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II.

hemos referido, se irán, sin duda algún estableciendo y asentando por vía doctrinal y jurisprudencial.

Si la comparamos con la norma 408 norteamericana existe una diferencia esencial, ya que dicha norma protege las informaciones de ser utilizadas como prueba en un procedimiento judicial, es decir, se trata de una norma con proyección estrictamente procesal. La norma de la propuesta de lo que el artículo 1245 del Código Civil proyecta una protección genérica no limitando la utilización indebida de la información a un ámbito concreto, por lo que en principio las normas cumplen funciones distintas.

Las informaciones protegidas tampoco son las mismas, puesto que la norma estadounidense restringe la aplicación a un núcleo de informaciones muy concretas, mientras la norma española protege cualquier información que pueda calificarse de confidencial. Si la norma queda incorporada al Código Civil este extremo será probablemente el que suscite más problemas de interpretación.

Al igual que en el caso de EEUU, en el caso español, tanto bajo la regulación actual como en el caso de que el artículo 1245 de la propuesta pase a integrar el Código Civil, lo prudente cuando la confidencialidad es prioridad es y será tomar las medidas oportunas al respecto estableciendo los pactos convenientes de forma expresa mediante un acuerdo de confidencialidad.

CONCLUSIONES PARTE SEGUNDA

- En nuestros días, el litigio judicial sufre un desprestigio social importante. Aparte de la consabida crítica de coste excesivamente elevado y las interminables dilaciones, las acusaciones se extienden a la falta de especialización y a la excesiva rigidez de los procedimientos judiciales, de modo que parece que para muchos no ha merecido la pena la gran conquista que supone en los Estados de Derecho Democráticos la garantía a la tutela jurídica de los derechos de los ciudadanos. Ante tal situación, todo indica que la solución de los problemas que aquejan a la Administración de justicia no parecen pasar por la reforma o el incremento de recursos para paliarlos, sino que la apuesta se orienta a una gran campaña de fomento de mecanismos de resolución de conflictos diferentes al litigio, entre ellos la negociación. Como hemos explicado, para el colectivo de la abogacía resolver las disputas al margen de los Juzgados no es nada nuevo, es más, los abogados se han distinguido tradicionalmente por intentar resolver los conflictos en los que están inmersos sus clientes por vías conciliadoras, por ello, la negociación es parte fundamental de la actividad de estos profesionales. No obstante, no todo puede o debe negociarse, la negociación de disputas legales, así como el empleo de otros mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio no resulta ser en todos los casos la opción apropiada. Tal y como hemos expuesto, la negociación si bien presenta importantes ventajas frente al litigio también presentan serias desventajas. Hoy sabemos, que en el ámbito de las disputas legales, no todo puede/debe negociarse.
- Los ADR reciben la atención de todos, la de la doctrina que los ensalza, la del legislador que los regula, la de los poderes públicos que no dudan en asignar recursos a su fomento y puesta en marcha. Los defensores de los ADR nos intentan persuadir de que superan prácticamente todos los inconvenientes que presenta el tradicional litigio, lo que puede que no sea en absoluto cierto, pero lo preocupante es que parece que en su entusiasmo, algunos olviden todo el litigio representa: garantía de acceso a la justicia, igualdad entre los ciudadanos, equilibrio de poder, publicidad y transparencia. En otros contextos, ya se ha vivido una situación de euforia similar, y puede que ello debiera invitarnos a observar y reflexionar. Nosotros, hemos tomado como referencia el contexto estadounidense y el panorama no parece muy halagüeño. En EEUU, la posibilidad del recurso obligatorio a los ADR y a la negociación legal ha sido

contestada por la doctrina, ya que el recurso obligatorio a estos mecanismos de forma previa al procedimiento judicial pone en primer plano dos cuestiones fundamentales: la relativa a la falta del consentimiento libre y válido de las partes que es la base de toda solución pactada a una disputa legal y la posible alteración del derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos, uno de los pilares básicos de los modernos Estados de Derecho Democráticos. Además, en EEUU, ya hay quien ya admite que la mediación no ha tenido el éxito esperado y una de las causas podría encontrarse en la obligatoriedad del mecanismo que parece haber contribuido a que sea percibida simplemente como un estadio o trámite más del proceso judicial. En España, llevamos unas décadas de retraso, pero se observan signos que muestran que el escenario que acabamos de describir, puede llegar a producirse con relativa facilidad. Hoy vivimos una fase de entusiasmo ante el auge de los ADR, que son bienvenidos y alabados de forma casi unánime por la doctrina, el legislador, los órganos jurisdiccionales e incluso por el colectivo profesional de la abogacía. En cuanto a las valoraciones sobre el éxito o fracaso de los ADR, especialmente, del mecanismo que está de “moda” la mediación, es obvio que la legislación y la operativa desplegada no cuentan con el recorrido suficiente para llevar a cabo evaluaciones en base a datos suficientes y contrastados y será necesario que se emprendan los proyectos de investigación-evaluación oportunos. No obstante, como hemos referido, existe ya una primera evaluación de la implantación y éxito de la mediación a nivel comunitario, con unos resultados realmente poco alentadores.

En EEUU, el sistema judicial privilegia de forma importante las soluciones negociadas para evitar el litigio. La legislación procesal estadounidense incorpora mecanismos que tienen como finalidad fomentar el acuerdo entre las partes. Es cierto que pueden extraerse numerosas y productivas enseñanzas del funcionamiento del sistema judicial estadounidense en cuanto al tratamiento de la negociación legal, arbitraje, mediación y los diversos mecanismos de resolución de conflictos que ya cuenta con un recorrido importante, pero también es cierto que estamos ante ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales que presentan diferencias más que notables, por lo que la extrapolación debería ser siempre muy cuidadosa. Debemos tener en cuenta que los EEUU son un ejemplo

paradigmático lo que es un ordenamiento legal complejo en la más amplia extensión de dichos términos, ya que se trata de un sistema que acumula la pluralidad jurisdiccional a la pluralidad de legislaciones estatales aplicables. En el caso español, la situación es diferente en los dos niveles, si bien es cierto que existe una pluralidad legislativa de orden territorial, dada la organización del Estado en CCAA, la complejidad del sistema dista mucho de asimilarse a la de EEUU. Por lo expuesto, es lógico que los estadounidenses puedan sentir la necesidad de crear mecanismos que resuelvan los conflictos y disputas legales con un grado de complejidad menor y con un nivel de adaptabilidad mayor que los ofrecidos por el sistema judicial/procesal tradicional, que por otra parte, debe continuar garantizando los derechos de los ciudadanos en las condiciones y términos que el poder judicial tiene encomendado en los Estados de Derecho Democráticos.

- Como hemos expuesto, la resolución de disputas legales mediante la negociación es una de las funciones profesionales desempeñadas cotidianamente por los abogados. No obstante, la negociación no es el mecanismo de resolución de conflictos más indicado en todos los casos. El abogado debe contar con las capacidades necesarias para aconsejar al cliente con un criterio profesional impecable respecto de una de las decisiones más relevantes que implica la representación legal, la elección entre litigio o negociación. A lo largo del capítulo tercero hemos expuesto los elementos que deben tomarse en consideración para llevar a cabo la valoración de los méritos legales del caso, lo que servirá al profesional para prever el resultado probable del litigio, así como, para formarse una expectativa razonable respecto del acuerdo que se podrían alcanzar en un proceso de negociación. Hemos también expuesto una serie de factores que deben tenerse en cuenta para optar por el litigio o la negociación: costas procesales, confidencialidad de las informaciones intercambiadas, entre otros. Todos estos elementos, por si mismos y/o combinados, están en la base de la existencia de una mayor o menor “cultura negocial”, por lo que si el interés del legislador es el de promover la resolución de disputas legales sin recurrir al litigio, debería orientar políticas y legislación, siempre sin debilitar el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos, a

convertir las soluciones negociadas en la modalidad “preferida” de solventar los conflictos.

Parte Tercera
Negociación Legal y Deontología
Profesional

Introducción a la parte tercera

Continuando con nuestra investigación sobre las negociaciones legales, en esta parte abordaremos las temáticas relativas a los abogados, los intervinientes esenciales en dichos procesos. Estudiaremos los requisitos de acceso al ejercicio de la abogacía, así como, los diferentes tipos de responsabilidades a las que los abogados están sujetos en el ejercicio de su actividad. Finalizamos nuestra tesis abordando una temática prácticamente desconocida en el marco jurídico español, el análisis de la norma deontológica respecto de los procesos de negociación legal, prestando especial atención a la protección otorgada por dicha norma a la parte contraria por las actuaciones incorrectas del abogado en dichos procesos.

La profesión de abogado es en la mayoría de los ordenamientos jurídicos una profesión regulada. El acceso al ejercicio profesional precisa del cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa al respecto y supone la sujeción a la responsabilidad disciplinaria profesional por la infracción de la norma deontológica.

En el capítulo primero, llevaremos a cabo una breve comparación en referencia a los ordenamientos jurídicos estadounidense y español sobre los requisitos para ejercer la Abogacía, así como, la naturaleza y aplicación de las normas específicas de orden disciplinario a las que estos profesionales están sujetos.

Los abogados están sujetos al ordenamiento jurídico en general al igual que el resto de los ciudadanos, no obstante, la función de defensa que desempeñan los convierte en cooperadores de la Administración de justicia resultando ser una pieza clave en la tutela jurídica de los derechos de los ciudadanos. Esta contribución tan relevante, conlleva que la aplicación de las normas legales, en algunas ocasiones, pueda revestir ciertas particularidades con la finalidad de que las funciones que estos profesionales tienen encomendadas sirvan a los fines que tienen asignados.

En el capítulo segundo, analizamos las diferentes responsabilidades a las que pueden estar sujetos los abogados en el ejercicio de su actividad, la responsabilidad civil, la penal, la disciplinaria en sus vertientes procesal y colegial. Tras el estudio de las diferentes responsabilidades, trataremos las

interacciones que pueden establecerse entre las normas que las configuran, es decir, como concurren y como se excluyen, intentando así identificar los parámetros que sirven para establecer las delimitaciones entre las fronteras que las distinguen.

En EEUU, el tema de la ética profesional de los abogados en los procesos de negociación legal ha despertado un gran interés doctrinal y es objeto de un desarrollo normativo más extenso y profundo que el que puede encontrarse en otros ordenamientos jurídicos. El deber de veracidad del abogado parece ser una preocupación central de la doctrina, inquietud que ha encontrado respuesta en la norma deontológica, ya que las *Model Rules* contienen preceptos dedicados a los procesos de negociación, y en concreto, una norma regulando el deber de veracidad de los abogados en dichos procesos. En España, la situación es diferente, la doctrina sobre deontología profesional legal apenas trata de forma específica la problemáticas de los procesos de negociación legal, y la protección que despliega sobre la parte contraria es débil.

En el capítulo final de la tesis, estudiaremos la responsabilidad disciplinaria del abogado centrándonos en las normas que presentan mayor relación con los procesos de negociación, prestaremos especial atención a las normas que protegen a la parte contraria en procesos privados como las negociaciones.

Capítulo Primero

Cuestiones Generales de Deontología

1.1 Requisitos para el ejercicio de la abogacía

Como dice WENDEL⁸¹⁸, el elemento distintivo entre una profesión y “una mera actividad económica” reside en el control en el acceso al que están sujetas las primeras. En los diferentes sistemas legales, el acceso al ejercicio de la profesión de abogado suele estar sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, de forma que junto a la correspondiente cualificación académica de rango universitario, generalmente, el ejercicio de la abogacía requiere la membresía a la corporación profesional correspondiente.

1.1.1 Requisitos para el ejercicio profesional

1.1.1.1 El caso estadounidense

En relación a los requisitos de acceso a la profesión de abogado en EEUU, debemos empezar subrayando la falta de uniformidad territorial al respecto, de modo que entre los diferentes estados encontramos diferencias remarcables tanto relativas a las cualificaciones académicas requeridas como a la necesidad de colegiación obligatoria en las *State Bar*. En este apartado enumeraremos los requisitos que operan de forma más extendida, pero debe tenerse en cuenta que, tal y como acabamos de mencionar, pueden existir variaciones más o menos pronunciadas dependiendo del Estado de que se trate.

En EEUU, la ABA creada en 1878 y las Asociaciones Profesionales de los diferentes Estados desempeñaron un papel fundamental en la imposición del paso por las aulas de las facultades de derecho como un requisito ejercer la abogacía⁸¹⁹. Con el cambio de siglo, es decir, desde inicios de la pasada centuria, el modelo de educación legal paso consistir en tres años de educación académica sustituyendo al aprendizaje.

⁸¹⁸ WENDEL, W.B., *Professional Responsibility*, Wolters Kluwer, Fourth Edition, New York 2014, pp. 4-8.

⁸¹⁹ PEARCE, R.G., JENOFF, P., *Nothing New Under The Sun: How the Legal Profession's Twenty-First Century Challenges Resemble Those Of The Turn Of The Twentieth Century*, *Fordham Urban L.J.* 481 (2012) pp. 481-502, *vid.*, p. 491. (Consultado 17/11/2014). <http://ssrn.com/abstract=2320558>. El autor señala que hasta ese momento los abogados se formaban en régimen de aprendizaje bajo la supervisión de un abogado experto.

La ABA aprueba los estándares para las facultades de derecho y certifica que facultades los cumplen⁸²⁰. Uno de los títulos aprobados es el *Juris Doctor*⁸²¹ obtenido en una de las escuelas aprobadas por la ABA. Las facultades certificadas coexisten con las que no cuentan con la aprobación de la ABA, expiden títulos aceptados por las *State Bar* de algunos estados⁸²².

Como mencionábamos, los requisitos académicos son objeto de diferencias notables en los diferentes estados⁸²³. El caso más extremo sería el del estado de California que permite el acceso a la profesión sin haber estudiado en una facultad de derecho⁸²⁴. En otros estados, como el de Nueva York, el acceso a la *State Bar* es posible con un año de estudios cursados en una facultad, si bien la formación deberá ser completada con un régimen de aprendizaje. Debe tenerse, no obstante, en cuenta que conseguir que un abogado admita tutelar todo el periodo de aprendizaje exigido, en el caso de Nueva York tres años, puede resultar especialmente complicado, lo que unido a la creciente calidad de

⁸²⁰ *The Council of The ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar* desde 1920 desempeña la función de acreditación de las escuelas.

⁸²¹ Adicionalmente, algunas facultades ofrecen programas *post J.D.*, llamados *LL.M* y *JSD* para estudiantes que desean mayor conocimiento y experiencia en un ámbito legal en concreto. La lista de estas universidades puede consultarse en *ABA-LSAC OFFICIAL GUIDE*. https://officialguide.lsac.org/release/OfficialGuide_Default.aspx. (Consultado 17/11/2015).

⁸²² La ABA en su estándar 504 indica a las facultades de derecho que deben asistir a los aspirantes antes de matricularse a llevar a cabo la valoración de su perfil para intentar asegurarse de que resulta adecuado para su admisión en una *State Bar*, así de cómo podría el aspirante completar los requisitos que le falten. En esta tarea se debe tener en cuenta el estado en el que el aspirante pretende ejercer la profesión, dado que los requisitos de admisión varían de un estado a otro.

⁸²³ *Legal Education and Professional Development- An Educational Continuum. Report of The Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap. American Bar Association. Section of Legal Education and Admissions to the Bar. July 1992.* (En Adelante, Informe *MacCrate*).

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report.authcheckdam.pdf (Consultado 2 de Diciembre 2015). El informe, en el momento de su elaboración- año 1992-, señalaba que todos los estados, excepto siete requerían para la Admisión en la *State Bar* un diploma de estudios de tres años o el equivalente a tiempo parcial. California, Vermont, Virginia y Washington permitían el acceso con aprendizaje en oficina legal en sustitución de los estudios académicos y Maine, Nueva York y Wyoming permitían una combinación de estudios académicos y aprendizaje en una oficina legal en sustitución del diploma en derecho.

⁸²⁴ Puede verse este tipo de acceso a la profesión en el estado de California en <http://admissions.calbar.ca.gov/Education/LegalEducation/LawOfficeorJudgesChamber.aspx> (Consultado 17/12/2015).

las facultades de derecho parece inclinar a los aspirantes por la opción de los tres años de estudios universitarios para conseguir el acceso a la *State Bar*⁸²⁵.

Actualmente, el modelo de currículo académico de los estudios legales vuelve a cuestionarse, principalmente, debido al alto coste de la educación impartida en las facultades de derecho estadounidenses, lo que ha acabado provocando una tendencia a la reducción del tiempo de estancia en la facultad⁸²⁶.

La modificación de criterio parece venir provocada por diversos motivos, en primer lugar, las facultades de derecho en los EEUU requieren de una cierta capacidad económica para hacer frente a un ciclo completo de estudios. En otras épocas, un diploma obtenido en una facultad de derecho era garantía para conseguir un trabajo bien remunerado, evidentemente, a mayor prestigio de la facultad expedidora del diploma, mayores resultaban ser las posibilidades para el aspirante. Las situaciones de crisis y recesión económica, especialmente la última vivida en EEUU y Europa han disminuido notablemente las facilidades que comportaba buscar un trabajo armado de un diploma en derecho⁸²⁷.

Los nuevos enfoques del currículo de los abogados estadounidenses presentan tendencia hacia una reducción de los requisitos académicos, ya que a pesar de la complejidad del mundo actual- globalización/ internacionalización etc.- no todos los candidatos a ejercer las profesiones jurídicas van a trabajar posteriormente en ámbitos de elevada complejidad y los que lo hagan serán,

⁸²⁵ ESTREICHER, SAMUEL., *The Roosevelt Cardozo Way: The Case For Bar Eligibility After Two Years of Law School*, *Legislation and Public Policy*, Vol. 15, 2012, pp. 599-617, *vid.*, p. 600-603. (Consultado 12/11/2014).

<http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2013/01/Estreicher-The-Roosevelt-Cardozo-Way.pdf>

⁸²⁶ PEARCE, R.G., JENOFF, P., *Nothing New Under The Sun.....op.cit.*, pp. 496-498.

⁸²⁷ CONDLIN, R.J., *"Practice Ready Graduates": A Millennialist Fantasy*, *University of Maryland Francis Ling Carey School of Law*, N° 2013-48, pp. 2-32, *vid.*, El autor relaciona fundamentalmente la contracción del mercado de servicios legales y la disminución consecuente de puestos de trabajo en el mismo con la recesión económica de forma general. Si las empresas empeoran sus resultados económicos disminuye su disponibilidad para invertir en servicios legales. El autor argumenta que la reforma del currículo de los estudios legales no debe ser un estimulante para el mercado de trabajo del sector, ya que las funciones de la educación legal deben ser otras, principalmente, la de desarrollar la comprensión de las instituciones legales y el pensamiento y habilidades críticas que se precisan para ejercer el derecho. Pretender modificar el currículo legal como estímulo para revitalizar el mercado de servicios legales para el autor sería destruir algo que funciona para intentar arreglar algo que no funciona. *Vid.*, Informe *MacCrate.....op.cit.*, p.4 En 1992 dicho informe ya se pronunciaba en el sentido de apuntar que nadie podía esperar que los recién graduados en derecho salieran de la facultad preparados para la práctica, ya que las facultades son centros de enseñanza y no escuelas de aprendizaje.

probablemente, formados y preparados por las firmas a las que se incorporen, el resto de profesionales precisarán de menor nivel de conocimientos y habilidades al desarrollar sus trabajos en ámbitos menos complejos y más locales⁸²⁸.

A pesar de que en EEUU el mercado de los servicios legales ha ido experimentando un constante crecimiento, el incremento de los proveedores de dichos servicios ha sido mayor proporcionalmente, lo que significa un mercado cada vez más competitivo⁸²⁹.

El contexto económico y social del siglo XIX propició que los abogados detentaran el control del mercado los servicios legales. Las *State Bar* protagonizaron un movimiento excluyente, de modo que la prestación de servicios legales quedaba reservada a los abogados, así como, la propiedad de las firmas legales, quedando la oferta combinada de los servicios legales con otros servicios sujeta a restricciones⁸³⁰.

El contexto ha cambiado y el mercado de los servicios legales también. Diferentes elementos como la necesidad de crear un mercado de servicios legales al alcance de los que no cuentan con medios económicos suficientes, la creación de oportunidades para propiciar la incorporación como prestadores de servicios legales de minorías que tradicionalmente habían estado prácticamente excluidas del ejercicio de la profesión y el auge de las nuevas tecnologías que permiten prestar servicios legales a través de internet han propiciado una evolución que tiende a modificar sustancialmente un mercado en el que hasta relativamente hace poco operaban únicamente los abogados. En las décadas finales del pasado siglo, se empezaron a plantear cuestiones como la prestación de ciertos servicios profesionales por no abogados, la prestación combinada de servicios legales con otros servicios complementarios o la propiedad de las firmas legales por personas ajenas a la profesión. Si bien lo cierto es que los no abogados deben estar autorizados por la Ley para proveer servicios legales, la

⁸²⁸ ESTEICHER, S., *The Roosevelt Cardozo Way.....op.cit.*, p. 609.

⁸²⁹ JOHNSTONE, Q., *An Overview Of The Legal Profession In The United States, How That Profession Recently Has Been Changing, And Its Future Prospects*, (2008). [Faculty Scholarship Series](#). Paper 1888, vid., pp. 739-742. (Consultado 17/11/2014). http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1888

⁸³⁰ PEARCE, R.G., JENOFF, P., *Nothing New Under The Sun: How.....op.cit.*, pp. 481-502.

regulación al respecto resulta ambigua y sujeta a interpretación, lo que hace que los límites resulten difusos⁸³¹.

Además, y esto es una diferencia importante respecto al sistema judicial español⁸³², en EEUU existe la posibilidad de ostentar la propia defensa ante los Tribunales, tendencia extendida que parece ir en aumento, lo que sin duda alguna afecta al mercado de servicios legales⁸³³.

Otra tendencia en auge es la subcontratación de servicios legales y servicios paralegales. Actualmente, trabajo administrativo y servicios relacionados con los legales que antes eran llevados a cabo por personal paralegal y recién licenciados ahora son subcontratados. Esta práctica ha trascendido las fronteras nacionales y las grandes firmas contratan estos servicios en países donde los costes son mucho más reducidos, de manera que los efectos de esta tendencia se han dejado sentir en el mercado de estos servicios, además, de plantear dilemas éticos⁸³⁴.

En resumen y en cuanto a la formación universitaria en EEUU, la mayoría de los estados solicitan un *Undergraduate Degree* que puede corresponder a cualquier disciplina académica, más el de *Juris Doctor Degree*⁸³⁵. La exigencia del *Juris Doctor* en algunos Estados puede referirse a diplomas obtenidos únicamente en facultades de derecho aprobadas por la *American Bar Association*.

⁸³¹ *Ibidem*, pp. 493-495.

⁸³² Art. 31 LEC, En España, por lo general es preceptiva la intervención de abogado en los litigios, si bien las Leyes de procedimiento recogen excepciones.

⁸³³ JOHNSTONE, Q., *An Overview Of The Legal Profession....op.cit.*, p. 745. El autor apunta que los ciudadanos, incluso los que cuentan con recursos económicos suficientes para financiar los servicios legales que precisen, optan cada vez más por esta modalidad de representación y defensa ante los Tribunales, animados por la posibilidad de recurrir a ayuda en la preparación de la defensa, en ocasiones proveída por firmas integradas por no abogados, la estandarización de procedimientos y la asistencia que algunos Tribunales proveen sin coste. Además, el autor apunta que los Tribunales tienden a ver indebidamente a estos litigantes de forma favorable. Debe tenerse en cuenta que esta práctica no es reciente y que es históricamente permitida en EEUU. MACFARLANE, J., *ADR and The Courts: Renewing our Commitment to Innovation.....op.cit.*, pp. 936 y siguientes. PEARCE R.G., JENOFF, P., *Nothing New Under The Sun: How....op.cit.*, p. 495.

⁸³⁴ SILVER, C., DALY, M.C., *Flattening the World of Legal Services? The Ethical and Liability Minefields of Offshoring Legal and Law-Related Services*, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 38, 2007, pp.441-447, *vid.*, en general. (Consultado 20/11/2014). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=401&handle=hein.journals%2Fgeojintl38&collection=journals>

⁸³⁵ El *Juris Doctor* no equivale al doctorado en derecho en España. El equivalente a un Doctorado español sería el *Doctor of Juridical Science* (JSD). La mayoría de los docentes en las universidades estadounidenses cuentan únicamente con el *Juris Doctor*.

Además, prácticamente todos los Estados requieren aprobar el examen *Multisate Bar Examination (MBE)*, así como el *Multistate Professional Responsibility Examination (MPRE)*⁸³⁶.

1.1.1.1.1 Colegiación

Si bien, existe un Colegio profesional a nivel nacional, la ABA, la afiliación a este organismo es voluntaria. Paralelamente a la ABA, cada estado cuenta con *State Bar* y es en las corporaciones profesionales estatales donde la colegiación puede ser obligatoria para ejercer en los diferentes estados⁸³⁷.

A este respecto podemos decir que existen dos diferentes tipos de *State Bar*:

- a. Unificadas⁸³⁸. Esta clase de *State Bar* regulan la admisión de los colegiados y los procedimientos disciplinarios de control de los mismos, a la vez que llevan a cabo todo tipo de actividades de soporte para sus afiliados. La colegiación en los estados que cuentan con este tipo de Bar es obligatoria⁸³⁹.
- b. No unificadas. La responsabilidad concerniendo la admisión de abogados recae en la Corte Suprema del Estado o de un comité de examinadores de la propia Bar. En estos estados la colegiación no es obligatoria⁸⁴⁰.

Los criterios para poder presentarse al examen de admisión pueden variar de una *State Bar* a otra, de manera que tal y como hemos explicado al principio de este capítulo, los requisitos académicos y complementarios de la formación, puede presentar diferencias significativas dependiendo del estado en el que se pretenda obtener la licencia para ejercer⁸⁴¹. Algunos estados únicamente admiten los diplomas de las facultades de derecho aprobadas por la ABA,

⁸³⁶ Adicionalmente otros estados requieren pasar el *Multistate Essay Examination (MEE)* y/o el *Multistate Performance Test (MPT)*.

⁸³⁷ Para información detallada puede consultarse: www.ncbex.org y http://www.americanbar.org/publications/affiliate_home/affiliate_index/yld_affiliate_septoct08_kastner.html. (Consultada 28/01/2016). WENDEL, W.B., *Professional Responsibility.....op.cit.*, pp. 14-15. El examen actualmente mide los conocimientos sobre la normativa aplicable a la conducta profesional del abogado de forma general y no únicamente respecto de la norma ética.

⁸³⁸ También se les llama obligatorias o unificadas.

⁸³⁹ Entre estos estados se encuentran California, Texas y Florida.

⁸⁴⁰ Entre estos estados se encuentran Illinois y Nueva York.

⁸⁴¹ Respecto del factor territorial, en EEUU, superar el examen de admisión a una *State Bar* únicamente faculta para ejercer la profesión de abogado en ese estado y las excepciones a este principio son limitadas.

además, de exigir superar exámenes de admisión. Una buena orientación para conocer con detalle con los requisitos exigidos por las *Bar State* la encontramos en la *Comprehensive Guide to Bar Admission Requirements* elaborada por la *National Conference of Bar Examiners* y la *ABA Section of Legal Education and Admission to the Bar*⁸⁴². Nos parece importante reseñar que al menos en 43 estados las Bar exigen formación continua para mantener la colegiación⁸⁴³.

Es preciso tener en cuenta que los abogados en EEUU como colectivo han estado sujetos a una intensa regulación. Recientemente esta regulación tiende a ser menos ambigua y más explícita. Cabe destacar mayor permisividad en relación al marketing legal, mejoras en las posibilidades de ejercicio en estados diferentes a aquel en que se ha obtenido licencia, más restricciones modificando o aclarando las percepciones sobre lo que era percibido como la esencia de la conducta profesional e incremento de la supervisión de la normativa reguladora de la profesión por entidades distintas a las corporaciones profesionales⁸⁴⁴.

1.1.1.2 El caso español

En España, durante la última década, la Abogacía ha visto como su marco regulatorio ha experimentado importantes modificaciones. La evolución y la transformación de la profesión sigue su curso y muy recientemente se ha intentado una nueva reforma que pretendía, al menos en sus estadios iniciales tal y como seguidamente analizaremos, llevar a cabo modificaciones sustanciales en el ejercicio de la abogacía. El gobierno ha retirado el proyecto de ley de servicios profesionales, pero no podemos perder de vista que las autoridades comunitarias esperan del Estado español reformas liberalizadoras al respecto, por lo que cabe esperar que cuando los intereses electoralistas de los partidos políticos lo permitan, dichas reformas acaben por llegar. A diferencia del caso de EEUU, en España tal y como veremos en los siguientes apartados existe una gran uniformidad en todo el territorio nacional en cuanto a

⁸⁴² Este documento comprende un código de recomendaciones para los examinadores, así como otras informaciones concerniendo los exámenes de admisión en las *States Bar*. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2015_comprehensive_guide_to_bar_admission_requirements.authcheckdam.pdf (Consultada 29/11/2015).

⁸⁴³ Por ejemplo *The State Bar of California* exige 25 horas de educación continua horas cada tres años de las que cuatro deben dedicarse a la formación sobre temas éticos. <http://www.calbsar.ca.gov/Attorneys/Requirrementos.aspx>. (Consultada 28/01/2016).

⁸⁴⁴ JOHNSTONE, Q., *An Overview of the Legal Profession*....*op.cit.*, pp. 750-751.

los requisitos de acceso a la profesión de abogado tanto respecto de los de orden académico como de la colegiación obligatoria.

1.1.1.2.1 Requisitos de orden académico

Actualmente en España, el aspirante a ejercer como abogado debe estar en posesión del título de Licenciado en Derecho o del título de Grado en Derecho⁸⁴⁵. Excepto en los casos previstos en la normativa aplicable al respecto, la formación académica universitaria debe completarse con formación de capacitación profesional⁸⁴⁶ que puede ser impartida por universidades públicas o privadas y colegios profesionales que acrediten los requisitos que exige la norma. La capacitación profesional exigida consta de una parte práctica que debe ser supervisada por un abogado que acredite un mínimo de cinco años de ejercicio profesional. Una vez cursada la formación teórica y llevada a cabo la formación práctica, el aspirante deberá superar un examen de evaluación⁸⁴⁷.

El cumplimiento de todos los requisitos mencionados es necesario para obtener el título profesional de abogado. La ampliación de los requisitos académicos y

⁸⁴⁵ El título de grado en derecho sustituyó al de licenciado al entrar en vigor Ley 34/2006, de 30 de octubre. La Disposición transitoria única de la norma establece que los licenciados en derecho que se encuentran colegiados mantiene su situación, al igual que los que estuvieron colegiados alguna vez si cumplen las condiciones de la norma y da plazo para colegiarse a los que contando con una licenciatura derecho no hubieran estado anteriormente incorporados a un colegio profesional. Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. «BOE» núm. 260, de 31 de octubre de 2006, páginas 37743 a 37747.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-18870 (En adelante, Ley 34/2006 de 30 de octubre). (Consultada 10/03/2014). Esta norma fue modificada por la Ley de Mediación, que añadió dos disposiciones adicionales: Disposición adicional octava Licenciados en Derecho Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes. Disposición adicional novena Títulos extranjeros homologados. Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes en el momento de entrada en vigor de la presente Ley hubieran solicitado la homologación de su título extranjero al de licenciado en Derecho, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que obtengan dicha homologación, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes. Quedo modificado el apartado tres de modifica el apartado 3 de la disposición transitoria única, que queda redactado en los siguientes términos: Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho o en condiciones de solicitar su expedición y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan.

⁸⁴⁶ Arts. 5 y 6 Ley 34/2006 de 30 de octubre.

⁸⁴⁷ Art. 7 Ley 34/2006 de 30 de octubre.

formativos para el acceso al ejercicio de la abogacía constituyó, sin duda alguna, un paso importante en el sentido de equiparar las exigencias académicas requeridas para el ejercicio de la abogacía a la de otros países del entorno⁸⁴⁸.

En España, la obtención del título de abogado es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en los procesos judiciales y extrajudiciales y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en derecho utilizando la denominación de abogado. De lo anterior, se deduce con claridad que aun no interviniendo ante un órgano judicial la titulación es preceptiva para asesorar extrajudicialmente, siempre que se ofrezcan los servicios de asesoramiento en calidad de abogado. La tarea negociadora que se realiza presentándose bajo la denominación profesional de abogado queda, sin ningún género de duda, sujeta a la exigencia de titulación⁸⁴⁹.

1.1.1.2.2 Colegiación obligatoria

En España, la profesión de abogado es una profesión regulada, por lo que los abogados para ejercer deben estar incorporados al colegio profesional

⁸⁴⁸ La exposición de motivos de la Ley refiere al Pacto de Estado sobre la Justicia del año 2001 en su punto 20. Puede decirse que el incremento de requisitos para acceder al ejercicio de la profesión de abogado es también una reclamación de la sociedad española, tal y como se deduce del Barómetro Externo de Opinión del C.G.A.E, ya que un 85% de los entrevistados se manifestó en el sentido de estimar necesaria formación adicional a la carrera universitaria de derecho. Cuarto Barómetro Externo de Opinión del C.G.A.E. “La Imagen de los Abogados y la Justicia en la Sociedad Española” (Realizado en el años 2011), p. 11. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/IV-BAROMETRO-EXTERNO1.pdf>. (Consultada 10/03/2014). La ley ha provocado reacciones como la de DE AREILZA CARVAJAL, JOSE M. “Las Transformación de la Profesión de Abogado: Europeización, Regulación Comparada y Responsabilidad Social” en Deontología y Practica de la Abogacía del siglo XXI, Thomson Aranzadi, 2008 p. 197-198. El autor ve en la creación del título profesional de abogado una restricción al acceso que no existía con anterioridad, estimando que las autoridades españolas no han justificado ni la necesidad de esta regulación ni la idoneidad del acceso. El autor crítica que el título únicamente pueda obtenerse en las escuelas de práctica jurídica que deberán asociarse con las universidades, generándose así un derecho exclusivo que podría condicionar la libre competencia.

⁸⁴⁹ Art. 1.2 Ley 34/2006 de 30 de Octubre. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley alude a esta necesidad, ya identificada anteriormente en el Pacto de Estado sobre la Justicia del año 2001.

correspondiente⁸⁵⁰. La obligatoriedad de la colegiación viene recogida en la Ley de Colegios Profesionales⁸⁵¹, además, también queda establecida en la normativa reguladora de la profesión, ya que el EGAE recoge de forma clara e inequívoca la obligatoriedad de colegiación⁸⁵². En cuanto al ámbito territorial del ejercicio profesional en el año 1996, mediante Decreto-ley, quedó establecido que cuando una profesión se organizase por colegios territoriales bastaría la incorporación a uno de ellos, el del domicilio único o principal, para que el profesional pudiera ejercer en todo el territorio estatal. Aun así, podían existir restricciones establecidas por los Colegios en cuanto a la necesidad de comunicación a la corporación de origen. A partir de ese momento, las condiciones del ejercicio profesional empiezan a evolucionar de forma significativa. La verdadera transformación de la regulación de la profesión ha venido propiciada, o para ser más exactos impuesta, desde el ámbito comunitario. En este sentido, si la Ley 34/2006 de 30 de octubre representó un paso significativo en la equiparación de la formación exigible para el ejercicio de la profesión de abogado, y la Directiva 2006/123 supuso continuación de una tendencia en ese sentido, al dar lugar a la Ley 17/2009 que significó una modificación de tendencia relevante en cuanto a la desregularización de los prestadores de servicios estableciendo que los regímenes de autorización para ejercer una profesión debían de motivarse de forma suficiente, no ser discriminatorios, estimarse necesarios y justificados por una razón imperiosa de interés general exigiendo también que los requisitos fueran proporcionales,

⁸⁵⁰ La obligatoriedad de la colegiación cuenta con un aval en el artículo 36 de la norma constitucional que establece que la ley regulará las particularidades propias de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, a lo que añade que la estructura interna y el financiamiento de los Colegios Profesionales deberán ser democráticos. La norma constitucional otorga un amplio reconocimiento a los Colegios Profesionales, si bien no los define ni les asigna ninguna naturaleza jurídica, limitándose a establecer una reserva de ley para la posterior regulación de los mismos y a exigirles un funcionamiento democrático.

⁸⁵¹ Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, BOE 15 de febrero de 1974, Núm. 40, pp. 3046 a 3049, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-289>. (En adelante, Ley de Colegios Profesionales). (Consultada 11/03/2015). (Versión consolidada).

⁸⁵² Arts. 22 y 28.1 de la CE. A este respecto, cabe reseñar que son escasas las voces que se han alzado discutiendo la obligatoriedad de la colegiación.

En el año 2002, cuando todavía las reformas no alcanzaban la profundidad que nos pudiera permitir hablar de transformaciones trascendentales en el ejercicio de la profesión, Del Rosal ponía de relieve el papel esencial del colegio profesional en el ejercicio profesional presentado la obligatoriedad de colegiación como incuestionable. El autor señala la unanimidad doctrinal sobre las notas predominantes de los colegios profesionales enumerando como tales, la base privada con reconocimiento público, la obligatoriedad de colegiación, y la exclusividad territorial. DEL ROSAL, R., Normas Deontológicas de la Abogacía Española: una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria Civitas, Madrid, 2002, pp. 33-39.

adecuados a la consecución del objetivo perseguido, además de no existir otras medidas menos restrictivas que permitieran obtener el mismo resultado. La redacción de la ley, tal y como hemos apuntado resultaba realmente novedosa y suponía la revisión profunda de las profesiones que requerían de colegiación obligatoria según la normativa española.

Respecto de la colegiación obligatoria, si bien es desde luego una cuestión polémica y algunas veces se han alzado presentado argumentos contra la misma, podemos decir que es un requisito del ejercicio profesional comúnmente y quizás convenientemente aceptado. No obstante, algunos argumentos en contra podrían encontrar base, en las excepciones de la Ley de acceso a las profesiones de abogado y procurador que podrían dar lugar a interpretar que la colegiación no es la única vía de acceso al ejercicio⁸⁵³. En nuestra opinión, las disposiciones transitorias de la Ley de acceso a la profesión de abogado y procurador, únicamente, pretenden eximir de los nuevos requisitos de acceso a

⁸⁵³ ARROYO MARTINEZ, J. *¿Colegiación Obligatoria?*, ELDERECHO.COM, LEFEBVRE-EL DEDRECHO, 15/11/2012

http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/Colegiacion-obligatoria_11_473680001.html (Consultado 28/07/2015) y ARROYO MARTINEZ, J., *Colegiación Obligatoria, Colegios y Procuradores y Abogados*, ELDERECHO.COM, LEFEBVRE-EL DEDRECHO 10/03/2014

http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/colegiacion_obligatoria-compatibilidad_abogado_y_procurador-Colegiacion-obligatoria-Colegios-Procuradores-Abogados_11_653680003.html (Consultado 28/07/2015). Una de las escasas voces que ha discutido la obligatoriedad de la colegiación es la del profesor Arroyo Martínez, que considera que la colegiación ni es ni puede ser obligatoria, postura que autor defiende en dos artículos. En el primero de estos artículos, concluye que del tenor de la Ley 34/2006 de 30 de octubre se desprende que los futuros abogados y procuradores no tendrán obligación de colegiarse, y ello se deduce al establecer la Disposición adicional octava de dicha ley establezca una excepción en favor de quienes obtengan el título de licenciado en derecho siempre que se colegien en el plazo de dos años. Además, la Disposición Transitoria Única de la misma ley establece, entre otras excepciones, las de abogados y procuradores que estando en posesión de los correspondientes títulos no se hubieran colegiado, estableciendo que estos deberán colegiarse, pero según dice el autor lo relevante es que ello sería no para poder ejercer sino para no tener que cumplir con los requisitos de la ley que son contar con el grado universitario correspondiente, la formación especializada, aprobar la evaluación, y ni uno más. A tenor de lo expuesto, el autor concluye que la colegiación sería obligatoria únicamente para quienes quisieran ejercer sin cumplir esos requisitos. Pero, la cuestión no acaba aquí. ya que la ley Omnibus del año 2009, que modifica parcialmente la Ley de Colegios Profesionales de 1974 prescribe la colegiación cuando así lo establezca una ley estatal, si esta ley no existe eso sería papel mojado. Además, el autor invoca el caso de los economistas que no precisan colegiarse alegando que ello crea una desigualdad que iría contra la Directiva 2006/123/CE y contra el principio de igualdad recogido en la norma constitucional a la vez que señala que el EGAE que define como abogados a quienes se encuentran incorporados a un colegio de abogados en calidad de ejercientes es formalmente un Real Decreto no una Ley Estatal, pero aun así destaca que de la lectura de la norma se deduce que no impone la obligación, si no es a través de deducción a sensu contrario. Además, el autor apunta que la ley Omnibus exige que la obligación venga impuesta por una ley estatal y el EGAE es un Real Decreto.

la profesión a quienes estuvieran en posesión de las titulaciones que hasta el momento de la entrada en vigor de la norma habilitaban para el ejercicio profesional, pero estas exigencias deben interpretarse teniendo en cuenta todo el articulado de la norma, lo que en nuestra opinión no permite manifestar que existen dos formas de acceso al ejercicio, la de cumplir los requisitos de formación y evaluación y la de estar colegiado. Debemos tener en cuenta que la propia Ley menciona que aparte de cumplir con los requisitos académicos, formativos y haber superado la evaluación preceptiva, deberán cumplirse cualquier requisito que exija la normativa vigente en relación al ejercicio de la abogacía⁸⁵⁴.

Respecto a la exigencia de una ley estatal para la exigencia de la colegiación, debemos recordar que en el caso de las profesiones reguladas son los colegios profesionales, en virtud de la capacidad normativa que les ha sido atribuida por el Estado mediante delegación, quienes gestionan la autorización para el ejercicio de la profesión mediante la colegiación⁸⁵⁵. Es cierto que el tema de la colegiación obligatoria puede presentar cierta contradicción con las libertades de asociación y sindicación, tanto en sentido positivo como negativo, reconocidas en la Constitución Española,⁸⁵⁶ ya que no debe existir la adscripción forzosa a una organización que tenga como finalidad la defensa profesional. No obstante, debe tenerse en cuenta que la constitucionalización de los colegios profesionales comporta que no puedan ser considerados como figuras extrañas o contrarias a la norma fundamental. La referencia constitucional es escueta, ya que se limita a reconocerlos y a establecer una reserva de ley para su regulación, limitándose a exigir democracia interna en el funcionamiento, por lo

⁸⁵⁴ Art.1.2 de la Ley 34/2006 de 30 de octubre. Resulta conveniente mencionar que entre los Estados miembros de la UE, la obligación de colegiación de los abogados se encuentra generalizada, con apenas excepciones, como es la del caso de Malta. Informe Comparado Colegiación Obligatoria y Funciones de las Abogacías de los Estados Miembros de la Unión Europea. Delegación Bruselas Abogacía Española, Mayo 2013. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/06/Informe-comparado-Colegiacion-estructura-y-funciones-abogacia-UE27-ok.pdf>. (Consultado 04/05/2015). En el informe puede comprobarse que la colegiación es un requisito extendido en los Estados Miembros de la UE, con apenas excepciones, como puede ser el caso de Malta, donde el Colegio de Abogados de Malta- Malta Chamber of Advocates- es una entidad voluntaria. Destaca el caso de Finlandia, donde únicamente los miembros del Colegio de Abogados nacional tiene el derecho a utilizar el título de “asianajaja” o “advokat”, pero cualquier persona puede asesorar o prestar asistencia en cuestiones legales, si bien en la práctica pocos asesores no tienen un master en derecho.

⁸⁵⁵ GARRIDO SUAREZ, H.M., Deontología de Abogado: El Profesional y su Confiabilidad, Editorial Edisofer, Madrid, 2011, p. 233.

⁸⁵⁶ Arts. 22 y 28.1 CE.

que ha tenido que ser el más alto Tribunal el que ha disipado las dudas que pudieran existir al respecto declarando que no hay contradicción entre el artículo 36 de la norma constitucional y la obligatoriedad de colegiación⁸⁵⁷.

Retomando el análisis de la Ley de acceso a la profesión, debemos admitir que la redacción de una norma de tal relevancia carece de la claridad suficiente, máxime porque la ley en su articulado establece los requisitos para la acreditación profesional y no habla de colegiación, lo cual en modo alguno, si la colegiación es obligatoria hubiera sobrado. Resulta cuanto menos extraño que una ley que regula los requisitos de acceso a la profesión y además así se titula, no hable de establezca de forma clara para evitar cualquier género de dudas, que la colegiación es preceptiva, o en todo caso, quizás hubiera sido mejor titular a la Ley como “Ley de acceso a los colegios profesionales para el ejercicio de la abogacía”.

Nosotros estimamos que la situación descrita y la confusión que la acompaña pueden atribuirse a dos motivos distintos:

1. El legislador involuntariamente no ha establecido de forma clara y meridiana la obligación de colegiarse para poder ejercer la profesión, si bien, se supone que no cabe otra interpretación al tenor de los preceptos que conforman la norma.
2. La confusión que encontramos en la norma no fue involuntaria y puede que el legislador tuviera en cuenta los vientos liberalizadores que parecen impregnar la normativa comunitaria y que están imponiendo cambios relevantes en la forma de funcionamiento de las profesiones y servicios, por lo que no podemos descartar una preferencia por dejar la norma abierta a interpretaciones para facilitar reformas posteriores.

Hoy vemos que la segunda hipótesis parece irse confirmando y que el legislador probablemente tomaba en cuenta que en un futuro no muy lejano deberían llevarse a cabo reformas comprometidas respecto de la regulación de los

⁸⁵⁷ GARCIA MURCIA, J., *Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional*, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº11, N°31, 1991, pp. 151-200. (Consultado 11/03/2015). *Vid.*, en general. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79427>

servicios profesionales tendentes a liberalizar de forma significativa la prestación del ejercicio de diversas profesiones, entre ellas la abogacía.

1.1.1.2.3 El nuevo proyecto de Ley

En cumplimiento al mandato contenido en la ley 25/2009 el Gobierno presentó el 20 de diciembre de 2012 el Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales⁸⁵⁸. Dada la resistencia y fuerte oposición despertada por la propuesta entre la comunidad legal, el gobierno volvió a presentar una versión modificada en el año 2014 que parecía haber suavizado notablemente los términos que habían despertado mayor rechazo.

La lectura del Anteproyecto elaborada en el 2014 nos lleva a superar las débiles dudas respecto a la obligatoriedad de la colegiación que pudiera plantear la inconcreción de la Ley respecto al acceso a la profesión de abogado al recoger en su Disposición adicional primera la obligación de colegiación para las profesiones recogidas en una lista en la que figuran los abogados⁸⁵⁹.

El texto de la norma dice que para los abogados, la obligación de colegiación se refiere a las actividades de dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y extrajudiciales en los que la intervención del abogado sea preceptiva o facultativa y, en todo caso, las actividades para prestar asistencia o asesoramiento en derecho en representación de un tercero con el que no tenga vinculo de naturaleza laboral. La obligación de la colegiación para el abogado cuando no deba actuar ante la Administración de justicia queda todavía más clara al establecer la ley que los Procuradores y Graduados Sociales solo estarán obligados a colegiarse cuando deban actuar ante los Tribunales, de lo que resulta que la obligación de los abogados se extiende a todo asesoramiento y representación. Podemos decir que tal y como quedó redactado el Anteproyecto del 2014, se disiparon los temores sobre la eliminación de la colegiación obligatoria para una parte de las funciones desarrolladas por los abogados. Además, en el momento de escribir estas líneas

⁸⁵⁸ Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales 20 diciembre 2012. http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2013/130802_APLSCP_2_agosto.pdf, (En adelante, Anteproyecto 2012). (Consultado 14/04/2014).

⁸⁵⁹ Ver disposición adicional primera n) Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales 2014.

el gobierno ha retirado dicho Anteproyecto, por lo que todo parece indicar que, por el momento y en fecha próxima, no tendrá lugar la reforma pretendida.

No obstante, no debemos olvidar que el anteproyecto del 2012, tan fuertemente contestado, requería la colegiación en un colegio de abogados únicamente para intervenir en tal calidad ante Juzgados y Tribunales⁸⁶⁰. Como bien recoge el informe jurídico elaborado al efecto por el CGAE⁸⁶¹ la redacción de la norma propuesta resultaba contraria a la descripción de las funciones de la profesión de abogado contenida en la LOPJ⁸⁶², de modo que aunque el peligro pareció quedar superado con la nueva redacción del anteproyecto, la amenaza con una escisión de la profesión de abogado tal y como hasta ahora es concebida no debería caer en el olvido, ya que como muy bien apunta el informe jurídico elaborado sobre el borrador CGAE, el anteproyecto del 2014 sigue utilizando como sinónimos los términos profesiones y actividades profesionales en la Disposición Adicional Primera, y además, lo hace para referirse a la obligación de colegiación. Cabe el planteamiento de que la redacción brindaba resortes para poder excluir de la obligatoriedad de colegiación parte de las funciones que las profesiones tienen atribuidas. No queremos ser mal pensados, pero debe tomarse en consideración que debía crearse una Comisión de Reforma de las Profesiones⁸⁶³ cuya función era la de emitir un informe de evaluación de acuerdo a los principios de la Ley de Servicios Profesionales sobre cualquier propuesta que en el ámbito estatal estableciera nuevas restricciones al acceso a actividades profesionales o que estableciera reserva de funciones, pero donde vemos mayor riesgo en el hecho de que dicha comisión pudiera realizar de oficio una evaluación de las restricciones de acceso y de ejercicio existentes a la

⁸⁶⁰ Disposición Adicional Primera j) Anteproyecto 2012. A este respecto, cabe observar que el apartado con la letra n) referido a los abogados no hace referencia a la LOPJ como lo hacen los apartados ñ) y o) referidos a los graduados sociales y procuradores en los que se añade “de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

⁸⁶¹ Informe Jurídico sobre el Borrador del Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales, Abogacía Española Consejo General, Mayo 2013. Los extremos referidos se mantienen en la versión del anteproyecto del 2014.

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/06/INFORME-JURIDICO-BORRADOR-ANTEPROYECTO-SERVICIOS-PROFESIONALES-OK.pdf> (Consultado 20/03/2015).

⁸⁶² Art. 542 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE» núm. 157, de 02/07/1985 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>, Modificada Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015, páginas 61593 a 61660 http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8167 (De aquí en adelante, LOPJ). (Consultada 14/11/2015).

⁸⁶³ Disposición adicional octava. Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales 2014.

entrada en vigor de la ley pudiendo presentar propuestas de modificación de las mismas al gobierno. La redacción de la ley era esa, las verdaderas intenciones del legislador y de los poderes públicos ya las iremos conociendo.

La escisión de las funciones de los abogados para permitir que algunas de estas pudieran ejercerse sin pertenecer a una corporación profesional plantearía de entrada un importante problema, el del control deontológico. Es la membresía al colegio de abogados lo que sujeta al profesional al cumplimiento de la norma deontológica, por lo que si la obligación de colegiación desapareciera la garantía que supone para el ciudadano la corrección disciplinaria del profesional, se esfumaría. Si bien, las responsabilidades en que pudieran incurrir los profesionales en el ejercicio de su actividad podrían ser reclamadas en otras vías jurisdiccionales⁸⁶⁴, debemos tener en cuenta que estas alternativas son más costosas y lentas que la corrección disciplinaria⁸⁶⁵. Tampoco nos reconforta la idea de que las responsabilidades profesionales que derivan de la infracción de la norma deontológica acaben siendo dilucidadas a través de ADR. Parecen ser muchos los que piensan que los ADR, especialmente la mediación, son “la gran panacea” y que también podrían servir para resolver los conflictos entre abogados y clientes. A este respecto, a nosotros no nos parece una solución adecuada que estos mecanismos se conviertan en una “modalidad privilegiada” de resolución de este tipo de conflictos.

Como ya hemos mencionado en este mismo apartado no es la primera vez que el legislador renuncia a la claridad en estos temas, en nuestra opinión, con la intención de darse margen de interpretación de la norma para introducir posteriores reformas que cuentan con importantes posibilidades de ser fuertemente contestadas por los colectivos que pudieran resultar afectados.

Para concluir recordamos que en el momento de escribir estas líneas, el gobierno ha retirado el Anteproyecto de ley, por lo que todo parece indicar que por el momento no se prevé que en fecha próxima pueda tener lugar la reforma analizada.

⁸⁶⁴ Así lo sugiere el Art.50 del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales del 2014.

⁸⁶⁵ *Infra*. Parte Tercera. Capítulo Segundo.

1.2 La norma deontológica

1.2.1 Naturaleza de la norma deontológica y su codificación

1.2.1.1 El caso norteamericano

La primera codificación de la norma ética llevada a cabo en EEUU tuvo lugar en 1908 con la publicación de *The Canons of Professional Ethics*⁸⁶⁶, en 1969 se publicó *The Code of Professional Responsibility*, posteriormente, las actuales normas *The Model Rules of Professional Conduct* vieron la luz en 1983. Desde entonces hasta la fecha, las *Model Rules* han sido objeto de reformas⁸⁶⁷, la última modificación en profundidad tuvo lugar en el año 2002, si bien posteriormente han sido modificados algunos preceptos⁸⁶⁸.

Las normas éticas experimentaron una profunda transformación con la promulgación de *The Code of Professional Responsibility*⁸⁶⁹, transformación que siguió su curso con la promulgación de las *Model Rules* en 1983⁸⁷⁰. La modificación más profunda se observa entre *The Canons* y *The Code of Professional Responsibility*, ya que estas últimas normas difieren sustancialmente del modelo anterior al abandonar el patrón aspiracional o de

⁸⁶⁶ En el ámbito territorial Estatal estadounidense, *The Canons of Professional Ethics* no fue el primer Código Ético adoptado por una *State Bar* en EEUU, el primero, y en el cual los canons de 1908 se fundamentan fue el adoptado por la *State Bar* de Alabama en 1887. Ver en BURGWIN, J.,W., *First Legal Code Of Ethics in The United States*, 8 *A.B.A. J.* 111 1922, pp.111-113, vid., *en general*.

⁸⁶⁷ En el año 1997 la ABA creó the *Commission on Evaluation of the Rules of Professional Conduct*, mas conocida como "Ethics 2000" Commission. La comisión mencionada reviso todas las normas del código ético y llevó a cabo numerosas recomendaciones que en su mayoría fueron adoptadas en las reuniones mantenidas a tal efecto en el 2001 y en el 2002. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/e2k_chair_intro_authcheckdam.pdf (Consultado 14/12/2015).

⁸⁶⁸ Destaca la modificación de las *Model Rules* 1.6 y 1.13 en el 2003. La lista de preceptos modificados puede consultarse en http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct.html. (Consultada 15/12/2015).

⁸⁶⁹ Este Código contiene tres grados de normas: los "Canons" consistentes en unos pronunciamientos sucintos, los comentarios denominados "Consideraciones Éticas" ambos de carácter meramente reprobatorio y las "Disciplinary Rules" de carácter obligatorio y cuya inobservancia podía acarrear la imposición de una sanción disciplinaria impuesta por un Tribunal.

⁸⁷⁰ Este código ético integra las rules que tienen fuerza obligatoria y los comentarios que sirven a la interpretación.

mejores prácticas para constituir verdaderas reglas de disciplina profesional⁸⁷¹. Los antiguos *Canons* emanaban de la tradición de la *common law*, por lo que rechazaban la codificación estricta y provenían de la evolución gradual de normas a través de las decisiones legales que descansan en el principio de racionalidad cuyo estándares deben ser aplicados al caso concreto, por el contrario, las *Model Rules* ponen gran énfasis en la certitud y su elaboración es de carácter estatuario⁸⁷². Es de interés señalar que las *Model Rules* vienen acompañadas de comentarios que contribuyen de forma importante a reforzar su función orientadora facilitando a los abogados un instrumento útil para interpretarlas. Además, en el años 2002, la ABA elaboro un documento conteniendo orientaciones sobre la conducta a observar por los abogados en los procesos de negociación. Las indicaciones contenidas en los documentos como hemos dicho únicamente pretenden servir de guía no siendo por tanto de cumplimiento obligatorio, pero constituyendo un complemento útil a las normas éticas e instrumentos para la interpretación.

Además, la ABA cuando es preguntada sobre la interpretación de las normas, emite opiniones informativas que pueden ser formales e informales⁸⁷³. Estas opiniones constituyen una herramienta de utilidad indiscutible para la comprensión de la norma ética por los abogados. De la misma forma, las resoluciones adoptadas por los Tribunales de los estados, en tanto que jurisprudencia, constituyen una preciosa fuente de interpretación y guía.

En relación al objeto de estudio de nuestra tesis, las *Model Rules* representan un paso adelante en muchos aspectos, ya que constituyen el primer código

⁸⁷¹ En este sentido y para una explicación y comprensión más profunda de la evolución de la norma ética en EEUU, HAZARD, G.C.Jr., *The Future of Legal Ethics*, 100 *Yale L.J.* 1990-1991, pp. 1239-1280, *vid.*, en general. (Consultado 21/01/2015).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1239&handle=hein.journals%2Fylr100&collection=journals>.

⁸⁷² RUSSELL, I., *The Evolving Regulation of the Legal Profession: The Costs of Indeterminacy and Certainty*, *Professional Lawyer*, Vol, 137, 2008, *vid.*, en general. (Consultado 29/04/2015).
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1357609##.

⁸⁷³ Esta función es desempeñada por el *Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility*.

deontológico que regula conductas en el ámbito del transaccional o no litigioso de la actividad de los abogados⁸⁷⁴.

La evolución de la norma ética ha venido acompañada de una pérdida de autorregulación en exclusiva de las *Bar Association*, dada la creciente intervención de los Tribunales y del poder legislativo en el control de la conducta de los profesionales de la abogacía. Las Cortes Supremas de los estados son las responsables de adoptar la normativa ética, de supervisar la admisión de los abogados en las *State Bar* y los procesos disciplinarios, además, de intervenir como Tribunal superior revisorio⁸⁷⁵. En definitiva, actualmente la tendencia apunta a la regulación de la profesión por instancias externas en las cuales participen abogados designados para tal función, no obstante, la regulación de la norma ética sigue permaneciendo fuera del ámbito del poder legislativo. Actualmente las *State Bar* desempeñan un papel en asegurar el cumplimiento de la normativa que deben seguir los abogados, aunque han ido perdiendo potestades en este terreno, si bien todavía desempeñan un papel preponderante cooperando y complementando a las autoridades gubernamentales responsables de asegurar el cumplimiento tanto de las normas profesionales de los abogados como de la persecución de las prácticas por parte de operadores no autorizados de servicios legales⁸⁷⁶. Puede así afirmarse que si bien puntos relativos a servicios legales tales como la admisión a las corporaciones profesionales y la disciplina de los abogados quedan atribuidos a las Cortes Supremas de los diferentes Estado, este extremo no impide que las *State Bar* desplieguen su influencia realizando importantes labores de apoyo en estas

⁸⁷⁴ KRANE, S., C., *Ethics 2000: What Might Have Been*, N.III. U.L. Rev. 323 1998-1999, p. 323-331, *vid.*, p. 326. (Consultado 30/11/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/niulr19&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/niulr>

⁸⁷⁵ ROTUNDA, R.D., *Legal Ethics in a Nutshell*, Thomson Reuters, 2103. 4th Edition, p. 11. Literalmente el autor dice: "Because de Model Rules became law once the courts adopts them", es decir, "Porque las Model Rules se convierten en ley una vez son adoptadas por los Tribunales". Traducción autora. - ZACHARIAS, F.C., *The Myth of Self-Regulation*, Minnesota, Law Review, 2009, 93, pp.1147-1190, *vid.*, pp. 1147-1148

<http://www.minnesotalawreview.org/articles/myth-self-regulation> A modo de ejemplo ver el estado de Washington, la Corte Suprema regula la conducta de los abogados y delega en el Office *Disciplinary Counsel* de la Bar State la revisión de la quejas contra los abogados inscritos. <http://www.wsba.org/Licensing-and-Lawyer-Conduct/Discipline/File-a-Complaint-Against-a-Lawyer/The-Grievance-Process#Who> (Consultada 29/03/2016).

⁸⁷⁶ JOHNSTONE, Q., "An Overview of the Legal Profession.....*op.cit.*", pp. 758-759. .

tareas⁸⁷⁷. A pesar de lo expuesto, todavía puede decirse que la intervención y el grado de influencia de los profesionales de la abogacía en las regulaciones que les conciernen resulta ser importante en comparación con otras profesiones. Este “privilegio” tendría su explicación en el hecho de la especial competencia de estos profesionales para elaborar y aplicar normas. Tema distinto, es el de si la intervención de los propios profesionales en la elaboración y aplicación de las normas que regulan sus conductas profesionales, necesariamente implica un sesgo a su favor, lo que podría ir en detrimento de la sociedad en general⁸⁷⁸.

ZACHARIAS, confirmando lo expuesto, sugiere que se debería a empezar a abandonar la idea de que la abogacía es una profesión autorregulada, dada la situación relativa al control de los abogados ha evolucionado de forma importante desde que las *State Bar* y los códigos éticos fueron creados. Lo cierto, es que el control externo a la actividad de estos profesionales se ha ido incrementado y, si bien las *State Bar* siguen interviniendo en la elaboración de la normativa aplicable a sus miembros, las normas de conducta profesional son aprobadas por los Tribunales de alta instancia de los Estados que también actúan como órgano revisorio⁸⁷⁹. En el propio Preámbulo de las *Model Rules* encontramos alusiones a la “ilusión” de la autorregulación de la que habla Zacharias⁸⁸⁰.

Respecto de la regulación de la profesión, debemos recordar que las *Model Rules* elaboradas por la ABA no son de carácter obligatorio, su valor es el de

⁸⁷⁷ CRAMTON, R.C., UDELL, L.K., "State Ethics Rules and Federal Prosecutors: The Controversies over the Anti-Contact and Subpoena Rules" (1992). Cornell Law Faculty Publications. Paper 1148, pp. 291-391, *vid.*, 307-309. (Consultado 05/08/2015). <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1148>.

⁸⁷⁸ ZACHARIAS, F.C., The Myth of Self-Regulation...*op.cit.*, p. 1171.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, pp.1148 y siguientes. WENDEL, W.B., Professional Responsibility ...*op.cit.*, p. 2 el mismo sentido, el autor explica que los Tribunales Superiores ostentan la potestad para regular la conducta de los abogados en el estado ámbito de su jurisdicción, pero en la práctica, buena parte de este poder se delega a las *State Bar*.

⁸⁸⁰ *Preamble and Scope* (10). "The legal profession is largely self-governing. Although other professions also have been granted powers of self-government, the legal profession is unique in this respect because of the close relationship between the profession and the processes of government and law enforcement. This connection is manifested in the fact that ultimate authority over the legal profession is vested largely in the courts. La profesión legal se autogobierna en gran medida". "Aunque otras profesiones también disfrutaran de atribuciones para el autogobierno, la profesión legal es única al respecto, dada la estrecha relación de dicha profesión con la elaboración y aplicación de leyes. Esta conexión se manifiesta en el hecho de que la autoridad jerárquica sobre la profesión legal descansa en gran medida en los Tribunales". Traducción autora.

servir de guía y propuesta a las Bar de los diferentes Estados para elaborar sus propias normas éticas que son obligatorias para los abogados miembros. En este sentido, WENDEL⁸⁸¹ subraya que en términos puramente legales, la ABA no cuenta con mayores atribuciones que las de una mera asociación, careciendo de la potestad necesaria para elaborar normativa legal vinculante. De hecho, la denominación de *Model Rules* ilustra perfectamente la función del código que componen, que constituyen simplemente un modelo en el que inspirarse. Anteriormente a la adopción de las *Model Rules*, los estados por lo general, seguían fielmente la norma elaborada por la ABA, pero tras la aprobación de las actuales *Model Rules*, esta tendencia se modificó y mientras algunos estados continuaron la tradición de adopción “casi automática” otros incorporaron normas adicionales a la vez que decidían continuar aplicando en su ámbito territorial normas anteriores que habían sido modificadas por el nuevo código. La independencia en la elaboración de la norma se ha visto acompañada de mayor interés y mayor esfuerzo por parte de las *State Bar* en el control disciplinario de los abogados, que ha tendido a intensificarse. Puede también observarse un cambio de tendencia respecto de la confidencialidad de las sanciones disciplinarias impuestas a abogados, de manera que si anteriormente era prácticamente imposible conocer estas informaciones en la actualidad se han incrementado significativamente los medios para que resulten accesibles⁸⁸².

Esto explica que, actualmente, las normas éticas adoptadas por los diferentes estados no necesariamente coincidan con la redacción de las *Model Rules*, es más, a mayor complicación en la interpretación y aplicación de un precepto en concreto se observa una tendencia más marcada del redactor estatal a variarlo y retocarlo. La situación descrita resulta más complicada cuando las

⁸⁸¹ WENDEL, W.B., Professional Responsibility.....*op.cit.* p. 5

⁸⁸² ZACHARIAS, F., *The Myth of Self-Regulation**op.cit.*, pp.1165-1168. Es norma general que las *State Bar* ofrezcan información pública de las sanciones que se imponen a sus miembros de forma que puedan ser conocidas por el público. Una de las *State Bar* más comprometidas con la publicidad de las sanciones a Abogados es la de Florida que publica una lista mensual con las sanciones impuestas a abogados constando el nombre del sancionado. Además, es posible mediante un buscador en la Web de la *State Bar* conocer el historial disciplinario del abogado. El historial que se obtiene en la web se remite a diez años, pero contactando la *State Bar* se pueden conocer datos anteriores. Algunas sanciones consisten en una reprimenda pública ante miembros de la *State Bar*, encontrándose los videos disponibles en la web de la *State Bar*.

<http://www.floridabar.org/tfb/TFBConsum.nsf/0a92a6dc28e76ae58525700a005d0d53/dbac6623cf5c015f85257a3f0060b781!OpenDocument>. (Consultada 15/12/2015).

actuaciones del abogado tienen lugar ante un Tribunal Federal, ya que éstos gozan de potestad para regular de forma autónoma la práctica de estos profesionales en sus actuaciones ante la jurisdicción propia⁸⁸³.

ZACHARIAS⁸⁸⁴ se refiere a las diferentes funciones de la norma ética señalando que éstas van desde el control de la conducta de los abogados y la orientación de estos profesionales sobre las dudas que puedan surgirlas para escoger el comportamiento más adecuado en cada caso hasta el establecimiento de normas compañerismo que faciliten la operatividad del sistema legal. El autor señala que cuando las normas tienen una función legisladora, el comportamiento del abogado está sujeto a las mismas lo que hace que el profesional las acepte como definitivas y obligatorias, pero cuando la norma pone énfasis en la orientación resulta menos absoluta y vinculante. Lo cierto, es que los códigos éticos de los abogados han ido adoptando forma estatutaria y en la actualidad se presentan como normas que prescriben de forma obligatoria las conductas a seguir⁸⁸⁵.

La valoración de la norma ética despierta opiniones encontradas entre los académicos estadounidenses. CONDLIN⁸⁸⁶, refiriéndose de forma específica a las negociaciones legales, estima que las *Model Rules* consiguen llegar a articular una concepción relativamente coherente del papel del abogado en los procesos de negociación definiendo los deberes del abogado como la diligencia lealtad o la comunicación de forma entrelazada, si bien dichas normas puede pecar de ambigüedad y en ocasiones caer en contradicción, dada la competencia que puede establecerse entre las diferentes preceptos que componen los códigos. Además, del diferente contenido de los deberes también existen distintos destinatarios de la protección que otorga la norma, ya que unas veces el abogado está obligado frente al cliente, otras frente a los compañeros de profesión e incluso puede estar obligado frente a la parte contraria. En

⁸⁸³ WENDEL, W.B., Professional Responsibility*op.cit.*,p.5.

⁸⁸⁴ ZACHARIAS F.C., *Foreword: The Quest for a Perfect Code*, 11 *Geo. J. Legal Ethics* 787 1997-1998, pp. 787-800, *vid.*, pp. 788-789. (Consultado 20/01/2015). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/geojlege11&id=797&print=section§ion=46&ext=.pdf> .

⁸⁸⁵ ZACHARIAS, F.C., *Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics*, 69 *Notre Dame L. Rev.* 223 (1993), *vid.*, p.223. (Consultado 29/04/2015). <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol69/iss2/6>

⁸⁸⁶ CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence....op.cit.*, p. 69.

sentido contrario, ABEL⁸⁸⁷ crítica la ambigüedad de la norma ética hasta el punto de considerarla un absurdo. La ambigüedad, según el autor, no se limita al preámbulo sino que también los preceptos carecen de precisión. En opinión del autor, las normas éticas, tal y como están redactadas, difícilmente puede alcanzar un alto grado de cumplimiento, ya que proponen o prohíben conductas contrarias al interés propio y luego intentan encontrar en la propia regla o en los comentarios atajos de escape.

También hay quienes piensan que basar la valoración de la ética de la conducta en normas codificadas, de alguna forma impide un compromiso ético más profundo, amplio y reflexivo. De hecho, hay quien subraya que si los códigos éticos no van más allá que los comportamientos exigidos por los estándares de moralidad en la conducta, como no representar intereses adversos o no apropiarse de fondos del cliente, no cabe atribuirles la función de suponer una exigencia suplementaria, es más y en el sentido contrario, las normas éticas, en ocasiones, amparándose en las especial idiosincrasias de la profesión pretenden justificar conductas para las que el derecho común no cuenta con excusa. Hay quien no pasa por alto que, curiosamente, la exigencia de la norma aumenta cuando concierne a la lealtad hacia la corporación profesional o la comercialización de servicios legales⁸⁸⁸.

Respecto de la codificación de la norma ética, en EEUU no existe unanimidad de opinión respecto a la necesidad de un código ético que regule la conducta de los abogados. La comunidad legal no comparte una visión unificada de los objetivos que deben perseguirse con la regulación de las conductas del abogado en el marco de su actividad profesional⁸⁸⁹.

WHITE⁸⁹⁰ se refiere a la dificultad de redactar las normas éticas y deontológicas, ya que si se redactan de forma demasiado genérica acaban por no tener ninguna influencia en el comportamiento de aquellos que deben respetarlas, por el

⁸⁸⁷ ABEL, R.L., *Why Does the ABA Promulgate Ethical Rules?*, Texas Law Review, Volume 59, Number 4, April 1991, pp. 639-688, *vid.*, p. 644. El autor ofrece ejemplos de estas contradicciones.

⁸⁸⁸ ABEL, R.L., *Why Does the ABA Promulgate.....op.cit.*, p. 645.

⁸⁸⁹ ZACHARIAS, F., *Specificity in Professional Responsibility Codes.....op.cit.*, pp.225 y siguientes.

⁸⁹⁰ WHITE, J.J., *Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations.....op.cit.*, pp. 927-928.

contrario, si son demasiado específicas es muy posible que no cubran todas las áreas necesarias de la actividad ni contemplen todas las conductas posibles.

Al hilo de lo argumentado por White, cabe exponer que una de las críticas más habituales recibidas por las *Model Rules* es la ser percibidas como un engranaje normativo que responde a una visión monolítica de la relación abogado-cliente, sin tener en cuenta la gran variedad de formas de practicar la abogacía, así como, los diversos tipos de cliente a los que puede representar el abogado, lo que produce un amplio espectro en el tipo de relación del profesional con su cliente. De la misma forma, la práctica de las diferentes ramas del derecho precisarían de guías específicas, ya que la generalidad de la redacción de las *Model Rules* impide que puedan dar una respuesta clara y coherente a las situaciones tan diversas que pretende regular⁸⁹¹. Por su parte, MENKEL-MEADOW⁸⁹², en cuanto a la falta de especialidad o adaptación de la norma a distintos contextos en los que se desarrolla la actividad profesional del abogado, señala como deficiencia que las normas estén diseñadas para contexto adversariales como el litigio o la negociación contestada, cuando en la práctica diaria, los abogados prestan a sus clientes servicios en otros contextos. La autora critica la excesiva generalidad en la redacción de la norma y la falta de especialidad de los códigos éticos. Estos puntos débiles, según la autora, provocan que los profesionales hagan escaso uso norma ética y que su aplicación como corrección pueda llegar a tacharse de relajada.

ABEL⁸⁹³ opina que la norma ética codificada no resuelve los dilemas a los que los abogados deben enfrentarse en la práctica de la profesión. Ante situaciones que ofrezcan dudas acerca del curso de acción apropiado para no ser reprobado, la norma ética no parece ofrecer una guía clara, al contrario, según el autor, el lenguaje utilizado resulta vago y ambiguo e incluso “hipócrita”. El

⁸⁹¹ KRANE, S.C., *Ethics 2000: What Might Have Been..... op.cit.*, p.329.

SPORKIN, S., *The Need for Separate Codes of professional Conduct for the Various Specialties*, *Geo. J. Legal Ethics* 149 1993-1994, pp.149-152, Vid., p. 149. (Consultado 29/04/2015).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege7&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/geojlege>

El autor analiza el debate sobre inconvenientes y limitaciones que representa un código unificado, que regule la conducta de los abogados con independencia de la rama del derecho a la que se dediquen de forma principal, así como la modalidad de ejercicio de la profesión.

⁸⁹² MENKEL-MEADOW, C., *Ethics and Professionalism Non-Adversarial Lawyering....op.cit.*, p.154.

⁸⁹³ ABEL, R.L., *Why Does the ABA Promulgate.....op.cit.*, pp. 686-688.

autor se muestra pesimista al exponer que las normas éticas no resuelven los dilemas mencionados porque no pueden, ya que éstos son inherentes al rol del abogado y de los servicios legales que hoy se ofrecen en el marco de una sociedad capitalista, en la que servicios y la lealtad de quienes los prestan pueden comprarse, por lo que en definitiva, el ciudadano tiene derecho a la justicia que pueda comprar. Las normas éticas difícilmente pueden resolver las contradicciones del liberalismo.

En sentido similar, GAETKE⁸⁹⁴ expone que además debe tenerse en cuenta que las normas éticas alientan al abogado a dar prioridad a los intereses del cliente, lo que puede ir en detrimento de la sociedad en general poniendo en entre dicho la función social de dichas normas.

1.2.1.2 El caso español

En España, la profesión de abogado está regulada por dos tipos de normas dependiendo de su origen: a.- las de carácter exógeno que son elaboradas por estamentos externos a la profesión, entre ellas normas contenidas en diferentes textos normativos como el Código Penal, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como, otras normas de menor rango y b.- las normas de carácter endógeno, es decir, las elaboradas por los organismos profesionales: el Estatuto General de la Abogacía, el Código Deontológico de la Abogacía Española, así como los Códigos Deontológicos de los diferentes Colegios Profesionales⁸⁹⁵. Una de las particularidades de la norma deontológica y, probablemente su elemento diferenciador más significativo respecto de otras normas que afectan a la profesión, es su elaboración por los organismos profesionales competentes en cada caso. Es lo que se denomina la facultad de “autorregulación profesional”⁸⁹⁶.

En las diferentes Comunidades Autónomas se han creado consejos autonómicos y allí donde existen colegios profesionales, éstos se integran en dichos consejos y en el CGAE. Corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas

⁸⁹⁴ GAETKE, E.R., *Expecting Too Much and Too Little of Lawyers*, 67 *U. Pitt. L. Rev.* 693 (2006), 693-751, *vid.*, p. 469. (Consultado 14/04/2015).

http://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=law_facpub

⁸⁹⁵ Art. 5 Ley de Colegios Profesionales.

⁸⁹⁶ *Infra*. Parte Tercera. Capítulo Segundo.

básicas a los que se deben ajustar la organización y competencias de las corporaciones de derecho público representativas de los intereses profesionales, así como, la normativa de los textos generales de organización y regulación deontológica de la profesión. En este sentido, las normas que dicten las CCAA, desplazan o en lo pertinente derogan la legislación estatal que pudiera resultar repetitiva o se superponga, siempre que respeten los principios y reglas básicos en ellas⁸⁹⁷.

En España, el régimen disciplinario profesional es materia regulada por los Códigos deontológicos, Estatutos que regulan la profesión y leyes orgánicas aplicables, siendo los colegios profesionales los entes que ostentan la potestad sancionadora por la infracción de la norma deontológica por parte de los abogados miembros⁸⁹⁸, si bien también en determinadas circunstancias los Tribunales pueden sancionar a los letrados por las faltas disciplinarias atribuibles a conductas observadas en el transcurso de un proceso judicial, nos referimos a la denominada policía de estrados⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología.....*op.cit.*, p. 15.

⁸⁹⁸ Arts. 6.3 g) y Art. 5 i) Ley de Colegios Profesionales. En el plano normativo la potestad sancionadora de estas corporaciones viene establecida en la LCP, por la LOPJ y el EGAE- Art. 546 LOPJ, art. 4 h) EGAE-. La LOPJ establece que la responsabilidad disciplinaria por infracciones cometidas ante los órganos jurisdiccionales se rige por la misma ley y las leyes procesales, pero la corrección disciplinaria por la conducta profesional corresponde a los colegios profesionales- Art. 546.3 Ley Orgánica 6/1985, d 1 de julio del Poder Judicial-, también LCP confiere esta potestad disciplinaria a dichas corporaciones, del mismo modo, el EGAE- artículos 3.1, y 4.1 h), art.17.4, 53.l) 80 y 81 del EGAE. En el nuevo Estatuto 66.e), 67 h), 72.2, 77 j), 118, 119 establece la potestad disciplinaria en favor de los colegios de abogados, de modo que en cada colegio el decano y la junta de gobierno son competentes para la corrección disciplinaria de los colegiados. En el ámbito jurisprudencial el Tribunal Constitucional -Sentencia 219/1989 de 21 de diciembre- se ha pronunciado con rotundidad afirmando la potestad de imponer sanciones disciplinarias de los colegios profesionales y argumentados que, además de remontarse a tiempos inmemoriales, es una de las funciones características de las dichas corporaciones. A su vez, el CGAE se muestra absolutamente convencido acerca de la conveniencia de este sistema de funcionamiento, estimando que “los responsables colegiales conocen la profesión por dentro, en todas sus manifestaciones, todas sus actividades y modalidades de prestación. Conocen cuales son las normas deontológica que deben regir la actuaciones de los profesionales...”. *Vid.*, Informe Jurídico sobre el Borrador de Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales, Consejo General Abogacía Española, Mayo de 2013.

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/06/INFORME-JURIDICO-BORRADOR-ANTEPROYECTO-SERVICIOS-PROFESIONALES-OK.pdf> (Consultado 06/08/2015). El informe invoca la STC de 17 de enero de 2013: “la razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituye principal exponente la deontología y ética profesional y con ello, el control de las desviaciones en el práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa”.

⁸⁹⁹ *Infra*.

Al respecto de la norma deontológica, entre los académico españoles detectamos una preocupación importante acerca de la naturaleza de la norma deontológica centrado en establecer la juridicidad de la misma.

DEL ROSAL⁹⁰⁰ subraya que la naturaleza de las normas deontológicas es compleja al no ser única ni unívoca y, si bien la naturaleza que determina unos aspectos de dichas normas las asemejan a las demás norma jurídicas, la naturaleza determinante de otros de sus aspectos las hace diferir de aquellas llegando incluso a presentarlas en contradicción. El autor atribuye la juridicidad a estas normas en base a su estructura, que determina su carácter obligatorio. APARISI MIRALLES⁹⁰¹ señala la diferente naturaleza de las normas legales y deontológicas subrayando la identidad propia de las últimas en base a su contenido ético. No las considera asimilables recordando, además, que la norma deontológica no se elabora de la misma forma que la legal, pese a ello, apunta el carácter jurídico de la norma deontológica, ya que el universo jurídico no se agota en la legalidad. VILA RAMOS⁹⁰² explica que la diferencia entre la ética, la moral y los códigos deontológicos es consecuencia precisamente del carácter normativo de estos últimos. La autora coincide con Del Rosal, al señalar que los códigos deontológicos por su estructura son normas jurídicas y, en consecuencia, de obligado cumplimiento. CUEVA FERNANDEZ⁹⁰³ apunta que la norma deontológica, surge de la experiencia acumulada, lo que la aproxima a la costumbre. Estas normas comparten con determinados usos las características de ser adoptadas por grupos profesionales para mantener su prestigio, pero la concomitancia entre la costumbre y la norma deontológica se ciñe a lo explicado y la norma deontológica al ser de obligado cumplimiento es, por tanto, jurídica.

⁹⁰⁰ DEL ROSAL, R., *Códigos Deontológicos y Ética Profesional. Origen, naturaleza jurídica, finalidad y bases para su elaboración*, Blog de Ética Jurídica 6 de Diciembre 2010. <http://eticajuridica.es/2010/12/06/codigos-deontologicos-y-etica-profesional-origen-naturaleza-juridica-finalidad-y-bases-generales-para-su-elaboracion/> (Consultado 14/10/2015).

⁹⁰¹ APARISI MIRALLES, A., *Deontología Profesional*.....op.cit., p.32

⁹⁰² VILA RAMOS, B. en VILA RAMOS, BEATRIZ (cod), ANCOS FRANCO, HELENA ET AL, *Deontología Profesional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 14.

⁹⁰³ CUEVA FERNANDEZ, R., *Códigos Deontológicos de la Abogacía Española*, *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad*, N°5, septiembre 2013-febrero 2014. pp. 194-200, *vid.*, en general. (Consultado 27/04/2015). <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2179/1115>. Ver.p.195.

LEGA⁹⁰⁴, una de las más relevantes autoridades en la disciplina, dice que el ordenamiento profesional es una institución en sentido técnico-jurídico reconocida por el Estado, que con sus leyes hace una remisión expresa a criterios y conceptos de naturaleza deontológica dejando al ente profesional la tarea de concretarlos para la valoración de los comportamientos del profesional, de ello se deduce que el ente profesional no solo tiene el poder de enjuiciar y reprimir los comportamientos lesivos a sus fines institucionales sino también el de sacar la luz y hacer públicos, previa verificación, los criterios y normas que presiden tales comportamientos.

En este sentido, PEREZ CEPEDA, nos dice que la deontológica profesional se sitúa en una esfera intermedia donde conviven normas de alcance ético y normas que no son solo un juicio de desaprobación valorativo, sino son normas de determinación que llevan aparejada sanción. Así pues, el incumplimiento de la norma deontológica supondrá el presupuesto de la función sancionadora por parte del Colegio Profesional, lo que reafirma su carácter normativo⁹⁰⁵.

Nos parece acertada la comparación llevada a cabo por OLMEDA GARCIA⁹⁰⁶, entre la norma ética y la jurídica basada en cuatro dicotomías: interioridad-exterioridad, unilateralidad-bilateralidad, autonomía –heteronomía y incoercibilidad -coercibilidad. Observamos, que la norma deontológica presenta las características atribuidas a la norma jurídica-exterioridad, bilateralidad, heteronomía y coercibilidad-, lo que apuntala la predicación de dicha naturaleza sobre las mismas. La ética, además, es normativa porque aunque no elabora normas, las conclusiones de lo que investiga se aplican como criterios y fundamentos para que otras disciplinas las formulen.

⁹⁰⁴ LEGA, C., Deontología de la Profesión*op.cit.*, pp.56-60. El autor si bien se refiere al ordenamiento italiano nos aporta un planteamiento que resulta totalmente extrapolable al ordenamiento español. Al respecto de este autor debemos decir que aunque es italiano, el libro esta traducido y es uno de los académicos más relevantes en el campo de la deontología profesional de los abogados, si bien escribe en referencia al ordenamiento italiano, sus aportaciones son perfectamente extrapolables al español y las consideramos de sumo interés, por lo que lo hemos incluido como doctrina española.

⁹⁰⁵ PEREZ CEPEDA, A.I., Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores, Aranzadi editorial, Elcano, Navarra, 2000, p.80.

⁹⁰⁶ OLMEDA GARCIA, M.P. Ética Profesional en el Ejercicio del Derecho, México, Universidad de la Baja California, Miguel Ángel Porrúa, Librero Editor, 2007, pp. 22-53.

SANCHEZ-STEWART⁹⁰⁷ indica que a diferencia de otras normas de ordenación de la profesión la norma deontológica presenta un contenido ético o moral, lo que ha contribuido a crear confusión en cuanto a su naturaleza. El autor trae a colación las diferentes objeciones que pueden llevarse a cabo en contra de la afirmación que predica la naturaleza jurídica de las normas deontológicas que conforman los códigos éticos, tales como el hecho de que no definan por sí mismas conductas típicas o no hayan sido publicadas en un diario oficial, pero explica que estas objeciones han ido quedando superadas por vía jurisprudencial.

Lo anterior, es matizado por CUENCA GARCIA⁹⁰⁸, que si bien admite que el conocimiento de los códigos deontológicos forman parte para el profesional del ejercicio de la profesión, a la vez, destaca que el Tribunal Constitucional ha dado más de un toque de atención en cuanto a la conveniencia de que los órganos competente refuercen el nivel de previsibilidad del ordenamiento disciplinario corporativo mediante las refundiciones o modificación normativas a las que haya lugar. De hecho, el Tribunal Constitucional ha advertido que una cosa es que quepan restricciones en el ejercicio de derechos en los casos de existencia de relación de sujeción especial y otra que los principios constitucionales y derechos fundamentales puedan ser restringidos o pierdan efectividad.

Disintiendo de lo expuesto, se alza la voz crítica de IGLESIAS⁹⁰⁹ que niega con firmeza la naturaleza jurídica de las normas deontológicas alegando que los textos que contienen las normas deontológicas no participan de la normatividad jurídica ni de la voluntariedad de los pactos entre particulares. Estas normas no

⁹⁰⁷ SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología...op.cit.p.46-48. Cita entre otras STC 42/1989 de 16 de febrero, STS, Sala Tercera, Sección Sexta de 9 de julio 2001, STC 2/1987 de 21 de Enero, STC 69/1989 de 29 de Abril. STS Sala Tercera, Sección Tercera de 29 de enero 2003, que hace un resumen de la doctrina del TC sobre la potestad disciplinaria de los colegios profesionales.

⁹⁰⁸ CUENCA GARCIA, M.J., La Función de los Abogados y Procuradores y los Intereses del Cliente, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 111-112. La autora en este sentido refiere las siguientes resoluciones judiciales: STC 219/89 (Fundamento 6º) y la STC 61/1990(Fundamento 8º).

⁹⁰⁹ IGLESIAS PEREZ, T., *El discutible valor jurídico de las normas deontológicas*, Jueces para la Democracia ISSN 1133-0627, N°12, 1991, pp. 53-61, *vid.*, en general. (Consultado 26/10/2013).

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528763>. El autor estima discutible que una norma en blanco como el artículo 5.1 de la Ley de Colegios Profesionales pueda dar cobertura legal a elaboraciones normativas colegiales sin que ello vulnere los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad.

han sido instrumentados mediante ninguna articulación que los incorpore al ordenamiento jurídico o les de respaldo legal ni tampoco han sido reproducidos en ninguna publicación oficial estatal- no obstante observamos que al autor no se le pasa por alto la excepción que representa el caso de los abogados, al estar el EGAE recogido en un Real Decreto-. Desde otra perspectiva, estas normas no son producto de un concierto libremente establecido entre los destinatarios de tales normas, dado que no han sido directamente elaboradas por los mismos ni por quienes ostentan la dirección y gestión de unas asociaciones a las que se pueda pertenecer o abandonar libremente. De lo anterior, podemos concluir que para Iglesias la obligatoriedad de la colegiación impediría el consentimiento libre que podría vincular jurídicamente, vía pacto en virtud de la autonomía de la voluntad, al profesional con la norma deontológica.

En cuanto a la codificación de la norma deontológica en España, debemos decir que la positivización a través de códigos se presenta como una de sus principales características. GARRIDO SUAREZ⁹¹⁰ llama la atención sobre la naturaleza de las normas deontológicas una vez han sido codificadas, ya que si bien este tipo de normas pudieran encontrarse en un estadio intermedio entre el derecho y la moral al ser incorporadas a un código que establece principios y deberes profesionales acompañado de un régimen sancionador para los infractores, quedan supeditas al ámbito del derecho, y con independencia de su origen quedan positivizadas en un código deontológico.

LEGA⁹¹¹ destaca como característica de la deontológica profesional la elasticidad de su contenido y su aplicación asimismo flexible. En el campo de la deontológica es frecuente que un mismo comportamiento pueda incidir en el ámbito de varios principios diferentes. El autor señala que contra la codificación de la norma deontológica se ha argumentado que supone el riesgo de cristalizar principios y reglas relativos a comportamientos que exigen, por el contrario, una gran elasticidad de autodeterminación, a lo que el autor contrargumenta que la norma deontológica, si bien está anclada en las exigencias de la vida profesional

⁹¹⁰ GARRIDO SUAREZ, H.M., *Deontología del Abogado.....op.cit.*, p. 112.

⁹¹¹ LEGA, C., *Deontología de la Profesiónop.cit.*, p. 54-56.

está también unida a la moral usual, la cual es mutable y varía según las circunstancias.

PARDO GATO⁹¹² apunta la flexibilidad con la que se ha llevado a cabo la tipificación de infracciones y atribución de las sanciones en el derecho administrativo sancionador, pero aclara que la flexibilidad en modo alguno debe confundirse con discrecionalidad.

SAINZ MORENO⁹¹³ justifica la codificación de la norma deontológica, al decir que en muchos casos estas normas no presentan una sustantividad propia, resultado ser más bien aplicaciones concretas de principios del derecho como la buena fe o la equidad o en otros casos se trata de usos seguidos por los miembros de una profesión que no precisarían formato escrito. No obstante, lo que no parece necesario puede resultar conveniente y el formato escrito ciertamente aporta seguridad y orientación en la aplicación de la norma, sin perjuicio de mantener cierta flexibilidad en la enunciación que permita la incorporación de los valores sociales vigentes propiciando la aplicación proporcionada y equitativa.

En conclusión y modo de resumen, parece ser doctrina pacífica que las normas deontológicas son normas jurídicas, si bien su procedimiento de elaboración y aplicación difiere del de las otras normas jurídicas, estamos ante un caso de sujeción especial, el que los profesionales de la abogacía mantiene respecto de las corporaciones profesionales de las que son miembros; dichas corporaciones lo son de derecho público y ejercen de funciones públicas por delegación de los poderes estatales, y son en definitiva, estas circunstancias las que justifican autorregulación de la normativa deontológica como la aplicación de la misma.

⁹¹² PARDO GATO, J.R., Colegios de Abogados y Sanciones Disciplinarias, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2007., pp. 156 y 646-647.

⁹¹³ SAINZ MORENO, F. "Comentarios al artículo 36 CE" en Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Dir. Oscar Alzaga Villaamil, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, 1983-1988.pp. 578 y siguientes, pp. 578-579.

Capítulo Segundo

Negociación, Ordenamiento Jurídico y Responsabilidad del Abogado

2.1 Introducción

Los abogados son responsables de sus conductas profesionales. Normalmente, la responsabilidad del profesional se genera ante los clientes, pero sin descartar que puedan también tener lugar en relación a actuaciones frente a instituciones como los Tribunales, ante la otra parte o incluso ante terceros. No obstante, tal y como analizaremos en este capítulo, debido a la idiosincrasia de la función de defensa, la aplicación de las normativas relativas a los diferentes tipos de responsabilidad profesional de los abogados puede verse en ocasiones matizada pudiendo revestir ciertas particularidades que trataremos en los apartados siguientes.

En nuestro análisis, tal y como hemos venido haciendo en el texto de esta tesis, compararemos los marcos jurídicos estadounidense y español. Debemos avanzar que el objetivo de este capítulo no es el estudio en sí de los diferentes tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el abogado en el ejercicio de su actividad profesional. Un tratamiento profundo de la responsabilidad civil, penal e incluso de la disciplinaria en toda su extensión, exceden el objeto de nuestra investigación. Nos hemos limitado, por tanto a una exposición sobre los elementos básicos de las distintas responsabilidades a las que está sujeto el abogado en el ejercicio de la profesión, y hemos puesto de relieve algunos extremos de interés especialmente relevante respecto a nuestro objeto de estudio. Nuestro interés se centra en la forma en la que las distintas responsabilidades se relacionan y limitan con las de orden disciplinario.

En primer lugar, estudiaremos las distintas responsabilidades profesionales del abogado en el ordenamiento jurídico estadounidense. Empezaremos con la responsabilidad civil prestando especial atención a la regulación de la relación de agencia, ya que tal y como hemos venido indicando a lo largo de esta tesis, la relación entre abogado y cliente en el ordenamiento jurídico estadounidense se califica como tal. Continuaremos analizando la responsabilidad penal para, posteriormente, tratar la responsabilidad profesional disciplinaria, y es en este apartado, donde trataremos la forma en las que los distintos tipos de responsabilidad entran en relación y se limitan unas a otras. En segundo lugar, y siguiendo el mismo esquema, estudiaremos las responsabilidades civiles del abogado y su encuadre en el ordenamiento jurídico español como una relación

de carácter contractual y calificada como de arrendamiento de servicios, a continuación, abordaremos los aspectos más relevantes de la responsabilidad de los profesionales de la abogacía en el orden penal, tras ello, analizaremos el tratamiento que las leyes procesales otorgan a las conductas incorrectas de los abogados ante los órganos jurisdiccionales, concluiremos con el tratamiento de la responsabilidad profesional disciplinaria procediendo al análisis de las diferentes relaciones que se establecen entre las distintas responsabilidades.

2.2 El caso estadounidense

Las distintas responsabilidades en las que puede incurrir el abogado en el ejercicio de su actividad profesional, aparte de ser objeto del correspondiente tratamiento doctrinal, en el derecho estadounidense reciben una especial atención al existir un *Restatement* dedicado exclusivamente a la regulación de las conductas de los abogados. Existen otros *Restatement* que también pueden resultar de aplicación, resulta de especial interés la mención del *Restatement Third of Agency*, ya que como hemos referido en la primera parte de esta investigación, en el ordenamiento legal estadounidense la relación abogado-cliente se encuadra en dicho instituto jurídico⁹¹⁴. Como analizaremos, los *Restatement*⁹¹⁵, aun careciendo de la fuerza de la ley, desempeñan un papel importante en el ordenamiento legal, y por ende, respecto de la actividad profesional de los abogados que tratan de forma profunda y detallada.

Como señala WENDEL⁹¹⁶, en primer lugar, los abogados están sujetos a las leyes aplicables de forma general, es decir, normas procesales, leyes regulando la responsabilidad civil y la penal que resultan de aplicación con independencia de las normas sobre responsabilidad disciplinaria.

En los siguientes apartados, serán tratadas de forma somera la responsabilidad civil y penal del abogado, para estudiar las relaciones que se establecen entre estas responsabilidades profesionales y la norma ética. Es esta interacción, lo que realmente nos interesa por guardar especial relación con nuestro objeto de estudio.

⁹¹⁴ *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* (En adelante, *Restatement of the Law Governing Lawyers* que trata de responsabilidad civil profesional y ética legal. *Restatement (Third) of The Law of Agency*, (En adelante, *Restatement (Third) of Agency*). Respecto de la relación de agencia *vid.*, *Infra*. Parte Primera. Capítulo Tercero. WENDEL, W.B., *Professional Responsibility....op.cit.*, pp. 2 y siguientes. A este respecto resulta ilustrativo que el autor titule el capítulo primero del libro "The Many Ways of Regulating Lawyers", es decir, "Las diferentes formas de regulación sobre la actividad de los abogados". Traducción autora.

⁹¹⁵ Los *Restatement* consisten en un repertorio o compilación de derecho sobre diferentes materias legales que no tiene fuerza de ley, pero que dado el prestigio del organismo que los publica, *The American Law Institute*, organización independiente líder en la publicación de trabajos legales, son utilizados en la práctica cotidiana por Jueces y abogados y son invocados en numerosas sentencias.

⁹¹⁶ WENDEL, W.B., *Professional Responsibility.....op.cit.*, p. 2

2.2.1 La civil del abogado

Los abogados están obligados observar la debida diligencia en sus actuaciones profesionales, de modo que deben mostrar la competencia necesaria que cabe esperar para la obtención de los resultados esperados por el cliente.

Las obligaciones de diligencia profesional del abogado junto con las de lealtad al cliente se encuentran debidamente reguladas en la norma ética, aunque no se agotan en esta vía⁹¹⁷, ya que los presuntos perjudicados pueden acudir a otras jurisdicciones para intentar obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar una actuación profesional negligente o desleal.

Tal y como señalan los *Restatement Third, The Law Governing Lawyers*, en el ámbito civil, los abogados están sujetos a dos principales tipos de responsabilidad:

- a. La derivada de negligencia profesional⁹¹⁸. El abogado debe observar una conducta diligente respecto de los asuntos que le encomienda el cliente, de manera que el profesional está obligado a conducirse de forma cuidadosa en la persecución de los objetivos relativos a la representación que le ha sido encomendada. El *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* describe el nivel de competencia exigido como “aquel que normalmente debería ser observado por abogados en similares circunstancias”⁹¹⁹.
- b. La derivada de la infracción de relaciones fiduciarias⁹²⁰. La relación abogado cliente, es una relación de carácter fiduciario, lo que implica que el abogado está obligado a respetar las obligaciones que conllevan las relaciones de este carácter.

⁹¹⁷ Model Rule 1.1.

⁹¹⁸ §48 y §50 *Restatement of the Law Governing Lawyers*.

⁹¹⁹ §56 *Restatement of the Law Governing Lawyers*.

⁹²⁰ §49 *Restatement of the Law Governing Lawyers*. §16 *Restatement* en su apartado 3 describe el contenido de la obligación fiduciaria diciendo que el abogado debe cumplir las obligaciones de confidencialidad y protección de propiedad, evitar los conflictos de intereses no permitidos, ser honesto con en todos sus tratos con el cliente y no obtener ventajas derivadas de la relación cliente-abogado que pudieran perjudicar al cliente.

Debemos señalar, no bastará la conducta negligente o contraria a la obligación fiduciaria, puesto que será necesario que con su conducta el abogado haya causado un daño al reclamante de acuerdo a los principios legales que rigen la acusación de daños⁹²¹.

El instituto de la relación de agencia desempeña un papel determinante en la atribución de responsabilidades entre agente y representado⁹²². En el plano ético es el abogado y no el cliente quien está sujeto a la norma, por lo que en caso alguno el cliente podrá ser responsable a este nivel respecto de conductas reprochables, ya se hayan producido respecto a un Tribunal, la otra parte y/o su abogado o incluso un tercero, pero con respecto al resto del ordenamiento legal, la asignación de responsabilidades puede ofrecer más dudas en cuanto a la atribución de responsabilidades entre abogado y cliente⁹²³.

La responsabilidad del abogado debe ser también analizada respecto de la responsabilidad del cliente, para establecer la delimitación entre ambas. En el derecho estadounidense el encuadre de una relación en el instituto legal de la agencia, entre otras consecuencias, entraña en principio, la de generar la responsabilidad del principal por las acciones del agente contratado, en este caso el abogado, en el ámbito de la representación encomendada⁹²⁴. No obstante, algunos Tribunales apartándose de la aplicación tradicional de la normativa de la relación de agencia no han aplicado el sistema de responsabilidades de dicha relación en los casos de representación legal. Estas desviaciones que encontrarían su justificación en el intento de los Tribunales de proteger al cliente de su propio abogado revisten especial transcendencia, dado que generalmente, involucran los derechos de terceros. GIESEL⁹²⁵ critica estas actuaciones judiciales alegando que esta protección al cliente puede acabar

⁹²¹ §53 *Restatement of the Law Governing Lawyers*. No obstante, según el *Restatement* §54, el abogado podrá defenderse alegando que la acción o inacción responde a la creencia razonable de que ese era el comportamiento exigido por la ley incluido las normas deontológicas.

⁹²² En este sentido, *Restatement (Third) of Agency* § 7.04 y § 7.8.

⁹²³ *Infra*. LEGA C., Deontología de la Profesión*op.cit.*, p. 60. Lega dice que los destinatarios de la norma deontológica son los inscritos en el registro profesional quedando excluidos los clientes.

⁹²⁴ *Restatement (Third) of Agency* § 7.01, § 7.02, § 7.03

⁹²⁵ GIESEL, G.M., *Client Responsibility for Lawyers Conduct: Examining the Agency Nature of Lawyer-Client Relationship*, 86 *Neb. L. Rev.* (2007), pp. 346-395, *vid.*, pp. 347-350, (Consultado 09/04/2015).

<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1086&context=nlr>

provocando el descuido en el control de la actuación del abogado e incluso podría inducir al cliente a llevar a cabo conductas inapropiadas a través del abogado, además, para proteger al cliente de las actuaciones incorrectas del abogado ya existen otros mecanismos. Todo ello, sin contar con la confusión que puede originar que no se aplique el derecho de agencia a una relación que tanto en la comunidad legal como en la sociedad en general es concebida como tal.

Según el autor citado, la aplicación restringida del derecho de agencia para determinar la responsabilidad del cliente por acciones del abogado derivaría de la concepción del abogado como agente que no debe compararse con la de un agente asimilado a un sirviente o empleado, cuyas acciones son físicamente controladas por el principal. Respecto a la atribución de responsabilidades por conductas del abogado en el curso de la representación del cliente, encontramos distinciones obvias, por ejemplo, si un abogado lesiona con su coche a un peatón en el trayecto de su despacho al juzgado para participar en el litigio sobre el caso que le ha encomendado el cliente, éste no podrá ser tenido por responsable del accidente, ya que esta situación quedaría fuera del ámbito de actuaciones encomendadas, pero respecto de otros contextos la distribución de responsabilidades no es tan evidente y para determinar la responsabilidad del cliente por las acciones del abogado en el marco del encargo encomendado deberá tenerse en cuenta si el cliente ha autorizado dichas acciones de forma expresa, o bien si tienen lugar en un contexto de autoridad aparente del abogado para llevarlas a cabo. Esto nos lleva a concluir que el tema central es determinar la autoridad conferida por el cliente al abogado. La autoridad conferida al abogado puede responder a diferentes patrones, las instrucciones pueden ser genéricas para resolver un caso o todos los asuntos legales del cliente o puede tratarse de instrucciones extremadamente concretas, por ejemplo, en el caso de las negociaciones legales el cliente puede requerir ser informado de todas las ofertas y contraofertas⁹²⁶. Un punto relevante en el análisis, reside en el hecho de que si aun siendo elección del abogado, el cliente ha autorizado una conducta ilegal,

⁹²⁶ *Ibidem*, pp.360-361.

a este respecto, el *Restatement Third*⁹²⁷ apunta a la responsabilidad del cliente, y en aquellos casos en los que los límites de autoridad no estén claros, normalmente, bastara con que las acciones llevada a cabo puedan ser contempladas como habituales en el margen de autoridad del agente en el contexto en el que se acontecen los hechos.

Evidentemente, pueden existir importantes dificultades para probar la autoridad conferida al abogado por el cliente. Uno de los medios más eficaces para evitar correr riesgos indeseados para ambas partes abogado y cliente es el recurso a los contratos de servicios legales, hojas de encargo profesional o instrumentos similares.

2.2.2 La responsabilidad penal del Abogado

El abogado está por supuesto sujeto a las mismas normas penales que el resto de la ciudadanía⁹²⁸, si bien, como analizaremos a continuación, las particularidades del ejercicio de la función de defensa propicia la existencia de algunas particularidades respecto la aplicación de normas penales a los profesionales del derecho en el ámbito del ejercicio de su actividad.

Es obvio, que dada la naturaleza de la función de defensa que debe desempeñar el abogado, no es inusual que estos profesionales se encuentren en situaciones en las que puede resultar complicado atender a la norma general penal y representar al cliente con el máximo celo, de forma que las tensiones entre la norma deontológica y el resto de ordenamiento legal con el cliente suelen ser más frecuentes de lo deseable.

La tensión mencionada crea una doble dificultad:

- a. Al propio abogado le puede resultar difícil tomar las decisiones adecuadas para encontrar el equilibrio entre el estricto respeto a la norma penal y la observación del máximo celo en la defensa encomendada.

⁹²⁷ *Restatement of the Law Governing Lawyers* §27 §28.

⁹²⁸ En este sentido, el *Restatement of the Law Governing Lawyers* §8 dice que la manera usual y apropiada en la defensa del cliente de acuerdo a las leyes aplicables resultará relevante para que el Tribunal valore si el profesional ha incurrido en una conducta criminal. Al margen de dicha valoración, el abogado será culpable de los actos criminales que haya podido cometer en el curso de una representación de la misma forma que un no abogado.

- b. El Juez o Tribunal pueden encontrar especialmente complicado establecer el límite entre la norma penal y la obligación ética a la que está sujeto el abogado en el ejercicio de sus funciones, lo que puede provocar que la aplicación del derecho penal al profesional de la abogacía deba ser contemplada desde una perspectiva particular⁹²⁹.

En el ámbito de la responsabilidad penal del abogado debemos distinguir dos situaciones diferentes:

- a. Los casos de responsabilidad frente al cliente. Estas situaciones tiene lugar cuando el abogado en el ejercicio de la defensa o asesoramiento que tiene encomendada lleva a cabo una acción perjudicial para su cliente que constituye un tipo penal, un ejemplo típico sería el de la apropiación o utilización indebida de fondos del cliente. Estas eventualidades están contemplados tanto por la norma deontológica como por la norma penal de forma clara y coherente.⁹³⁰.
- b. Los casos en los que la conducta del abogado puede ser interpretada como de inducción o cooperación en el delito. Estas situaciones, a diferencia de las anteriores, están también contemplados en la norma penal y en la norma ética, pero su interpretación no suele estar exenta de dificultades. Esto ocurre, porque puede es frecuente que las normas penales y éticas entren en conflicto, posiblemente, el ejemplo que mejor ilustra estas tensiones es el deber de confidencialidad que podría llevar al abogado a decidir ocultar información relativa a conductas del cliente que pudieran ser constitutivas de delito o fraude.

El abogado puede llegar a ser declarado penalmente responsable por su ayuda o asistencia al cliente en la comisión de un crimen o fraude al estar sujetos los abogados a las mismas normas que el resto de los ciudadanos, no obstante, como hemos expuesto, en el caso de estos profesionales, dado el carácter de las funciones que desempeñan existen particularidades en la aplicación de ciertas normas legales, ya que si ello no fuera así, podría darse un exceso de

⁹²⁹ Infra.

⁹³⁰ GREEN, B.A., *The Criminal Regulation of Lawyers*, 67 *Fordham L. Rev.*, 327 (1998-1999), pp.327-392, *vid.*, p. 327. (Consultado 26/02/2015).
<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/flr67&id=343&print=section§ion=20&ext=.pdf>

criminalización de conductas profesionales, que si bien no resultan loables no llegan a merecer el reproche penal⁹³¹.

2.2.3 La responsabilidad disciplinaria y su delimitación con las distintas responsabilidades del abogado

El Preámbulo de las *Model Rules*⁹³² establece una clara delimitación entre la norma ética y las otras normas jurídicas que conciernen a la responsabilidad profesional del abogado. Pensamos que merece especial atención el último párrafo que dice “No obstante, ya que las normas establecen estándares de conducta a observar por abogados, la infracción de las mismas por un abogado puede suponer la inobservancia de los estándares de conducta aplicables”. En la anterior versión de las *Model Rules*, el párrafo equivalente decía⁹³³. “En consecuencia, nada en estas normas deben servir para aumentar ninguna obligación o deber sustantivo de los abogado y no debe derivarse ninguna

⁹³¹ *Ibidem*, p. 333.

⁹³² *Model Rules of Professional Conduct; Preamble & Scope* (20) que dice: “Violation of a Rule should not itself give rise to a cause of action against a lawyer nor should it create any presumption in such a case that a legal duty has been breached. In addition, violation of a Rule does not necessarily warrant any other no disciplinary remedy, such as disqualification of a lawyer in pending litigation. The Rules are designed to provide guidance to lawyers and to provide a structure for regulating conduct through disciplinary agencies. They are not designed to be a basis for civil liability. Furthermore, the purpose of the Rules can be subverted when they are invoked by opposing parties as procedural weapons. The fact that a Rule is a just basis for a lawyer's self-assessment, or for sanctioning a lawyer under the administration of a disciplinary authority, does not imply that an antagonist in a collateral proceeding or transaction has standing to seek enforcement of the Rule. Nevertheless, since the Rules do establish standards of conduct by lawyers, a lawyer's violation of a Rule may be evidence of breach of the applicable standard of conduct”. “La violación de una norma por sí misma no debería dar lugar a acción alguna contra un abogado ni crear presunción de que una obligación legal ha sido infringida. Además, la violación de una norma disciplinaria no necesariamente justifica una reparación no disciplinaria como la descualificación de un abogado en una causa judicial en curso. Las normas se elaboran para proporcionar guía a los abogados y proveer de estructura reguladora de la conducta de estos a las agencias con competencias de corrección disciplinaria. Su función no es la de servir de base para determinar la responsabilidad civil. Es más la función de las normas puede ser socavada cuando son invocadas por la otra parte como munición procesal. El hecho que las normas sean una base para que los abogados puedan evaluar por ellos mismos sus conductas, o para sancionar a un abogado en dependencia de una autoridad disciplinaria, no implica que el contrario pueda invocarlas en un proceso colateral o transacción.

⁹³³ Este último párrafo en la anterior versión, que aun rige en algunos Estados decía “Accordingly, nothing in the Rules should be deemed to augment any substantive legal duty of lawyers or the extra-disciplinary consequences of violating such a duty”. “En consecuencia, las normas disciplinarias no deben servir para aumentar los deberes sustantivos del abogado ni deben comportar consecuencias en otros ordines por la violación de dichos deberes”. Traducción autora. COOPER, B.P., *Taking Rules Seriously: The Rise of Lawyer Rules as Substantive Law and the Public Policy Exception in Contract Law*, *Cardozo Law Review*, Vol. 35, 2013-2014, pp. 267-307, *vid.*, pp. 299- 300. (Consultado 17/04/2015). <http://heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/cdozo35&page=267&collection=journals>

consecuencia extra disciplinaria de la violación de dichos deberes”. La última versión, si bien la redacción hubiera podido ser mucho más explícita, puede interpretarse como un reconocimiento del redactor a la creciente importancia de la norma ética como cuerpo normativo legal que rige la conducta profesional de los abogados de forma amplia y general. Tanto el *Restatement Second*⁹³⁴ como el *Restatement Third*, en un contexto autónomo, consideran que la norma ética es legislación, y ello, a pesar del planteamiento menos contundente de las propias *Model Rules*⁹³⁵. En cuanto a la relación entre las diferentes normativas aplicables a la responsabilidad profesional del abogado, la norma ética se impone tanto al *Restatement Third of Agency* como al *Restatement of the Law Governing Lawyers*, ya que al no tener los *Restatement* fuerza de ley cuando regulan de forma matizada o contradictoria las conductas que podrían generar responsabilidad por parte del profesional, deben ceder ante normas que sí que la tienen. Por esta razón, el abogado nunca resulta obligado a seguir al cliente en una conducta que es contraria a la ley en general, ya que la norma ética permite al abogado cesar en la representación cuando ésta pudiera dar lugar a acciones contrarias a la misma norma deontológica u otra norma legal⁹³⁶. No obstante, la relación de prevalencia de la norma ética respecto de otras normas legales, no es la misma. La norma ética pretende proteger a los abogados de la imposición de sanciones que pueden ser fruto de una situación de incertidumbre creada por otras normas jurídicas que prevalecen sobre la misma. Esta necesidad surge debido a que de las actuaciones de los abogados serán juzgadas por los Tribunales en diferentes ámbitos, de forma que la norma ética pretende complementar, pero no sustituir otros ordenes legales⁹³⁷.

El principio general es que las infracciones de la norma ética por sí sola no constituyen suficiente base para establecer ni la responsabilidad civil ni la

⁹³⁴ *The Restatement (Second) of Contracts*.

⁹³⁵ COOPER, B.J., *Taking Rules Seriously*....*op.cit.*, p. 278.

⁹³⁶ GAETKE, E.R., *Expecting Too Much and Too Little*.....*op.cit.*, p. 723.

En el mismo sentido, cabe recordar que la norma ética en EEUU es de cumplimiento obligatorio y por el contrario el referente legal más específico respecto de la relación de agencia es un *Restatement* que no tiene fuerza legal.

⁹³⁷ RUSSELL, I., *The Evolving Regulation of the Legal Profession: The Costs of Indeterminacy and Certainty*, *Professional Lawyer*, Vol, 137, 2008, vid., en general. (Consultado 29/04/2015). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1357609##

responsabilidad penal⁹³⁸, se trata de responsabilidades diferentes y diferenciadas que pueden concurrir o pueden no hacerlo, según cada caso.

Desde que los códigos éticos asumieron forma de ley las normas éticas han sido tratadas como normas jurídicas, pero la aplicación de la norma ética por los Tribunales en lo que respecta a la determinación de otro tipo de responsabilidades profesionales del abogado no es cuestión pacífica⁹³⁹. Es frecuente que las normas éticas regulen las mismas conductas que regula otros tipos de normas y los Tribunales a veces se sirvan de la norma ética para aplicar otras ramas del derecho sustantivo mientras en otras ocasiones no le conceden relevancia alguna. Además, los Tribunales, cuentan con la potestad de corregir a los abogados por sus actuaciones ante el Tribunal en concreto, es lo que WENDEL⁹⁴⁰ denomina *Track Two*, y se trataría de una potestad similar a lo que en España se conoce como Policía de Estrados.

Por su parte, ZACHARIAS⁹⁴¹ apunta que deben ser las Cortes Supremas como Tribunales de última instancia las que intenten resolver las inconsistencias y busquen la armonización entre la norma ética y la ley común y justifiquen las divergencias cuando estas deban tener lugar. En este sentido, la práctica ha demostrado que los Tribunales de orden inferior dan prioridad sin vacilación a la opinión jurisprudencial respecto de la norma ética. Esta reiterada conducta se interpreta fácilmente como un escaso reconocimiento de la norma ética por parte de los Tribunales, lo que puede venir provocado por el convencimiento de que se la norma ética es producto de una autorregulación que debe limitarse al puro ámbito disciplinario. Esta dinámica de funcionamiento acaba influyendo en la percepción de los abogados respecto de su propia norma ética como guía de comportamiento. A la cuestión de porque la norma ética no sigue con mayor fidelidad la ley común podría argüirse la pretensión del colectivo profesional de

⁹³⁸ GREEN, B.A., *The Criminal Regulation of Lawyers....op.cit.*, p.398.

⁹³⁹ CRAMTON, R.C., UDELL, L.K., *State Ethics Rules and Federal ...op.cit.*, p. 302.

⁹⁴⁰ WENDEL, W.B., *Professional Responsibilityop.cit.*, pp. 6-7. El autor explica que un Tribunal puede crear un estándar de conductas que ante el mismo se estime reprobables que fueran distintas a las demás normativas al respecto, pero este proceder no sería útil ya que serían unas normas que quedarían en el vacío. La norma ética es resultado de un profundo estudio y reflexión para intentar reflejar aquellas conductas que pudieran ser estimadas reprobables en los ámbitos de actuación de los abogados, ya que una de las principales funciones de estas normas es servir de orientación a los profesionales para que ajusten sus conductas a lo que se espera de ellos en sus diferentes ámbitos de actuación.

⁹⁴¹ ZACHARIAS, F., *The Myth of Self-Regulationop.cit.*, pp 1176-1180.

utilizarla para influir en la legislación común que pueda resultarle de aplicación, así como, puede interpretarse un interés por parte del colectivo profesional de crear una esfera normativa diferente como forma de protección contra la legislación externa que le sea adversa. Zacharias, como remedio a la competencia que se establece entre la norma ética y al derecho común aplicable a la conducta del abogado apunta a la necesidad de que las Bar abandone la ilusión de la autorregulación y se pase a buscar una corregulación. Esta solución aportaría transparencia al derecho aplicable a las posibles responsabilidades del abogado, y consecuentemente, los profesionales contarían con una guía orientadora mucho más óptima. Esto permitirá también enviar un mensaje más claro a la sociedad respecto de la presión normativa del colectivo profesional⁹⁴². Es posible que la norma ética intente evitar que el abogado sea sancionado en situaciones en las que priva la incertidumbre, pero lo cierto es que resulta difícil que la norma de derecho común, es decir, la de aplicación general ceda ante la norma ética⁹⁴³.

Las normas éticas a menudo son ambiguas y no expresan con claridad la conducta proscrita. Por ello, en ocasiones se debe acudir a otras ramas del derecho para determinar con más certeza la legalidad o ilegalidad de las conductas que un abogado poder llevar a cabo en el ejercicio de su actividad. En la interacción de la norma ética con las normas de derecho civil o penal pueden observarse tres diferentes correlaciones: las normas penales o civiles pueden reforzar la norma ética al coincidir en la prohibición de determinadas conductas, pero en otras ocasiones, pueden no prohibir las conductas que la norma ética prohíbe o por el contrario, las normas penales y civiles prohíben conductas que la norma ética no prohíbe⁹⁴⁴. Es este último supuesto el que comporta mayores problemas de interpretación, ya que al abogado puede acogerse al cumplimiento de la norma ética para intentar así justificar acciones susceptibles de generar responsabilidades de otro carácter.

En el orden penal los conflictos entre dicha norma y la ética suelen derivarse de la falta de claridad de ambas. Puede ocurrir que la norma penal proscriba

⁹⁴² *Ibidem.*, pp. 1181-1187.

⁹⁴³ RUSSELL, IRMA, *The Evolving Regulation of the Legal Profession... op.cit.*, vid., en general.

⁹⁴⁴ GREEN, B.A., *The Criminal Regulationop.cit.*, p. 343. Refiriéndose a la norma penal.

comportamientos que a nivel ético no estén prohibidos, incluso parecen estar alabados. En estos casos, especialmente, cuando la prohibición recogida en la norma penal no resulte clara y patente, probablemente, el abogado se acogerá a la norma ética⁹⁴⁵.

Como mencionábamos, en el ámbito penal merecen especial atención los comportamientos del profesional que pueden interpretarse colaboración con el infractor de la norma penal. En estos casos, la norma ética cobra la doble función de orientar y proteger al profesional para evitar situaciones indeseables. La norma ética indica al abogado cuando y como puede quedar eximido o relevado de los deberes que, paradójicamente, la misma norma impone. El ejemplo más ilustrativo, lo encontramos en los límites al deber de confidencialidad del abogado relativo a informaciones y datos facilitados por el cliente. La norma ética prevé para estos casos excepciones que permitirán al abogado la revelación de informaciones confidenciales sin infringir los deberes que le impone la propia norma⁹⁴⁶.

Conforme a la ley penal, la responsabilidad como cómplice se genera tanto por prestar asistencia o ayuda como por alentar las acciones de quien pretende cometer un delito, bastando con que se conozca que la acción u omisión tendrá ese efecto. Este conocimiento podría llegar incluso a establecerse demostrando la voluntad de ignorar la verdad de forma consciente favoreciendo así la comisión del delito por parte de un tercero, en este caso el cliente. En el caso de los abogados es necesario trazar los límites entre la conductas cómplice y la que debe observarse de acuerdo a la norma ética, ya que resulta inevitable que el abogado cuente con información confidencial por ser ello inherente al derecho de defensa, lo que no implica que la prestación de servicios pueda traducirse en promoción directa de la actividad presuntamente delictiva del cliente. Es principio de la profesión que los abogados deben dar asistencia legal a quien la precise, así como, al abogado se le presume un cierto agnosticismo respecto al relato del cliente que merece el beneficio de la duda. La tensión entre la norma

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 354.

⁹⁴⁶ Las *Model Rules* prevén que el abogado queda dispensado del deber de confidencialidad respecto de los Tribunales o terceras personas cuando esté ante una información cuya revelación sea necesaria para evitar asistir al cliente en la comisión de una acción criminal. *Model Rule 3.3 (a) (2)* y *Model Rule 4.1 (b)*.

penal y la ética reside en buen grado en el hecho de que esta última tiende a favorecer que el abogado defienda a quien tiene problemas legales, así como, a que el abogado crea al cliente, en definitiva a falta de evidencias relevantes y patentes el abogado debe tener una posición de agnosticismo ante la verdad o falsedad de lo que manifieste el cliente⁹⁴⁷.

Una cuestión controvertida y trascendental es la del supuesto “plus” de la norma ética, es decir, debemos preguntarnos si dicha norma realmente aumenta los deberes de los abogados en su actividad profesional o en realidad no va más allá de lo que pueda ir el derecho común, si bien lo lógico sería pensar que la propia existencia de la norma ética debería comportar alguna modificación en la responsabilidad profesional del abogado⁹⁴⁸.

Como ya hemos expresado, si bien de modo general, los abogados están sujetos a la ley en la misma medida que todos los ciudadanos existen excepciones en las que los abogados como profesionales reciben un tratamiento especial, ya que el rol de estos profesionales como cooperadores de la Administración de justicia puede conllevar que se les conceda cierta inmunidad. Estos temas crean tensiones relativas a temas como el de la confidencialidad y puede ocurrir que la norma ética y la ley general se contradigan o se solapen y se cree una tensión entre el privilegio de la confidencialidad para proteger al cliente y los intereses de terceros⁹⁴⁹.

Existen temas donde inevitablemente, deben triunfar los principios legales establecidos sobre la norma ética como ocurre en los casos de asistencia de abogados a sus clientes en la comisión de hechos constitutivos de delito o fraude⁹⁵⁰. GREEN⁹⁵¹, citando a Hazard, concluye que mientras las conductas criminales deberían estar sujetas a reproche disciplinario, en sentido contrario,

⁹⁴⁷ GREEN, B.A., *The Criminal Regulation of Lawyers.....op.cit.*, pp. 356-359. En este sentido, el autor señala que el *Restatement of the Law Governing Lawyers* señala que la frontera en entre el consejo legal y la conducta criminal del abogado asistiendo al cliente, depende del nivel de información del abogado y su estado de conciencia respecto de ese conocimiento, lo que suele puede inferirse.

⁹⁴⁸ COOPER, B.J., *Taking Rules Seriously:.....op.cit.*, vid., en general.

⁹⁴⁹ CRAMTON, R.C., UDELL, L.K., *State Ethics Rules and Federalop.cit.*, p. 311. Ejemplo sería las acciones por difamación de partes y testigos en la sala de juicio.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 314.

⁹⁵¹ GREEN, B. A., *The Criminal Regulation of Lawyers.....op.cit.*, p. 390.

las conductas contrarias a la norma ética no deben presuponer responsabilidad criminal por sí mismas.

Como ya hemos mencionado, y sobre ello volveremos en el capítulo siguiente, la solución que la norma ética prevé para que el abogado pueda evitar incurrir en conductas que pudieran resultar tanto en infracción de la norma ética como de otro orden es la de renunciar a la representación, si bien, la renuncia a la defensa debe producirse respetando ciertas condiciones y siempre resulta aconsejable intentar previamente que el cliente no persista en sus actuaciones. En ocasiones, como explicaremos posteriormente, incluso el abogado podrá y/o deberá revelar las actuaciones del cliente a fin de evitar determinados perjuicios a terceros⁹⁵².

⁹⁵² *Model Rule* 1.16.

2.3 El caso español

La LOPJ establece que los abogados están sujetos en el ejercicio de la profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda⁹⁵³, estableciendo así el distinto carácter de cada una de las responsabilidades. También el actual EGAE⁹⁵⁴ recoge la distintas responsabilidades en las que puede incurrir el abogado en el ejercicio de sus funciones profesionales, pero debemos llamar la atención sobre el hecho de que el nuevo EGAE, aun sin vigor, no recoge el contenido del artículo que hacía referencia a la sujeción del abogado a responsabilidad penal y civil por sus comportamientos en su actividad profesional.

Posiblemente, la explicación se deba a que con independencia a la mención o no mención en la normativa orgánica de la Abogacía, tales responsabilidades se encuentran debidamente reguladas en el ordenamiento jurídico español y los posibles afectados por las conductas de los abogados pueden ejercitar las acciones legales que les asisten siempre que concurren los presupuestos pertinentes.

Es obvio, que para el colectivo profesional de los abogados, dada su área de conocimiento, la función informativa de la norma no presenta la misma relevancia que en el caso de otros colectivos profesionales.

De todas formas, debemos observar que la eliminación del artículo 78 del EGAE, coincide con lo que podemos considerar una incorporación del grueso de las normas relativas a las infracciones deontológicas y su sanciones a las ya contempladas en el CDAE, de forma que podemos hablar de una absorción de una norma por la otra. El nuevo estatuto recoge una enumeración y tipificación más detallada y concreta de las infracciones, añadiendo, además, a las sanciones ya existentes la posibilidad de imponer multas pecuniarias, si bien, la novedad no es tal si se tiene en cuenta que ya existía en las normativas deontológicas algunos colegios profesionales⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Art. 546 LOPJ.

⁹⁵⁴ Art. 78 EGAE.

⁹⁵⁵ Art. 72 Normativa abogacía catalana. Puede consultarse en www.icab.cat (Consultada 16/12/2015).

2.3.1 Responsabilidad civil

Aquellas conductas del abogado carentes de la diligencia debida en la actividad profesional son susceptibles de entrañar la responsabilidad civil del abogado, si bien no todas las conductas desprovistas de diligencia pueden constituir el supuesto para declarar tal responsabilidad, de forma que fundamentalmente deben concurrir dos requisitos: la conducta debe ser lesiva para el cliente y debe existir un nexo causal entre la conducta del profesional y el daño causado⁹⁵⁶. Lo cierto, es que la apreciación por los Tribunales de la responsabilidad profesional ha sido objeto de interpretaciones que han servido para aportar algunas precisiones, lo que ha dado también lugar al pertinente debate doctrinal.

Una primera discusión doctrinal se refiere a la naturaleza jurídica de la relación del abogado y cliente. En primer lugar, debe señalarse que en España no se conoce o identifica como derecho de agencia la relación abogado-cliente. La relación de agencia en España está regulada, pero esa denominación se utiliza para referirse a la relación entre agente y principal en el ámbito comercial.

En cuanto a la figura legal para el encuadre de la relación entre abogado y cliente, las diferentes propuestas pasarían por el arrendamiento de servicios, el

⁹⁵⁶ CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial*, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 25:259-287, 2006.pp. 257-286, *vid.*, p. 260. (Consultado 26/11/2015)

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2567/1685>

En este sentido, la autora aclara que no siempre que fracase un proceso se desencadenará automáticamente la responsabilidad civil del abogado, ya que será necesario que concurran los requisitos de la responsabilidad civil en general, es decir, el proceso debe frustrarse por la defectuosa actuación u omisión del profesional, y ello, debe provocar los daños que se encuentran conectados casualmente a dicho comportamiento.

mandato⁹⁵⁷, el contrato de obra⁹⁵⁸ o incluso otros contratos mercantiles como la comisión. De antaño, se calificó la relación que tratamos como mandato, pero actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden de forma mayoritaria que se trata de una prestación de servicios, generalmente, calificada como un contrato de arrendamiento de servicios⁹⁵⁹.

SERRA DOMINGUEZ⁹⁶⁰ apunta que las actividades que desarrollan los abogados constituyen supuestos heterogéneos subsumibles en lo que genéricamente puede llamarse “contratos de gestión” o “de prestación de servicios”. De hecho, el contrato de arrendamiento de servicios constituye el contrato tipo de los contratos de gestión. Observamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia⁹⁶¹ han venido calificando de forma mayoritaria como arrendamiento de servicios la relación jurídica que se establece entre abogado

⁹⁵⁷ Tras la promulgación del Código Civil, y siguiendo el criterio del derecho romano, el contrato entre abogado y cliente considerado actividad intelectual no era susceptible de generar lucro, ya que estos servicios se consideraban inestimables, por lo que únicamente se recibían honorarios a título de reconocimiento y gratuidad no como contraprestación, de forma que su esencial gratuidad condujo a estas relaciones al contrato de mandato. Esta concepción evolucionó y los servicios profesionales pasaron a ser remunerables y medio de vida de quien ejerce la profesión, lo que ha llevado a que se califique el contrato entre abogado y cliente como de arrendamiento de servicios. En este sentido, ver CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado...op.cit.*, p. 264. La autora explica que si bien dicha postura encontró cierta acogida el siglo pasado en la jurisprudencia del TS, en la actualidad ninguna sentencia de dicho Tribunal contempla esta alternativa, debido, probablemente al carácter gratuito del contrato de mandato frente al carácter retribuirle de la actividad de los abogados.

ORTEGA REINOSO, G., *Contenido Obligacionalop.cit.*, pp.12-13.

⁹⁵⁸ MARTI MARTI, J., *La Responsabilidad Civil del abogado y del Procurador*, JB Bosch Editor, 2007., pp.73-74. El autor dice que excepcionalmente se conceptúa como contrato de obra cuando el encargo del cliente consiste, por ejemplo, en la elaboración de informes o dictámenes. CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado..... op.cit.*, p.265. La autora explica que la regulación de actividades extrajudiciales del abogado como la emisión de dictámenes jurídicos ha llevado a la jurisprudencia a calificar dichas actividades como arrendamiento de obra.

⁹⁵⁹ ORTEGA REINOSO, G., *Contenido Obligacionalop.cit.*, pp.14-16 Refiere las diferencias entre el mandato y el arrendamiento de servicios. CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado...op.cit.*, p. 264. La autora señala que en el CC de los cinco artículos que regulan este contrato- del 1583 al 1587- únicamente, el primero y el último se encuentran en vigor, al haber sido el resto derogados tácitamente por la CE y legislación laboral posterior.

⁹⁶⁰ SERRA RODRIGUEZ, ADELA, *La responsabilidad Civil de Abogados y Procuradores* pp. 248-266, en *El Trabajo Profesional de los Abogados*, Coordinador Blasco Pellicer Angel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 250.

⁹⁶¹ En el ámbito jurisprudencial el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de abril de 2003 (RJ 2003/3003) y sentencia de 8 de abril de 2003 (RJ 2003/2956) entre otras, se ha pronunciado estableciendo que relación contractual entre abogado y cliente, es en ese y en la mayoría de los casos, salvo muy contadas excepciones, la derivada del contrato de prestación de servicios, siendo la obligación esencial del abogado la dirección técnica de un proceso como obligación de actividad o de medios, no de resultado.

y cliente⁹⁶². La jurisprudencia española parece haberse alineado de forma mayoritaria con la argumentación presentada⁹⁶³. A sensu contrario, CRESPO MORA⁹⁶⁴, estima dicha calificación jurídica claramente criticable, debido principalmente, a lo desfasado y anticuado de la regulación de dicho tipo contractual en el CC. Al respecto de la clasificación de la relación abogado cliente podemos también encontrar sentencias que califican el contrato entre abogado y cliente como un contrato de gestión entre el arrendamiento de servicios y el mandato, una construcción elaborada de modo poco satisfactorio⁹⁶⁵.

La clasificación mayormente adoptada en España respecto de la relación abogado-cliente comporta consecuencias de importancia, ya que conlleva el encuadre de la relación en el ámbito contractual, y por consiguiente, la aplicación de los artículos del Código Civil⁹⁶⁶ que regulan este tipo de responsabilidad. La naturaleza contractual de la relación comporta efectos

⁹⁶² De todas formas, entendemos que el encuadre de la relación abogado-cliente en la figura del arrendamiento de servicios, conlleva la aplicación de los arts. 1542 del Código Civil y siguientes, lo que no impide que se tome en consideración el encargo encomendado al abogado y de como pudiera regularse en esos casos la relación abogado y cliente, ya que podrían resultar idóneas figuras contempladas en el Código Civil, por lo que pasaría a ser de aplicación los preceptos reguladores de dichos institutos jurídicos, tales como el mandato, artículo 1709 y siguientes del Código Civil o la comisión de obra, artículo 1588 y siguientes del Código Civil.

⁹⁶³ La ya citada, STS 8 de Abril 2003 (RJ 2956) califica la obligación que asume el abogado con la defensa es de medios y no de resultado. En el mismo sentido afirmando que el deber de defensa debe ceñirse a la *lex artis*, pero no implica una obligación de resultado sino una obligación de medios STS 14 de Diciembre 2005 RJ (2006/1225), STS 30 de Marzo 2006 (2129).

⁹⁶⁴ CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado...* op.cit. pp. 263-265.

⁹⁶⁵ STS de 26 de Febrero 2007 (RJ 2115) que cita STS 28 DE FEBRERO DE 1998, 23 DE Mayo del 2006 y 27 de junio del 2006.

⁹⁶⁶ Artículos 1101 y siguientes CC.

significativos, ya que determina la aplicación tanto la limitación de quantum indemnizatorio⁹⁶⁷ como el plazo de prescripción de la acción⁹⁶⁸.

A su vez, las obligaciones que entraña para el abogado la relación contractual que mantiene con el cliente se clasifica como de medios y no de resultado. Las consecuencias prácticas de la clasificación resultan muy relevantes, al condicionar la instrumentación de la carga de la prueba, que se desplaza hacia el cliente⁹⁶⁹. Respecto de las obligaciones de resultado, la no obtención de resultado significa incumplimiento, mientras respecto de las de medios no ocurre así, puesto que la obligación se considerara cumplida si se han llevado a cabo todas las acciones necesarias de forma diligente, y a pesar de ello, el resultado

⁹⁶⁷ Recogido en el art. 1107 CC. para el deudor de buena fe.

⁹⁶⁸ Art. 1604 del CC que establece que a las acciones personales que no tengan plazo especial señalado se les aplica el término especial de prescripción de cinco años. *Vid.*, Disposición final primera. Modificación del Código Civil en materia de prescripción Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90240 a 90288.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10727 (Consultado 28/01/2016).

CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado.....op.cit.*, p. 266. A este respecto, la autora señala que han surgido entre dudas doctrinales respecto de la calificación de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las llamadas obligaciones accesorias, ya que al no encontrarse limitadas en el contrato podrían calificarse de carácter extracontractual y, por lo tanto, dar lugar a ese tipo de responsabilidad. La autora indica que existe numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido- menciona SSTs 9 de marzo de 1983, 10 de mayo de 1984, 9 de enero de 1985, 16 de diciembre de 1986, 10 de junio de 1991. A pesar del criterio jurisprudencial, la mayoría de la doctrina sigue posicionándose considerando como contractual la responsabilidad analizada.

⁹⁶⁹ REGLERO CAMPOS, L.F., *La Responsabilidad Civil de Abogados en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, AFDUDC- Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña- 11, 2007, pp. 785-813, pp. 797-798. (Consultado 17/10/2014).

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2514572>

no se ha obtenido⁹⁷⁰. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo se ha pronunciado diciendo que el abogado no puede ser responsable de los actos de un tercero, ya que el poder de decisión lo ostenta el órgano judicial que resuelve, pudiendo éste estar de acuerdo o no con las tesis y argumentaciones formuladas por el profesional en defensa de los intereses encomendados⁹⁷¹. Lo cierto, es que la los argumentos expuestos, nos llevan a plantearnos que ocurre con las actuaciones extrajudiciales del abogado, respecto de las cuales no existe la

⁹⁷⁰ MARTI MARTI, J., La Responsabilidad....*op.cit.*, 47-81. El autor trata muy adecuadamente, la específica y delicada problemática que presenta la estimación de la responsabilidad civil de los profesionales del Derecho: la de no generación de responsabilidad por el simple hecho de no haber obtenido el cliente los resultados pretendidos al realizar el encargo profesional. Martí nos dice al respecto “de la negligencia del abogado no es posible subsumir como tal la frustración del actor por no obtener una sentencia favorable. Esto es, se subraya la particularidad que la decisión final corresponde al órgano judicial y solo incurriría en responsabilidad si la decisión final está condicionada negativamente por una conducta negligente que fuese determinante para la no consecución de los objetivos pretendidos por la parte interesada”. El autor abunda en la cuestión diciendo “. Se descarta pues, la equivalencia de esa conducta negligente y el supuesto de daño padecido. Y así mismo que esa conducta negligente se equipare, sin más, a la causa de la insatisfacción de la pretensión del cliente”. Lo cierto es que el abogado puede haber actuado diligentemente y no obtener los resultados pretendidos y/o esperados y de la misma forma puede darse el caso de que el profesional no haya actuado con la diligencia debida y se obtenga el resultado pretendido. GRANDE YAÑEZ, M., Ética de las Profesiones Jurídicas, Desclee De Brouwer, Bilbao, 2005. Con la colaboración de Almoguera, J. y Jiménez J. (Col.), p. 191. En el mismo sentido, el autor señala que la obligación del abogado es de medios, comprometiéndose a desplegar su actividad con la diligencia debida, de acuerdo con su *lex artis*, sin que pueda garantizar el resultado exitoso. ORTEGA REINOSO, G., *Contenido Obligacional....op.cit.*, pp.9-12. La autora se pronuncia en el mismo sentido explicando que la obligación que asume el abogado frente defendido es de medios y no de resultado, y queda cumplida si el abogado lleva a cabo todas las acciones necesarias para alcanzar el resultado pretendido por el cliente independientemente de que se consiga o no. Si ello no fuera así, sería habitual que en un pleito, al menos uno de los abogados, hubiera incumplido con sus obligaciones profesionales. La autora apunta que frecuentemente se ha calificado a las actuaciones extrajudiciales como de resultado, y en estos casos, la relación obligacional del abogado con el cliente puede quedar enmarcada en el contrato de mandato o de obra.

⁹⁷¹ STS de 3 de Octubre 1998 (RJ 8587), STS 742/2008 de 18 Jul. 2008 que dice la doctrina de esta Sala en materia de responsabilidad civil de Letrados (así, sentencia de 15 de febrero de 2008 (LA LEY 53296/2008) que cita las de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007), señala que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como una vulneración objetiva del derecho la tutela judicial efectiva, y por ello, un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 del CC. Además, la propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye la relación de causalidad entre la conducta del abogado y el resultado dañoso en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su *abogado* debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones. STS de 30 de Noviembre 2005 (RJ 2005, 7859).

intervención de un tercero neutral como es el caso de las actuaciones judiciales. A este respecto, ORTEGA REINOSO⁹⁷², hace una precisión que nos resulta de sumo interés, al explicar que frecuentemente se ha calificado a las actuaciones extrajudiciales como de resultado, tal y como ocurre con los encargos de elaboración de un informe, o de un contrato, no mostrándose de acuerdo con tal distinción y estimando que la calificación jurídica de la relación no debe verse modificada por el tipo de actividad desarrollado por el abogado en la prestación del servicio, por ejemplo, el abogado que elabora un dictamen emite su opinión, pero no hay garantía de que sea acertada y pueda servir al cliente para conseguir sus pretensiones. En todo caso, la autora se pronuncia en el sentido de decir que bien todas las actividades son de medios o todas son de resultado, pero que la distinción carece de sentido. En todos los casos la obligación queda cumplida si se ha observado la diligencia debida. En el caso de la emisión de un dictamen no se habrá observado la diligencia debida si existen errores, por ejemplo, sobre plazos procesales, y el cliente se ve perjudicado. Si la emisión de un dictamen se considera una obligación de resultado, porque el abogado entrega “un producto “sin garantía de que sirve a las pretensiones de quien lo encargó, también podría considerarse así la interposición de un recurso en el plazo preceptivo, cuya observancia es competencia del abogado, si bien el posterior resultado dependerá del criterio del Tribunal o la instancia administrativa que tenga que resolverlo. Concerniendo la clasificación de las obligaciones del abogado con el cliente, una matización relevante, es la llevada a cabo por CRESPO MORA⁹⁷³, planteando que ciertas obligaciones del abogado, las llamadas accesorias, pudieran ser concebidas como de resultado. Por una parte existen obligaciones como la de mantener al cliente debidamente informado, que pueden no depender de forma exclusiva del abogado, ya que éste puede haber desempeñado la máxima diligencia en cumplir con el deber de información, pero el cliente puede no haber quedado debidamente informado por causas ajenas al profesional. No obstante, la autora expone que se viene observando una tendencia jurisprudencial⁹⁷⁴ a sentar el aumento progresivo y paulatino del deber del abogado de informar al cliente, de forma que se llega a

⁹⁷² ORTEGA REINOSO, G., *Contenido Obligacional*op.cit., pp. 8-13.

⁹⁷³ CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado*....op.cit., pp.268-272.

⁹⁷⁴ *Idem*. La autora cita la STS de 14 de mayo de 1999 y la SAP de Guadalajara de 29 de noviembre del 2000.

exigir al profesional un comportamiento activo como el de cerciorarse de que la información ha sido recibida o la información es comprensible para el cliente. Por otra parte, existen otras obligaciones como la de custodia de documentos, cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la diligencia desplegada por el abogado, por lo que pueden estimarse como de resultado.

Tema distinto pero relacionado con lo tratado es la posibilidad de que el abogado en el ejercicio de sus funciones pueda lesionar intereses distintos a los del cliente, en estos casos, que parecen ser poco numerosos y escasamente tratados por la doctrina, la responsabilidad de profesional saldrá de la esfera contractual para situarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual⁹⁷⁵.

2.3.2 Responsabilidad penal

El Código Penal contiene diferentes preceptos que regulan las responsabilidades de los abogados en dicho orden por determinadas conductas⁹⁷⁶. En este sentido, PEREZ CEPEDA⁹⁷⁷, señala que el legislador español en 1995 optó por criminalizar de conductas de deslealtad profesional de abogados y procuradores que afectan a la Administración de justicia ampliando el ámbito de algunos comportamientos punibles y creando tipos delictivos cuyas conductas constitutivas hasta ese momento se consideraban, en todo caso, infracciones disciplinarias. La nueva regulación respecto de las conductas delictivas contempladas suponía que la actuación correctiva de los colegios profesionales debía actuar de forma complementaria. Esta regulación, ciertamente, puede conllevar que las normas disciplinarias queden proscritas al contar el perjudicado con el recurso a un tipo penal cuya sanción, en principio, revestirá mayor poder disuasorio, pero tal y como apunta la autora, dada la lentitud y el elevado coste resulta poco probable que en la práctica los delitos cometidos por abogados en el ejercicio de sus funciones profesionales sean perseguidos en la vía penal.

⁹⁷⁵ SERRA RODRIGUEZ, A., "La Responsabilidad Civil de Abogados y Procuradores", Coordinador Blasco Pellicer, A., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 248-266, *vid.*, p. 260.

⁹⁷⁶ Arts. 463, 465, 567, 468 CP.

⁹⁷⁷ PEREZ CEPEDA, A.I., Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados....*op.cit.*, pp.94-96. CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado....op.cit.*, p. 260. La autora apunta que la amplia formulación del art. 467.2 CP ha sido criticada por la doctrina más partidaria de situar responsabilidad el abogado en el orden civil.

Respecto de algunos preceptos penales que pueden resultar de aplicación ante presuntas conductas delictivas de los abogados es preciso destacar que estos profesionales no son los únicos destinatarios de la norma, ya que uno artículos es de alcance general⁹⁷⁸, otros constituyen normas de alcance general que contemplan tipos agravados cuando el infractor de la norma es un abogado⁹⁷⁹, por lo que únicamente uno de los tipos tiene a los abogados y procuradores como únicos sujetos activos posibles⁹⁸⁰.

De especial interés por ser un tema relevante a nivel deontológico resulta el precepto que reprocha penalmente las actuaciones del abogado que supongan conflicto de intereses⁹⁸¹. El precepto penal establece que el abogado encargado de una defensa, a no ser que medie consentimiento del cliente, no podrá tomar la defensa de quien tenga intereses contrarios a su cliente. En su apartado segundo, el artículo penaliza también las conductas de acción u omisión del abogado que perjudiquen de forma manifiesta los intereses que le han sido encomendados. Debemos observar que las conductas que recoge el precepto penal aparecen también recogidas en la norma deontológica⁹⁸². Por un lado, la norma deontológica establece que el abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos a otros que este defendiendo o a los suyos propios, por otro lado, el abogado no podrá aceptar una defensa que implique actuaciones contra un anterior cliente cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado o que dichas informaciones pudieran beneficiar al nuevo cliente⁹⁸³. Por otro lado, y en cuanto a la penalización de las acciones u omisiones por parte del abogado que perjudiquen de forma manifiesta los intereses del cliente, la norma deontológica recoge el deber de diligencia del abogado respecto a dichos intereses⁹⁸⁴.

⁹⁷⁸ Art. 464 CP. El abogado aparece en este artículo como uno de los posibles sujetos pasivos del delito.

⁹⁷⁹ Arts. 463, 465 y 466 CP.

⁹⁸⁰ Art. 467 CP. STS 617/2008 de 6 de octubre RJ/2009/165.

⁹⁸¹ Art. 467 CP.

⁹⁸² Art. 13 CDAE.

⁹⁸³ Art. 13 CDAE, en términos muy similares art. 52 del nuevo Estatuto.

⁹⁸⁴ Art. 13 CDAE y art. 42 EGAE que exige al abogado "el cumplimiento de la misión de defensa que le ha sido encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional". La obligación de diligencia se encuentra también recogida en el art. 48 del nuevo Estatuto.

En el ámbito penal existen otros preceptos que atañen a los profesionales de la abogacía, ya que el código hace referencia a un tema tan central para el abogado como el de la revelación de secretos ajenos⁹⁸⁵. Los abogados no son los destinatarios del precepto de forma específica, puesto que aunque el segundo punto hace referencia a profesionales no se refiere de forma particular a los profesionales del derecho.

En relación a la responsabilidad penal del abogado, GARCIA PLANAS⁹⁸⁶, apunta que el derecho de defensa proclamado en la norma constitucional no permite al abogado llevar a cabo conductas contrarias a la ley. Es más, en ocasiones el profesional tiene una obligación ineludible de ser veraz, el autor en el orden penal subraya la distinción, sin duda alguna relevante, entre las funciones de defensa y las de acusación particular, ya que cuando el abogado actúe como acusador privado no deberá faltar a la verdad en sus afirmaciones, ya que de lo contrario podría incurrir en un delito de acusación y denuncia falsa. El autor reconoce que en la realidad diaria pueden darse casos de abogados que asesoren a sus clientes para que lleven a cabo conductas, que como mínimo, estarían entre lo éticamente dudoso y lo criminal.

En el ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal lleva aparejada la civil, si bien el Código Penal establece que el perjudicado podrá optar, en todo

⁹⁸⁵ Art. 199 CP. No obstante, debe observarse que la norma es reforzada por la LOPJ, en su art. 542.3 que sí que tiene como destinatarios de la norma a los abogados estableciendo que deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de los que tengan conocimiento por razón del ejercicio profesional. El artículo especifica que la obligación se extiende a todas las modalidades de actuación profesional, por lo que la intervención en procesos de negociación queda comprendida. El formato de redacción del artículo es de obligación-derecho, de forma que al lado de la obligación se establece un derecho que constituye una excepción a favor de los abogados, que no podrán ser obligados a declarar sobre extremos a los que hace referencia la norma. Además, otros instrumentos normativos que regulan la conducta de los abogados como es el caso del código deontológico, en su artículo 5, desarrollan de forma detallada los deberes del abogado en cuanto a la confidencialidad de la información conocida en el ejercicio de su profesión. La regulación llevada a cabo por el código deontológico pone de manifiesto la extensión de esta obligación del abogado, que no cede ante nadie y se extiende en el tiempo, de forma de que el derecho de defensa no pueda nunca verse amenazado. La obligación-deber de los abogados se ve además apuntalada en la LECr, concretamente en el art. 263, que exceptúa a estos profesionales de la obligación de denunciar delitos públicos.

⁹⁸⁶ GARCIA PLANAS, G., Prevaricación de Abogados y Procuradores, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 47, Fasc/Mes2, 1994, pp. 33-55, pp. 33-34. (Consultado 08/12/2015). http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=prevaricacion+de+abogados+y+procuradores

caso, por exigir dicha responsabilidad ante la jurisdicción civil⁹⁸⁷. Además, entre las penas que pueden imponerse de acuerdo al CP⁹⁸⁸, se encuentra la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho durante el tiempo de la condena.

La responsabilidad penal del abogado no se limita a delitos de deslealtad analizados, el abogado en el ejercicio de sus funciones profesionales puede incurrir también en los tipos penales de alcance general contemplados en el CP. Al igual que en el ordenamiento legal estadounidense, la responsabilidad del profesional puede derivarse de dos tipos de actuaciones distintas: el sujeto pasivo puede ser el cliente, un ejemplo recurrente de este tipo de actuaciones delictivas del abogado sería el de la comisión del delito de apropiación indebida⁹⁸⁹ o estafa⁹⁹⁰ o bien el abogado puede ser considerado responsable criminalmente por conductas cooperativas a la comisión de un delito por parte del cliente. CORTES⁹⁹¹ analizando la responsabilidad criminal del abogado por el delito de blanco de capitales, señala, y esto es extrapolable a las infracciones en el orden penal del profesional que el abogado podrá ser autor, coautor o participará en el delito que le propone cometer el cliente si se implica en la infracción, la finalidad el asesoramiento es delictiva o cuando advierta que se busca un asesoramiento para un fin ilícito. El abogado puede ser condenado por conductas llevadas a cabo en el ejercicio profesional como autor, coautor, cómplice y cooperador⁹⁹². Como exponíamos al tratar el caso estadounidense, puede resultar complicado trazar los límites del derecho de defensa para determinar cómo delictiva una actuación de un abogado en el marco de su actuación profesional, pero indudablemente estos límites existen y si el profesional los excede puede ser condenado por su participación en delitos

⁹⁸⁷ Art. 109 CP. SERRA RODRIGUEZ, A., *La Responsabilidad Civil de Abogados....op.cit.* p. 261. La autora trata brevemente la responsabilidad civil derivada de delito y se refiere al debate creado en torno a la naturaleza de la responsabilidad, contractual o extracontractual, en estos casos, indicando que el TS ha sostenido mayoritariamente que se trata de una responsabilidad contractual.

⁹⁸⁸ Art. 45 CP.

⁹⁸⁹ STS 84/2013 de 8 de febrero RJ/2013/1985.

⁹⁹⁰ STS 494/2013 de 6 de junio RJ/2013/6425.

⁹⁹¹ CORTES BECHIARELLI, E., *Secreto Profesional del Abogado y Ejercicio del Derecho de Defensa a la Luz de la Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento y Del Consejo Europeo. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, Años 2003, Numero 21, pp. 153-18, *vid.*, en general. (Consultado 09/10/2015).

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854114>

⁹⁹² Arts. 27, 28 y 29 del CP.

cometidos por el cliente, en estos casos la condena será impuesta al abogado por autor por cooperación necesaria para la comisión del delito⁹⁹³.

2.3.3 La responsabilidad disciplinaria y su delimitación con las distintas responsabilidades del abogado

En relación a las infracciones disciplinarias del abogado debemos destacar la dispersión normativa, ya que las normas que pueden resultar de aplicación coexisten en los diferentes cuerpos legales que componen el ordenamiento jurídico. Encontramos normas haciendo referencia a la responsabilidad disciplinaria de estos profesionales en la LOPJ, en las leyes procesales, LEC y LECr y en los Estatutos y Códigos profesionales. Las recogidas en la LOPJ y en las leyes procesales se refieren de forma preferente a las actuaciones profesionales ante Juzgados y Tribunales⁹⁹⁴ y las normas disciplinarias, si bien también regulan las conductas del abogado en el contexto judicial, son correcciones por la conducta profesional en general que son aplicadas por los colegios profesionales. Además de ser constitutivas de infracción disciplinaria procesal y/o colegial, algunas de las conductas contempladas en dichas normas también se encuentran tipificadas en el Código penal, lo que podría dar lugar a la vulneración del principio non bis in ídem⁹⁹⁵. A lo anterior, debe añadirse que las conductas mencionadas también pueden ser generadoras de la responsabilidad civil profesional del abogado.

La LOPJ se refiere a la responsabilidad disciplinaria del abogado marcando su diferencia respecto de las responsabilidades en el orden civil y penal⁹⁹⁶, y estableciendo dos tipos diferentes en el ámbito de dicha responsabilidad⁹⁹⁷:

- a. La que se aplica ante infracciones relativas a conductas llevadas a cabo por los abogados en el ejercicio de sus funciones ante organismos jurisdiccionales.

⁹⁹³ STS 1349/2009 de 25 de enero, RJ/2010/1459.

⁹⁹⁴ A este respecto, el art. 542 de la LOPJ dice que los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. Subrayado autora. Lo establecido en la Ley puede ser de aplicación a ámbitos distintos del judicial.

⁹⁹⁵ CUENCA GARCIA, M.J., La Función de los Abogados*op.cit.*, p.119.

⁹⁹⁶ Art. 546.2 LOPJ.

⁹⁹⁷ Art. 546.3 LOPJ.

- b. La que se aplica por infracciones de los letrados en su conducta profesional en general.

Los elementos que permiten hablar de dos responsabilidades diferenciadas son:

- El ámbito en el que se produce la presunta infracción. En el primer caso, la conducta debe haberse producido en el transcurso de una actuación ante un órgano jurisdiccional, de modo que las conductas del abogado al margen del contexto jurisdiccional no se encuadran en este tipo de responsabilidad.
- La potestad sancionadora recae en órganos distintos. En el primer tipo de responsabilidad la potestad sancionadora recae en los Juzgados y Tribunales. Las sanciones que éstos impongan en ejercicio de tal potestad serán revisables en vía administrativa ante los órganos de Gobierno del Poder Judicial y en la vía contencioso-administrativa⁹⁹⁸. Respecto de la responsabilidad disciplinaria, como ya hemos explicado, la potestad sancionadora recae en las corporaciones profesionales.
- El procedimiento sancionador y las sanciones que pueden imponerse son también diferentes. La propia LOPJ marca la diferencia al establecer que las correcciones disciplinarias por actuaciones ante los Juzgados y Tribunales se registrarán por lo establecido en la propia ley y en las leyes procesales, mientras que a la responsabilidad disciplinaria por la conducta profesional se aplicarán los estatutos elaborados por los diferentes colegios profesionales y otras normativas de aplicación como el EGAE y el CDAE.

A este respecto, estimamos clarificadora la nomenclatura utilizada por JUAN SANCHEZ⁹⁹⁹ distinguiendo entre responsabilidad “disciplinaria- procesal” y responsabilidad “disciplinaria-colegial”. En referencia a la doble vertiente de la potestad disciplinaria, PARDO GATO¹⁰⁰⁰ explica que la ejercida por el órgano jurisdiccional se centra y tiende a perseverar el orden en el procedimiento en el

⁹⁹⁸ JUAN SANCHEZ, R., “La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación”, en *El Trabajo Profesional de los Abogados*, Coordinador Blasco Pellicer Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 219-247.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, p. 221-222.

¹⁰⁰⁰ PARDO GATO, J.R., *Colegios de abogados y Sanciones Disciplinarias.....op.cit.* pp.646-647.

que la conducta presuntamente reprochable tiene lugar y es un instrumento para que el procedimiento judicial pueda cumplir correctamente su función mientras la potestad disciplinaria del colegio profesional es más amplia y tiende a salvaguardar la ética de los profesionales del derecho. Como señala el autor es perfectamente concebible que una la conducta presuntamente incorrecta de un letrado sea sancionable tanto desde la perspectiva de la norma deontológica profesionales como del derecho procesal. La regla general es que la potestad disciplinaria corresponde al colegio profesional, de forma que, únicamente, cuando la conducta sancionable se produzca en el transcurso de un procedimiento judicial la potestad recae en el órgano jurisdiccional. No obstante, caben las matizaciones, y después de analizar la jurisprudencia al respecto, el autor expone que la incardinación de la conducta en un orden u otro no depende exclusivamente de si la conducta se produce en el curso de un proceso judicial, de forma que si la conducta altera el buen funcionamiento de proceso o implica el incumplimiento de un deber procesal, la potestad disciplinaria debería recaer en el órgano judicial, pero si la conducta trasciende del ámbito meramente procesal y afecta de forma más general a los deberes del colegiado la potestad correspondería al colegio profesional.

Continuando con el análisis de la interacción de los diferentes tipos de normas que regulan la conducta del abogado en su quehacer profesional, estimamos de intereses referirnos a la clasificación de APARISI MIRALLES¹⁰⁰¹ que al hablar de fuentes de la deontología recurre a la clasificación de normas corporativas y normas parlamentarias o exógenas. Las normas exógenas que cita la autora, la Ley de Procedimiento Civil, Ley de Colegios Profesionales, Ley de Competencia Desleal, y Ley de Justicia Gratuita, regulan conductas profesionales, pero solo las corporativas, es decir, las provenientes de los organismos corporativos con capacidad para la autorregulación de la profesión son las potenciales generadoras de responsabilidad deontológica.

¹⁰⁰¹ APARISI MIRALLES, A., Deontología Profesional*op.cit.*, pp.60-61.

TORRES DULCE¹⁰⁰², se extiende prolijamente en la clasificación de las normas deontológicas estableciendo que existen leyes comunes de naturaleza deontológica como la constitución¹⁰⁰³ y las leyes procesales¹⁰⁰⁴ y las específicas¹⁰⁰⁵ contenidas en los códigos deontológicos, leyes orgánicas profesionales y estatutos.

Un ejemplo ilustrativo de cómo interactúan los diferentes tipos de normas relativas a la responsabilidad disciplinaria del abogado lo encontramos en la Ley de Justicia Gratuita, fuente exógena de regulación de la profesión que se ocupa en sus preceptos la organización de los turnos de justicia gratuita y establece los requisitos para el reconocimiento del beneficio, pero en cuanto al régimen disciplinario de los abogados integrantes de estos servicios la ley se remite a los colegios profesionales que aplicaran la normativa pertinente teniendo en cuenta ciertas particularidades contempladas en la misma norma¹⁰⁰⁶.

GRANDE YAÑEZ¹⁰⁰⁷ clasifica las responsabilidades en la que puede incurrir el abogado en su quehacer profesional en responsabilidades éticas y jurídicas. Estas últimas las clasifica en penal, civil, y deontológica-disciplinaria, definiendo lo que llama responsabilidad jurídico-disciplinaria- como la dimanante de conculcar las normas deontológicas de la profesión, el EGAE, el CDAE y los correspondientes Estatutos Colegiales.

Si bien las normas que regulan los diferentes tipos de responsabilidades a las que está sujeto el abogado en sus funciones están claramente delimitadas, la

¹⁰⁰² TORRES-DULCE INFANTE, M.A., *El Trabajo de la Justicia: ética y deontología jurídica.*, Madrid, Colex, 2014, p. 340-342. Por su ámbito de aplicación las clasifica internacionales, de la Unión Europea, estatales, autonómicas y locales. Atendiendo al contenido en normas marco, definitorias, personales, de índole social, orgánica, funcional, procedimental y disciplinaria.

¹⁰⁰³ Art. 35 CE, precepto en el que se hace referencia a principios deontológicos establecidos en el Título I Capítulo II de la norma fundamental.

¹⁰⁰⁴ Los preceptos de la LEC y LECr., que sancionan las faltas deontológicas cometidas en juicios.

¹⁰⁰⁵ Las normas deontológicas específicas pueden ser básicas, indican la función de la profesión y sus principios, tuteladoras de derechos-deberes deontológicos y sancionadoras.

¹⁰⁰⁶ Arts. 41 a 43 de la Ley de Justicia Gratuita.

¹⁰⁰⁷ GRANDE YAÑEZ, M., *Ética de las Profesiones.....op.cit.*, pp. 188 y siguientes. El autor siguiendo la diferenciación kantiana entre derecho y ética dice que la responsabilidad jurídica es determinada por una instancia externa y como exigencia externa del sujeto profesional se trata de una norma heterónoma, frente a ella la responsabilidad ética tiene que surgir internamente del sujeto, ya que el propio profesional la delimita sometándose a un proceso moral de concienciación. Lo que el autor no considera es que al modo kantiano ambas responsabilidades sean antagónicas, puesto que los dos tipos de responsabilidad deben someterse a un proceso de encuentro.

misma normativa operante crea una dinámica que establece vínculos entre ellas. Por ejemplo, si los hechos denunciados en el ámbito deontológico lo han sido también en la vía penal y se está tramitando la causa, el procedimiento deontológico se iniciará, pero quedará suspendido hasta que la recaiga sentencia firme en la jurisdicción penal, de modo que tras la firmeza de la sentencia en el orden penal se reanuda el procedimiento disciplinario deontológico, que deberá tener cuenta los hechos probados en el orden penal. Otra interrelación entre las diferentes responsabilidades se da al sentar la norma deontológica, que una vez iniciado el procedimiento disciplinario si se aprecian indicios constitutivos de falta o de delito deberá comunicarse dicho extremo al órgano iniciador del expediente para que decida si pone este hecho en conocimiento del ministerio fiscal, caso en el que procedería la suspensión del procedimiento hasta que recayera sentencia en el orden penal¹⁰⁰⁸.

JUAN SANCHEZ¹⁰⁰⁹ trae a colación el debate de la responsabilidad que puede entrañar para los letrados la responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 247.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recordemos que el este artículo exige que todos los intervinientes en el proceso ajusten sus actuaciones a la buena fe y en uno de sus apartados establece que si los Tribunales entendieran que la actuación contraria a la buena fe es imputable a uno de los profesionales intervinientes, se deberá dar traslado al colegio profesional por si procediera la imposición de sanción disciplinaria¹⁰¹⁰. La cuestión reside en la clasificación de la responsabilidad que puede derivarse del art. 247 para el abogado como disciplinaria-colegial o disciplinaria-procesal, ya que el encuadre de la responsabilidad recogida en el artículo mencionado y las consecuencias jurídicas y los procedimientos de impugnación y sanción difieren. El autor indica que en los foros judiciales las cuestiones se han resuelto en favor de estimar que la responsabilidad de actuación del abogado contraria a la buena fe en un proceso judicial deberá ser revisada por los órganos colegiales, postura que le parece criticable por estimar que va contra legem, ya que de este modo los

¹⁰⁰⁸ Art. 2 Reglamento de Procedimiento Disciplinario.

¹⁰⁰⁹ JUAN SANCHEZ, R., "La responsabilidad disciplinaria de los abogados.... *op.cit.*, pp. 223-228.

¹⁰¹⁰ Ver Artículo 247.4 LEC. *Ibidem.*, 225 El autor subraya que el precepto solo contempla la remisión de testimonio al colegio profesional pero no aclara si la sanción procederá únicamente si la conducta del abogado está tipificada en la normativa colegial o el colegio debe aplicar el art. 247. LEC. SALVADOR CODERCH, P., *ABC...op.cit.*, pp. 8 y siguientes.

jueces y magistrados están abandonando una función que les corresponde en exclusiva ejercer junto a los secretarios judiciales y se la están entregando a entidades de naturaleza privada como los colegios profesionales, aunque éstos actúen en esta materia como delegados públicos.

Respecto de la confluencia de las diferentes normativas aplicables y de la posible vulneración del principio *non bis in ídem*, CUENCA GARCIA¹⁰¹¹, se remite a la delimitación entre las diferencias cualitativas y cuantitativas explicando que una misma conducta puede constituir un ilícito penal a la vez que un ilícito procesal y un ilícito disciplinario colegial. De lo anterior, se desprende que nos encontramos con dos tipos de relaciones diferentes, por un lado, la del ilícito penal con el ilícito procesal, y por otro lado, la del ilícito penal con la del ilícito disciplinario profesional. Respecto del ilícito penal en relación con el disciplinario colegial la autora opina que la diferencia es cualitativa, por lo que cabe la doble sanción sin la vulneración del principio *non bis in ídem*. En lo que respecta a la relación entre el ilícito penal y el ilícito procesal, ambos sancionan la violación de bienes jurídicos, que tanto por su contenido como su estructura son semejantes, en este caso, los ilícitos que referimos protegen el mismo bien jurídico de forma mediata -el correcto ejercicio de la función jurisdiccional-, y de forma inmediata -el correcto funcionamiento del proceso y sus fines-, por lo que tomando en cuenta las consideraciones expuestas, se observa que tanto el CP como la doctrina parecen adoptar la teoría de la diferenciación cuantitativa, por lo que las dos penas no deben concurrir.

Lo analizado pone de manifiesto que el ilícito disciplinario debe mantenerse, ya que si bien el ilícito penal supone siempre un ilícito disciplinario¹⁰¹², no ocurre lo mismo a la inversa y una conducta objeto de sanción disciplinaria puede no resultar supuesto de infracción penal alguna. Lo que llama la atención de

¹⁰¹¹ CUENCA GARCIA, M.J., La Función de los Abogados*op.cit.*, pp. 128 y siguientes. La Administración dispone de un poder disciplinario propio, independiente y distinto al del Estado que se rige por sus propios principios que pueden coincidir o no con los del Derecho penal. También se han calificado las infracciones disciplinarias como las que no se dirigen hacia un derecho subjetivo y las penales como las que se dirigen a un derecho de esa naturaleza, por lo que las infracciones disciplinarias no atentan contra bienes jurídicos. Los fines perseguidos por la norma penal y la disciplinaria son diferentes, la norma penal defiende el orden jurídico general, y la disciplinaria la organización del servicio público.

¹⁰¹² Art. 84 EGAE y el 123. A) den nuevo EGAE consideran. como falta muy grave ña comisión de delitos dolosos en cualquier grado de participación, como consecuencia del ejercicio de la profesión.

CUENCA GARCIA¹⁰¹³, son las penas previstas para los diferentes tipos de infracciones, ya que las previstas por la norma disciplinaria pueden ser más graves que las previstas en el orden penal. A este respecto, debe observarse que incluso algunas conductas tipificadas como delitos en el ámbito disciplinario colegial pueden llegar a suponer la expulsión de la corporación profesional, lo que entraría en contradicción con el principio de proporcionalidad del Derecho Penal.

De la misma forma que la responsabilidad civil profesional del abogado se reduce al ámbito de sus actuaciones en tal calidad y el tipo agravado contemplado en el Código Penal opera únicamente cuando el abogado interviene en un procedimiento judicial como letrado, cabe pregunta de si la norma deontológica se aplica únicamente a la esfera profesional del abogado o puede trascender a la esfera de su vida privada. SANCHEZ-STWART¹⁰¹⁴ se pronuncia en el sentido de restringir la operatividad de la norma a la esfera profesional, aunque apunta que existen algunas situaciones a las que la norma deontológica puede resultar de aplicación y que no corresponden de forma estricta a la práctica profesional, como resulta ser el caso de algunas deudas de carácter civil que dan lugar a obligación de contenido disciplinario como el impago reiterado de las cuotas colegiales o como el caso de la embriaguez y toxicomanía si éstas llegaran a afectar al ejercicio profesional. LEGA¹⁰¹⁵ parece insinuar lo contrario, al decir que la norma deontológica al regular todo comportamiento profesional y no únicamente el de carácter meramente técnico puede tomar en consideración incluso la conducta privada. Nosotros entendemos que la deontológica profesional alcanza solo a tal ámbito de la vida del abogado, si bien la intrusión de la disciplina profesional en la vida privada del profesional, podría tener lugar cuando conductas acontecidas en la esfera de la vida privada del profesional pudieran estar relacionadas con otras conductas constitutivas de faltas deontológicas, y por lo tanto, contribuyera al establecimiento y graduación de la responsabilidad disciplinaria.

¹⁰¹³ *Ibidem*, pp.145 y siguientes.

¹⁰¹⁴ SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología.....*op.cit.*, p.29.

¹⁰¹⁵ LEGA, C., Deontología de la Profesión*op.cit.*, p.25-30.

Otras tema que provoca en los clientes de los abogados más confusión de la deseable, y por ello estimamos oportuno abordar, es el de la oportunidad de tratar en el orden deontológico el descontento de los clientes respecto de los servicios de sus abogados por no haber quedado cubiertas sus expectativas. Resulta más frecuente de lo deseable que los clientes pretendan exponer ante los órganos encargados de aplicar la norma deontológica quejas por no haber encontrado satisfacción a sus pretensiones en el asunto que encargaron al abogado. Las reclamaciones pueden fundarse en alegaciones reprochando al abogado no haber alegado tales o cuales hechos, no haber dado respuesta contundente a la parte contraria, no haber presentado o propuesto pruebas o simplemente el cliente puede no estar de acuerdo con el enfoque que el abogado ha dado al asunto en general. Tal y como expone DEL ROSAL, las Juntas Colegiales no suelen dar viabilidad a este tipo de quejas, ya que esto las convertiría en un órgano revisorio de la justicia material o formal, lo que es competencia exclusiva de los Tribunales. Además, supondría la injerencia colegial en la función del abogado, que debe ser independiente¹⁰¹⁶.

LA TORRE subraya también el derecho del abogado a defender los asuntos según su mejor saber y entender técnico-jurídico. Es una libertad semejante a la libertad de cátedra según el autor, por este motivo las Juntas de los Colegios Profesionales no pueden valorar actuaciones por el simple descontento de los justiciables, de forma que únicamente podrán ser objeto de revisión los casos en el que se ha producido un error técnico-jurídico que haya causado perjuicio y cuando así se desprenda claramente de las pruebas, por ejemplo, no se han observado plazos procesales, plazos de caducidad y prescripción de las acciones ejercitadas¹⁰¹⁷.

DEL ROSAL¹⁰¹⁸, no obstante, recuerda que la inmunidad que protege al abogado en virtud del principio de independencia encuentra límites como el de la responsabilidad. A este respecto, la doctrina de la Junta del Colegio de

¹⁰¹⁶ DEL ROSAL, R., Normas Deontológicas de la Abogacía Española: una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria, Civitas, Madrid, 2002, p. 59-63.

¹⁰¹⁷ TORRE DIAZ, FRANCISCO JAVIER, DE LA, Deontología de Abogados, Jueces y Fiscales: Reflexiones tras una Década de Docencia, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2008, PP. 164-165. Esta libertad del abogado la recoge al art. 3 CDAE.

¹⁰¹⁸ DEL ROSAL, R., Normas Deontológicas.....*op. cit.*, pp.60-61.

Abogados de Madrid establece ciertos criterios que restringen las posibilidades de penetración en el exclusivo territorio de la defensa, pero sin hacer imposible la revisión técnica sobre el derecho formal y material aplicado a un caso concreto, de forma que para que la revisión proceda deben concurrir los siguientes presupuestos:

- a. Debe resultar acreditado que se ha causado un perjuicio al interés del defendido como consecuencia del error técnico,
- b. La prueba que acredita la infracción no puede venir dada únicamente por que no hayan triunfado las alegaciones de derecho formal o material invocadas por el abogado
- c. La revisión únicamente podrá darse cuando las pruebas del error técnico-jurídico sean claras, y no consecuencia de un somero e inmediato análisis realizado sin necesidad de contrastar o estudiar teorías científicas o jurisprudencia al respecto.

Capítulo Tercero

Negociación legal y deontología profesional

3.1 Introducción: La norma deontológica y la negociación legal

En general, los códigos deontológicos no prestan atención específica a la actividad negociadora del abogado. Esta situación resulta ser sin duda alguna un contrasentido por dos razones:

- a. Las negociaciones constituyen el grueso de la actividad de un gran número de profesionales de la abogacía¹⁰¹⁹.
- b. Como hemos explicado a lo largo de esta tesis, el proceso negociador no está regulado ni supervisado por un tercero neutral, en todo caso, las partes se controlan una a la otra. En las negociaciones legales, las partes están asistidas por abogado, por lo que las partes cuentan con asesoramiento experto para identificar y evitar conductas reprochables, pero a pesar de la intervención de profesionales especialmente calificados, los clientes resultan ser más vulnerables a cualquier tipo de conducta incorrecta o abuso.

Pese a ello, la norma deontológica parece mostrarse mucho más exigente cuando el abogado interviene ante los órganos jurisdiccionales, mostrando el redactor de dicha norma una atención prioritaria respecto de los comportamientos del profesional acontecidos ante los Tribunales. En contra de la evidente prioridad otorgada por la norma deontológica al ámbito jurisdiccional cabe alegar que los Tribunales cuentan con mecanismos propios con los que sancionar las conductas incorrectas del abogado en el curso de los procedimientos judiciales, por lo que resultaría más lógico que la deontología profesional intentará actuar más intensamente en el ámbito de procesos privados como las negociaciones, en los que los controles a las actuaciones incorrectas, y por ende, los mecanismos sancionadores son menores.

Recurriendo una vez más al derecho comparado, pese a las duras críticas recibidas en este sentido, observamos que la norma ética estadounidense dedica atención específica a los procesos de negociación. Por su parte, en la norma deontológica española las referencias a los procesos de negociación son escasas y aisladas.

¹⁰¹⁹ *Infra*. Parte Primera.

En este capítulo trataremos las normas éticas estadounidense y las normas deontológicas españolas que hacen referencia a la negociación legal de forma específica, prestando especial atención a las que tienen como objeto la protección de la parte contraria.

En primer lugar, abordaremos un tema que si bien afecta a todos los mecanismos alternativos al litigio para la resolución de disputas legales resulta de especial interés al objeto concreto de nuestro estudio, en concreto trataremos el debate creado en torno a la obligación del abogado de informar al cliente de las alternativas de resolver su conflicto recurriendo a mecanismos alternativos al litigio; en segundo lugar, trataremos los preceptos que contemplan las obligaciones del abogado en los procesos de negociación; posteriormente, centrar nuestro análisis en las obligaciones del abogado respecto a la parte contraria en dichos procesos.

3.2 El deber de información sobre los mecanismos alternativos al litigio

El cliente que acude al despacho del abogado porque se encuentra ante un conflicto de orden legal espera que el profesional le informe sobre los medios a su disposición para la solucionar el problema que enfrenta. Después de la escucha atenta de la situación que plantea el cliente, normalmente, el primer paso consistirá en el estudio conjunto del profesional y del cliente de las alternativas disponibles.

Tradicionalmente, los abogados han planteado a quienes acuden en busca de consejo legal la alternativa litigiosa y la del acuerdo negociado. Estas dos opciones, o incluso ambas en paralelo, suelen ser llevadas a término por el abogado al que se consulta, es decir, por el mismo profesional.

En la actualidad, además de los mecanismos más tradicionales, el litigio y la negociación legal, existen otros mecanismos que permiten resolver disputas legales. Nos referimos a los mecanismos conocidos como ADR, institutos actualmente regulados en numerosos ordenamientos jurídicos¹⁰²⁰.

De hecho, estos dispositivos han pasado a formar parte de los instrumentos que los abogados deben conocer y utilizar como parte de la práctica profesional¹⁰²¹, pudiendo afirmarse que si se desarrollan como los poderes públicos tienen previsto van a ir transformado la manera en la que los abogados representan a

¹⁰²⁰ WILLIAMS, G.R., *Negotiation as a Healingop.cit.*, p. 9. El autor describe tres alternativas básicas al litigio: negociación, mediación y arbitraje, con la posibilidad de la utilización combinada.

¹⁰²¹ KOVAC, K.K., *The Intersection (Collision) of Ethics, Law and Dispute Resolution: Clashes, Crashes, No Stops, Yields, or Rights of Way*, 49 S. Tex. L. Rev. 789 2007-2008, pp. 780-827, vid., pp. 792-793. (Consultado 27/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/stexlr49&id=797&print=section§ion=32&ext=.pdf>

FREY, M.A., *Representing Clients Effectively.....op.cit.*, vid., en general.vid., p. 13. MACFARLANE, J., *The Challenge of ADR and Alternative Paradigms of Dispute Resolution: How Should the Law Schools Respond?*, Law Tchr. 13 1997, pp. 13-29, vid., p. 15. (Consultado 15/04/2015). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/lwtch31&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/lwtch>

sus clientes¹⁰²², de forma que va a resultar de suma importancia que el abogado posea los conocimientos suficientes para escoger el mecanismo de resolución de conflictos más adecuado, así como, para valorar el momento adecuado para la utilización, ya que el profesional puede preferir tener el caso completamente preparado antes del inicio de un procedimiento alternativo al litigio para la resolución del conflicto o puede aprovechar dicho proceso como herramienta para la obtención o aclaración de información¹⁰²³.

Clientes habituados a utilizar servicios jurídicos, posiblemente, conocen los mecanismos alternativos al litigio, si bien puede que no tanto sus ventajas, desventajas y funcionamiento, pero los clientes que son raramente usuarios de servicios jurídicos, probablemente, desconocen su existencia.

Las cuestiones que analizaremos en este apartado son dos:

1. La obligación del abogado de intentar evitar el litigio utilizando sus conocimientos especializados y su experiencia.
2. La existencia de la obligación del abogado de explicar al cliente la existencia y funcionamiento de mecanismos diferentes al litigio para solucionar la disputa, de manera que para realizar la elección adecuada, abogado y cliente, deberán tener en cuenta elementos tales como la necesidad de confidencialidad, el deseo de evitar la confrontación o la conveniencia de encontrar soluciones flexibles y adaptadas a las particularidades del caso¹⁰²⁴.

3.2.1 El caso norteamericano

En EEUU se ha suscitado el debate sobre si la norma ética debería establecer el deber de información al cliente por parte del abogado en relación a la

¹⁰²² ALFINI, J.J., *Settlement Ethics and Lawyering in ADR Proceedings: A Proposal to Revise Rule 4.1.*, 19 N. Ill. U.L. Rev. 255 1998-1999, p. 255-272. (Consultado 20/01/2015). <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=255&handle=hein.journals%2Fniu19&collection=journals>, p. 255. En este sentido, el autor que señala que los cambios que se han producido en la forma de resolver los conflictos han provocado que los abogados empiecen a aconsejar a sus clientes sobre el recurso a los medios alternativos al litigio para la resolución de conflictos.

¹⁰²³ FREY, M.A., *Representing Clients Effectively*..... op.cit., p. 456.

¹⁰²⁴ MENKEL-MEADOW, C., *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical*op.cit., p. 2690.

oportunidad de resolver su conflicto recurriendo a mecanismos alternativos al litigio¹⁰²⁵.

JOHNSTONE¹⁰²⁶, en el año 2008, dibujando el previsible escenario de los servicios legales en EEUU en un futuro cercano, apuntaba a un aumento del recurso a los ADR como mecanismo de resolución de disputas legales. Para proteger su cuota de mercado, según el autor, las corporaciones profesionales y los abogados intentarán limitar la intervención en dichos mecanismos alternativos a los no abogados, tanto representando a las partes como actuando como terceros neutrales¹⁰²⁷.

RISKIN¹⁰²⁸ no parece mostrarse demasiado optimista en cuanto a la incorporación de mecanismos alternativos como la mediación a la rutina profesional de los abogados y opina que los abogados estadounidenses, en general, ni entienden ni recurren a la mediación y, además, tampoco tienen interés en hacerlo. Señala tres razones que explican este comportamiento: la forma de los abogados de concebir el mundo, la estructura económica de la práctica de la abogacía y la falta de formación en la materia. El autor precisa que en el imaginario de estos profesionales se encuentran arraigadas concepciones como la natural confrontación de las partes en conflicto y el recurso a la norma y al precedente legal para resolver las disputas. Lo anterior, añadido a las propias exigencias de funcionamiento de un sistema legal de carácter adversarial y a las expectativas que suelen albergar los clientes,

¹⁰²⁵ PHILLIPS G.F., *The Obligations of Attorneys to Inform Clients About ADR*, 31 *W. St. U.L. Rev.* 239 2003-2004, p. 239.

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=239&handle=hein.journals%2Fwsulr31&collection=journals>

¹⁰²⁶ JOHNSTONE, Q., *An Overview of the Legal Profession**op.cit.*, p. 792.

¹⁰²⁷ MAYER, B. S., *Mas Allá de la Neutralidad*.....*vid.*, en general. h

¹⁰²⁸ RISKIN, L.L., WESTBROOK, J.E., *Dispute Resolution**op.cit.*, p. 28. GOLBERG, J., *Online Alternative Dispute Resolution* ...*op.cit.*, p.7. El autor apunta que el modelo Socrático, en el que descansa el modelo educativo legal cultiva una naturaleza competitivo y adversarial en los estudiantes de derecho. MACFARLANE, J., *The Challenge of ADR and Alternative Paradigms*.....*op.cit.*, pp.15-20. La autora explica que a pesar de los avances en la pedagogía, las facultades de derecho están todavía ancladas en un patrón basado en posiciones-derechos, y sigue imperando el paradigma del modelo adjudicativo. No obstante, ya se observan algunos esfuerzos por fomentar y preparar para el uso de los ADR, ya que para ello es necesario que los abogados y los estudiantes de derecho desarrollen herramientas más sofisticada para el análisis del conflicto de las que están habituados a utilizar. De la misma forma las grandes firmas se interesan cada vez más en formar a sus miembros para trabajar con los ADR y las corporaciones y asociaciones profesionales, cada vez llevan a cabo más esfuerzos ofrecer preparación y orientación a sus miembros para utilizar estas modalidades de resolución de conflictos.

excluye la mediación del repertorio de mecanismos que utilizan generalmente los abogados.

Si revisamos las *Model Rules*, observamos que no obligan de forma expresa al abogado a informar al cliente de la existencia y funcionamiento de los mecanismos alternativos al litigio para solventar su disputa, por lo que, en todo caso, la existencia de tal obligación debería deducirse del contenido de los preceptos que componen código ético.

En concreto, las *Model Rule* recogen la obligación del abogado de acatar las decisiones del cliente concerniendo los objetivos de la representación, de forma que tal y como los comentario a la norma explican, el cliente ostenta la autoridad respecto de los propósitos de la representación legal, siempre dentro de los límites que impone la ley y del respeto a las obligaciones profesionales del abogado. Las *Model Rules* mencionan de forma expresa, que es el cliente quien debe decidir si recurre a la negociación de un asunto civil, así como, que el abogado debe consultar con el cliente sobre los medios para conseguir los propósitos que se persiguen¹⁰²⁹.

En relación al tema que abordamos, la *Model Rule 2.1*, establece que en el ejercicio de la representación el abogado no debería ceñirse a los elementos legales. El consejo legal debe tener en cuenta las consideraciones de orden económico, moral, político o social relevantes en la situación del cliente, por lo que a veces un consejo de orden exclusivamente técnico resultaría inadecuado¹⁰³⁰. Este precepto obliga al abogado a considerar otras circunstancias relativas al cliente aparte de los elementos puramente legales. Pero una vez más, las normas éticas compiten entre sí, ya que la *Model Rule 3.2* dice que el abogado deberá llevar a cabo esfuerzos razonables para acelerar un litigio en interés del cliente. Si bien el precepto no parece responder a esta finalidad, podría inferirse del mismo el relevo de la obligación del abogado a informar al cliente de la posibilidad de recurrir a los ADR para resolver su disputa cuando estimara que defiende más adecuadamente los intereses del cliente acudiendo de forma rápida al litigio¹⁰³¹. Ciertamente, en ocasiones, el abogado

¹⁰²⁹ *Comment on Rule 1.2. (1).*

¹⁰³⁰ *Model Rule 2.1.*

¹⁰³¹ *Model Rule 3.2.*

debe actuar con máxima celeridad planteando un litigio, ya sea para evitar prescripción de plazos o porque tácticamente la posición procesal de demandante es más conveniente que la de demandado para el cliente.

En este sentido parece pronunciarse una Opinión Informal de la *State Bar of Michigan*¹⁰³² planteando que las hipotéticas opciones que no parecen adecuadas a servir los intereses del cliente no deben ser necesariamente comunicadas a éste por el abogado.

No obstante, entre los académicos estadounidenses parece existir una coincidencia mayoritaria en apreciar la existencia de la obligación de información referida, si bien, con algunas matizaciones¹⁰³³. Entre la doctrina encontramos los siguientes posicionamientos:

- a. Los que entienden que atendiendo al tenor de las normas éticas debe interpretarse que el abogado debe informar al cliente sobre todos los mecanismos a disposición susceptibles de ser utilizados para resolver su conflicto o disputa¹⁰³⁴.
- b. Otros académicos señalan que sería necesario incluir en las normas un mandato explícito a este respecto, pretendiendo que el hecho de no informar al cliente de

¹⁰³² Ethics Opinion State Bar of Michigan RI-262 Mai 7, 1996.

¹⁰³³ LEWINBUK, K., *First Do No Harm: The Consequences of Advising Clients About Litigations Alternatives in Medical Malpractice Cases*, *St. Mary's Journal of Legal Malpractice and Ethics*, Vol. 2:416, pp. 416-452, *vid.*, p. 418. (Consultado 29/04/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/smjmale2&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/smjmale>

¹⁰³⁴ FORTIN, K.L., *Reviving the Lawyer's Role as Servant Leader: The Professional Paradigm and a Lawyer Ethical Obligation to Inform Clients About Alternative Dispute Resolution*, 22 *Geo Legal Ethics* 589 2009, *vid.*, pp. 591 y siguientes. (Consultado 13/05/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege22&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/geojlege>

El autor plantea la conveniencia del paradigma del profesionalismo frente al paradigma de entender la profesión legal como un negocio. El paradigma del profesionalismo presupone que los abogados promueven el bien común. El autor aboga por que la profesión se aparte del enfoque mercantilista para centrarse en el profesionalismo, bajo este paradigma, es indudable que el abogado tiene la obligación de informar a su cliente y asesorarlo sobre la conveniencia de recurrir a los ADR, lo que implica la necesidad de formarse sobre los mismos. MENKEL-MEADOW, C., *Ethics and Professionalism....op.cit.*, pp. p.159-161.

la existencia de estos mecanismos pudiera dar incluso lugar a responsabilidad profesional por mala praxis¹⁰³⁵.

COCHRAN¹⁰³⁶ propone dos razones por las que el abogado debe estar obligado a informar al cliente sobre los mecanismos alternativos al litigio y permitirle que tome por sí mismo decisiones informadas respecto a la forma de solucionar su disputa: en primer lugar, no permitir al cliente tomar esta tipo de decisiones puede producirle pérdidas significativas; en segundo lugar, siempre en opinión del citado autor, los clientes, generalmente, son totalmente competentes para tomar este tipo de decisiones, que usualmente no suelen ser urgentes. Además, el autor considera que si los Tribunales estimaran la responsabilidad de los abogados por esta falta de información se sentarían precedentes importantes.

Lo cierto, es que dada la institucionalización e interconexión a los Tribunales de los diferentes mecanismos de resolución de conflictos, el abogado debe conocer todas las alternativas disponibles para resolver una disputa en los foros en los que desarrolle su actuación profesional¹⁰³⁷. El hecho de que el abogado no esté preparado para utilizar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos debe resolverse referenciado a otro profesional, lo que no debe nunca ocurrir es que el abogado omita la información sobre el recurso a estos mecanismos por no conocerlos suficientemente¹⁰³⁸. Además, el profesional puede tener preferencias e intereses propios y distintos a los del cliente que pueden influir en la elección entre el litigio o un mecanismo alternativo para resolver un conflicto. A este respecto, por ejemplo, se debe tener en cuenta que el sistema

¹⁰³⁵ WARMBROD, M.L., *Could an Attorney Face Disciplinary Actions or Even Legal Malpractice Liability for Failure to Inform Clients of Alternative Dispute Resolution?*, 27 *Cumb. L. Rev.* 791 1996-1997, pp. 791-820, vid., p. 819-871, vid., en general. (Consultado 30/04/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/cumlr27&id=801&print=section§ion=28&ext=.pdf>

COCHRAN, R.F. Jr., *Legal Representation and The Next Steps Toward Client Control: Attorney Malpractice for The Failure to Allow The Client To Control Negotiation and Pursue Alternatives to Litigation*, 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 819 1990, pp. 819-877. 869. No obstante, el mismo autor indica que para que exista de mala práctica del abogado no basta con que este actúe negligentemente, sería necesario además demostrar la causa efecto entre la negligencia de la falta de información y el perjuicio entre otros requisitos

¹⁰³⁶ COCHRAN, R.F. Jr., *Legal Representation and The Next Steps*op.cit., p. 824.

¹⁰³⁷ FREY, M.A., *Representing Clients Effectively*op.cit., p. 445.

¹⁰³⁸ COCHRAN, R.F. Jr., *Legal Representation and The Next Steps*op.cit., p. 868. El informe *MacCrate* entre las capacidades y habilidades con las que debe contar el abogado para ejercer la profesión hace referencia expresa al conocimiento de los ADR como uno de los mecanismos que el abogado debe considerar para solucionar el conflicto del cliente, vid., Informe *McCrate*, p. 158.

de remuneración de honorarios puede provocar que unas alternativas reporten mayores beneficios que otras al abogado, por esta razón, y en aras de la ética profesional, es importante la información al cliente, de forma que la elección quede en manos de éste último¹⁰³⁹.

Debe tenerse en cuenta que la obligación a la que podría estar sometido el abogado es la de informar, no la de recomendar, de modo que la decisión quedaría siempre en manos del cliente¹⁰⁴⁰. En este sentido PHILIPS¹⁰⁴¹ establece la comparación con el modelo de los profesionales de la medicina. En el ámbito sanitario, el profesional informa de las diferentes alternativas con sus beneficios y riesgos pudiendo el médico estimar que una es la mejor, pero necesita el consentimiento del paciente para escoger una opción. El autor propugna la conveniencia de extrapolar el esquema al consejo legal, de forma que el abogado resulte obligado a exponer las alternativas de forma clara y suficiente y pueda dar la opinión sobre cual le parece más óptima, pero sea el cliente quien debe decidir y consentir.

En este sentido, dado que los comentarios a la normas mencionan que el abogado está obligado a trasladar a su cliente las propuestas de acuerdo formuladas por la otra parte, por extrapolación, cobra sentido pensar que una propuesta de la otra parte para utilizar un mecanismo alternativo de resolución de conflictos deberá también ser siempre, y en todos los casos, debidamente comunicada al cliente¹⁰⁴².

WARMBROD¹⁰⁴³ reconoce que los ADR no son apropiados para todos los casos, pero admite que no existe una fórmula que permita llevar a cabo discriminación a priori, por lo que si bien el abogado debe informar al cliente de los riesgos e incertidumbres que puede conllevar recurrir a estos mecanismos alternativos, la elección corresponde siempre al cliente¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰⁴⁰ PHILLIPS, G.F., *The Obligations of Attorneys....op.cit.*, p. 251.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 252.

¹⁰⁴² *Model Rule 1.4 Comment (2)*. Ver *Infra*.

¹⁰⁴³ WARMBROD, M.L., *Could an Attorney Face Disciplinary Actions....op.cit.*, p. 792.

¹⁰⁴⁴ *Idem*.

En EEUU, algunos Estados han optado por incorporar a sus normas éticas esta obligación. El Estado de Colorado en el artículo 2.1 de su código ético recoge la obligación mencionada de forma expresa diciendo: “en un asunto que suponga o se pueda esperar que suponga litigio, el abogado deberá aconsejar al cliente sobre las formas alternativas de resolución de disputas que razonablemente pueda seguirse para intentar resolver la disputa legal o alcanzar el objetivo legal que se pretende”¹⁰⁴⁵.

Conviene recordar que la *Alternative Dispute Resolution Act*¹⁰⁴⁶ prevé que los órganos jurisdiccionales garanticen a los ciudadanos el acceso a estos mecanismos alternativos para resolver sus conflictos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el destinatario de la norma son los órganos jurisdiccionales y no los profesionales del derecho, aunque sin duda alguna, la existencia de la norma es claro indicador de la importancia que en el sistema legal y judicial estadounidense se le concede a las modalidades alternativas de resolución de conflictos y, dado que el abogado es un profesional que debe cooperar con la Administración de justicia, resulta coherente que estos profesionales deban tener siempre en cuenta todas las opciones a disposición del cliente para resolver su conflicto.

3.2.2 El caso español

La normativa deontológica española recoge la obligación del abogado de informar al cliente acerca de la posibilidad de resolver el asunto mediante un acuerdo extrajudicial o mediante el recurso a otros mecanismos alternativos al litigio, concretamente, la obligación aparece recogida en el CDAE¹⁰⁴⁷, pero no el EGAE¹⁰⁴⁸, ausencia que vendrá a ser compensada por el nuevo Estatuto cuando

¹⁰⁴⁵ “In a matter involving or expected to involve litigation, a lawyer should advise the client of alternative forms of dispute resolution that might reasonably be pursued to attempt to resolve the legal dispute or to reach the legal objective sought”.

¹⁰⁴⁶ *Supra*. Parte Segunda. Capítulo Segundo.

¹⁰⁴⁷ Art. 13.9 e) CDAE. El precepto obliga al abogado a informar al cliente, entre otros extremos, de la conveniencia de resolver el asunto encomendado mediante acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio

¹⁰⁴⁸ A este respecto, si bien no resulta muy específico respecto a la obligación que tratamos podrían resultar asimilables analógicamente las obligaciones recogidas en el art. 42 EGAE, que obliga al abogado al cumplimiento de la misión de defensa encomendada con el máximo celo y diligencia y en su apartado segundo solicita al abogado atender a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica del asunto.

entre en vigor, ya que éste sí que recoge la obligación¹⁰⁴⁹. La redacción del nuevo Estatuto dice respecto de la obligación analizada: “El Abogado tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses”. Respecto a los términos “en su caso” si bien pudieran dar excesiva libertad de interpretación al abogado, a nosotros nos parece una redacción acertada, ya que es cierto que en algunas situaciones según el criterio del profesional resultará poco oportuno recurrir a otra vía que no sea el litigio, por lo que no tendría sentido la obligación de informar.

SANCHEZ STEWART¹⁰⁵⁰ dice echar de menos entre las normas deontológicas inspiradas en la dignidad de la profesión algún precepto que ordene al abogado prevenir el pleito y cuando este es inevitable intentar conciliarlo. El autor reconoce que en los códigos se encuentran algunas referencias vagas al respecto, pero no existe una norma que de forma clara obligue a evitar pleitos inútiles, largos y costosos, cuya solución puede alcanzarse por vía de mediación, arbitraje, conciliación o transacción.

Como hemos expuesto, la carencia apuntada por Sánchez Stewart quedaría mejor resuelta con la entrada en vigor del nuevo EGAE al incorporar la nueva norma un precepto que obligue al abogado a disuadir al cliente de promover conflictos o acciones judiciales sin fundamento, así como, la de aconsejarle sobre las vías alternativas para satisfacer sus intereses¹⁰⁵¹.

A este respecto, LEGA¹⁰⁵² nos recuerda que la libertad del abogado en la dirección de un caso puede estar limitada por la deontología profesional mencionado como ejemplo que entre dos procedimientos a seguir, si se prevé que ambos arrojarán el mismo resultado, el abogado debe escoger el menos costoso y el más rápido, si bien las excepciones son posibles. Este

¹⁰⁴⁹ Art. 49.3 nuevo EGAE. Art. 124 c) que tipifica como infracción grave el incumplimiento de las obligaciones de información al cliente.

¹⁰⁵⁰ SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología.....*op.cit.*, p.109.

¹⁰⁵¹ Art. 49. 3 Nuevo EGAE.

¹⁰⁵² LEGA, C., Deontología de la Profesión....*op.cit.*, p.82.

razonamiento de Lega, si bien cuenta con tres décadas de antigüedad, cobra una especial relevancia en el contexto actual en el que los ADR parecen ir cobrando fuerza, lo que nos debería llevar a una mayor reflexión tanto en el plano técnico como deontológico, sobre la existencia de una obligación deontológica del abogado de informar sobre estos mecanismos y/o emplearlos cuando pueda resultar lo más conveniente para el cliente.

GARRIDO SUAREZ¹⁰⁵³ apunta que los abogados se sirven cada vez en mayor medida de mecanismos como la mediación y el arbitraje, ya que el pleito no es en muchas ocasiones la mejor forma de resolver un conflicto, de forma que esta variedad de mecanismos conlleva que las funciones y formas de trabajo del abogado vayan perdiendo homogeneidad debiendo el profesional valorar el mecanismo disponible más adecuado a cada caso.

APARISI MIRALLES¹⁰⁵⁴ afirma: “la misión principal de todo ordenamiento jurídico no es la de resolver conflictos ya iniciados, sino la de llegar a evitarlos. El litigio y en definitiva, el conflicto abierto, deben ser considerados como un recurso extremo, un mal que en la medida de lo posible, debe ser soslayado”. La autora entiende que una misión fundamental del profesional del derecho es la de eliminar los potenciales elementos de conflicto y promover, en la medida de sus posibilidades, el acuerdo y la integración de las partes potenciando siempre que le sea posible la evitación del litigio. Esta función no es una función añadida, sino es por el contrario, una función identitaria de la profesión, por lo que constituye falta de diligencia no mantener al cliente informado sobre la marcha del asunto y sobre la conveniencia de resolver los conflictos por medios alternativos al litigio.

DE LA TORRE¹⁰⁵⁵ dice que en, primer lugar, el abogado debe intentar resolver el problema del cliente con un consejo o asesoramiento, en segundo lugar, debe

¹⁰⁵³ GARRIDO SUAREZ, H.M., Deontología de Abogado: El Profesional....*op.cit.*, p. 62.

¹⁰⁵⁴ APARISI MIRALLES, A., Deontología Profesional....*op.cit.*, pp. 147- 148 y 150. Pone en relación esta afirmación con el artículo 6 del EGAE que dice “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza personalmente la dirección y defensa de los intereses jurídicos ajenos públicos o privados”. El nuevo EGAE recoge esta función en el art. 4, diciendo: “Son abogados quienes..... se dedican de forma profesional a realizar los actos propios de la profesión, tales como consulta, consejo, asesoramiento jurídico; arbitraje, mediación; conciliaciones, acuerdos y transacciones.....”

¹⁰⁵⁵ DE LA TORRE DIAZ, F.J., DE LA, Deontología de Abogados...*op.cit.*, p. 139.

intentar siempre la conciliación, y como último remedio, debe asumir la representación como abogado ante los Tribunales.

En este sentido, nosotros consideramos que más que imponer al abogado el deber de información sobre los distintos mecanismos para resolver una disputa sin recurrir al litigio, lo equilibrado y eficiente sería sancionar las demandas frívolas con un rigor estricto, y para ello no es necesario inventar nada nuevo, ya que tanto el ordenamiento jurídico en general, y la norma deontológica en particular, proporcionan los instrumentos necesarios¹⁰⁵⁶. Como hemos mantenido a lo largo de esta tesis, son diferentes y variadas las razones que pueden llevar a preferir al litigio a otras modalidades de resolución de disputas, por lo que, únicamente, la interposición o la continuación del procedimiento de demandas frívolas y carentes de fundamento alguno deberían generar responsabilidad disciplinaria para el abogado.

Tras una lectura minuciosa de la normativa ética, nuestra postura sería requerir al abogado informar al cliente sobre la conveniencia de negociar con la otra parte o recurrir a otro mecanismo de resolución de la disputa, únicamente, en aquellos casos en los que los conocimientos y experiencia profesionales lleven al abogado a pensar que dichos mecanismos podrían ser una solución especialmente idónea al caso concreto, teniendo en cuenta tanto las circunstancias, personales, familiares, económicas, sociales del cliente.

¹⁰⁵⁶ Entendemos que en los casos de demandas frívolas puede proceder la aplicación del art. 247 LEC. En cuanto a la norma deontológica, además, de los preceptos que obligan al profesional a actuar con la debida diligencia, nosotros pensamos que la parte contraria podría basarse en el art. 43 EGAE, si estimare que el abogado maliciosamente ha ocultado a la otra parte las propuestas de resolver la disputa mediante la negociación u otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

3.3 La norma deontológica y la negociación

En los siguientes apartados trataremos las normas deontológicas que se refieren de forma específica a los procesos de negociación. En primer lugar, abordaremos dos temas relativos a la relación entre abogado y cliente en los procesos de negociación: la autoridad del cliente en cuanto a escoger entre pacto o litigio y la obligación del abogado de mantener a su cliente informado en los procesos de negociación. Los dos puntos serán objeto, dado su extensión reducida, de un análisis conjunto de los dos ordenamientos legales analizados. Posteriormente, centraremos nuestro análisis en las normas deontológicas que protegen a la parte contraria en los procesos de negociación.

3.3.1 La autoridad del cliente y el acuerdo negociado

La *Model Rule* 1.2 (a) dice que el abogado debe atender a las decisiones del cliente respecto de los objetivos de la representación, concretamente y refiriéndose de forma específica a la función del abogado como negociador, la norma establece que “el abogado debe acatar la decisión del cliente de negociar el asunto¹⁰⁵⁷. La *Model Rule* 1.4 relativa a la comunicación cliente-abogado reafirma el poder de decisión del cliente al establecer que el abogado debe consultar de forma razonable con el cliente los medios a utilizar para la obtención de los objetivos propuestos¹⁰⁵⁸, además, la norma en su apartado (b) establece que el abogado debe explicar el asunto al cliente con la profundidad razonablemente necesaria para que éste tome decisiones informadas¹⁰⁵⁹. Como acabamos de mencionar, la norma obliga al abogado de forma explícita y expresa a respetar la decisión del cliente en cuanto a pactar un acuerdo negociado, obligación que también encuentra refuerzo en otra apartado de la misma norma¹⁰⁶⁰, que dice que el abogado deberá informar en tiempo al cliente de cualquier decisión o circunstancia que requiera su consentimiento, es más, el comentario del precepto presenta como ejemplo de consentimiento, el caso de la oferta de la otra parte en una negociación, que debe ser siempre comunicada por el abogado al cliente, a no ser que éste ya hubiera indicado

¹⁰⁵⁷ *Model Rule* 1.2 (a).

¹⁰⁵⁸ *Model Rule* 1.4 (a) (2).

¹⁰⁵⁹ *Model Rule* 1.4 (b).

¹⁰⁶⁰ *Model Rule* 1.4 (a) (1).

previamente que una oferta determinada resultaría o no aceptable o le hubiera conferido al abogado autoridad para aceptar o rechazar ofertas de acuerdo¹⁰⁶¹.

La norma deontológica española no se pronuncia de forma expresa como lo hace la estadounidense sobre el desacuerdo entre abogado y cliente en cuanto a la conveniencia de aceptar o no un acuerdo. En todo caso, cabría la aplicación de los preceptos que exigen cumplir la misión de defensa con el máximo celo¹⁰⁶², lo que implica la atención a los intereses y preferencias del cliente. El nuevo EGAE se extiende un poco más indicando que el abogado deberá cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente¹⁰⁶³. Del tenor de las diferentes normas, se sobreentiende que la actuación correcta del abogado si la discrepancia no se resuelve, es la renuncia al asunto¹⁰⁶⁴.

3.3.2 Las obligaciones de información durante el proceso negociador

La *Model Rule* 1.4 contempla las obligaciones de información del abogado hacia el cliente. Además, del deber de mantener debidamente al cliente informado sobre la marcha del asunto, la norma exige al abogado facilitarle las explicaciones que puedan ser razonablemente necesarias para que el cliente tome decisiones bien informadas. Los comentarios a la norma dice que la información que el abogado provea al cliente debe ser la apropiada para ser entendida por una persona adulta responsable y con una capacidad normal de comprensión. Respecto de nuestro objeto de estudio, las negociaciones legales, los comentarios a la norma incluso indica que antes de firmar un acuerdo, el abogado debe revisar con el cliente todos los pactos importantes que contenga y darle las explicaciones que éste pueda precisar para aceptar el acuerdo con pleno conocimiento de su contenido¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ *Model Rule* 1.4 (a) Comment (2).

¹⁰⁶² Art. 42.1. EGAE. En sentido similar Art. 13.10 CDAE.

¹⁰⁶³ Art. 48. 3 del nuevo EGAE.

¹⁰⁶⁴ El art. 48 del nuevo EGAE dice que las relaciones entre abogado y cliente deben basarse en la reciproca confianza.

¹⁰⁶⁵ *Model Rule* 1.4 (a) (1) *Comment* (5) *Comment* (1).

La norma deontológica española recoge deberes de información al cliente, siendo el CDAE el cuerpo normativo que actualmente recoge de forma más concreta y extensa esta obligación del abogado. En este sentido el CDAE¹⁰⁶⁶ obliga al abogado poner en conocimiento del cliente, por escrito cuando éste así lo solicite, entre otras informaciones relativas a la evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas, posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio. Es evidente que las obligaciones descritas en el precepto incluyen las informaciones relevantes respecto de los procesos de negociación que se sigan para la resolución del asunto encomendado. Respecto del actual EGAE, la obligación de informar al cliente de cualquier acontecimiento o incidente relevante durante el curso de las negociaciones, así como, del contenido del acuerdo, si bien, no se encuentra referida de forma específica, puede sobreentenderse como parte de la diligencia debida recogida en el artículo 42 del estatuto¹⁰⁶⁷, por su parte el nuevo EGAE, el artículo 49 refiere las obligaciones de informar al cliente, más concretamente en el apartado 5 obliga al abogado a informar al cliente acerca del estado del asunto en el que está interviniendo y sobre las incidencias y resoluciones relevantes que se produzcan, así como a facilitar copia de los escritos relativos a los procedimientos judiciales o administrativos, si el cliente lo requiere. Lo cierto es que la terminología utilizada en la redacción del precepto resulta más adecuada al ámbito de actuaciones judiciales y administrativas, pero entendemos que la obligación de comunicar informaciones relevantes se extiende también a contextos extrajudiciales como los procesos de negociación.

Como bien apunta GRANDE YAÑEZ¹⁰⁶⁸ en el CDAE se echa de menos una norma que, en aras de la transparencia, obligue de forma expresa al abogado a

¹⁰⁶⁶ Art. 13. 9 e) CDAE.

¹⁰⁶⁷ Si bien lo cierto es que el art. 49.5 del nuevo EGAE parece enfocado a los procesos litigiosos. A este respecto ver CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado....op.cit.*, p. 269. La autora expone que el deber de información esbozado por los Tribunales ha ido aumentando progresiva y paulatinamente el contenido de esta obligación del abogado llegando a exigirse un comportamiento activo como que el abogado se cerciore de que la información ha sido recibida- por ejemplo cuando se envía una carta o mensaje- y que ha sido comprendida por el cliente.

¹⁰⁶⁸ GRANDE YAÑEZ, M., *Ética de las Profesiones....op.cit.*, pp.199-200. CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado....op.cit.*, p. 269. La autora señala que los Tribunales se muestran cada vez más exigentes con esta obligación del abogado exigiendo que la información sea comprensible para el cliente. *Vid., Supra.* Parte Segunda. Capítulo Segundo.

transmitir la información utilizando un lenguaje claro, accesible y cercano, ello en aras de la transparencia. Un precepto de estas características tampoco se encuentra ni el EGAE vigente ni en el que debe entrar próximamente en vigor¹⁰⁶⁹. No obstante, la obligación de informar con la suficiente claridad existe, y no únicamente, porque al menos en nuestra opinión, forman parte de la diligencia a observar en las relaciones del abogado por el cliente, además, esta obligación se ha ido determinando por vía jurisprudencial¹⁰⁷⁰.

En este sentido, lo que sí hace la norma deontológica española es establecer la obligación de comunicar al abogado de la parte contraria la interrupción de negociaciones extrajudiciales antes de presentar reclamación judicial¹⁰⁷¹. Debemos observar que la obligación es hacia del otro abogado, por lo que no rige en los casos en los que la otra parte no esté representada. No es por lo tanto, una norma de protección a la parte contraria como tal, ya que la función de la norma es asegurar la correcta relación entre los compañeros de profesión, sin perjuicio de que indirectamente pueda beneficiar al cliente del otro abogado.

¹⁰⁶⁹ *Model Rule* 1.4 b). Las *Model Rules* sí que cuentan con un precepto en este sentido.

¹⁰⁷⁰ CRESPO MORA, M.C., *La Responsabilidad Civil del Abogado....op.cit.*, p. 269. *Supra*. Parte Tercera. Capítulo Segundo. La autora señala que los Tribunales se muestran cada vez más exigentes con esta obligación del abogado exigiendo que la información sea comprensible para el cliente.

¹⁰⁷¹ Art. 12.11, CDAE y Art. 60 nuevo EGAE, precepto que además añade que la obligación también existiría antes de solicitar la ejecución de una resolución.

3.4 Normas deontológicas y protección de la otra parte en la negociación

Las diferentes normas deontológicas ofrecen protección a diferentes destinatarios: algunas de ellas protegen al cliente de las posibles actuaciones incorrectas del abogado, otras establecen normas de comportamiento ante los Tribunales, otras fijan obligaciones del abogado con la corporación de la que es miembro, otras regulan las relaciones entre compañeros de profesión y otras contemplan la función social de la abogacía, pero son escasas las que protegen de forma específica a la parte contraria.

No obstante, los dos marcos deontológicos comparados presentan diferencias significativas. La norma ética estadounidense despliega una protección mayor sobre la parte contraria, y no únicamente sobre el abogado compañero de profesión, sino también sobre el cliente, de modo que a lado de la protección que pueda inferirse de los preceptos de contenido genérico, encontramos normas que protegen de forma específica a la parte contraria y en concreto en los contextos negociadores. Por su parte, la norma deontológica española contiene preceptos que pretenden servir de cauce para penalizar infracciones que pueden ser muy diversa índole, pero en nuestra opinión, incluso los preceptos que de forma específica pretenden proteger a la parte contraria pecan de una redacción excesivamente genérica.

En primer lugar, de forma muy escueta y en el mismo apartado, si bien se trata de normas que no se refieran a los procesos negociadores de forma específica ni protegen de forma exclusiva a la parte contraria, haremos una breve referencia a las normas deontológicas que se refieren a conductas del profesional que pudieran considerarse fraudulentas y/o engañosas, ya que entendemos que la protección otorgada por estas normas es susceptible en muchos casos de extenderse a la parte contraria.

Posteriormente, centrándonos en la protección otorgada por la norma deontológica a la parte contraria de forma específica, trataremos primero las que le otorgan una protección genérica para, posteriormente, abordar de forma más extensa dos temas que consideramos de importancia: la obligación de veracidad del abogado en los procesos de negociación y la prohibición recogida en las normas deontológicas estadounidense y española de contactar a la parte

contraria representada, así como, las limitaciones en el contacto con la parte no representada.

3.4.1 El caso norteamericano

Las *Model Rules* contienen preceptos que pudieran servir de base a la reclamación por infracción de la norma ética cuando la parte contraria estimare lesionados sus derechos de forma injusta.

El Preámbulo de las *Model Rules* declara a los miembros de la profesión como oficiales del sistema legal y describirlos como ciudadanos con responsabilidad especial en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, destacando el papel fundamental del abogado en la sociedad¹⁰⁷². Además añade que las responsabilidades del abogado en las funciones de representación de sus clientes y las de oficial del sistema de justicia, usualmente, se desarrollan de forma armoniosa, de lo que resulta que cuando la parte contraria está representada, el abogado a la vez que defiende con celo los intereses de su cliente, debe preocuparse de que la justicia sea llevada a cabo¹⁰⁷³. De especial interés a nuestro objeto de estudio resulta la presencia en el Preámbulo del siguiente inciso “Como negociador, el Abogado debe buscar el resultado ventajoso para su cliente, pero mostrando un comportamiento honrado en sus tratos con personas distintas al cliente”¹⁰⁷⁴.

La Model Rule 4.4 obliga al abogado a no utilizar medios de defensa que no tengan otro propósito que el de avergonzar a la otra parte, provocar dilaciones o imponer cargas indebidas a terceras personas, así como, utilizar medios de prueba que violen los derechos de terceros. En cuanto a las obligaciones del abogado que las *Model Rules* establecen respecto a la parte contraria en referencia al marco transaccional es la *Model Rule* 4.1 que obliga al abogado a ser veraz en las afirmaciones que realice a personas distintas al cliente, pero no nos extenderemos en este apartado en el análisis de este precepto

¹⁰⁷² Preamble Model Rules (1) y (13).

¹⁰⁷³ Preamble Model Rules (8).

¹⁰⁷⁴ *Preamble Model Rules* (2). “As negotiator, a lawyer seeks a result advantageous to the client but consistent with requirements of honest dealings with others”. “Como negociador, el abogado busca un resultado ventajoso para su cliente, pero consistente con la honestidad requerida en los tratos con terceros”. Traducción autora.

fundamental para nuestro objeto de estudio, ya que será tratado ampliamente en los apartados que siguen. No obstante, y este es un elemento a subrayar, las *Model Rules* a diferencia de la norma deontológica española, no protege las comunicaciones entre abogados, descansando la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre las que se producen entre abogado y cliente.

3.4.2 El caso español

La norma deontológica española concentra la protección a la parte contraria en dos preceptos, uno contenido en el EGAE, el art. 43, que tiene como finalidad la protección de la parte contraria, imponiendo al abogado el trato considerado y cortés con la misma, así como, la abstención de cualquier acción u omisión que pudiera ocasionarle una lesión injusta y otro contenido el CDAE, el que prohíbe el contacto directo del abogado con parte representada e indica que cuando la otra parte carezca de representación el contacto puede llevarse a cabo pero el abogado deberá abstenerse de llevar a cabo toda clase de abuso. En nuevo EGAE, no recoge la redacción del art. 43 del Estatuto en vigor e incorpora en los términos similares la redacción el artículo del CDAE que hemos mencionado.

Respecto al primero de los preceptos, el contenido en el Estatuto, CID CEBRIAN¹⁰⁷⁵, dice que regula la comisión de una infracción pluriofensiva de bienes jurídicos, al desplegar a la vez protección sobre el derecho de defensa de la víctima y el entramado jurídico-político sobre el que descansa la Administración de justicia, además, de proteger la dignidad de la función de defensa de forma general, aunque el ataque a dicha función se vea particularizado en el interés de un justiciable en concreto. De hecho, la infracción del tipo guarda relación con el mandato contenido el art.30 del EGAE que constituye al abogado en garante abstracto de los derechos fundamentales

¹⁰⁷⁵ CID CEBRIAN, M. La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria y con el Abogado de la Parte contraria en Justicia y Ética de la Abogacía, pp. 179-190, Coordinador: Grande Yáñez, Ed. Dykinson, Madrid 2007, pp. 180-181.

de los ciudadanos y del buen funcionamiento del sistema de Administración de Justicia.

En nuestra opinión, un precepto con la redacción del art. 43 EGAE resulta esencialmente necesario. Es preciso que la norma deontológica proteja al cliente de las actuaciones incorrectas de su propio abogado, pero también es imperativo instrumentar el respeto del orden constitucional, que exige que el ordenamiento jurídico cree los mecanismos necesarios para que los ciudadanos puedan disfrutar de los derechos fundamentales con las debidas garantías, por lo que es preciso que se establezcan los límites pertinentes al derecho de defensa, puesto que en modo alguno, dicho derecho puede ser llevado a cabo lesionando los derechos de la parte contraria.

El papel central del derecho de defensa en los ordenamientos jurídicos de los Estados Democráticos de Derecho, forzosamente debe reflejarse en los códigos deontológicos. En el caso español, esta proyección se traduce por un lado, en la incorporación a los mismos de preceptos declarativos que erigen al abogado como participe de la función pública de Administración de justicia, por lo que debe cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo los intereses que le sean confiados, de forma que en ningún caso la tutela de tales intereses pueda justificar la desviación del fin supremo de Justicia que vincula al profesional de la abogacía¹⁰⁷⁶; por otro lado, se encuentran los preceptos de carácter más específico que analizaremos en este capítulo.

En relación a lo anterior, se impone recordar que el derecho de defensa genera una serie de obligaciones y derechos que despliegan efectos en un escenario de intereses en conflicto, lo que no obsta para que el principio de buena fe deba también ser respetado en el ejercicio de dicho derecho¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ Arts. 11.1 y 30 EGAE. Algo más concreto respecto de las obligaciones con la parte contraria resulta el art. 43 EGAE. En el nuevo EGAE el art. 1.5 dice que “los abogados sirven los intereses de la justicia” y el 56.1 reconoce la condición del abogado de colaborador de la Administración de Justicia, y le obliga a cooperar.

¹⁰⁷⁷ A este respecto, interesa destacar que cuando la LOPJ- art.11- exige el respeto a las reglas de la buena fe, la continua referencia a Juzgados y Tribunales lleva a inferir que se refiere a los procesos jurisdiccionales en todos sus ámbitos, pero no a procesos privados como la negociación.

De la redacción del art. 43 del EGAE se infiere que la protección se extiende a todos los integrantes de la misma, es decir, al compañero abogado, a su cliente o clientes, y nosotros entendemos que también a peritos, testigos o cualquier otro elemento subjetivo que complementa a la defensa. Debemos no obstante, recordar que el profesional que defiende a la parte contraria ya es objeto de protección por varias normas deontológicas, por lo que la verdadera utilidad del precepto debe apreciarse en el sentido de la figura más desprotegida por la norma deontológica, la cliente del abogado contrario.

Respecto de los requisitos para poder apreciar la infracción del artículo 43 EGAE, se hace necesaria la concurrencia de varios elementos, de suerte que deben concurrir el dolo o intención de causar el daño por parte del abogado, una acción u omisión de una actuación procesal o extraprocesal que tenga como objetivo causar dicha lesión o bien el objetivo perseguido implique causarla, además, la lesión causada debe ser injusta y el resultado lesivo debe recaer en la parte contraria¹⁰⁷⁸.

CID CEBRIAN¹⁰⁷⁹, expone los criterios de la Junta de Gobierno de Madrid que deben ser tomados en cuenta para la calificación de injusta de la lesión infringida a la parte contraria, señalando que en primer lugar, la lesión debe ser injustificada¹⁰⁸⁰, en el sentido de ser innecesaria, es decir, carente de causa o bien debe tener una causa ilícita; en segundo lugar, la lesión debe ser objetiva de forma que la falta de justificación de la lesión debe venir determinada por su propia naturaleza, causa, finalidad y circunstancias y no por lo que subjetivamente considere la parte ofendida; en tercer lugar, debe ser alevosa al generar una indefensión a la parte adversa que le impida reaccionar en igualdad de armas y condiciones dentro y fuera del proceso y finalmente, la lesión debe ser palmaria, pudiendo ser apreciada de forma inmediata sin necesidad de teorías y doctrinas.

¹⁰⁷⁸ CID CEBRIAN, M. La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria....*op.cit.*, pp. 181

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, pp. 181 y siguientes.

¹⁰⁸⁰ CID CEBRIAN, M. La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria...*op.cit.*, pp. 182 y siguientes. El autor señala tres tipos de lesiones injustas: las que son añadidas o gratuitas, de forma que sin ellas se hubiera podido tramitar o resolver el asunto del mismo modo, las que resulten de la manipulación del proceso para limitar la garantía de la adversa o inducir al Juez a error en la apreciación de las pruebas y las que resulten de una contienda manifiestamente insostenible en derecho o sostenible con manifiesto abuso de derecho o mala fe.

A este respecto, la invocación del precepto analizado como base para estimar la existencia de una infracción deontológica encuentra su más seria limitación en el derecho de defensa de la parte contraria. Lo cierto, es que quien cree que sus intereses han sido lesionados de forma injusta por el letrado de la parte contraria, fácilmente puede caer en una interpretación subjetiva, de forma que es fácil percibir que el abogado de la parte contraria con las actuaciones que ha llevado a cabo para defender a su cliente es el causante de los perjuicios que hayan podido ser provocados por la natural dinámica del enfrentamiento entre partes, ya sea en el orden jurisdiccional o fuera de éste. En realidad, podría no resultar obvio para quienes son ajenos al mundo de las leyes, la distinción entre las acciones del abogado de la parte contraria que considera que le han causado un perjuicio, pero se encuentran justificadas por el derecho de defensa que disfruta la parte adversa y la correlativa obligación del abogado de defender los intereses del cliente, de aquellas otras acciones que exceden estos derechos y obligaciones y que por tanto, sí que podrían calificarse de injustas y dar lugar a la infracción de la norma deontológica. De hecho, las Juntas de Gobierno, al estudiar este tipo de denuncias, habitualmente, aprecian que lo que el denunciante estima es una lesión injusta ocasionada por la actuación del abogado no sería más que una consecuencia lógica y normal derivada de las acciones que el profesional ha llevado a cabo para defender a su cliente¹⁰⁸¹.

SANCHEZ STEWART¹⁰⁸² analiza la cuestión presentado algunos ejemplos al respecto de resoluciones del CGAE y de Juntas Colegiales que establecen algunos parámetros a tener en cuenta en la apreciación de este tipo de infracciones deontológicas. Por un lado, los hechos constitutivos de las presuntas infracciones atribuibles al abogado y que supuestamente han causado la lesión injusta deben ser probados el denunciante. Por otro lado, no se apreciaría la infracción, si tal y como hemos expuesto, la actuación del letrado se sitúa dentro de los límites del derecho de defensa de su cliente, pudiendo los letrados utilizar en defensa de los intereses de sus clientes todos los instrumentos que la ley pone a su disposición. Además, el autor subraya que es contrario a la deontología profesional lesionar los derechos de la parte

¹⁰⁸¹ SANCHEZ STEWART, N., *La Profesión de Abogado*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008, pp. 482 y siguientes.

¹⁰⁸² *Idem*.

contraria cuando esa lesión no es necesaria para la defensa, precisando que puede producirse tanto respecto del ámbito personal de la otra parte como del de terceros.

En relación a la norma deontológica española debemos señalar que se observa una mayor preocupación por proteger a la figura del abogado de la parte contraria que al cliente de éste, es decir, la protección se centra principalmente en el compañero de profesión, de manera que entre las normas que pueden ser de aplicación a las situaciones incorrectas o irregulares del abogado respecto de la otra parte en los procesos de negociación encontramos las que consideran infracción la falta de lealtad al compañero¹⁰⁸³. El EGAE¹⁰⁸⁴, aparte de proteger la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados, no contiene apenas preceptos que recojan obligaciones respecto al abogado de la otra parte, que se encuentran más ampliamente desarrolladas en el CDAE. En este sentido, puede observarse que dicho código¹⁰⁸⁵, recoge obligaciones de carácter muy genérico que no van más allá de una mera declaración de intenciones, como la de mantener entre abogados reciproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo o la de que los abogados de mayor antigüedad en el ejercicio aconsejen y orienten a los más noveles, si éstos lo solicitaren. Existen también obligaciones como las que prevén que las reuniones se celebren en lugar que no supongan privilegio para las partes, la de recibir al compañero con la máxima urgencia o la de atender sin dilación las comunicaciones entre abogados, que si bien prescriben conductas a observar, resultan poco concretas, de modo que su incumplimiento puede resultar complicado de probar, y en definitiva, a veces quedan en el plano de la cortesía profesional. Al lado de estas obligaciones, encontramos otras, que contienen mandatos rigurosos, y respecto de las cuales

¹⁰⁸³ Art.12 CDAE regula las relaciones entre abogados. El actual EGAE art. 34. d).

¹⁰⁸⁴ El actual EGAE en su art. 34, e) otorga la condición de materia reservada a las conversaciones y correspondencia habidas entre abogados no pudiendo el abogado revelar el contenido de dichas comunicaciones sin consentimiento. El mismo art. 34 en su apartado d) pide que no se intente la implicación del abogado contrario en el litigio o intereses debatidos, ni directa ni indirectamente, evitando cualquier alusión personal al compañero y tratándolo siempre con la mayor corrección. En el nuevo EGAE, la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados queda regulada en el art.24, en el art.60 se regulan diversos extremos sobre las relaciones entre abogados en términos similares al estatuto actual, si bien de forma algo más amplia y detallada, destaca por ejemplo la prohibición de atribuirse frente al compañero facultades distintas a la conferidas por el cliente- art- 60 d- y el art. 61 regula como sustitución de abogado lo en el actual estatuto es la venia.

¹⁰⁸⁵ El art. 12 del CDAE regula las relaciones entre abogados.

la prueba de incumplimiento resulta más evidente, como la de no iniciar en nombre propio o en el de un cliente acciones contra un compañero por actuaciones profesionales sin comunicarlo previamente al decano de la corporación profesional que corresponda para que intente mediar. Como ya hemos mencionado anteriormente, de especial interés respecto de nuestro objeto de estudio, resulta la ya mencionada obligación de notificar al compañero abogado de la parte contraria el cese o interrupciones de las negociaciones previamente al inicio de acciones judiciales¹⁰⁸⁶. El nuevo EGAE se refiere específicamente al incumplimiento de los compromisos formalizados entre compañeros verbalmente o por escrito en el ejercicio de sus funciones profesionales, tipificándolo como falta grave¹⁰⁸⁷. No obstante, una vez más, lo que se protege es la relación entre compañeros, ya que el compromiso debe ser entre los abogados, por lo que entendemos que la regla no sería de aplicación en otras situaciones.

Si ya en la actualidad la protección a la parte contraria, y nos referimos al cliente, resulta débil estimamos que con la entrada en vigor del nuevo Estatuto se produciría una reducción de las posibilidades de reclamar al abogado contrario cuando sus conductas abusivas hubieran causado un perjuicio. Esta situación se produciría al quedar eliminado el actual art. 43 del EGAE anteriormente mencionado y no sustituirlo por uno similar, ya que lo que hace el nuevo Estatuto es incorporar los términos del art. 14 del CDAE que prohíbe el contacto con parte representada, pero lo permite en ausencia de representación, a condición de que el abogado de abstenga toda clase de abuso. Cuando entre en vigor el nuevo Estatuto, entendemos que será la denuncia por infracción deontológica para la parte representada que se considerara perjudicada de forma injusta por el comportamiento del abogado de la parte contraria resultara más complicada. Las opciones se reducirán a intentar la aplicación de alguno de los preceptos deontológicos que puedan permitir una

¹⁰⁸⁶ Art. 12.11 CDAE. También el CDAE en su artículo 12.1 establece que los abogados deben mantener reciproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo.

Art. 60 e. del nuevo Estatuto. *Supra*.

¹⁰⁸⁷ Art. 124 a (ii) del nuevo EGAE. El CDAE en su artículo 12.1 establece que los abogados deben mantener reciproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo.

aplicación analógica o bien depender de que sea el propio abogado quien denuncie una conducta incorrecta del compañero¹⁰⁸⁸.

3.4.3 La renuncia al caso por parte del abogado

El derecho de renuncia del abogado es un mecanismo clave para proteger la independencia y libertad a las que el profesional tiene derecho en el ejercicio de sus funciones. La facultad de renuncia a la defensa también despliega su protección en beneficio del cliente, al facilitar al abogado cesar en su función cuando estime que existen riesgos de que no pueda atender a los intereses del cliente con la debida diligencia o lealtad, pero lo que interesa al objeto de nuestro estudio es analizar como la norma ética puede llegar a instrumentar el derecho de renuncia a la defensa por parte del abogado como un mecanismo de protección para la parte contraria. A este respecto, en los apartados siguientes estudiamos la norma ética estadounidense y la norma deontológica española.

3.4.3.1 El caso norteamericano

El abogado, en base al principio de independencia, es libre de aceptar o rechazar el encargo profesional. Una vez aceptado éste, no obstante, la libertad de rechazo posterior se mantiene, si bien, respetando algunas obligaciones para evitar perjuicios al cliente. A nosotros, el análisis del derecho de renuncia a la defensa nos interesa desde la perspectiva de la protección a la parte contraria que pudiera derivarse del mismo.

En este sentido, la *Model Rule* 1.16 contempla la terminación de la representación legal por renuncia del abogado, que puede ser obligatoria o voluntaria. Por una parte, las *Model Rules* obligan al abogado a renunciar a la defensa cuando la representación resultaría en infracción de la norma ética u otra norma legal, cuando las condiciones físicas y mentales del abogado le impidan defender adecuadamente al cliente, o cuando éste solicite la renuncia. Por otra parte, la renuncia será opción del abogado, siempre que pueda ser llevada a cabo sin perjuicio para el cliente en los casos en los que el cliente persista en un curso de acción que impliquen los servicios del abogado y que

¹⁰⁸⁸ Art. 60.1 nuevo EGAE.

razonablemente el profesional estime criminal o fraudulento o bien se trate de acciones que el abogado considere repugnantes o con las que este en profundo desacuerdo, también cabrá la renuncia cuando el cliente haya utilizado los servicios del abogado para cometer un crimen o fraude, en general, la norma permite la renuncia del abogado cuando el profesional considere que concurre una buena causa que la justifique.

De lo anterior, y en lo que puede afectar a la parte contraria, podemos concluir que la renuncia del abogado a la defensa será obligatoria cuando la representación suponga que el abogado infrinja una norma ética o cualquier otro tipo de norma y será voluntaria cuando el abogado pueda razonablemente creer que las conductas del cliente relativas a la representación puedan ser criminales o fraudulentas o bien el profesional esté en profundo desacuerdo con el proceder del cliente. En estos casos, el abogado goza de buena dosis de discrecionalidad para decidir sobre la conveniencia de la renuncia y se supone adoptará la decisión oportuna teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y sobre todo, cerciorándose de que su intervención no pueda derivarse responsabilidad alguna.

Estimamos importante reseñar que la renuncia a la defensa aparte de cumplir con la función de velar por la dignidad, honestidad y buena reputación de la profesión, sirve también a una función indirecta la de sembrar dudas acerca de la corrección del comportamiento de la parte contraria o confirmar las que ya existieran. En EEUU existe lo que se conoce como *noisy withdraw*, modalidad de renuncia que presenta la particularidad de poder ir acompañada de actos por parte del abogado como la revelación de conductas delictivas o fraudulentas del cliente, o bien de medidas más sutiles como el retracto de opiniones o de documentos elaborados anteriormente por el profesional¹⁰⁸⁹. En definitiva, aun en aquellos casos en los que el abogado no considere que deba revelar información alguna, la norma ética facilita mecanismos para apartarse de un curso de acción seguido por el cliente, lo que puede servir además para que su

¹⁰⁸⁹ *Model Rule 1.6.*

postura sea conocida por la otra parte cuando el profesional lo considere necesario¹⁰⁹⁰.

La renuncia del abogado está sujeta a algunas limitaciones como la de no causar perjuicio al cliente, de forma que aun terminado la representación el abogado debe comunicar su decisión al mismo intentando que tenga el tiempo necesario para encontrar consejo legal, entregarle los documentos que le pertenecen, así como, reintegrarle los honorarios y provisión de fondos para gastos que no hayan sido consumidos¹⁰⁹¹.

3.4.3.2 El caso español

Según la norma ética española, en principio, el abogado disfruta de plena libertad para aceptar o rechazar la dirección de los asuntos, así como, para renunciar a los mismos en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión del cliente¹⁰⁹². El EGAE es escueto en este sentido y es el CDAE la norma que trata el tema de la aceptación, rechazo o renuncia de encargos profesionales de forma mucho más amplia y a la vez concreta. De entrada, debemos destacar que el código ético dice que, en principio, el abogado para aceptar o rechazar un encargo profesional no necesita alegar justificación alguna, si bien, la norma establece en que situaciones el profesional no debe aceptar el encargo profesional. La renuncia resulta obligatoria para el abogado en los casos en los que pudieran existir los conflictos de interés recogidas en la norma, pero en estos casos la exigencia de la renuncia trata de proteger al propio cliente y no a la parte contraria¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ *Model Rule 1.2 Comment (10)*.

¹⁰⁹¹ *Model Rule 1.16.7*.

¹⁰⁹² Art. 26.1 del actual EGAE. En el mismo sentido 13.3 CDAE. El nuevo EGAE se extiende algo más especificando que el abogado podrá renunciar a la defensa procesal que le haya sido confiada en cualquier fase del procedimiento, siempre que no cause indefensión al cliente, estando obligado a despachar los trámites procesales urgentes.

¹⁰⁹³ Art. 13 CDAE.

En cuanto a los requisitos que debe observar el abogado para proceder a la renuncia, el nuevo EGAE, amplía algo más el tratamiento de la renuncia a la defensa, haciéndose eco de lo que ya dice el código deontológico¹⁰⁹⁴.

Podemos así decir, que la norma española es más escueta que la estadounidense concerniendo las precauciones a tomar por el abogado en los casos de renuncia, de forma que únicamente solicita del abogado los actos necesarios para evitar la indefensión del cliente¹⁰⁹⁵.

El estudio comparativo, nos muestra que ambas normas deontológicas, contemplan la renuncia voluntaria y la obligatoria, así como, marcan ciertas exigencias que el abogado debe observar en las renunciaciones de representación legal ya iniciada para perjudicar al cliente en la menor medida de lo posible. No obstante, la norma estadounidense llega a instrumentar la renuncia a la defensa como un instrumento que puede redundar en la protección de la parte contraria, lo que no hace en la misma medida la norma española.

3.4.4 La veracidad de la información en la negociación

Negociar implica la toma de decisiones propias y la previsión de las que pueda tomar la parte contraria, de forma que la correcta toma de decisiones debe basarse en informaciones precisas y ajustadas a la realidad.

De nada o de poco sirve la información si no es veraz, es más considerar información errónea y tomar decisiones conforme a datos que no corresponden a la realidad será normalmente contraproducente.

¹⁰⁹⁴ En este sentido, la entrada en vigor de la norma supondría un avance significativo al exigir al abogado que la renuncia sea comunicada por escrito al cliente y, en su caso, al órgano judicial o administrativo ante el que hubiera comparecido. La nueva norma también obliga al abogado a proporcionar al compañero que se haga cargo del asunto todos los datos e informaciones necesarios para la adecuada defensa del cliente. Esta referencia se hace imprescindible teniendo en cuenta que en el nuevo estatuto suprime formalmente la tradicional venia y regula los supuestos que la precisaban como una simple de sustitución de abogado. Art. 61 nuevo EGAE. En el nuevo Estatuto, la venia formal se suprime pero se instaura la obligación del abogado sustituto de comunicar su intervención al compañero que se hace cargo del asunto, de forma que permita acreditar la constancia de la recepción y acreditando haber recibido el encargo del cliente. Este artículo no contempla la obligación de facilitar datos e información al quedar la obligación establecida en el artículo 51 de la misma norma.

¹⁰⁹⁵ Art. 13.3 CDAE. Art. 26 actual EGAE.

La negociación legal, por su carácter privado y dada la ausencia de la supervisión de un tercero neutral, puede ser concebida por algunos como un terreno en el que todo o casi todo está permitido. Lo cierto es que nos encontramos ante muchas preguntas sin una respuesta clara y unívoca. ¿Es normal mentir en las negociaciones?, ¿Es de esperar la omisión de cualquier información que resulte desfavorable aun a costa de inducir a una toma de decisiones sesgada de la otra parte?

Cuando se trata de negociaciones legales, la presencia de abogados provoca inevitable y recurrente cuestión recurrente sobre si la intervención de estos profesionales influye en la garantía de la veracidad de las informaciones intercambiadas. Los abogados aparte de estar sujetos a la ley en general deben cumplir con la norma deontológica, por lo que cabe el cuestionarse si ello supone un “plus”, una especie de garantía extra en cuanto a la honestidad de una parte para con la otra, o bien por el contrario, la condición de expertos de estos profesionales aumenta el riesgo de la distorsión, exageración o incluso el engaño.

La doctrina sobre ética y negociación legal en EEUU ha venido prestando una atención significativa al deber de veracidad de los abogados en procesos extrajudiciales de carácter privado, mientras que la doctrina española sobre la deontología profesional del abogado trata el tema de forma parca y las referencias que pueden encontrarse tratan preferentemente el ámbito de la actuación del abogado ante los Tribunales.

Debido al carácter privado de los procesos de negociación el control de la veracidad de la información intercambiada depende de las partes, de modo que los negociadores con mayores capacidades y/o medios para medir el grado de veracidad de la información que le facilita la parte contraria cuentan con una importante ventaja. Lo afirmado, no obsta, que quienes negocian estén obligados a actuar de acuerdo a la legalidad, y que no todas las distorsiones de la verdad estén permitidas.

Se hace entonces, imprescindible dilucidar el significado de lo que se considera “ser veraz”. En un proceso de negociación puede distorsionarse la información respecto a las características del bien a transmitir, al valor de ítem en discusión

o a las posibles consecuencias de una acción u omisión. Las mentiras pueden incluir falsas promesas, amenazas o predicciones engañosas relativas valor de los ítems sobre los que pretenden transar, de la misma manera que quien negocia puede no ser sincero en cuanto a las opiniones, la autoridad para negociar, los propios intereses y prioridades o las alternativas a disposición en caso de no alcanzar el acuerdo¹⁰⁹⁶.

Las conductas engañosas en el proceso negociador pueden posteriormente proyectar consecuencias respecto del acuerdo que se alcance. En general, los ordenamientos legales incorporan mecanismos para que ante la concurrencia de determinadas circunstancias, los acuerdos que sean resultado de manifestaciones erróneas, mentiras, engaños u omisión de información relevante de forma deliberada puedan llegar a ser revocados por un Tribunal, sin perjuicio de que, además, los negociadores que hayan observado las conductas reprochables pueden ser condenados a resarcir de los perjuicios ocasionados. Lo anterior, no significa no obstante, que exista una prohibición absoluta respecto todo tipo de distorsión de la información en las negociaciones, en realidad, existe una casuística importante y no todos los comportamientos que de algún modo pudiera enturbiar la verdad son objeto de reproche jurídico.

De las posibles conductas susceptibles de ocasionar la revisión de un proceso de negociación por un Tribunal con el fin de estimar si hubo perjuicio para la parte reclamante y establecer la correspondiente compensación, las que interesan al objeto de nuestra investigación de forma particular son las consistentes en la falta de veracidad de las informaciones y la deformación de los hechos que hayan podido inducir a la decisión de pactar, de modo que de conocerse la verdad no se hubiera tomado.

La metodología que utilizaremos consiste en analizar primero la normativa y doctrina estadounidenses para después revisar la normativa y la doctrina

¹⁰⁹⁶ WETLAUFER, G.B., *The Ethics of Lying in Negotiations*, 75 *Iowa L. Review*, 1219, 1989-90, pp. 1219-1272, vid., pp. 1224-1225. (Consultado 27/04/2015).
<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ilr75&id=1235&print=section§ion=55&ext=.pdf>

española, y poder de ese modo, llevar a cabo un resumen comparativo entre ambos marcos legales.

3.4.4.1 El caso norteamericano: la Model Rule 4.1

Las *Model Rules* refieren de forma expresa la obligatoriedad del abogado de ser veraz en las informaciones que facilita en el proceso de negociación, aunque cosa bien distinta es que la norma sea clara, ya que como veremos su redacción propicia quizás más libertad de la conveniente en la interpretación.

La *Model Rule* 4.1 (a) prohíbe al abogado en el curso de la representación de un cliente, y a sabiendas, realizar afirmaciones falsas sobre hechos materiales o de derecho a una tercera persona u omitir la revelación de un hecho material cuando esta fuera necesaria para evitar que el cliente cometa un acto criminal o fraudulento, siempre que la revelación de la información no este prohibida por la *Model Rule* 1.6.

Lo anterior, requiere las observaciones siguientes:

- a. La norma protege a terceros y no al cliente.
- b. Se refiere al marco concreto de las transacciones o negociaciones.
- c. Se ve limitada por otra regla que sí que protege al cliente.

Estamos ante una de las escasas normas éticas protectoras de los intereses de la parte contraria, lo que nos demuestra que en ocasiones, el abogado no deberá anteponer los intereses del cliente a otros intereses dignos de protección, no obstante, la lectura atenta de la norma nos indica que la protección otorgada está lejos de ser incondicional, lo que creemos se debe a tres factores:

1. Los conceptos que menciona la norma, hecho material y conducta fraudulenta son susceptibles de interpretación.

2. La norma compete con otra norma del mismo código ético que la limita¹⁰⁹⁷.
3. Existe una exigencia del conocimiento del abogado, por lo que si dicho conocimiento no se demuestra, el resultado lesivo podría no ser suficiente para estimar que el abogado ha vulnerado la norma deontológica.

Como acabamos de señalar, dos cuestiones terminológicas desempeñan un papel importante en la interpretación de la norma, la definición de hecho material y el de requisitos de conocimiento por parte del abogado, es decir la expresión “a sabiendas”, por lo que pasamos a analizar ambos conceptos:

a.- El concepto de hecho material. Uno de los elementos clave para la interpretación del precepto es el concepto de “hecho material” y prueba de ello es la aclaración que aportan al respecto los comentarios que acompañan a la *Model Rule 4.1*¹⁰⁹⁸. Los comentarios establecen que hechos cuentan con la consideración de materiales a efectos de aplicación de la norma, señalando que la calificación de un hecho como material depende de las circunstancias y explicando que tomando en consideración usos y reglas comúnmente aceptados en la negociación no se clasifican generalmente como materiales algunas afirmaciones comunes en dichos procesos tales como las relativas al precio del objeto de transacción, las intenciones de las partes sobre la aceptación y rechazo de ofertas o la ocultación de la existencia de un principal a no ser que ésta fuera constitutiva de fraude.

El comentario a la regla arroja cierta luz, pero la lista no es cerrada y queda abierta la posibilidad a la ampliación de los supuestos, ya que lo primero que dicen los comentarios es que las circunstancias de cada caso deben ser tomadas en cuenta. Por tanto, nadie debería extrañarse si los Tribunales atribuyen el carácter de material a hechos distintos a los recogidos en los comentarios a la norma¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ *Model Rule 1.6*. Esta norma impone al abogado confidencialidad respecto a las informaciones facilitadas por el cliente.

¹⁰⁹⁸ *Model Rule 4.1 Comment on Rule 4.1 Statements of Fact (2)*.

¹⁰⁹⁹ HINSHAW, A. ALBERTS, J. K., *Doing The Right Thing: An Empirical Study of Attorney Negotiation Ethics*, 16 *Harv. Negot. L. Rev.*, 95, 2011 pp. 95-163, *vid.*, en general. (Consultado 01/06/2105).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=95&handle=hein.journals%2Fhaneg16&collection=journals>

Debe tenerse en cuenta que el criterio de aplicación de las *Model Rules* seguido en los procedimientos por infracción de la norma ética, puede perfectamente no ser tenido en cuenta por los Tribunales en casos de reclamaciones contra abogados por responsabilidad civil, ya que las conductas que puedan suponer falta de la competencia o diligencia profesional exigible y son reprochables desde el punto de vista deontológico pueden o no dar lugar a otro tipo de responsabilidad profesional¹¹⁰⁰.

SHELL¹¹⁰¹ explica que en casos estimados como muy graves, los Tribunales han condenado por conducta fraudulenta a participantes en procesos de negociación, en base a considerar como hechos materiales afirmaciones de intención u opiniones, en principio, consideradas por la norma ética como hechos no materiales. Lo importante en estos casos no ha sido tanto del tipo de manifestación o afirmación realizados, sino la pretensión de ocultar hechos en grave perjuicio de la otra parte. El autor dice que, en definitiva, el tipo de manifestaciones o afirmaciones que pueden dar lugar al fraude puede depender de la impresión que se cree con las palabras que se utilicen, por lo que los negociadores deberían ser precavidos, ya que la norma queda sujeta a la interpretación de los Tribunales.

En general, se admite que un hecho puede ser reputado como material si debía ser percibido como importante para una justa comprensión de lo que se concede y se obtiene como retorno mediante el acuerdo¹¹⁰². MOULY¹¹⁰³ califica el contenido de la norma y los comentarios que la acompañan problemático o perturbador y considera que los ejemplos ofrecidos por la norma, las

¹¹⁰⁰ Infra. Parte Tercera. Capítulo Segundo.

¹¹⁰¹ SHELL, R., *When is it Legal to Lie in Negotiations?*, *Sloan Management Review*, Spring 1991. 32, 3 ABI/INFORM Global pp. 93-101, *vid.*, p. 96. (Consultado 18/11/2014). <http://search.proquest.com/sire.ub.edu/docview/1303002045/7202E37DBD4A46CFPQ/12?accountid=15293>

El artículo se refiere a negociación en general, pero resulta extrapolable a nuestro objeto de estudio. RUSSELL *The Evolving Regulation of the Legal Profession:op.cit.*, *vid.*, en general. La autora aconseja que el abogado debe ser muy cauto si pretende amparar una conducta dudosa en las excepciones recogidas en la *Model Rule* 4.1, ya que los Tribunales pueden basarse para resolver en la creencia razonable de que la otra parte en lo manifestado para concluir el acuerdo.

¹¹⁰² HINSHAW, A., ALBERTS, J. K., *Doing The Right Thing: An Empiricalop.cit.*, p. 269.

¹¹⁰³ MOULY, B., *Truthfulness in Negotiationop.cit.*, p.10.

estimaciones de precio y las intenciones de las partes sobre los términos en los que pactarían son realmente hechos materiales.

Como mínimo, resulta fundamental tomar en consideración el impacto que la afirmación causa en la otra parte, ya que será necesario que el hecho material sea percibido como importante, significativo o esencial por el receptor de la información y los conceptos que barajan los Tribunales a este respecto puedan presentar cierta flexibilidad¹¹⁰⁴.

Para RUSELL¹¹⁰⁵ la regla 4.1 constituye un ejemplo de la interacción de la norma estatutaria y la *common law*. Los comentarios convierten el estándar de cumplimiento en menos categórico y más dependiente de la valoración de las circunstancias por quien deba utilizar o aplicar la normas, lo que claramente puede resultar un inconveniente para quien preferiría contar con líneas claras de actuación.

En este sentido, si bien el texto de la norma parece ofrecer una orientación acerca de cómo deben conducirse los abogados cuando proporcionan informaciones, al quedar establecida la obligación de veracidad al menos respecto cierto tipos de hechos, los materiales, la lectura de los comentarios

¹¹⁰⁴ SHELL, R., *When is it Legalop.cit.*, p.97. En sentido similar, HINSHAW, ART., *Teaching Negotiation Ethics, Journal of Legal Education*, Vol. 63, Number 1 (August 2013),pp. 82-97, *vid.*, p. 85. (Consultado 24/11/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=82&handle=hein.journals%2Fjled63&collection=journals>

Los autores dicen que se debe tener en cuenta el impacto que la afirmación causa en la otra parte, ya que el hecho material debe ser percibido como importante, significativo o esencial por el receptor de la información para motivarlo a actuar prestando su consentimiento para el contrato o acuerdo. LOWENTHAL, G.T., *The Bar's Failure to Require Truthful Bargaining...op.cit.*, p. 418. Una definición completa del enunciado de la definición de hecho material es la que contiene la Sentencia *Zimpel v. Trawick*, 679 F. Supp. 1502 (W.D. Ark. 1988) U.S. District Court for the Western District of Arkansas que dice: "The matter is material if (a) a reasonable man would attach importance to its existence or nonexistence in determining his choice of action in the transaction in question; or (b) the maker of the representation knows or has reason to know that its recipient regards or is likely to regard the matter as important in determining his choice of action, although a reasonable man would not so regard it". "Un hecho se reputará material si : a) una persona razonable concede importancia a su existencia o inexistencia para determinar el curso de acción a adoptar en el marco de una transacción, b) quien expone el hecho sabe o debería saber que el receptor de la información lo percibe o probablemente lo perciba como un elemento importante para determinar el curso de acción a seguir, aunque una persona razonable no actuará de ese modo". Traducción autora.

¹¹⁰⁵ RUSSELL, I., *The Evolving Regulation of the Legal Profession:....op.cit.*, *vid.*, en general. MOULY califica el contenido de la norma y los comentarios que la acompañan problemático o perturbador y considera que los ejemplos ofrecidos por la norma, las estimaciones de precio y las intenciones de las partes sobre los términos en los que pactarían son realmente hechos materiales.

basta para diluir la ilusión de que la norma ética pueda constituir una guía segura e infalible para los profesionales¹¹⁰⁶.

Para. LOWENTAL¹¹⁰⁷ resulta lamentable la ambigüedad del tenor de la norma, probablemente, no pretendida por sus redactores, pero que ha acabado creando una laguna legal que puede servir de cauce para justificar el comportamiento deshonesto de los abogados cuando negocian.

CRAVER¹¹⁰⁸ ilustra lo analizado con algunos ejemplos, indicando que iría contra la regla ética decir que el cliente tiene otra oferta si esa oferta no existe, ya que estaríamos ante una falsedad relativa a un hecho material, de igual forma constituiría infracción decir que se cuenta con una oferta por una cantidad distinta a la realmente propuesta, pero por el contrario, sería aceptable que el abogado, si realmente existe otra oferta, lo mencionara añadiendo que si desea cerrar el trato se debería proponer como mínimo cierta cantidad. Otra de las cuestiones controvertidas es la posibilidad de que los abogados no digan la verdad a la otra parte en cuanto a la autoridad que su cliente les ha conferido para negociar. Si bien, el autor apunta que mientras algunos abogados piensan que el límite de autoridad para pactar conferido por el cliente es hecho material, y por tanto, no debe haber engaño al respecto, otros abogados opinan que este límite es reflejo de las intenciones del cliente, por lo que quedaría excluido de la prohibición de la norma ética¹¹⁰⁹. A este respecto cabe tener en cuenta que la autoridad para pactar por una cantidad es considerada por la norma ética como hecho material, y por tanto, el abogado no debe mentir sobre ese extremo, si bien puede interpretarse que bastaría con eludir una afirmación o negación, y responder con vaguedades¹¹¹⁰.

b.- El término “a sabiendas”. Este término contenido en el precepto que tratamos también presenta dificultades en su apreciación e interpretación. Es necesario que el infractor esté en conocimiento de que lo afirma es falso, lo que puede plantear problemas de prueba. Este requisito, además, podría propiciar que el

¹¹⁰⁶ *Idem*.

¹¹⁰⁷ LOWENTAL, G.T., *The Bar's Failure to Require Truthful op.cit.*, p. 418.

¹¹⁰⁸ CRAVER, C.B. *The Inherent Tensionop.cit.*, p. 15.

¹¹⁰⁹ CRAVER, C.B., *Negotiation Ethics: How.....op.cit.*, p. 727.

¹¹¹⁰ HINSHAW, A. ALBERTS, J. K., *Doing The Right Thing: An Empiricalop.cit.*, pp. 268-269.

abogado, en su calidad de agente, pueda preferir desconocer ciertas informaciones como forma de evitar incurrir en una conducta objeto de infracción¹¹¹¹.

Respecto de estas situaciones, los Tribunales estadounidenses han puesto cerco a la laxitud del término “a sabiendas”, de modo que cuando se trata de una información accesible y que hubiera debido ser conocida porque así lo aconseja la diligencia debida, los Tribunales pueden interpretar esta ignorancia como temeridad y entender que existía conocimiento¹¹¹².

JARVIS Y TELLAM¹¹¹³ señalan tres matices al requisito “a sabiendas”. En primer lugar, si se trata del desconocimiento del abogado respecto de la ilicitud de una conducta, es obvio, que la ignorancia no le excusaría y resultaría responsable. En segundo lugar, si se ha omitido a propósito o de forma temeraria preguntar al cliente sobre su objetivo, el abogado tampoco quedaría relevado de su responsabilidad. En tercer lugar, puede que realmente el abogado actué de buena fe y sin frivolidad, pero piense que aunque la conducta es arriesgada está dentro de los márgenes de la ley, este caso resultaría más discutible, pero si puede inferirse de la normativa que la conducta es ilegal, el profesional podría incurrir en responsabilidad.

Como indica HUMBACH¹¹¹⁴ las mentiras, al menos algunas, parecen estar fuera de los límites de lo permitido, pero no resulta claro que sacar ventajas de los errores o malentendidos de otros para beneficiar al cliente sea condenable. Uno de los problemas que identifica el autor para poder establecer con claridad los límites a los que está sometido el abogado en cuanto a la veracidad de las informaciones que transmite representando a su cliente en las negociaciones es la falta de igualdad y/o uniformidad en los diferentes ámbitos de actuación profesional del abogado- el judicial y el extrajudicial- pudiendo incluso hablarse

¹¹¹¹ SHELL, R., *When is it Legal....op.cit.*, p.97

¹¹¹² *Idem.*

¹¹¹³ JARVIS, P.R., TELLAN, B.F., *A Negotiation Ethics Primer for Lawyers*, 31 *Gonz. L. Rev.*, 549, 1995-1996, pp. 559-564, *vid.*, p. 555. (Consultado 06/11/2013).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/gonlr31&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/gonlr>

¹¹¹⁴ HUMBACH, J.A., *Shifting Paradigms of Lawyer Honesty*, *Tennessee Law Review*, Vol. 76, 2009, pp. 993-1037, *vid.*, pp. 995-997, (Consultado 19/11/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=993&handle=hein.journals%2Ftenn76&collection=journals>

de una especie de jerarquía, ya que las obligaciones de veracidad no son las mismas ante un Tribunal¹¹¹⁵ o ante la *State Bar*, por ejemplo, en cuestiones relativas a la admisión a las *State Bar*¹¹¹⁶ que ante otros abogados o terceros¹¹¹⁷.

3.4.4.2 La omisión de información

La toma de decisiones en base a información errónea puede deberse tanto a conductas de acción como de omisión. La información incompleta puede producir resultados incluso más nocivos que los datos incorrectos al informar la toma de decisiones. Cuando las partes otorgan su consentimiento sin estar suficientemente informadas, es posible que la omisión de parte esencial de la información pueda dar lugar a un consentimiento que no se hubiera prestado de conocerse la información completa.

En las *Model Rules* el tema de la omisión de información resulta ser realmente confuso, ya que los comentarios a la *Model Rule 4.1* dicen en primer lugar: “el abogado tiene la obligación de ser veraz en sus tratos con terceros representado al cliente, pero no tiene generalmente un deber de informar a la otra parte de hechos relevantes”, para solo unas líneas más abajo añadir “el engaño puede también producirse con el uso de medias verdades u omisiones que serían equivalentes a afirmaciones falsas¹¹¹⁸.”

La inclusión de “generalmente” sugiere que el deber de revelación de la información no existe como regla genérica, más bien, el deber consiste en ser veraz, pero posteriormente, el comentario manifiesta que el engaño también puede tener lugar en forma de ciertas omisiones. La redacción deja la puerta abierta a la interpretación de en qué circunstancias las omisiones deben considerarse equivalentes a manifestaciones falsas, por lo que el tenor de la norma, al menos, no descarta que dicho tipo de afirmaciones puedan dar lugar a responsabilidad disciplinaria.

¹¹¹⁵ *Model Rule 3.3*.

¹¹¹⁶ *Model Rule 8.1*.

¹¹¹⁷ *Infra*.

¹¹¹⁸ *Comment on Rule 4.1 Misrepresentation (1)*.

McDERMORT¹¹¹⁹ observa que las *Model Rules* rechazan imponer al abogado el deber de la revelación de hechos materiales, ya sean adversos o no al cliente, y se limitan a dejar la posibilidad abierta. Los abogados, según el autor tienen dos opciones: no negociar o al menos esperarse para empezar a hacerlo a que el proceso de conocimiento de las pruebas termine para poder así evitar un acuerdo injusto provocado por la ocultación de información, lo que tiene el inconveniente del coste, la otra opción sería ocultar los hechos materiales con las consecuencias que esto puede comportar.

Los trabajos preparatorios de las *Model Rules* en 1980, recogían explícitamente la obligación del abogado de corregir el error producido por sus palabras en perjuicio de la otra parte, aunque con ello dejara de obtener la ventaja que se hubiera obtenido manteniendo la confusión. La obligación que se pretendida imponer al abogado no prosperó en la redacción definitiva, y por el contrario, en vez de requerir a los abogados llevar a cabo la corrección, ni siquiera quedó la decisión a la discreción del abogado, ya que la norma terminó por requerir al abogado guardar silencio, a menos que medie consentimiento del cliente ¹¹²⁰.

En 2003 la ABA debido a la implicación de abogados en escándalos de transcendencia social, tuvo que reconsiderar recomendaciones que había rechazado en la última reforma de la norma ética, y decidió ampliar las posibilidades de que los miembros de la profesión pudieran revelar informaciones concernientes a sus clientes para proteger a no clientes de crímenes y/o fraudes. De esta forma, la lealtad debida al cliente por el abogado se veía limitada vía una reducción del deber de confidencialidad a las informaciones. Podemos así decir que las normas actuales, permiten la revelación de información para impedir que el cliente cometa un fraude, aunque no obligan a ello. No obstante, la aportación no fue tan relevante ya que las versiones existentes en esos momentos en muchos estados ya reconocían al abogado esta posibilidad. El contenido de la norma, en este sentido, deja

¹¹¹⁹ McDERMOTT, P., *Lying by Omission? A Suggestion for the Model Rules*, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 22, 2009, pp. 1015-1028, *vid.*, p.1019. (Consultado 27/11/2014).

<http://www.heinonline.org/sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/geojlege22&id=1021&print=section§ion=43&ext=.pdf>

¹¹²⁰ LOWENTHAL, G.T., *The Bar's Failure to Require Truthful Bargaining....op.cit.*, p. 430.

libertad al abogado para elegir el curso de acción, lo que fomenta la actuación del profesional presidido por sus propios principios éticos y valores morales. Con la nueva redacción, se pasó de un enfoque totalmente centrado en la defensa de los intereses del cliente a un enfoque deliberativo que confiere mayor discreción al abogado¹¹²¹.

Volvemos así, a encontrarnos con el problema de las normas éticas que compiten entre sí. La *Model Rule* 4.1 dice que el abogado debe revelar ciertas informaciones, pero la *Model Rule* 1.6 para revelar la información confidencial requiere, bien el consentimiento del cliente o la concurrencia de determinadas circunstancias.

De forma general, los abogados no tienen el deber de revelar información a la otra parte, pero las normas éticas establecen límites, ya que la obligación existirá desde el momento en que la omisión asista al cliente en la comisión de un delito o fraude. En estos casos, el abogado con su silencio podría incurrir en una conducta contraria a la norma ética¹¹²².

Para determinar las obligaciones del abogado de informar a la otra parte de hechos relevantes debe tomarse en cuenta la obligación de actuación profesional diligente del abogado de cada parte, ya que cada representación debe llevar a cabo la investigación pertinente para el conocimiento de los hechos que le afectan. En los procesos de negociación cabe esperar que cada una de las partes revelará la información de forma selectiva y los profesionales deben saber cómo evitar que las informaciones parciales o incompletas informen mal sus decisiones. En estos procesos es frecuente que información desconocida y fundamental para una parte puede estar en conocimiento de la otra parte, por lo que será obligación del abogado realizar a la parte contraria las preguntas pertinentes y formularlas, de forma que las respuestas parciales, tendenciosas o engañosas den lugar a investigación más profunda o puedan ser tenidas en cuenta posteriormente ante un Tribunal para revocar acuerdo. Por el contrario, deberá responderse a las preguntas con cautela pudiendo emplearse tácticas evasivas para no revelar la información, pero con cuidado de no

¹¹²¹ GAETKE, E.R., *Expecting Too Much and Too Little ...op.cit.*, pp. 726-727.

¹¹²² HINSHAW, A. ALBERTS, J. K., *Doing the Right Thing: An Empirical ...op.cit.*, p. 104.

proporcionar respuestas falsas. Cuando el desconocimiento de la información se puede atribuir de forma clara y evidente a la falta de diligencia del abogado de la otra parte, la mayoría de los profesionales dicen no considerarse obligados a revelar la información. El convencimiento es aún mayor respecto de la inexistencia de la obligación de facilitar a la otra parte información relativa a doctrina legal o jurisprudencia, ya que cada abogado debe llevar a cabo su propia preparación del caso¹¹²³.

Observamos que la *Model Rule* 1.6 protege la confidencialidad de las informaciones relativas a la representación de un cliente, pero contempla excepciones a este deber del abogado para evitar males mayores, tales como muerte, lesiones o importantes pérdidas financieras. Resulta remarcable el uso del verbo modal “may”- que implica más opción o posibilidad- para establecer las excepciones-, frente al uso de “shall”- con un matiz de obligación más contundente- para establecer el deber de confidencialidad.

La normativa estadounidense admite en ocasiones la omisión de informaciones, pero resulta complejo el establecimiento de un conjunto de principios para la comprensión de la obligación de revelación de informaciones o mejor dicho para la comprensión de sus excepciones. En este sentido, la interpretación de los Tribunales se revela pieza clave¹¹²⁴, ya que éstos toman en consideración numerosos elementos y circunstancias para estimar si se ha omitido la información de forma fraudulenta o no¹¹²⁵.

En EEUU, una de las sentencias emblemáticas¹¹²⁶ en referencia a la conducta ética de los abogados en un contexto de negociación, resolvía un caso en el que el demandado ocultó deliberadamente las lesiones que los peritos del

¹¹²³ CRAVER, C.B. *Negotiation Ethics: How....op.cit.*, Vid., en general.

¹¹²⁴ *Zimpel v. Trawick*. Los demandantes alegaron haber cedido derechos sobre explotaciones mineras ostensiblemente por debajo del precio de mercado debido a error de apreciación producido por la conducta fraudulenta de los compradores y demandados, quienes además aprovecharon la necesidad del dinero que reportaba la venta por parte del demandante para cubrir gastos médicos. En este caso el Tribunal apreció como engañosa y fraudulenta la conducta de los demandados para inducir al demandante a llevar a cabo la cesión objeto del acuerdo. El Tribunal tuvo en cuenta las circunstancias personales del demandante, en especial su escaso nivel de educación y su precaria situación de salud. También el Tribunal *Spaulding V. Zimmerman* se pronunció en sentido condenatorio respecto a la omisión de una información. En sentido contrario, la Corte Suprema revocó la sentencia del Tribunal inferior en *Laidlaw v. Organ*, apreciando que la omisión de información no constituía fraude.

¹¹²⁵ RUBIN, M.H., *The Ethics of Negotiationsop.cit.*, p. 465.

¹¹²⁶ *Spaulding v. Zimmerman*.

demandante habían pasado por alto, pero los peritos de la parte demandada habían conseguido detectar. Unos meses después de recaer sentencia, el demandante descubrió la lesión que claramente era consecuencia del accidente que había dado lugar a la reclamación, por lo que acudió al Juzgado para reclamar más daños y perjuicios. La Corte de Minnesota reabrió el caso en base a que era un acuerdo supervisado por el Tribunal, debido a la minoría de edad del demandante y a que la ocultación de información era respecto de un Tribunal, pero sin basarse en el hecho de que la información se hubiera ocultado en el proceso de negociación. La sentencia afirma además que durante el proceso negociador las partes están en una relación adversarial y ninguna norma requiere la revelación de información a la otra parte. La resolución judicial resulta esclarecedora y trascendental al quedar establecido que el argumento para la revocación del acuerdo y permitir reclamar más daños y perjuicios es el de la admisión de un error, pero no la mala fe o falsedad de la otra parte.

De lo anterior, puede extraerse la conclusión de que si el acuerdo no hubiera afectado a un menor y por tanto no hubiera precisado de homologación judicial, muy probablemente, a pesar de la ocultación de información trascendental a la otra parte no hubiera sido revocado, de lo que se desprende que la protección de un acuerdo es mayor si debe ser aprobado por el Tribunal que cuando las partes pactan sin necesidad de esta supervisión. Tal y como se planteó la resolución judicial parece que de no haber intervenido el Tribunal para homologar la sentencia la reapertura del caso hubiera tenido dificultades para prosperar.

McDERMOTT se muestra crítico con la sentencia al estimar que la ocultación de hechos materiales en una negociación resulta contraria al deber de equidad y justicia con el que está comprometido el abogado, y muy particularmente, cuando la ocultación pudiera quedar descubierta si luego interviene un Tribunal¹¹²⁷.

Un Tribunal estadounidense en uno de los casos más evocados por la doctrina especializada en el tema que tratamos, estimó la responsabilidad de un abogado en un caso de reclamación de indemnización por lesiones por ocultar

¹¹²⁷ McDERMOTT, P., *Lying by Omission? A Suggestion**op.cit.*, p. 1019.

deliberadamente tanto al Tribunal como a la otra parte, el fallecimiento del cliente acontecido por causas ajenas al procedimiento judicial, si bien una vez más, la condena no se fundamentó en la norma ética, sino en la Ley de Procedimiento Civil¹¹²⁸.

Un tema relevante es el de la obligación del abogado de corregir los errores o interpretaciones incorrectas de la otra parte. Por lo general, puede decirse que el abogado no es responsable de las interpretaciones erróneas de la otra parte, pero según puede inferirse de la norma ética debería corregirlas si es consciente que la otra parte toma la decisión de pactar en base a dichas interpretaciones incorrectas, de forma que de no haber tenido lugar la interpretación distorsionada, el acuerdo nunca no hubiera sido concluido en dichos términos¹¹²⁹.

La importancia de la *Model Rule* 4.1 a este respecto, es indiscutible y la identificación de las causas que pueden provocar su infracción ha sido incluso objeto de alguna investigación empírica. HINSHAW Y ALBERT¹¹³⁰ llevaron a cabo una investigación para testar el nivel de conocimiento sobre la correcta aplicación de la norma por parte de abogados, concluyendo que solo el 50% de los entrevistados la aplicarían correctamente. Las causas de la no aplicación en una mayoría de los abogados entrevistados fue la incapacidad para calificar

¹¹²⁸ VINZI, V., *Grand Trunk Warehouse and Cold Storage*.

¹¹²⁹ HINSHAW, A. ALBERTS, J. K., *A material misunderstanding.....op.cit.*, p. 274. *Model Rule 4.1 Comment* (1) que concuerda con los *Restatement (Second) Torts*, §551(2) (e) comment I 1977 y *Restatement (Second) Contracts*, §161(b) 1981).

¹¹³⁰ HINSHAW, A., ALBERTS, J.K., *Doing the Right Thing: An Empirical... op.cit., vid.*, en general. La investigación fue llevada a cabo entre 528 abogados de Arizona y 206 de Missouri. A los entrevistados se les presentó la situación siguiente: un hombre es contagiado por un virus de transmisión sexual, la que fue su novia reconoce que ella padecía la enfermedad durante el periodo de tiempo que mantenían una relación, el hombre infectado decide demandarla por no haberle informado. En una segunda prueba, el demandante, se entera de que no tiene la enfermedad, pero como está enfadado por la temeridad con la que actuó le sigue reclamando y pide al abogado que no diga nada acerca del segundo test, haciendo creer a la demandada que sí que ha contraído la enfermedad. De acuerdo a la normas de derecho aplicables, el abogado oculta este hecho a la otra parte infringe la norma, ya que debe corregir el error en el que se encuentra la demandada- *vid.*, p. 155-. En la investigación se añadió un segundo escenario, consistente en el supuesto de que el abogado revelaría la verdad solo si era preguntado al respecto. Únicamente el 50% optaría por seguir el curso de acción correcto rechazando la propuesta del cliente en ambos casos, el 30% accedería a la petición del cliente de ocultar la información en una de las situaciones o en ambas y el 20% restante no sabía si estaría dispuesto a acceder a las peticiones del cliente en un caso o en ambos.

como hecho material el supuesto que se les presentó¹¹³¹, también se pudo concluir que existe una mayor disposición a mentir por omisión que por acción. Las razones alegadas para justificar el incumplimiento de la norma son la confidencialidad y el celo profesional. Como hemos mencionado, el estudio demostró que existe entre el colectivo profesional una considerable confusión acerca de la calificación de los hechos como materiales o no materiales, lo que puede contribuir a que abogados que en modo alguno se proponen infringir la norma ética acaben haciéndolo.

La norma ética también advierte a los abogados de su deber de impedir conductas criminales o fraudulentas por parte de sus clientes. A este respecto, si bien la mayoría de los entrevistados fueron capaces de identificar correctamente que estaban ante este tipo de conducta, un porcentaje significativo no lo hizo¹¹³². Los abogados que manifestaron haber ocultado la información a petición del cliente alegaron primordialmente el privilegio que protege la información entre abogado y cliente y el deber de confidencialidad para justiciar su conducta, aludiendo también, pero en menor escala, la inexistencia del deber de informar a la otra parte de hechos relevantes poniendo como excusa el perjuicio que podía representar revelar la información para el caso de su cliente. En cuanto a las razones que dieron los abogados que no accederían a la petición del cliente, la primera es la integridad personal seguida de la prohibición de las normas. Las conclusiones extraídas en la investigación refieren la competencia de las normas éticas que integran el código entre sí como elemento que obstaculiza la correcta interpretación por parte de los profesionales.

¹¹³¹ El 84% de los entrevistados supieron calificar los resultados del segundo test como hecho material, únicamente un 16% no fueron capaces de establecer correctamente la calificación. Respecto a la pregunta sobre la calificación del hecho de que la demandada quisiera resolver la disputa mediante una solución negociada, el 67% la calificó el hecho como material y el 33% como no material, por lo que en este caso la minoría tenía razón, al no tratarse de un hecho material.

¹¹³² El 61% de los entrevistados calificaron la ocultación del segundo test como una conducta engañosa prohibida por la norma ética, el 26% no apreciaba la conducta como engañosa y por lo tanto como infracción y el 13% no estaba seguro al respecto.

Por su parte, HUMBACH¹¹³³, reconoce que en un sistema adversarial como el estadounidense, donde el abogado cuida por encima de todo y con el máximo celo profesional de los intereses de su cliente, ser abogado y actuar de una forma verdaderamente honesta puede resultar muy complicado, pero aun así no existe una razón intrínseca por la que los abogados deban aprovecharse de los errores de la otra parte y convertirlos en oportunidades estratégicas. Lo cierto es que aun cuando la norma no obligue, nunca está cerrada la posibilidad de que un Tribunal acabe por exigir el grado de honestidad que estime adecuada en un caso determinado.

En conclusión, la doctrina señala la falta de un consenso real sobre los estándares de honestidad y transparencia que deberían presidir la intervención de los abogados en los procesos de negociación. Debemos, además, tener presente que la generación de pautas de actuación uniformes vienen a ser dificultadas por otros elementos que intervienen en la conducta del profesional, de hecho, el concepto de lo que es justo no es uniforme para todos los abogados estadounidenses, ya que al lado de los estándares culturales generales, intervienen factores que los matizan, y las variaciones derivadas de la subcultura- estándares culturales regionales, locales, sectoriales, de la firma en la que el abogado se desempeña profesionalmente- pueden desempeñar un papel importante¹¹³⁴.

3.4.4.3 Revisión de las posturas doctrinales

El análisis de la doctrina nos muestra diferentes posturas respecto a la obligación de veracidad de las informaciones por parte de los abogados en los procesos de negociación. A continuación, revisamos someramente algunas de las posiciones más significativas:

- a. Posturas en favor de un alto estándar ético.

¹¹³³ HUMBACH, *Shifting paradigms**op.cit.*, p. 1014-1018 Cita *Virzi v. Grand Trunk Warehouse Cold Storage CO.*, 571 F. Supp. 507 (E.D. Mich. 1983). En esta sentencia se reconoce que el deber de revelar una información como la muerte del cliente se debe por parte del abogado tanto al Tribunal como a la parte contraria.

¹¹³⁴ HAZARD, *Obligation to be trustworthy*.....*op.cit.*, p. 193.

De una parte, están aquellos, que defienden un alto estándar ético y que estiman que los engaños, mentiras a medias, distorsión de la información y la omisión de hechos relevantes a la otra parte no debería ser comportamientos tolerados por la norma ética y el abogado debería responder disciplinariamente por este tipo de faltas¹¹³⁵. En esta tendencia podemos situar el argumento sostenido por diferentes autores que mantienen que no es suficiente que la conducta del abogado sea simplemente respetuosa con la legalidad, sino que el estándar ético y deontológico puede y debe ser más alto, desterrando comportamientos que sin estar legalmente prohibidos puedan resultar indeseables¹¹³⁶. HINSHAW¹¹³⁷ se posiciona con recomendaciones enmarcadas en esta tendencia, al decir que las reglas son de mínimos y no de máximos, que las excepciones no lo incluyen todo y que no siempre el abogado debe tomar ventajas sobre la parte contraria si se presenta la oportunidad. El autor admite que algunas mentiras están permitidas por las reglas, pero aun así, pueden dañar la credibilidad, reputación de quienes negocian, y por lo tanto, el desarrollo de futuras negociaciones. HUMBACH¹¹³⁸ se muestra crítico con las *Model Rules* afirmando que no son las normas de conducta ética que uno esperaría observen abogados verdaderamente honestos. De hecho, en opinión del autor, un abogado verdaderamente honesto que no priorice la victoria a la justicia, difícilmente sobrevivirá en el régimen profesional que crean las *Model Rules*, en tono de fuerte crítica, señala que a los mismos que les cuesta tanto redactar normas que obliguen a comportamiento honesto con terceros, les cuesta mucho menos exigir esa honestidad en

¹¹³⁵ HUMBACH, J.A., *Shifting Paradigms.....op.cit., vid.,* en general.

¹¹³⁶ RUBIN, A.B., *A Causeur of Lawyers' Ethics in Negotiation*, 35 LA. L. Rev. (1975) pp.576-593, *vid.,* p. 592. (Consultado 19/11/2014).

<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss3/2> El autor tomaba esta postura en 1975, antes de la elaboración de las *Model Rules* cuando la normativa deontológica se recogía en *The Code of Professional Responsibility*. En el mismo sentido se pronuncia TANFORD J. ALEXANDRE, *The Ethics of Evidence*, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 25, 2002, pp. 487-555, *vid.,* p. 490.

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=487&handle=hein.journals%2Famjtrd25&collection=journals>

(Consultado 21/01/2015).

¹¹³⁷ HINSHAW, A., *Teaching Negotiation Ethics*, *Journal of Legal Education*, Vol. 63, Number 1 (August 2013), pp. 82-97, p.88. (Consultado 24/11/014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=82&handle=hein.journals%2Fjled63&collection=journals>

¹¹³⁸ HUMBACH, *Shifting paradigmsop.cit.,* p.997-1000.

temas como la publicidad de los servicios legales o en relación a la admisión a las corporaciones profesionales.

McDERMOTT¹¹³⁹ se pronuncia diciendo que la actual redacción de las normas propicia la distorsión y al engaño, de forma que pueden contribuir a perpetuar injusticias potenciales. ALFINI¹¹⁴⁰, advierte de que si opera la extensión de *Model Rule* 4.1 en la intervención de abogados de mecanismos alternativos a la resolución de conflictos, la puerta para mentiras y conductas engañosas en el marco de dichos mecanismos puede estar abierta para estos profesionales.

GAETKE¹¹⁴¹ piensa que la indeterminación de la norma no justificaría *per se* la actuación del abogado en la defensa a ultranza de los derechos del cliente aun en detrimento de los derechos de otros o de la sociedad en su conjunto, ya que si la indeterminación de la norma crea la oportunidad no crea la motivación que dependerá de los valores éticos que el profesional decida seguir para controlar el resultado de sus actuaciones.

RUBIN, M., afirma que la veracidad y la negociación justa no son requeridas en las *Model Rules* y que los comentarios oficiales a las mismas se posicionan permitiendo específicamente el engaño, admitiendo por ejemplo, que el negociador pueda no ser veraz acerca valor del objeto de la negociación y sobre otros asuntos, con la única limitación de que las manifestaciones vertidas o la omisiones de información no constituyan fraude¹¹⁴².

b. Posturas eclécticas.

¹¹³⁹ McDERMOTT, P., *Lying by Omission? A Suggestion.....op.cit.*, p.1018.

¹¹⁴⁰ ALFINI, J.J., *Settlement Ethics and Lawyering in ADR.....op.cit.*, pp. 269-270.

El autor apunta que parece que la *Model Rule* 3.3, únicamente es aplicable respecto de las actuaciones ante un Tribunal.

¹¹⁴¹ GAETKE, E.R., *Expecting too much and Too Littleop.cit.*, p.717.

¹¹⁴² RUBIN, M.H., *The Ethics of Negotiationop.cit.*, p. 453.

Algunos autores se refieren a conductas que aunque “carentes de la transparencia deseable”, podrían estar justificadas a nivel deontológico¹¹⁴³. En esta tendencia podemos incluir a WETLAUFER¹¹⁴⁴ que admite que la mentira y el engaño puede resultar efectivos en un proceso de negociación, pero dado que responden a la única pretensión de favorecer con su utilización los propios intereses no deberían estar justificados. El autor corrige a quienes dicen que el engaño es necesario para que la negociación de lugar al acuerdo, y más bien, piensa que el acuerdo que se alcanza en base a mentiras puede no ser el que las partes deseaban. No obstante, el hecho de que no se consideren permisibles las mentiras no implica que deban necesariamente revelarse todo tipo de informaciones, puesto que se puede contestar con otra pregunta o posponer la respuesta, para el autor existen formas de no revelar información sin recurrir a la mentira.

Puede aducirse que en el imaginario colectivo la idea que quien negocia sabe toma parte en un proceso con unas reglas de juego permisivas con las conductas que referimos cuenta con cierto crédito. A este respecto, WETLAUFER espeta que las “reglas del juego” aducidas por algunos no pueden ser consultadas ni están formalmente establecidas, en realidad, nadie saben exactamente que son¹¹⁴⁵.

LOWENTHAL¹¹⁴⁶ apuntala este argumento señalando que por mucho que se presuma que una cierta dosis de engaño es consustancial al proceso negociador, en ocasiones, las tácticas engañosas sirven a la finalidad de una de las partes de conseguir un acuerdo que le es favorable, pero que resulta claramente injusto para la otra parte.

Lo cierto, es que, en ocasiones, la norma ética parece basarse en la antigua doctrina de los usos comerciales, según la cual no se justifica que el

¹¹⁴³ Situáramos en esta postura a Hinshaw y Albert que si bien son críticos con la redacción de la *Model Rule 4.1*, también rompen alguna lanza en favor de la misma, por ejemplo al decir el hecho material es más fácil de identificar en el ámbito de las demanda judiciales donde los hechos quedan fijados por las partes que en una negociación, proceso en el que se ensancha enormemente el ámbito de los hechos que pueden considerarse contactados con la negociación, lo que dificulta la interpretación.

¹¹⁴⁴ WETLAUFER, G.B., *The Ethics of Lying in Negotiations ...op.cit.*, p. 1247.

¹¹⁴⁵ *Ibidem.*, p.1248.

¹¹⁴⁶ LOWENTHAL, G.T., *The Bar's Failure to Require....op.cit.*, p. 439.

comprador confíe en el vendedor para conocer las ventajas y desventajas del producto. De ahí, que el comprador no pueda invocar la creencia a ciegas en el discurso del vendedor para solicitar la rescisión de un contrato que ha resultado en un mal negocio, ya que aquel se le supone la investigación propia sobre las afirmaciones del vendedor¹¹⁴⁷.

En respuesta a quienes alegan el carácter voluntario de los procesos de negociación para pretexto o justificación de las conductas descritas, LUBAN¹¹⁴⁸ responde que podría interpretarse que los negociadores aceptan participar en un proceso que es una especie de competición de habilidades y en el que las tácticas de dudosa ética pueden ser previsibles, pero la realidad es que puede que la voluntariedad presumida no sea tal y, en realidad, haya quienes se vean obligados a recurrir a la negociación por no poder soportar los costos económicos o la dilación del litigio.

HURDER¹¹⁴⁹ dice que se puede admitir una dosis de intimidación y manipulación dentro de los términos de lo lícito en el proceso negociador, pero aun que tales conductas no lleguen a ser equivalentes de coacción y engaño carentes de toda ética, esas conductas no deberían ser abrazadas por la profesión como una manifestación de lealtad ni de celo profesional. El autor aduce que la teoría de la negociación proporciona modelos o enfoques que permiten negociar con éxito sin recurrir a la intimidación y manipulación.

CRAVER¹¹⁵⁰ considera que todas las conductas engañosas tienden a desplazar la obtención de mejores resultados a la parte que tolera mejor el riesgo, por ello resulta difícil evitar que conductas que no se consideran contrarias a la norma puedan provocar que los negociadores con más aversión al riesgo acepten términos menos beneficiosos que los que realmente aceptarían si no presentaran dicha aversión.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 420. Principio *Cavea Emptor* por el cual el comprador de una cosa debe tomar precauciones para intentar adquirirla en buenas condiciones.

¹¹⁴⁸ LUBAN, D., *Bargaining and Compromise: Recent Workop.cit.*, p. 406. El autor se refiere a esta concepción del proceso negociador como "*The Waiver Theory*", de forma que aceptar intervenir en este tipo de proceso implica la renuncia de las partes a derecho moral a la franqueza.

¹¹⁴⁹ HURDER, A.J., *The Lawyer's Dilemmaop.cit.*, p. 292.

¹¹⁵⁰ CRAVER, C.B., *Negotiation Ethics: Howop.cit.*, p. 717.

c. Posturas permisivas.

En una línea que admite con pocas reservas las conductas engañosas en la negociación se sitúa WHITE¹¹⁵¹ que considera aceptables conductas como que el abogado no exprese su verdadera opinión a la parte adversa sobre las normas y/o precedentes legales aplicables al caso o presente como importantes concesiones que en realidad no lo son. Sin mostrarse abiertamente partidario de conductas deshonestas, CONDLIN recuerda que en ciertas conductas pueden formar parte de lo que puede entenderse como *zealous representación*, ya que las *Model Rules* solicitan al abogado una representación competente, exigen los conocimientos y habilidades legales necesarios para la defensa del cliente, así como, la dedicación y preparación del caso y todo lo que ello significa¹¹⁵². LOWENTHAL, no se alinea con posturas como la de White, pero tras un análisis de la norma ética al respecto de la veracidad en las negociaciones, dice que los redactores de las *Model Rules*, si bien lo hacen de forma ambigua, parecen haber abrazado el *New York Hardball*.

FREEDMAN Y SMITH¹¹⁵³, de alguna forma confirman lo dicho por Condlin y Lowenthal, ya que los autores no parecen encontrar demasiadas dificultades en servirse de las propias normas éticas para justificar conductas que imaginamos a muchos de los autores citados les parecerían más que dudosas.

Respecto de la necesidad de la norma ética para evitar conductas indeseables en los procesos de negociación legal, el ya citado WHITE¹¹⁵⁴, propugna que es más adecuado no contar con normas prohibitivas cuando es previsible que sean infringidas de forma reiterada. El autor argumenta que cuando se incluyen normas así en un texto legal, el incumplimiento reiterado puede acabar contaminado la observancia de todo el texto legal. A sensu

¹¹⁵¹ WHITE, J.J., *Machiavelli and the Bar: Ethical.....op.cit.*, p.932.

¹¹⁵² LOWENTHAL, G.T., *The Bar's Failure to Require....op.cit.*, p. 445. CONDLIN, R.J., *Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence.....op.cit.*, p. 71.

¹¹⁵³ FREEDMAN, M.H., SMITH, A., *Understanding Lawyer's Ethics*, Fourth Edition, Lex Nexis, 2010, *vid.*, en general.

¹¹⁵⁴ WHITE, J.J., *Machiavelli and the Bar: Ethical.....op.cit.*, *vid.*, en general.

contrario, LOWENTHAL¹¹⁵⁵ argumenta que ese razonamiento puede resultar peligroso y acude al ejemplo de la norma que prohíbe conducir bebido, ya que si bien es cierto que la norma es infringida por muchos conductores, eso no constituye una razón para eliminarla, ya que de esa forma no se resolvería el problema, en estos casos parece más lógico intentar tomar medidas para reforzar el cumplimiento de la norma.

Para concluir, estimamos importante señalar en referencia a los procesos de negociación legal se han alzado argumentos previniendo de los inconvenientes de una sobrerregulación de dichos procesos. En este sentido, en el colectivo profesional existe rechazo a la idea de que a los abogados se les imponga más deberes de orden ético en un proceso que es privado y voluntario, ya que ello podría llevar a que los clientes prefirieran prescindir de los abogados en las negociaciones¹¹⁵⁶.

3.4.4.4 El caso español

Si acudimos al marco regulatorio deontológico español observamos que el deber de veracidad del abogado se encuentra reiteradamente recogido en los textos normativos que afectan a la materia, pero no encontramos una definición, concepto o aclaración sobre de lo que debemos entender por veracidad.

El CDAE, en su preámbulo declara principios fundamentales de la profesión de abogado: la independencia, la dignidad, la integridad, el secreto profesional y la libertad de defensa¹¹⁵⁷. La norma menciona la honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad como virtudes que deben presidir cualquier actuación del abogado. En el articulado, el código recoge que la relación entre

¹¹⁵⁵ LOWENTHAL, G.T., *The Bar's Failure to Require....op.cit.*, p. 442-443.

¹¹⁵⁶ RUBIN, M.H., *The Ethics of Negotiation....op.cit.*, pp.468-470. El autor expone las razones esgrimidas en el colectivo profesional contra una mayor regulación de las negociaciones legales.

¹¹⁵⁷ Preámbulo CDAE. "La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del Abogado. Estas virtudes son la causa de las necesarias relaciones de confianza entre abogado y cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión. El Abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión. Y si cualquier Abogado así no lo hiciera, su actuación individual afecta al honor y dignidad de toda la profesión".

el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente¹¹⁵⁸.

En su preámbulo el CDAE predica que el abogado debe actuar siempre de forma honesta y diligente, con competencia y lealtad al cliente, así como, con respeto a la parte contraria. El código exige al abogado para con los órganos jurisdiccionales actuar con buena fe, lealtad y respeto¹¹⁵⁹, con respecto a los compañeros, la norma exige a los colegiados recíproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo¹¹⁶⁰, con respecto a la parte contraria se le impone la obligación de no comunicación si esta estuviera representada o asistida por abogado, y en el caso de que no fuera así, el código impone la obligación de evitar cualquier clase de abuso¹¹⁶¹.

Coincidimos con GRANDE YAÑEZ¹¹⁶², en apreciar que si bien el CDAE, se refiere aisladamente al deber de veracidad del abogado, no concediendo la relevancia suficiente-dos referencias aisladas en preámbulo y en el art. 4.1, máxime, teniendo en cuenta la íntima relación de la veracidad con la honradez, en la que el código pone más énfasis, lo que podría ocasionar problemas de interpretación. El autor propone el tratamiento de veracidad y honradez como un principio conjunto, ya que el abogado honrado precisa ser veraz en sus manifestaciones y actuaciones. El autor apunta, además, que el abogado debe decir la verdad tanto respecto al derecho como a los hechos.

En cuanto al EGAE, no existe en un precepto que imponga el deber de veracidad al abogado de forma específica. La obligación que más pudiera asimilarse, es

¹¹⁵⁸ Art. 4 CDAE.

¹¹⁵⁹ Art. 11 CDAE.

¹¹⁶⁰ Art. 12 CDAE.

¹¹⁶¹ Art. 14 CDAE.

¹¹⁶² GRANDE YAÑEZ, M., *Ética de las Profesiones....op.cit.*, p. 165-168. La primera se refiere a la obligación del abogado de invocar legislación que sea existente, vigente, así como, el contenido debe ser cierto. El autor mantiene que la jurisprudencia que el abogado invoque para resolver el caso, debe ser existente y no estar tergiversada. El abogado solo podrá servirse de doctrina jurisprudencial que se haya utilizado para resolver un caso análogo. En cuanto a la veracidad de los hechos, evoca la diferencia entre verdad material y verdad procesal, y señala lo complejo de pronunciarse de forma unívoca a cuál de ellas se debe el abogado, estima que lo más adecuado es recurrir a la casuística ya que el correcto proceder puede variar según las circunstancias del caso. Se supone que la verdad formal debería probar la verdad material, lo que puede no ser siempre así. A este respecto, como ya hemos señalado a lo largo de nuestra investigación, las partes son más libres sobre el modo de establecer la verdad, lo que resta limitaciones a la negociación.

la contenida en el artículo 43 del EGAE, que exige al abogado un trato considerado con la parte contraria, así como a la abstención u omisión de cualquier acto que determine una lesión injusta para la misma. Entendemos que pese a la redacción sumamente genérica, el artículo podría servir para dar cauce a una reclamación por infracción de la norma deontológica basada en una conducta engañosa o fraudulenta del abogado, si bien siempre existiría el problema de prueba. No obstante, el único resorte que tendría la parte contraria está en vías de extinción, ya que el nuevo Estatuto, no reproduce ni recoge un precepto similar citado¹¹⁶³.

La regulación del deber de veracidad en la defensa de un caso ante un juzgado o Tribunal resulta, sin lugar a dudas, necesaria tanto para el correcto funcionamiento de la Administración de justicia como para el conocimiento por el mismo abogado de los límites que debe observar¹¹⁶⁴. Nosotros estimamos necesaria la extensión de una buena parte de las obligaciones impuestas al abogado en el ámbito judicial al extrajudicial, ya que quienes participan en procesos de negociación legal deberían contar con mayor protección frente a las conductas presuntamente incorrectas del abogado. En el marco de un procedimiento judicial resulta poco probable que un abogado incurra en conductas incorrectas o indeseables, ya que está rodeado de “muchos profesionales” además del abogado de la otra parte. Las extralimitaciones ante un Tribunal, además de ser observadas por el abogado contrario, puede serlo también por Jueces, fiscales, secretarios judiciales y otros funcionarios y por lo tanto, pueden ser más fácilmente objeto de reproche pudiendo acarrear consecuencias negativas para el profesional¹¹⁶⁵.

A modo ilustrativo, estimamos más probable que un abogado decidiría incurrir en una conducta que ofrezca dudas en cuanto a su corrección como la de alegar una legislación inexistente, o realizara una interpretación descabellada de una

¹¹⁶³ Supra.

¹¹⁶⁴ Art. 11 CDAE dice que el abogado está obligado para con los órganos jurisdiccionales a actuar con buena fe, lealtad y respecto sin mencionar la veracidad de forma específica, vocablo que si recoge el art. 36 EGAE regulando las obligaciones del abogado ante los Tribunales, por el contrario, el nuevo EGAE en su art. 56, utiliza las expresiones buena fe, prudencia y lealtad, omitiendo la mención concreta a la veracidad.

¹¹⁶⁵ En estos casos, además de una sanción deontológica por parte del colegio profesional, se aplicaría la policía de estrados, dependiendo cual fuera la conducta en profesional podría incurrirán responsabilidad penal y/o civil.

normativa para amedrentar a la parte contraria en un proceso de negociación que ante un Tribunal. Tema distinto sería el de omitir ante un Tribunal que se conoce la existencia de legislación que resulta desfavorable y que la otra parte no alega. Aun así, dependiendo de las circunstancias podría ocurrir que el Tribunal tuviera en cuenta esa legislación o jurisprudencia, especialmente, si se trata de normas de derecho imperativo o resoluciones de Tribunales de alto rango jerárquico¹¹⁶⁶.

Es cierto, que tampoco las garantías de que el proceso judicial esté presidido por la verdad sean absolutas y es que el propio funcionamiento del proceso judicial, en ocasiones, contribuyan al desfase ya mencionado en el texto de esta tesis entre la verdad material y la verdad procesal¹¹⁶⁷. En la resolución emitida por un Juzgado o Tribunal los hechos ciertos son los declarados probados y el procedimiento y los medios de prueba se encuentra prolijamente regulados. En ocasiones, el afán garantista del proceso probatorio propio de ordenamientos jurídicos como el español, arroja resultados no deseados, en definitiva, facilita el alejamiento entre la verdad material y la procesal, ya que no pueden darse por probados hechos que son ciertos o se dan por probados hechos que no son¹¹⁶⁸.

Retomando el contexto negociador, resulta obvio que cuando el abogado asiste al cliente en una negociación, el deber de veracidad del profesional encuentra menores garantías. El proceso de negociación es privado sin tutela de un tercero neutral y el único control existente, aparte del que cada uno se imponga a sí mismo de acuerdo a su ética personal y/o profesional, es el de la otra parte, de forma que si un profesional no cumple su deber de ser veraz, en principio, los riesgos de ser detectados son menores, y aun así, en la mayoría de los casos,

¹¹⁶⁶ CALAZA LOPEZ, S., *Principios Rectores del Proceso Judicial Español...op.cit.*, p. 70. La autora explica que el proceso civil español, según la LEC y reiterada doctrina jurisprudencial, conforme a los principios *iura novit curia*, y *da mihi factum, dabo tibi us* "dame el hecho, y yo te daré el derecho" a diferencia de lo que ocurre con el material factico, el Juez puede aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por las partes, a los hechos por las mismas establecidos, sin que la observancia de esos principios pueda entenderse absolutamente libre ya que está limitada por los hechos alegados por las partes y debidamente probados, así como por la inalterabilidad de la *causa petendi*.

¹¹⁶⁷ *Supra*. Parte Segunda. Capítulo Tercero.

¹¹⁶⁸ GRANDE YAÑEZ, M., *Ética de las Profesionesop.cit.*, p. 169. El autor pone el ejemplo de la presentación de pruebas fuera de plazo, todo y que la prueba ayude a esclarecer la verdad, no se admitiría imponiéndose las garantías del proceso.

la peor consecuencia consistiría en la pérdida de la confianza que le hubiera podido depositar la otra parte, lo que podría ocasionar que las negociaciones queden interrumpidas y que el acuerdo dejara de ser posible. Si la falta de veracidad hubiera tenido lugar sin conocimiento ni anuencia del cliente podría implicar para el profesional también la pérdida del cliente. Lo cierto, es que únicamente en los casos en los que la conducta revistiera especial gravedad y, además existieran pruebas, surgiría para el abogado un riesgo considerable de ser denunciado tanto por infracción deontológica como por otro tipo de responsabilidad profesional.

En el ámbito de la negociación y respecto de la información facilitada por el cliente, entendemos que el abogado, a no ser que medie consentimiento, no estaría obligado deontológicamente a mostrarla o referirla a la parte contraria si pudiera resultar desfavorable al caso, ya que los documentos o el soporte de dicha información estarían protegidos por el secreto profesional. No obstante, pueden existir excepciones, pensamos por ejemplo, en aquellos casos en los que la omisión u ocultación previsiblemente provocará una toma de decisiones por la otra parte distinta a la que hubiera tenido lugar de conocerse las informaciones, ya que estas situaciones pueden dar lugar a responsabilidad del cliente e incluso del abogado, aparte de la existencia de riesgo de revocación del acuerdo por parte de un Tribunal.

Por otro lado y en referencia a las obligaciones de carácter precontractual que serían aplicables de forma general a quienes negocian, GARCIA RUBIO¹¹⁶⁹ señala que en el derecho español no existe una obligación general de informar al otro contratante debiendo cada parte preocuparse de sus propios intereses, por lo que en consecuencia lo que existe es un deber de auto información, de forma que quien hubiera podido evitar el error actuando con diligencia no verá, en principio, prosperar una impugnación de contrato¹¹⁷⁰.

Debemos tener en cuenta, que la intervención de los abogados en los procesos de negociación va en claro detrimento de que el error sea apreciado como

¹¹⁶⁹ GARCIA RUBIO, M.P., La Responsabilidad Precontractual...*op.cit.*, p. 47.

¹¹⁷⁰ *Idem*. La autora cita STS (Sala 1º) 23-5-1935, RJA 1935, núm. 1.124 y más recientemente STS (Sala 1º) 27-1-1988, RJA, 27-1-1988, núm. 151. Exigiendo que el error no sea excusable STS (Sala 1º) 21-6-1978.

inexcusable, ya que a estos profesionales se les presume conocimientos legales, lo que puede traducirse en un aumento del deber de auto información. Resulta así lógico que a quien se reclamara de haber provocado o inducido el error, alegará la presencia de profesionales cualificados que debían velar por los intereses de parte.

Lo anterior, nos lleva a la reflexión sobre un tema fundamental, el de dilucidar si la obligación de veracidad del abogado se vería reducida por la presencia de la asistencia letrada de la otra parte. Entendemos que el abogado no tendría obligación de revelar o señalar información que pudiera ser obtenida en un registro público o por cualquier otro medio de alcance razonable o cuando simplemente no fuera preguntado al respecto o cuando las preguntas se formularan de forma deficiente. Al existir representación legal, la diligencia profesional implica llevar a cabo la obtención o comprobación de las informaciones que puedan estar al alcance.

APARISI MIRALLES¹¹⁷¹ señala la obligación del secreto profesional, que obligaría al abogado a no revelar informaciones en contra del deseo del cliente. El profesional, en base al deber de confidencialidad con su cliente, debe abstenerse de facilitar datos que comprometan los derechos de su representado y debe ser la otra parte la que los revele si los conoce y presente pruebas si las tiene. No obstante, la autora dice que “en la práctica forense la exigencia de veracidad, si bien no implica el deber de decir toda la verdad, sí que conlleva la obligación de no recurrir a la falsedad, en cualquiera de sus modalidades”. En relación a la defensa de causas civiles, la autora expone que la función del abogado no es la de detective, por lo que puede aceptar un caso aunque albergue dudas sobre su veracidad esperando que el estudio del asunto le permitirá conocer la verdad, pero en el momento en que tenga certeza de que documentos o pruebas son falsos debe comunicar al cliente que no los utilizara en la defensa.

Un extremo a tener en cuenta son las presiones que el abogado pudiera sufrir presiones para faltar al deber de ser veraz. En el proceso de negociación, cuando se ceda ante presiones de fuentes externas, como las que pudieran ejercer terceros con intereses directos o indirectos en el asunto o incluso la

¹¹⁷¹ APARISI MIRALLES, A., Deontología Profesional.....*op.cit.*, pp.128-135.

parte contraria y con ello se perjudique al cliente, existirá una infracción deontológica e incluso las conductas podrían merecer otro tipo de sanciones legales.

Las dudas parecen surgir cuando la presión para faltar al deber de veracidad proviene del propio cliente¹¹⁷². El abogado puede encontrarse en situación de desacuerdo, a veces profundo, respecto a solicitudes del cliente que entrañen omisiones de información relevante, la presentación o exposición de los hechos de forma sesgada e incluso falseada para favorecer la propia versión constituyen conductas reprobables por parte del abogado.

Debemos tener en cuenta que el proceso negociador es privado, sin tutela de un tercero neutral, lo que facilitaría cierta impunidad, por lo que el terreno podría estar abonado para que los abogados considerando que de esa forma sirven mejor a su cliente incurrieran en este tipo de conductas.

En estos casos, los principios de independencia y libertad de defensa que deben presidir toda actuación del profesional del derecho pasan a desempeñar un papel fundamental, ya que es en base a dichos principios es siempre el abogado quien dirige la defensa y si su criterio es distinto al del cliente, el profesional encontrará apoyo en la norma deontológica para dirigir el caso según ciencia y conciencia o para abandonarlo si el cliente no se aviene a razones¹¹⁷³.

En este punto, resulta esencial recordar que quien está sujeto por la norma deontológica es el abogado y no el cliente¹¹⁷⁴. Abogado y cliente están sujetos por el ordenamiento jurídico en general, pero ciertas responsabilidades como la deontológica únicamente recaen sobre el abogado, por lo que aun en caso de que una conducta no resultara ilegal según la normativa aplicable, el abogado debe abstenerse de llevarla a cabo si pudiera acarrearle responsabilidades de otro orden.

¹¹⁷² *Infra*.

¹¹⁷³ El art. 2 del CDAE en su apartado 3 dice que el abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los Tribunales, su propio cliente o incluso sus compañeros o colaboradores.

¹¹⁷⁴ LEGA C., *Deontología de la Profesión....op.cit.*, pp.60-61.

Las presiones y/o exigencias del cliente pueden deberse a numerosos motivos. Es frecuente que el interés objetivo del cliente, es decir, el que de forma objetiva atribuye la normativa aplicable a su caso no coincida con el interés subjetivo, es decir, con lo que el cliente piensa que le conviene o a lo que cree que tiene derecho. En este sentido, es obligación del abogado informar al cliente sin dilación de tiempo, de este modo el abogado al informar al cliente actúa con la lealtad que le debe y será este quien deba decidir si encarga la defensa al abogado que le expone tales planteamientos¹¹⁷⁵.

Estas facetas de la relación abogado-cliente vienen contempladas en la normativa deontológica. El CDAE¹¹⁷⁶ establece que el abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes sin utilizar medios ilícitos o injustos ni el fraude como forma de eludir las leyes. Debemos subrayar que se trata de un deber-derecho, en cuanto al deber el abogado debe cumplirlo, ya que tal y como refleja la norma, es “una exigencia del Estado de Derecho” y del “efectivo Derecho de Defensa de los ciudadanos”¹¹⁷⁷.

Respecto a la vertiente de los derechos que asisten al abogado en la defensa de los intereses del cliente, le permiten rechazar instrucciones, que en contra de sus criterios profesionales pretendan imponerle, ya sea el cliente, compañeros de despacho, o cualquier entidad o corriente de opinión¹¹⁷⁸.

GARRIDO SUAREZ¹¹⁷⁹ argumenta que aunque hay quienes puedan tener una visión del abogado como “asesor de lo ilegal” o piensen que estos profesionales pueden asesorar sobre como incumplir las leyes y no sufrir las consecuencias del incumplimiento, en realidad, la obligación del profesional es la de explicar al cliente los límites legales que debe observar su conducta y dentro de estos límites que acciones son las más convenientes para conseguir sus objetivos. El abogado no puede obligar al cliente a seguir el camino de la legalidad, pero debe hacerle conocer los medios legales para alcanzar el fin deseado, así como, las consecuencias de emplear medios ilegales para alcanzarlo.

¹¹⁷⁵ DEL ROSAL, R., Normas Deontológicas....*op.cit.*, pp. 67-69.

¹¹⁷⁶ Art. 3.1 CDAE.

¹¹⁷⁷ Art. 2.1 CDAE.

¹¹⁷⁸ Art. 2.4 CDAE.

¹¹⁷⁹ GARRIDO SUAREZ, H.M., Deontología de Abogado:.....*op.cit.*, p. 64.

Este derecho del abogado dimana del principio de libertad de defensa, que LEGA¹¹⁸⁰ define como la libertad de autodeterminación respecto a su conducta en el ejercicio de la profesión, no únicamente desde el punto de vista técnico sino también respecto de los comportamientos que complementan los técnicos. El autor aun apuntando las afinidades entre los principios de independencia y el de libertad, estima que la diferencia estriba en que el primero protege al profesional de las intromisiones de terceros en su actividad, mientras el principio de libertad, en su vertiente deontológica, concierne en particular al comportamiento del abogado con su cliente y tiende a atemperar las exigencias del arte forense con los intereses del asistido y la dignidad del profesional. La libertad de defensa resulta tan amplia que no va contra la deontología que el abogado sostenga una tesis jurídica de la que no está convencido personalmente, si bien siempre tiene la opción de renunciar al encargo.

DE LA TORRE¹¹⁸¹ entre las causas por las que un abogado debe de rechazar un asunto señala la discrepancia importante con el cliente respecto del planteamiento del caso. El abogado debe rechazar el caso cuando se vea obligado a utilizar medios ilícitos como documentos falsos, mentiras o testigos falsos, ya que además de estas conductas podría derivarse de responsabilidad penal¹¹⁸². El autor va más lejos al manifestarse en el sentido de que el abogado cuenta con libertad de medios siempre que estos sean legítimos y justos y hayan sido lícitamente obtenidos, pero el abogado debe abstenerse de utilizar medios ilegales, contrarios a la norma deontológica, que perjudiquen el normal desarrollo del proceso o sean puramente dilatorios causando aflicciones o perjuicios innecesarios¹¹⁸³.

Por su parte, APARISI MIRALLES¹¹⁸⁴ también incide en que el principio de libertad de defensa no se refiere únicamente a las cuestiones de carácter técnico-jurídico, sino también a los temas de fondo. La autora expone que este principio puede ser reconducido al de obrar según obra u conciencia, de forma que mientras las decisiones sobre cuestiones técnico-legales tendrían relación

¹¹⁸⁰ LEGA C., Deontología de la Profesión....*op.cit.*, pp. 81-88.

¹¹⁸¹ DE LA TORRE DIAZ, F.J., Deontología de Abogados....*op.cit.*, p.151.

¹¹⁸² Arts. 461 y 462 CP.

¹¹⁸³ DE LATORRE DIAZ, F.J., Deontología de Abogados....*op.cit.*, p. 200.

¹¹⁸⁴ APARISI MIRALLES, A., Deontología Profesional.....*op.cit.*, p.102.

con la actuación según ciencia, las decisiones sustantivas remitirán a las cuestiones de conciencia.

3.4.5 La prohibición de comunicar directamente con la otra parte existiendo representación

Como exponíamos anteriormente, el proceso de negociación legal reviste cierta complejidad derivada tanto de la relación de abogado-cliente como de las otras relaciones que conlleva como proceso. El esquema más sencillo que podemos encontrar consiste en dos partes compuestas por una persona cada una y sus respectivos abogados, a partir de ahí, la estructura puede devenir extraordinariamente compleja pudiendo encontrar negociaciones en las que intervienen varias partes integradas por varias personas y cada persona cuenta con su propia representación legal. De lo anterior, deducimos que la comunicación entre las diferentes partes y los integrantes de cada parte pueden tomar diversas direcciones. De todas estas relaciones/comunicaciones la que podríamos calificar de más sensible sería la del abogado con el cliente de la parte contraria.

Como ya hemos mencionado anteriormente, la preocupación de la norma deontológica por las relaciones del abogado con la parte contraria resulta escasa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. A este respecto, SANCHEZ-STEWART¹¹⁸⁵ comenta que incluso los grandes textos internacionales de la abogacía no se ocupan de este tema y en cuanto a las regulaciones nacionales ocurre lo mismo.

Así pues, debemos celebrar la feliz coincidencia entre las normas deontológicas estadounidense y española, ya que ambas se ocupan del tema, lo que nos permite enriquecer nuestro estudio y cumplir de forma más completa con los objetivos de nuestra tesis. La metodología que emplearemos será la de analizar la normativa deontológica de ambos ordenamientos legales para,

¹¹⁸⁵ SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología....*op.cit.*, pp. 242-243. El autor refiere que normas contemplando estas obligaciones no se encuentran ni en la Carta de Turín sobre el Ejercicio de la Abogacía en el siglo XXI de la Unión Internacional de Abogados ni en la Carta de Principios Esenciales del Abogado Europeo del Consejo General de la Abogacía Europea ni en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados ni en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.

posteriormente, plantear cuestiones que suscitan duda y/o polémica y analizarlas comparativamente.

3.4.5.1 El caso norteamericano

Las *Model Rules* prohíben al abogado la comunicación con una persona parte en el asunto si sabe que ésta cuenta con su propia representación legal, como excepciones, la norma ética prevé la existencia del consentimiento del otro abogado y/o la autorización acordada por ley o por un Tribunal para que la comunicación no infrinja la norma¹¹⁸⁶.

Estamos ante una de las normas deontológicas cuyo elemento subjetivo objeto de protección son terceros distintos del cliente¹¹⁸⁷. La norma despliega su protección sobre los integrantes de la parte contraria. La finalidad de la norma es doble¹¹⁸⁸, por un lado otorga protección frente a la intervención del abogado de la parte contraria que pudiera suponer una interferencia en la relación entre el abogado y el cliente, por otro lado, otorga protección al cliente de la parte contraria frente a la explotación de la que pudiera ser objeto por parte del

¹¹⁸⁶ *Model Rule 4.2*. A este respecto ver los comentarios 5 y 6 de la *Model Rule 4.1*. El comentario (5) expone varios ejemplos explicando cuando esta comunicación puede ser autorizada por ley. El comentario (6) indica que el abogado puede solicitar un permiso del Tribunal para que la comunicación pueda llevarse a cabo sin infracción de la norma en aquellos casos que presenten dudas sobre la legalidad de la comunicación o si estima que concurren circunstancias excepcionales, por ejemplo, cuando se estime que la comunicación con una persona representada por abogado pueda ser razonablemente necesaria para evitar que se produzcan lesiones. HAZARD Jr. G., IRWIN.D.R., *Toward a Revised 4.2 No-Contact Rule*, 60 *Hasting L.J.*, 797 2008-2009, pp. 797-851, pp. 806-808. (Consultado 17/04/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=797&handle=hein.journals%2Fhastlj60&collection=journals>

¹¹⁸⁷ La misma norma explica que protegiendo los intereses mencionados contribuye al debido funcionamiento del sistema legal. *Comment (1) Model Rule 4.2*

¹¹⁸⁸ LANDSBERG E. M., *Policing Attorneys: Exclusion of Unethically Obtained Evidence*, 53 *U. Chi. L. Rev.* 1399 1986, pp. 1399-1431, *vid.*, p. 1405.
(Consultado 23/04/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/uclr53&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/uclr>

abogado. HAZARD¹¹⁸⁹ señala la prevalencia de la protección de la relación abogado y su cliente, ya que la norma pretende evitar la revelación de informaciones perjudiciales por parte del cliente. La norma favorece a quienes contratan abogados, a la vez que, fortalece el papel del abogado e incrementa el valor económico de sus servicios. El autor es rotundo al opinar que aunque se trata de una vertiente discutida con menor frecuencia, la norma cumple también la función de proteger el interés del abogado en la relación con el cliente.

LIDGE¹¹⁹⁰, señala como las conductas prohibidas por la norma las siguientes: minar la confianza de la parte contraria en su abogado, negociar directamente con la otra parte para alcanzar un acuerdo ventajoso, obtener de la otra parte información privilegiada y/o la admisión de daños, así como, cualquier dato útil fuera del proceso normal de investigación.

De la lectura de la norma, se desprende que se trata de una prohibición absoluta de comunicación con el cliente contrario representado sin restricción de tiempo, lugar o forma de la comunicación¹¹⁹¹.

No obstante, por muy absoluta que sea la prohibición contenida en la norma, resulta inevitable que se den situaciones de aplicabilidad que precisen de interpretación. En el caso estadounidense los comentarios a la norma contribuyen de forma importante a aclarar algunos extremos que pudieran dar

¹¹⁸⁹ HAZARD, G.C.Jr., REMUS, I.D., *Toward a Revised 4.2 No-Contact Rule*, 60 *Hasting L.J.* 797 2008-2009, pp. 797-851, *vid.*, p. 803. (consultado 17/04/2014).

<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=797&handle=hein.journals%2Fhastlj60&collection=journals>
COHEN G.M., *Beyond the No-Contact Rule: Ex Parte Contact by Lawyers with Nonclients*, *Tulane Law Review*, Vol 87:1197, 2013, pp. 1197-1244, *vid.*, p. 1200. (Consultado 22/04/2014).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1197&handle=hein.journals%2Ftulr87&collection=journals>

El autor concibe esta tercera función de la norma como de protección de información confidencial y privilegiada. A sensu contrario, LANDSBERG E. M., *Policing Attorneys: Exclusion.....op.cit.*, p.1405. La autora estima que si bien cínicos atacan la norma por considerarla un ejemplo de como la profesión legal defiende sus propios intereses, la protección que obtiene el cliente frente al riesgo de ser manipulado por el abogado de la parte contraria que defiende intereses opuestos es vital, en especial, respecto de los estadios más temprano del caso cuando el cliente aun no comprende bien el asunto.

¹¹⁹⁰ LIDGE, E.F., *Government Civil Investigations and the Ethical Ban on Communicating with Represented Parties*, 67 *Ind. L.J.* 549 1991-1992, pp. 549-631, *vid.*, p. 559. (Consultado 24/04/2014).
<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1438&context=ilj>

¹¹⁹¹ ZOGHBY, M., *The Prohibition of Communication with Adverse Parties in Civil Negotiations: Protecting Clients or Preventing Solutions?* 14 *Geo. J. Legal Ethics* 1165 2000-2001 p. 1166.

lugar a interpretaciones confusas. Por ejemplo, la norma restringe la prohibición a las comunicaciones referidas al asunto del que se trata¹¹⁹², pero como bien sugiere COHEN¹¹⁹³ las comunicaciones que están permitidas por no afectar al objeto de la representación podrían acabar extendiéndose al asunto objeto de la comunicación prohibida, por lo que el abogado deber ser muy cauto para no incurrir en infracción.

Los comentarios a las *Model Rules* avalan la amplitud de la prohibición del contacto, al establecer que en el caso de que el abogado albergue duda sobre si la comunicación está afectada por la prohibición debe solicitar permiso al Tribunal, debiendo el profesional proceder de la misma forma si piensa que la comunicación es imperativa para evitar actos que pudieran resultar en perjuicios graves tales como lesiones¹¹⁹⁴.

HAZARD¹¹⁹⁵ apunta que la norma facilita los problemas de prueba al centrarse en el hecho de la existencia de la comunicación y no en el contenido de la misma. Esta rigidez, si bien cuenta con las ventajas de la claridad y de la uniformidad puede conllevar una falta importante de flexibilidad. El autor critica, lo que en su opinión es una protección excesiva de la norma a la relación privilegiada del abogado con el cliente, ya que otorga al profesional el control completo sobre la información. Si bien, la norma tiene la finalidad de impedir la revelación por parte del cliente de información que el abogado desea preservar del conocimiento de la parte contraria también puede llegar a obstruir el acceso a la verdad. En el mismo sentido, COHEN¹¹⁹⁶ destaca que la norma focaliza la prohibición sobre la acción de llevar a cabo la comunicación sin tener demasiado en cuenta si resulta o no perjuicio de la misma. La norma aparte del consentimiento del abogado o del Tribunal no recoge excepciones en las que la prohibición podría dejar de regir, por ejemplo, en situaciones en las que la persona representada tuviera interés en el contacto. Lo cierto, es que esta

¹¹⁹² *Comment (2) Model Rule 4.2. Comment (3)* señala que la norma no prohíbe la comunicación con persona representada, empleado o agente concerniendo asuntos fuera del ámbito del asunto al que se refiere la representación.

¹¹⁹³ COHEN G. M, *Beyond the No-Contact.....op.cit.*, p.1206.

¹¹⁹⁴ *Comment (6) Model Rule 4.2.*

¹¹⁹⁵ HAZARD, G.C., Jr., IRWIN, D.R., *Toward a Revised 4.2 No-Contact Rule.....op.cit.*, p. 800 y siguientes.

¹¹⁹⁶ COHEN G. M, *Beyond the No-Contact.....op.cit.*, pp. 1200-1201.

posibilidad resultaría complicada al no permitirse la renuncia por parte del cliente, tal y como ocurre en los casos de conflictos intereses también objeto de regulación por la norma deontológica.

ZOGHBY¹¹⁹⁷ destaca también que la apreciación de la infracción no depende de si el contacto es beneficioso o no para el cliente. A tenor de la norma, deben considerarse tan prohibidas una comunicación que pretenda establecer las necesidades e intereses del contrario o simplemente permita trabajar para identificar opciones para el acuerdo, como la comunicación que intente manipular al cliente de la parte contraria para obtener una ventaja. La autora explica que esa es la posición que han tomado generalmente los comités de disciplina profesional y los Tribunales, siendo escasas las denuncias por infracción de la norma ética en las que se ha entrado a valorar si la comunicación había tenido resultado dañino para la parte contraria, como base para estimar la existencia de la infracción.

Por su parte, LAMDBERG¹¹⁹⁸, si bien reconoce que la operatividad de la norma comporta ciertos costes, piensa que los beneficios que aporta superan los posibles inconvenientes. Una opción sería que los Tribunales estudiaran caso por caso para discernir entre aquellos en los que la aplicación norma resulta perjudicial de los que le podría resultar beneficiosa. No obstante, el tipo de conducta que prohíbe la norma resultaría difícil de identificar, lo que convertirá los abusos en bastante probables.

3.4.5.2 El caso español

La prohibición de contactar a la parte contraria representada no viene recogida en el actual EGAE, y es el CDAE¹¹⁹⁹ la norma en la que la prohibición está

¹¹⁹⁷ ZOGHBY M., *The Prohibition of Communication....op.cit.*, p. 1167.

¹¹⁹⁸ LANDSBERG, E.M., *Policing Attorneys: Exclusion of Unethically....op.cit.*, p.1408. A sensu contrario, ZOGHBY M., *The Prohibition of Communicationop.cit.*, pp.1171-1176. La autora dice que quizás fuera beneficioso permitir la comunicación para asegurarse de que se transmite las necesidades e intereses de la parte contraria, y poder así, considerar acuerdos ventajosos que quizás de ese modo superan el filtro del abogado de la otra parte, ya que estas ventajas aportadas por el contacto podrían ser mayores que el riesgo del empleo de tácticas para minar la relación abogado-cliente de la parte contraria que no fuera detectadas. No obstante, la misma autora reconoce los altos costes que comporta la revisión por un Tribunal llevara a cabo caso por caso, y señala la importancia de la norma en el contexto litigioso en el que la información privilegiada obtenida anteriormente en el contexto del proceso de negociación donde no se alcanzó el acuerdo podría ser utilizada en perjuicio de la parte que la reveló.

¹¹⁹⁹ Art. 14 CDAE.

regulada. El CDAE propugna la abstención de toda relación y comunicación con la parte contraria cuando al abogado le coste que está representada o asistida por otro abogado, manteniendo con el profesional la relación derivada del asunto, a menos que el compañero autorice expresamente el contacto con su cliente. Cabe señalar que cuando entre en vigor el nuevo EGAE, las obligaciones contenidas en las dos normas serán idénticas, ya que el nuevo Estatuto recoge la prohibición en los mismos términos del CDAE¹²⁰⁰.

SANCHEZ STEWART¹²⁰¹ apunta que cuando se solicite permiso al abogado de la parte contraria para establecer la comunicación, la falta de respuesta no podrá interpretarse como silencio positivo aun en el caso de haber mencionado en la solicitud que se entendería acordado el permiso de no recibir respuesta¹²⁰².

Al igual que en el marco jurídico estadounidense en el español se trata de una infracción de actividad y no de resultado, el daño al bien jurídico protegido se produce por el mero contacto con la parte contraria sin presencia de su abogado. El contenido de la comunicación puede ser muy diverso desde inocuo a muy perjudicial, la calificación que pueda llevarse a ese respecto podrá en todo caso servir para la graduación de la sanción a imponer¹²⁰³.

Concerniendo la acepción de parte contraria a efectos de la prohibición que tratamos no debe nunca ser restringida y no se refiere únicamente a la parte adversa en un procedimiento judicial, puesto que la prohibición rige también en materia extrajudicial, que en nuestra opinión es la que podría presentar más dudas al respecto, de forma que no es necesario que la posición de las partes sea antitética, por ejemplo vendedor versus comprador o acreedor versus deudor, de forma que si consta la existencia de asistencia de abogado, el contacto debe considerarse prohibido¹²⁰⁴.

¹²⁰⁰ Art. 54 del nuevo EGAE.

¹²⁰¹ SANCHEZ STEWART, N., *La Profesión de Abogado....op.cit.*, p. 459.

¹²⁰² En el mismo sentido, DEL ROSAL, R., *Normas Deontológicas....op.cit.*, 158-163. El autor señala la norma puede plantear problemas de prueba para que opere la excepción del consentimiento del compañero, ya que la carga de la prueba de la existencia de dicho consentimiento recae en el abogado que dice haberla obtenido, y en caso de que el abogado que supuestamente lo hubiera dado lo niegue, al decir la ley el consentimiento debe ser expreso, sería necesaria al menos un principio de prueba documental.

¹²⁰³ DEL ROSAL, R., *Normas Deontológicasop.cit.*, p. 161. CID CEBRIAN, M. *La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria.....op.cit.*, pp. 187 y siguientes.

¹²⁰⁴ SANCHEZ STEWART, N., *La Profesión de Abogado....op.cit.*, p. 459

En la misma línea que la generalidad de la doctrina estadounidense, SANCHEZ-STEWART¹²⁰⁵ apunta que la norma protege principalmente las buenas relaciones entre abogados. La protección a la otra parte vendría más bien centrada en la obligación de aconsejar a la parte que carece de asistencia letrada que acuda a un profesional que la asesore o que en caso de carecer de medios solicite asistencia jurídica gratuita¹²⁰⁶. CID CEBRIAN¹²⁰⁷ se pronuncia en sentido similar diciendo que sería más conveniente que este precepto se agrupara con los que regulan las relaciones entre compañeros. También, DEL ROSAL¹²⁰⁸ estima poco oportuna la ubicación de la norma en el cuerpo del código. En opinión del autor debería figurar en el epígrafe que recoge las relaciones con los compañeros, ya que el bien protegido no concierne de forma directa a la parte adversa sino a su defensor, y en realidad, lo que se pretende es tutelar la dignidad de la profesión¹²⁰⁹. Aun así, el autor estima que la infracción llega a constituir un ataque a bienes jurídicos protegidos relacionados directamente con la parte adversa en la medida que la infracción pudiera causarle a ésta indefensión material y en tanto que la elusión del defensor sirviera a la finalidad de conseguir del justiciable desasistido de abogado medios de defensa en su contra. En estos casos, la infracción de la norma concurría con la de otro precepto, el ya mencionado art.43 EGAE, que sí que tiene como único objetivo la protección de la parte adversa¹²¹⁰.

3.4.5.3 Cuestiones sobre la prohibición de contacto con la parte contraria

La aplicación de los preceptos analizados no siempre resulta sencilla y puede presentar dudas. La comunicación entre partes que están en una situación de conflicto y buscan una solución negociada debe ser fluida. Debemos recordar

¹²⁰⁵ SANCHEZ STEWART, N., *La Profesión de Abogado...op.cit.*, pp. 483-484. En el mismo sentido se pronuncia CID CEBRIAN, M. *La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria...op.cit.*, p. 186.

¹²⁰⁶ *Infra*.

¹²⁰⁷ CID CEBRIAN, M. *La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria....op.cit.*, p. 186.

¹²⁰⁸ DEL ROSAL, R., *Normas Deontológicas....op.cit.*, pp. 158-159. El autor dice que la que se ve atacada de forma directa es la función del defensor de la parte contraria, es decir, la tutela la función de defensa que el profesional despliega en virtud de las funciones constitucionales que este tienen atribuidas como consecuencia del mandato para ejercerlas.

¹²⁰⁹ En el nuevo EGAE la prohibición se recoge en el art. 54 que regula las relaciones con la parte contraria, por lo tanto, no hay modificación en el criterio de ubicación.

¹²¹⁰ Art. 43 EGAE. Art. 14 CDAE.

que la negociación conlleva como dinámica ofertas, contraofertas, investigación de intereses de la parte contraria, identificación de puntos en común, todos ellos elementos que irán propiciando el acercamiento de las posiciones de las partes hasta alcanzar el acuerdo.

En ocasiones el abogado no encuentra la respuesta de colaboración necesaria en el compañero que asesora a la otra parte y se harán necesarias fórmulas que faciliten el contacto y la comunicación para avanzar en el camino hacia el acuerdo. Estas situaciones suscitan una serie de cuestiones que el texto de la norma deontológica no contempla.

En ambos casos, el estadounidense y el español, la norma protege a la parte contraria representada legalmente, por lo que se suscita la cuestión de las formas de conocimiento del hecho de la existencia de la representación por parte del abogado que presuntamente pudiera incumplir la norma. En los casos litigiosos el conocimiento de la representación ofrece menos dudas ya que iniciado un proceso judicial, normalmente, abogado contrario podrá mediante el Juzgado tener conocimiento de la existencia de la representación. En el contexto negociador este conocimiento puede resultar más complicado. En algunas situaciones el conocimiento de la existencia del abogado de la otra parte viene dado por la propia dinámica de la negociación, bien ha habido un contacto por escrito, telefónico o personal, o bien el propio cliente o la otra parte han facilitado los datos del compañero al que dirigirse, es obvio, que en estos casos el abogado no podrá nunca alegar ignorancia respecto a este extremo.

Las *Model Rules*¹²¹¹ abordan el tema de forma específica, concretamente en los comentarios de la *Model Rule 4.2*, dejando patente que el abogado debe ser conocedor de la existencia de la defensa de la parte contraria en el asunto que debe negociarse y dicho conocimiento podrá inferirse de las circunstancias, de forma que lo que en modo alguno puede hacer el profesional es cerrar los ojos a lo obvio. Entre la doctrina española, SANCHEZ-STEWART¹²¹² propone preguntar al cliente y atenerse a lo que este informa.

¹²¹¹ Comment (8) Model Rule 4.2.

¹²¹² SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología*op.cit.*, 239-240.

En nuestra opinión es necesario extremar las precauciones, preguntar al cliente propio es lo primero, ante una respuesta afirmativa la prohibición rige automáticamente de forma clara. Si el cliente niega o desconoce y no se cuenta con elementos de los que pueda inferirse que la otra parte cuenta con representación legal, entendemos que en primer lugar, se debería preguntar al cliente contrario.

Una de las típicas situaciones que puede dar lugar a duda en los procesos de negociación es la sospecha, en ocasiones fundada, de que el abogado contrario no está transmitiendo a su cliente los términos de sus propuestas de acuerdo, surge entonces la cuestión de si el abogado estaría legitimado el para contactar al cliente directamente.

Atendiendo a ambas legislaciones entendemos que la respuesta debe ser negativa. Las *Model Rules* establecen las salvedades a la prohibición de comunicación directa con persona representada que ya han sido comentadas anteriormente y la sospecha, por muy fundada que resulte ser, de que el abogado de la parte contraria no está transmitiendo a su cliente las proposiciones y ofertas que deben conducir al pacto no se encuentra entre dichas excepciones.

A este respecto, retrayéndonos a 1975 encontramos una Opinión Informal de la ABA¹²¹³ que prohíbe la comunicación incluso cuando el abogado tenga razones para pensar que las ofertas de acuerdo no le están siendo comunicadas a la otra parte por su abogado y la comunicación directa sería en el mejor interés de la parte contraria.

Una cuestión recurrente al respecto del tema que tratamos, es la de si la prohibición de contacto con parte representada afecta también al cliente o se limita al abogado. A este respecto, tanto en el caso estadounidense como en el español, la norma tiene un destinatario claro, el abogado, no el cliente. Por lo tanto, cabe pensar que el cliente no está afectado por la prohibición¹²¹⁴.

¹²¹³ ABA *Informal Opinion* 1348 (August 19, 1975). En el mismo sentido ABA *Formal Opinion* 92-362 (July 6, 1992).

¹²¹⁴ La situación resulta diferente cuando el cliente por una disposición de un Tribunal, ya sea el que conoce de ese caso o de otro anterior, debe obedecer una orden de alejamiento.

La ABA se ha pronunciado al respecto en una Opinión reafirmando lo dicho anteriormente al establecer que el abogado no debería preguntar a la otra parte directamente si su abogado le ha comunicado la oferta de acuerdo que se le ha hecho llegar, ni enviar una copia de la oferta de acuerdo, pero la opinión apunta la posibilidad de que el abogado aconseje a su cliente establecer dicha comunicación para formular la pregunta. También aconseja que si existe un servicio a través del Tribunal para hacer llegar copia de la propuesta a la parte contraria debería utilizarse antes de establecer el contacto¹²¹⁵.

El hecho de que sea el cliente quien lleve a cabo la comunicación con la otra parte, suscita otros interrogantes: ¿El abogado puede asesorar y preparar a su cliente para esta comunicación? ¿Sería sancionable que el abogado prepare incluso una propuesta de acuerdo que el cliente presente a la otra parte?

Las *Model Rules* no contemplan este extremo en su texto, si bien los comentarios¹²¹⁶ aclaran que el abogado no infringe la norma al asesorar a su cliente sobre el derecho a comunicarse directamente con la otra parte. En este sentido, los comentarios a la *Model Rule* 4.2 son sumamente aclaratorios, ya que especifican que el abogado no está sujeto a prohibición en cuanto a asesorar al cliente respecto a cómo llevar a cabo la comunicación¹²¹⁷. En el mismo sentido, los comentarios a la *Model Rule* 8.4 establecen que no rige prohibición alguna para que el abogado asesore a su cliente en cómo llevar a cabo una comunicación a la que legalmente tiene derecho¹²¹⁸. A mayor abundamiento, una Opinión reciente de la ABA¹²¹⁹ apunta que incluso no habiendo solicitado consejo el cliente al respecto, el abogado puede tomar la iniciativa aconsejando al cliente sobre la conveniencia en un determinado caso de contactar de forma directa a la parte contraria. La misma Opinión responde también a la cuestión de si estaría permitido que el abogado pudiera asesorar

¹²¹⁵ *American Bar Association, Formal Opinion 92-362 July 6 1992*. La opinión sustenta su conclusión invocando las normas que requieren al abogado proveer al cliente con una representación diligente *Model Rule* 1.1 a la vez que la *Model Rule* 1.4 2 en su apartado (a) 2 al regular las comunicaciones dice que el abogado deberá razonablemente consultar con el cliente los medios que deben utilizarse para alcanzar los objetivos

¹²¹⁶ Comment (3) *Model Rule* 4.2.

¹²¹⁷ Comment (4) *Model Rule* 4.2.

¹²¹⁸ *Comment* (1) *Model Rule* 8.4 (a).

¹²¹⁹ *American Bar Association, Formal Opinion 11-461 Advising Clients Regarding Direct Contacts with Represented Person August 4, 2011*.

al cliente hasta el punto de preparar una propuesta de acuerdo para presentarla a la otra parte. El criterio del Comité consiste en no poner el énfasis en quien tomo iniciativa si cliente o abogado en establecer comunicación¹²²⁰ o en redactar y/o corregir documentos, de lo que se trata es de que la función de la normas se respete. No obstante, la Opinión admite que los límites, entre las actuaciones permitidas al abogado y las no permitidas no resultan siempre obvios.

Con la finalidad de no infringir la norma, se identifican algunas circunstancias que podrían tenerse en cuenta para justificar la comunicación entre los clientes y el asesoramiento del abogado, una de estas situaciones, sería la existencia de comunicación anterior entre los clientes. En ocasiones al surgir el conflicto las partes intentan resolverlo por sí mismas, por lo que entran en contacto e intercambian informaciones. En estos casos, si posteriormente, las partes cuentan con representación legal, cabe pensar que si continúan el contacto no se debe a la intervención del abogado, sino a la propia voluntad e iniciativa¹²²¹.

Entre la doctrina española, SANCHEZ-STEWART¹²²² se posiciona afirmando que la prohibición de comunicación con la parte contraria no alcanza al cliente. Es posible que el cliente tuviera relación con la otra parte anteriormente a la intervención profesional, por ello no debe existir objeción para la comunicación incluso si ésta tiene como finalidad la de transmitirle una idea sugerida por su abogado. En estos casos, no procede proscribir la conducta, excepto si la comunicación es demasiado habitual y/o se apreciase una actuación maliciosa del abogado haciendo servir al propio cliente como simple correo.

Un caso diferente sería el del abogado que se sirve de un tercero, por ejemplo, un detective privado para entablar la relación, caso en el que la prohibición

¹²²⁰ El comité opina al respecto, que centrarse en que el permiso debe basarse en la iniciativa del cliente supondría dar ventaja a los clientes con más nivel cultural y experiencias legales que son los que probablemente consultarían al abogado antes de llevar a cabo cualquier iniciativa propia.

¹²²¹ El hecho de la existencia del contacto entre las partes que luego contarían con representación legal es tomado en cuenta por el Tribunal en *Holdren versus General Motors Corp.* Además, la sentencia establece dice "There is nothing in the disciplinary rules which restricts a client right to act independently in initiation communications with the other side, or which requires that lawyers prevent or attempt to discourage such a conduct". "Nada en las normas disciplinarias restringe el derecho del cliente a actuar independientemente en el inicio de comunicaciones con la otra parte, o requiere al abogado que impida o disuada de tal conducta". Traducción autora.

¹²²² SANCHEZ STEWART, N., *La Profesión de Abogado....op.cit.*, pp. 477-479.

regiría, ya que la norma prohíbe “todo contacto”, de lo que se infiere que también constituiría infracción de la norma el llevado a cabo a través de terceros en nombre del abogado, a excepción del cliente en las condiciones expuestas¹²²³.

SANCHEZ-STEWARD¹²²⁴ mantiene que la comunicación con parte representada se trata de una prohibición absoluta que solo cuenta con dos excepciones, que la parte contraria no cuente con representación o que esta autorice la comunicación. En caso de necesidad imperiosa lo adecuado es que la comunicación, se lleve a cabo por el propio cliente y si se entregan documentos debería comunicarse el contenido a la otra representación.

En este sentido, DEL ROSAL¹²²⁵ expone los criterios de las Juntas de Gobierno respecto de la no admisión como justificación del contacto de una serie de excusas recurrentes por parte de los infractores y que serían las siguientes:

- a. La obligación de defender al cliente con todos los medios al alcance, ya que dicha obligación está limitada por las restricciones que impone la misma norma deontológica.
- b. El hecho de que el otro defensor se niegue a negociar o a mantener contacto, puesto que esta decisión atañe a la libertad a la que tiene el abogado para decidir sobre la dirección del asunto, que debe siempre ser respetada por el compañero.
- c. La comisión de la infracción por el abogado de la parte contraria. El hecho de que éste hubiera incurrido en las mismas prácticas no constituye excusa válida, ya que las responsabilidades ajenas no pueden justificar las propias.
- d. La alegación de que el abogado de la otra parte no está llevando a cabo correctamente la defensa no sería tampoco una alegación de defensa válida para justificar la infracción de la norma, puesto que ningún abogado está llamado a defender a las dos partes, aun cuando fuera requerido para ello, caso en el que debería negarse.

¹²²³ *Ibidem*, p. 465.

¹²²⁴ SANCHEZ STEWARD, N., Manual de Deontología.....*op.cit.*, p. 244.

¹²²⁵ DEL ROSAL, R., Normas Deontológicas.....*op.cit.*, pp. 162-163.

- e. El hecho de que el defensor de la parte adversa no haya actuado en un trance de acuerdo a lo convenido, en ese caso, procederá intentar obtener la ejecución de lo acordado como proceda en derecho. En estos casos, cuando lo convenido no pueda acreditarse, cabe plantear la falta de diligencia del abogado que se considera perjudicado.

Ante este tipo de situaciones, se impone la pregunta sobre que conducta resultaría la adecuada cuando sea el cliente de la parte contraria contacte por iniciativa propia al abogado de la otra parte, ¿el abogado podría acceder al contacto sin infringir la norma?

Las *Model Rules* son claras y explícitas a este respecto, al indicar que si es la parte contraria la que contacta por propia iniciativa al abogado o bien consiente la comunicación, el abogado debe terminar la comunicación en cuanto tenga conocimiento de se trata de una comunicación prohibida por la normativa deontológica¹²²⁶.

La norma española no contempla esta situación específica, que sin duda alguna puede darse, pero si nos inspiramos en los principios que consagran las normas deontológicas, la lealtad hacia el compañero debe prevalecer, por ello, el abogado debería declinar la comunicación, indicando a la persona que nos contacta que el asunto puede ser discutido, pero en presencia de su defensor.

En cuanto a la prohibición de contacto de parte contraria representada, un tema de importancia fundamental es la irrenunciabilidad de la protección por parte del cliente a la protección otorgada por la norma. Debemos subrayar que la imposibilidad de renuncia queda restringida al cliente, puesto que los abogados son los únicos que pueden dar el consentimiento para que la comunicación, en principio prohibida, se produzca sin constituir infracción de la norma deontológica.

Como ya hemos mencionado, HAZARD critica esta restricción, ya que en ocasiones el cliente puede tener un especial interés en esa comunicación,

¹²²⁶ *Comment (3) Model Rule 4.2.*

especialmente, si cree que su abogado no está sirviendo debidamente a sus intereses¹²²⁷.

En nuestra opinión, la lógica del razonamiento jurídico presenta aquí doble vertiente, de un lado el destinatario de la norma que debe privarse de realizar una acción, en este caso la comunicación directa con parte contraria representada es el abogado, y por ello, el abogado de la parte contraria puede mediante el consentimiento renunciar a la protección, pero teniendo en cuenta que la norma solo protege al abogado sino también protege al cliente de la parte contraria, cabe pensar en la posibilidad de que éste pudiera renunciar a la protección, por ejemplo, en caso de desconfianza de su propio abogado. En nuestra opinión, la cautela se impone y somos partidarios de mantener la irrenunciabilidad que critica Hazard para evitar manipulaciones y/o abusos de toda índole, ya que la discriminación a priori no es factible y sería necesaria la valoración caso por caso.

3.4.5.4 Comunicación con partes no representadas

El tratamiento doctrinal, tanto en EEUU como en España, de la prohibición de contacto con partes no representadas es bastante más escaso que la prohibición que rige cuando existe la representación. El precepto que regula esta prohibición es muy escueto, especialmente en el caso español. Por su parte, las *Model Rules* incorporan un precepto algo más extenso, además, los comentarios con las aclaraciones que contienen facilitan de forma importante la interpretación de la norma.

Por la brevedad aducida, en este apartado trataremos el caso estadounidense y español en un mismo apartado que finalizaremos identificando las diferencias más importantes entre los dos preceptos.

Las *Model Rule 4.3* regula los contactos del abogado con parte no representada contemplando dos supuestos distintos: el de que el abogado sepa o deba saber que es razonable que los intereses de la parte no representada y los de su cliente podrían estar en conflicto y el supuesto de que el conflicto de intereses

¹²²⁷ HAZARD, G.C.Jr., IRWIN, D.R., *Toward a Revised 4.2 No-Contact...op.cit.*, pp. 825-828.

no pueda apreciarse. Los comentarios a la norma son sumamente aclaratorios y de especial interés para nuestro objeto de estudio, ya que de modo expreso se refieren a la posibilidad de que el contacto se produzca con el objeto de negociar. En referencia a los contactos que puedan desarrollarse en estas circunstancias, la norma ética indica al abogado está obligado a dar a conocer a la otra parte la condición profesional en la que actúa, y que por tanto, su intervención no es desinteresada. Cuando el abogado, razonablemente, crea que la parte no representada no comprende la naturaleza de la intervención profesional tiene la obligación de corregir el error o falta de comprensión.

Las *Model Rules* establecen que el abogado debe actuar de forma que la otra parte conozca su interés en el asunto y cuál es el papel que desempeña, no debiendo facilitar consejo distinto al de recomendar la conveniencia de dotarse de representación legal, cuando el abogado, de forma razonable, deba saber que los intereses de la parte contactada estén o puedan estar en conflicto con los de su cliente. Del tenor de la norma y de los comentarios que la acompañan se infiere que la limitación, únicamente, rige para los casos en los que exista o pueda existir conflicto de intereses¹²²⁸.

Con respecto a nuestro tema de estudio, los comentarios a las *Model Rules* especifican que la norma no prohíbe que el abogado contacte a la persona no representada para explicarle que su cliente desearía llegar a un acuerdo, ya sea de carácter transaccional o para resolver una disputa contenciosa, así como para exponerle los términos del mismo, pudiendo solicitarle incluso el consentimiento. A lo que el abogado está obligado es a explicar a la parte no representada que es el defensor de la parte contraria¹²²⁹. Del tenor de la norma se infiere, y los comentarios lo aclaran, que deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada situación concreta, tales como la experiencia y conocimientos de la persona contactada que no cuenta con representación legal y el contexto en el que tiene lugar el contacto¹²³⁰.

¹²²⁸ Los comentarios de la norma en este sentido resultan muy explícitos solicitando al profesional que se identifique como abogado del cliente al que representa, y si lo cree necesario, especifique que los intereses de la parte contactada están o pueden estar en conflicto con los de su cliente o representado. *Model Rule 4.3 Comment (1)*.

¹²²⁹ *Model Rule 4.3 Comment (2)*.

¹²³⁰ *Model Rule 4.3 Comment (2)*.

En cuanto al caso español, la norma deontológica española, en concreto el CDAE, regula el contacto del abogado tanto con parte representada como con no representada¹²³¹, pero la prohibición no viene recogida en el EGAE, si bien en el nuevo EGAE la prohibición quedaría también establecida al incorporar la norma un precepto de un tenor similar a los contenidos en el CDAE¹²³². En ambos casos no se prohíbe taxativamente el contacto con partes no representadas tal y como ocurre cuando si existe la representación, lo que hacen es indicar al abogado que sugiera a la parte contraria que no cuenta con defensor la conveniencia de dotarse de representación, y si el consejo no es seguido, la norma prohíbe que el contacto implique abuso por parte del abogado.

En vigencia del actual EGAE debemos tener en cuenta que si bien no incorpora un precepto como el del CDAE prohibiendo el contacto con parte contraria representada, no puede considerarse que no incorpore regulación alguna en cuanto a los contactos del abogado con parte no representada, ya que el EGAE tal y como hemos mencionado anteriormente, incorpora un precepto de carácter genérico, el art. 43 del EGAE que indica al abogado que en sus relaciones con la parte contraria debe evitar toda conducta que pudiera causarle una lesión injusta¹²³³. El precepto, sin lugar a dudas, refuerza la condición de no incurrir en conductas abusivas en el contacto con parte no representada impuesta por el CDAE¹²³⁴. Recordemos que la concurrencia de infracciones que podía darse cuando el abogado hubiera causado una lesión injusta a la parte contraria aprovechando el contacto prohibido por la norma ya no tendrá lugar cuando se apruebe el nuevo EGAR ya que no incorpora un precepto del tenor del artículo 43 EGAE¹²³⁵.

La norma estadounidense y la española son similares, pero las *Model Rules* resultan más completas y concretas, al describir con mayor detalle las obligaciones del abogado cuando la otra parte no cuenta con representación.

¹²³¹ Art. 14. 2 CDAE.

¹²³² Art. 54. 1 Nuevo EGAE.

¹²³³ Art. 43 EGAE.

¹²³⁴ Infra.

¹²³⁵ Concurrencia infracciones art. 14.1 EGAE y 43 EGAE.

Recurriendo una vez más al análisis comparativo, cabe pensar si la incorporación de algunos de los términos estudiados de norma ética estadounidense a la normativa deontológica española reforzaría de forma significativa, la protección a la parte contraria. En este sentido sería evidentemente aconsejable instaurar la obligación para el abogado de asegurarse que la parte contraria contactada no representada ha entendido y es consciente de la posición del abogado y de las funciones que desempeña.

La norma ética estadounidense distingue entre la comunicación que el abogado lleve a cabo con la parte contraria no representada los casos de ausencia de conflicto de intereses con del cliente de aquellos en los que el conflicto de intereses no resulte previsible, de modo que la restricción que le obliga a limitarse a no proporcionar consejo legal distinto al de dotarse de defensa, no operará cuando el conflicto de intereses no esté presente. La incorporación al sistema deontológico español de un precepto estableciendo una distinción similar y autorizando la comunicación cuando el conflicto de intereses no estuviera presente, nos parece arriesgada, ya que si bien en algunos casos podría ser de gran utilidad y propiciar acuerdos que de otro modo difícilmente se alcanzarían, en otras situaciones al quedar la valoración a la discreción del abogado, podría dar lugar a abusos difíciles de controlar. No obstante, y en la más absoluta coherencia con el fomento de la resolución de conflictos mediante mecanismos alternativos al litigio, nos parece que deberían facilitarse dispositivos para facilitar las soluciones negociadas en aquellos casos en los que una de las partes no estuviera representada, y por las razones que fuera no previera dotarse de asesoramiento legal. A estos efectos, el mecanismo de negociación supervisada que proponemos en las conclusiones de la tesis podría resultar de extrema utilidad.

CONCLUSIONES PARTE TERCERA

- Respecto de las diferencias analizadas en nuestro análisis comparativo, observamos que en los EEUU existen diferencias muy notables entre los diferentes estados, respecto tanto de los requisitos académicos exigibles para el ejercicio de la profesión como de la obligatoriedad de colegiación. En España, respecto de las diferencias territoriales relativas al ejercicio de la profesión de abogado puede hablarse de uniformidad de criterios, tanto respecto los requisitos académicos y formativos como de la obligatoriedad de colegiación. En cuanto a la norma deontológica, en los dos países puede hablarse de autorregulación de la profesional, si bien en los EEUU de un tiempo a esta parte, la intervención de otras instancias como la Cortes Supremas de los Estados y las Agencias Estatales han ido cobrando protagonismo en la regulación de la profesional legal. Puede así observarse una creciente tendencia a que tanto la elaboración como la aplicación de la norma ética tienden a salir de la esfera de las corporaciones profesionales. En España, son los órganos rectores de la profesión y las corporaciones profesionales los encargados de elaborar y aplicar la norma ética, si bien, teniendo en cuenta el cariz que han tomado las propuestas de regulación de los servicios profesionales, aunque no hayan prosperado, invitan a pensar que en un futuro no tan lejano la situación podría asimilarse a la observada en EEUU.
- Respecto de las diferentes responsabilidades profesionales a las que están sujetos los abogados se observan paralelismos entre los dos ordenamientos jurídicos comparados, pero con algunas diferencias a reseñar. En EEUU, la regulación de la responsabilidad de los profesionales de la abogacía cuenta con una atención específica remarcable, ya que las conductas de los abogados son el objeto del *Restatement Third*, que aporta una regulación exhaustiva de las problemáticas que pueden derivarse de las actuaciones profesionales de los integrantes del colectivo. En España, la regulación de la responsabilidad profesional del abogado se caracteriza por la dispersión en los diferentes cuerpos legales que componen el ordenamiento jurídico que integran preceptos al respecto. En ambos ordenamientos, la responsabilidad penal del abogado genera responsabilidad deontológica, nosotros entendemos que la responsabilidad civil genera también responsabilidad deontológica en los casos en los que ha existido negligencia o dejación de deberes profesionales, por el

contrario, la responsabilidad deontológica no genera *per se* otros tipos de responsabilidad, de la misma forma la responsabilidad deontológica, en principio, no debe servir de presupuesto para el establecimiento de otro tipo de responsabilidades por parte de los Tribunales.

La posibilidad del cliente u otros perjudicados por las conductas del abogado en el desarrollo de su actividad profesional de poder ejercer acciones reclamando responsabilidad en el orden penal y civil, no resta en modo alguno razón a la existencia de la norma deontológica, por dos razones, en primer lugar, conductas “poco deseables” pero no susceptibles de ser criminalizadas o dar lugar a resarcimiento en la vía civil pueden ser objeto de reproche disciplinario, lo que puede dar satisfacción a los perjudicados; en segundo lugar, en ocasiones quienes piensan que sus intereses se han visto lesionados por conductas del abogado que podrían dar lugar a responsabilidad penal o civil no afrontan el inicio de los procedimientos en dichos ordenes debido al coste y la dilación que pueden implicar, por no tener la seguridad de contar con pruebas de suficiente entidad para que las acciones prosperen o por temor a no prevalecer en el litigio y deber afrontar las costas, la norma deontológica y la corrección disciplinaria desempeñan en estos casos una importante función al suponer una vía alternativa que puede atender las reclamaciones de los presuntos perjudicados.

- La norma deontológica, generalmente, no concede atención específica a los procesos de negociación en los que tan a menudo intervienen los abogados, de la misma manera, apenas existen preceptos que otorguen protección a la parte contraria en dichos procesos. No obstante, las *Model Rules* hacen ambas cosas, ya que tanto en los preceptos como en los comentarios que las acompañan se refieren de forma expresa y específica a los procesos de negociación así como existen preceptos que otorgan protección a la parte contraria en negociaciones. Esta protección cobra especial relevancia dado el carácter privado y alejado de la supervisión de los órganos jurisdiccionales que presentan estos procesos. Una de las *Model Rule* que más debate despierta en la comunidad legal estadounidense es que prohíbe al abogado de no mentir sobre hechos materiales en las negociaciones, así como la prohibición de omitir informaciones con la finalidad de dar lugar a un consentimiento mal informado. Ciertamente, las normas éticas no se caracterizan por su claridad y los problemas de interpretación llegan a cuestionar la eficacia de la prohibición, pero la norma

existe, y como mínimo y eso no es poco, serán numerosos los profesionales que deseen conducirse de acuerdo a su código ético y que la tomen en consideración e intenten cumplirla. En referencia a la norma deontológica española, apenas existe referencia alguna a los procesos de negociación, y la protección que despliega sobre la parte contraria existe si bien en menor dimensión que en el caso estadounidense. En general, el código ético norteamericano, regula con más detalle, y se encuentra mucho más avanzado que las normas españolas, tanto en el tratamiento específico de los procesos de negociación, en materia de protección de la parte contraria y otros terceros distintos al cliente.

CONCLUSIONES
Y
PROPUESTAS

1 Conclusiones finales

Empezamos a escribir esta tesis con la idea preconcebida, y por cierto por casi todos compartida, de que los litigios deben ser evitados, siempre y a toda costa, de manera que cualquier alternativa resulta más adecuada para resolver un conflicto. Una labor intensa de estudio e investigación nos descubrió debates que desconocíamos y que nos condujeron a una reflexión que nos ha llevado a una transformación de nuestros planteamientos iniciales, de forma que cuando nos sentamos a escribir, vimos con sorpresa que no nos sentíamos tan motivados a defender aquello que, probablemente sin demasiado conocimiento de causa, creíamos que era de manera general lo más conveniente.

Lo sucedido no puede más que complacernos, ya que creemos que esa debe ser la forma de acercarse al conocimiento y de construirlo, con pocos miedos, con apertura de mente y con la más amplia disposición a dejar que nuestras ideas preconcebidas den lugar a nuevos planteamientos producto del aprovechamiento de un debate enriquecedor y de una reflexión metódica, pero creativa.

Para concluir esta tesis queremos formular nuestras conclusiones de la siguiente forma: primero exponiendo de forma resumida tres reflexiones, una por cada parte de la tesis, y tras ello, proponiendo nuestras sugerencias al respecto.

Nuestros planteamientos:

Primero: El colectivo de los profesionales de la abogacía tiene un papel protagonista en la evolución que estamos viviendo en materia de resolución de conflictos. Como hemos mencionado a lo largo de nuestra investigación, el auge de los ADR en los EEUU ha ido acompañado de un desarrollo importantísimo de la negociación legal. Tal y como ha ocurrido en el entorno estadounidense, cabe esperar que en los próximos años en España, la negociación cobre incluso más importancia que la que ya tiene, así como, que proliferen nuevos mecanismos que pretendan servir a la resolución de conflictos como tales, o bien se integren en otros mecanismos ya existentes, incluso en los procesos judiciales, con la finalidad de buscar soluciones negociadas que eviten los litigios dilatados.

Nuestra investigación nos muestra que si comparamos el marco estadounidense con el español, salvando todas las diferencias que no ignoramos en modo alguno, la formación y las herramientas a disposición de los profesionales en este último entorno para adaptarse a esta nueva realidad profesional son escasas y deficientes. Respecto de la negociación legal, no queremos dejar de señalar, que las escasas enseñanzas que se ofrecen en este ámbito suelen versar sobre negociación en general y, en ocasiones, se imparten por formadores ajenos al mundo del derecho. Sin ánimo de generalizar, en España, la formación y materiales de lectura y aprendizaje sobre la negociación puede ser de cierta utilidad, pero suelen pecar de falta de adaptación a las necesidades de los profesionales del derecho. Este sesgo es de gran importancia y la falta de adaptación mencionada si el receptor de la información no es capaz de reconducir lo aprendido a la realidad práctica de las tareas de defensa y asesoramiento legal podría incluso llevar a una utilización errónea de lo aprendido.

Segundo: Es obvio que nos encontramos ante una situación que exige una evolución en la forma de resolver los conflictos. Es una realidad que la Administración de justicia está aquejada de graves deficiencias, principalmente dos: lentitud y elevados costes. Por dichos motivos, el legislador encamina grandes esfuerzos para potenciar la utilización de los ADR pretendiendo que son la solución a los problemas mencionados. Nosotros creemos que faltan debate y crítica, constructiva, por supuesto. Además, estamos plenamente convencidos de que la Administración de justicia puede mejorarse en base a soluciones internas, es decir, generadas por y para el propio sistema. Nada tenemos en contra de que institutos como la mediación existan y que los ciudadanos que lo deseen puedan recurrir a ellos, pero creemos que se hace necesaria una seria reflexión, a la vez que no estaría de más observar cierto sigilo cuando se trata de proponer, emprender e incluso opinar respecto de cualquier acción relativa a como los ciudadanos ejercen sus derechos fundamentales y el acceso a la justicia es uno de ellos, aparte de ser espina dorsal del Estado de Derecho Democrático.

Por lo tanto, el fomento e implantación de cualquier mecanismo que pueda remplazar las funciones de los Tribunales debe contemplar ciertos requisitos, para nosotros al menos dos:

- a. Deben ser mecanismos voluntarios, de forma que corresponda a los ciudadanos escoger si los utilizan. Nosotros consideramos que estos mecanismos no deben nunca constituir “una sustitución forzada y forzosa” del litigio.
- b. Deben estar regulados de forma suficiente en orden de que las soluciones que se obtengan cuenten con la misma calidad que la que puedan tener las resoluciones de los Tribunales.

En definitiva, no creemos que los problemas que aquejan a la Administración de justicia deban solucionarse “privatizándola”, por el contrario, sería quizás más idóneo, empezar a pensar que no se trata de sustituir al litigio, sino de ampliar y complementar el abanico de opciones a disposición de los ciudadanos para resolver sus disputas legales. Es más, se trata simplemente de observar la realidad, como hemos expuesto en esta tesis, en EEUU, país pionero en la implantación de los ADR, estos mecanismos, entre ellos la negociación legal, se han ido integrando la dinámica procesal litigiosa, de forma que una parte importante de su existencia está fuertemente ligada a la vida judicial. Efectivamente, una mayor integración de los mecanismos alternativos al litigio de resolución de conflictos en el sistema judicial, sin que ello pueda nunca significar su obligatoriedad como requisito para acceder al procedimiento litigioso, puede ser una opción óptima para que la complementariedad resulte de verdadera utilidad a los ciudadanos.

Tercero: Si partimos de la premisa de que muchos conflictos deben resolverse recurriendo a mecanismos alternativos al litigio, los profesionales de la abogacía cada día desarrollarán una mayor parte de sus actividades en medios no judiciales. Nosotros creemos que la norma deontológica debe adaptarse a esta nueva realidad. En nuestra opinión, faltan preceptos que regulen el comportamiento de los abogados en contextos no judiciales, a tal efecto se debería poner énfasis en aquellos mecanismos de resolución de disputas que, por su carácter privado, carecen de toda supervisión. Nos parece especialmente urgente que la norma deontológica española regule los procesos de negociación legal. Además, la protección de la parte contraria respecto de las actuaciones del abogado precisaría de una revisión profunda. Las dos temáticas que señalamos pueden ser objeto de una combinación, cuyo resultado el redactor

de la norma deontológica debería tener muy presente como objetivo: la protección de la parte contraria en los procesos de negociación.

Nuestras propuestas:

Primera: La revisión del currículo académico universitario en orden a empezar introducir la enseñanza de disciplinas que preparen a los futuros profesionales de la abogacía para ejercer en un contexto que requiere conocimientos, habilidades e incluso actitudes distintas a las que tradicionalmente se vienen enseñando. Las corporaciones profesionales y/o instituciones afines, que parecen estar volcadas en la formación en institutos como el arbitraje y la mediación, deberían recordar que los abogados también necesitan formarse para hacer aquello que hacen cotidianamente, pero más bien intuitiva: negociar. Desde los ámbitos académicos e investigadores se debería intentar fomentar el estudio doctrinal y la investigación de esta disciplina, hasta ahora, casi ignorada en España. Las necesidades formativas de las que hablamos no pueden cubrirse con cursillos o módulos de 20 o 40 horas, poco satisfechos podremos sentirnos de esta tesis si no hemos sido capaces de demostrar que estamos ante “toda una disciplina” que debería ser un componente importante del currículo de los juristas.

Segunda: Nos parece oportuna la regulación de los mecanismos alternativos al litigio como la mediación y el arbitraje, pero las garantías no pueden acabar ahí. Nosotros proponemos, que los mediadores y los árbitros para acceder a tales funciones deban aprobar una oposición adaptada a las necesidades de dichos mecanismos. Deberíamos empezar a no confiar en apreciaciones meramente subjetivas y/o intuitivas, puesto que se impone la recopilación de datos estadísticos e investigaciones cualitativas para evaluar el funcionamiento, resultados y la idoneidad de la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Existen datos disponibles en materia de arbitraje elaborados por las propias instituciones arbitrales, pero entendemos que deberían llevarse a cabo valoraciones independientes. En cuanto a la mediación, la ley no tiene en nuestra opinión, el recorrido suficiente para poder proceder a valoraciones rigurosas sobre la efectividad de dicho instituto, pero es un extremo que en el futuro no debería descuidarse. No obstante, si

atendemos a la primera valoración a nivel comunitario sobre la utilización del instituto, como ya hemos mencionado, los resultados no son nada alentadores.

El aumento de garantías ofrecida a los ciudadanos por los mecanismos de resolución de conflictos alternativos al litigio puede venir propiciado por medidas tales como la existencia de un nivel de formación más elevado a los terceros neutrales y/o imparciales y la garantía su independencia incorporándolos al sistema de Administración de justicia, de forma que el Estado se constituya también en responsable de las soluciones alcanzadas en estos procedimientos. Bajo estas circunstancias, estas modalidades de resolución de conflictos podrían realmente ser consideradas como modalidades reales de acceso a la justicia sin ningún tipo de cuestionamiento.

No obstante, no todas las soluciones para paliar las deficiencias del sistema de Administración de justicia tienen porque venir desde el exterior, el mismo sistema en sí, es susceptible de mejoras importantes, y nos limitaremos a las que tienen relación directa con el objeto de nuestra investigación:

- a. Las normas procesales, e incluso las de derecho sustantivo, son una excelente herramienta de la que el legislador puede servirse para instrumentar medidas que fomenten los acuerdos y eviten el litigio. Nos referimos a instaurar normas que faciliten el recurso a la negociación, como las que puedan proteger la confidencialidad de las informaciones intercambiadas en el proceso de negociación. En este sentido, si entra en vigor la propuesta de artículo 1245 del Código Civil integrado en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y contratos ya analizada en esta tesis, estaríamos ante un avance en la dirección correcta, ya que dicho precepto, además, de proteger la confidencialidad de las informaciones intercambiadas en los procesos de negociación establece la responsabilidad de los negociadores lleven a cabo conductas atentatorias a la buena fe. También las recientes modificaciones de la LOPJ pueden ser útiles en este sentido. A este respecto, la ya mencionada obligación de la unificación de criterios de las diferentes Secciones que componen las Salas de la Audiencias es una medida orientada a ayudar a la previsión del resultado del litigio, lo que puede ser de ayuda al abogado para el asesoramiento al cliente en la elección del medio para resolver su disputa. A mayor conocimiento de los criterios de los Tribunales sobre cuestiones jurídicas

transcendentales, mayor capacidad de previsión por parte del profesional, y por tanto, de decisiones mejor informadas para el cliente.

- b. La judicatura es también una pieza clave en la promoción de la correcta utilización de los servicios de la Administración de justicia por parte de los ciudadanos. En este sentido, debería recurrirse con toda la frecuencia que fuera necesaria a un dispositivo que, en nuestra opinión, puede resultar de extrema utilidad para que el recurso abusivo a los Tribunales no contribuya a sobrecargarlos indebidamente de asuntos. Nos referimos al art. 247 de la LEC, nos parece especialmente relevante el punto del precepto que dice que cuando las actuaciones contrarias a la buena fe pudieran imputarse a un profesional, se deberá dar cuenta al colegio profesional, por si procediera la sanción disciplinaria. Es un precepto de escasa utilización, lo que debería dar lugar a reflexión. Es posible que el precepto no sea de fácil aplicación práctica, al menos en su actual redacción, al no dejar claro si una vez remitidas las actuaciones al colegio profesional, la infracción deberá ser apreciada si está contemplada en la norma deontológica, o si la comisión de deontología podría aplicar el precepto de la LEC, si bien sería ilógico que los colegios profesionales apliquen lo que para nosotros se encuadraría en la policía de estrados. A nosotros nos parece que en orden a racionalizar el funcionamiento de la Administración de justicia, sería preciso arbitrar los mecanismos oportunos para disuadir a quienes intenten obstruirla indebidamente con actuaciones frívolas mediante dispositivos que realmente funcionen, ya sea porque los jueces se encarguen de reprochar este tipo de conductas o bien se arbitre un sistema coordinado entre Juzgados y colegios de abogados.

Tercera: Las corporaciones profesionales que agrupan a los profesionales de la abogacía deberían trabajar de forma constante para convertir las soluciones negociadas, aquellas en las que los abogados trabajan de forma cotidiana desde siempre, en más atractivas para los ciudadanos, y con ello queremos decir aunque nos repitamos, que los esfuerzos deben dirigirse a dotar a los procesos de negociación, y por ende a sus resultados, de mayor calidad y de mayores garantías. Los mecanismos de resolución de conflictos serán cada día más numerosos, e inevitablemente competirán entre sí para ganar usuarios. La negociación legal como mecanismo de resolución de conflictos es el medio

natural del abogado, por lo tanto, debería redoblarse esfuerzos para que los ciudadanos confíen en él y lo escojan. Hemos ya apuntado anteriormente lo importante que resultaría en este sentido incrementar la protección de la norma deontológica a la parte contraria y regular los procesos de negociación.

Por aquello de que lo teórico debe ir siempre seguido de lo práctico, tras estas conclusiones, formulamos dos propuestas: una norma deontológica, y el diseño de un mecanismo de negociación legal supervisado. El desiderátum sería incorporar al imaginario colectivo que negociar asesorados por abogados es garantía de soluciones justas y equilibradas, que respeten la legalidad y que motiven a los que las suscriben a su cumplimiento.

2 Propuesta de inclusión de un nuevo artículo en CDAE/EGAE

Como ya hemos señalado en el texto de esta tesis doctoral, la norma deontológica española muestra escasa preocupación por las actividades extrajudiciales del abogado como la negociación, consecuencia de esta desatención es la exigua protección de la protección de la parte contraria, nos referimos al cliente, en dichos contextos.

Nos preocupa especialmente que el art. 43 del EGAE, no se reproduzca en la nueva versión del estatuto. Si bien se trata de un precepto de redacción genérica, tiene la virtud, rara en la norma deontológica, de desplegar protección sobre la parte contraria, prohibiendo todo acto que pudiera causar una lesión injusta a la misma. Además, la protección otorgada se extiende a todos los integrantes de la parte contraria, quienes a excepción del abogado que disfruta en este sentido de una situación privilegiada, cuentan con escasos resortes para defenderse de las actuaciones reprochables del abogado de la parte contraria.

El nuevo Estatuto se limita a incorporar el precepto hasta ahora figuraba en el CDAE para indicar al Abogado que en sus contactos con parte no representada debe evitar todo tipo de abuso e indicarle la conveniencia de contar con representación legal.

En el ámbito de la legislación aplicable a las negociaciones, la Propuesta de Proyecto de Modernización sobre derechos de contratos que supondría la incorporación de nuevos artículos al Código Civil y modificación de algunos existentes contempla la inclusión de un precepto que definiría y concretizaría el contenido del principio de buena fe que debe presidir las negociaciones, incrementando así la seguridad jurídica.

Por todo lo expuesto, nos parece oportuno que la norma deontológica apueste por una convergencia con la norma de derecho civil que debería traducirse en el incremento de las garantías para los que intervienen en procesos tan trascendentales para el tráfico jurídico como las negociaciones. No obstante, aunque la reforma del Código Civil no introdujera un artículo del tenor del propuesto como 1.245, titulado de la Negociación, consideramos oportuno la incorporación del precepto que proponemos a la normativa deontológica, ya que la convergencia con el derecho precontractual tendría lugar igualmente, puesto

que el contenido del principio de buena fe se ha ido construyendo en el ámbito precontractual en base a construcciones doctrinales y jurisprudenciales y son las infracciones más comunes las que se regulan en el precepto que pasaría a integrar el Código Civil.

Nuestra propuesta consiste en la incorporación de un artículo novedoso al código deontológico de la abogacía que presente las siguientes particularidades:

- Se refiera de forma específica a los procesos de negociación.
- Contribuya a la convergencia de las obligaciones del profesional con las que son exigibles por el derecho civil.
- Despliegue protección respecto a la parte contraria, estableciendo de este modo los pertinentes límites al derecho de defensa.

El tenor del artículo que proponemos es el siguiente:

Obligaciones del abogado en los procesos de negociación

En su intervención en un proceso de negociación asesorando a un cliente el Abogado deberá:

- a. Abstenerse de iniciar o participar en un proceso de negociación, a sabiendas, de que no es interés del cliente alcanzar un acuerdo.
- b. Abstenerse de iniciar o participar en un proceso de negociación con finalidad meramente táctica, faltando al principio de buena fe que debe presidir las relaciones precontractuales, en especial, se considerará contrario a la buena fe la utilización del proceso de negociación con fines dilatorios o de obtención de información, para luego interrumpirlo de forma injustificada.
- c. Abstenerse de facilitar a la otra parte informaciones, a sabiendas, de que son falsas u ocultar informaciones relevantes cuando con estas conductas se obtenga como resultado un acuerdo que de no haber recurrido a la falsedad o a la ocultación de información no se hubiera alcanzado, siempre que los pactos benefician a la parte que ha llevado a cabo tales conductas en perjuicio de la otra parte o partes intervinientes.

- d. Abstenerse de iniciar o participar en un proceso de negociación, a sabiendas, de que el cliente no tiene intención de cumplir los pactos que pretenden alcanzarse o disponiendo de información que, razonablemente, permitan prever que el cliente no está o estará en condiciones de cumplir las obligaciones dimanantes del acuerdo.
- e. Abstenerse de fingir una atribución autoridad para negociar y/o pactar en un proceso de negociación cuando esta no ha sido conferida.

Con la incorporación de un artículo con este contenido en el CDAE y/o EGAE, se conseguiría lo siguiente:

- Aumentar la seguridad jurídica de las partes en los procesos de negociación, ya que el artículo debería actuar como disuasorio directo al menos para los Abogados, que son los que están sujetos a la norma deontológica.
- La norma permitiría que los acuerdos negociados pudieran cumplir mejor su función, ya que la observancias del precepto no puede sino redundar en que los pactos que se alcancen correspondan a la circunstancias y contexto real de los negociadores, de forma que los acuerdos contemplen las necesidades e intereses reales de las partes, lo que contribuiría a que los pactos convenidos sean duraderos y se cumplan, con el beneficio que eso conlleva tanto para los intervinientes como para la sociedad en general.

En definitiva, consideramos que redacción del precepto propuesta atiende convenientemente una de nuestras preocupaciones centrales y manifestadas al principio de estas tesis y que ahora nos permitidos evocar de nuevo: los niveles de garantías y calidad de las soluciones que se alcancen mediante los procesos de negociación.

En cuanto al apartado e) del precepto que proponemos, supone una ampliación de la protección a la parte contraria de modo general, y no únicamente al abogado. El nuevo EGAE en su artículo 60 incluye la prohibición al abogado de no atribuirse facultades distintas a las que le han sido conferidas por el cliente, pero el precepto se regula las relaciones entre abogados, por lo que no despliega protección sobre los integrantes de la parte contraria que no ostenten esta condición. La redacción que nosotros proponemos ampliaría la protección

de la norma respecto de su elemento subjetivo, ya la protección se extendería todos los integrantes de la parte contraria, entendemos que además de respecto a los clientes del abogado, la prohibición también regiría para otros intervinientes en el proceso de negociación- peritos, auditores, etc...-, y lo que estimamos más importantes, las partes no representadas quedarían también protegidas, lo que entendemos no sucede en base al artículo 60 d) del nuevo EGAE.

Cierto que puede argumentarse que ya existe un precepto¹²³⁶ que prohíbe al abogado evitar todo abuso o acto que ocasione una lesión injusta a la parte contraria no representada, y si bien este precepto podría servir para estimar infracción simular facultades que no han sido conferidas, estimamos que dada la escasa regulación de los procesos de negociación, resultaría conveniente un artículo que de forma concreta prohíba una conducta de esta naturaleza por parte del abogado en procesos que por su carácter privado aumentan la vulnerabilidad de las partes no representadas.

En el orden deontológico y respecto de los contextos extrajudiciales como los procesos de negociación, se hace necesario incrementar las exigencias de veracidad al abogado en sus manifestaciones y conductas. El aumento del estándar a este respecto, debería contribuir al aumento de las garantías de que los procesos privados de negociación en los que los abogados desempeñan una función fundamental fueran más justos y equilibrados, ya que si los procesos no revisten esas características, es probable que tampoco se encuentren en su resultado, es decir, el acuerdo.

Si los acuerdos que resuelve una disputa o conflicto están diseñados para cumplir de forma eficiente su función, ninguna de las partes se verá obligada a hacer aquello que quiso evitar negociando, recurrir a los Tribunales, ya sea porque el acuerdo se incumple, porque sus pactos son desmesurados en perjuicio de alguna de las partes o porque la solución acordada no fue alcanzada en base a decisiones debidamente informadas.

¹²³⁶ Art. 54.2 del nuevo EGAE. En el actual estatuto no existe un precepto similar, pero si en el CDAE.

Cuando, un acuerdo fracasa, y uno de los firmantes, en ocasiones incluso ambos, recurran al litigio porque el acuerdo no ha resuelto el problema, sino que lo ha agravado, y resulta ser en sí mismo también un motivo de conflicto, no pierden únicamente quienes lo firmaron, pierde el sistema legal, pierde la sociedad en su conjunto, es decir, perdemos todos.

3 Propuesta para la organización del mecanismo de negociación regulada

En el texto de esta investigación hemos estudiado y analizado la actividad negociadora de los profesionales del derecho, que como ha quedado patente es parte esencial del trabajo diario de los abogados.

Consultando los barómetros publicados por el CGAE, hemos constatado que los potenciales clientes del abogado esperan de este profesional asesoramiento para buscar soluciones negociadas a sus conflictos o disputas.

Nos hemos referido al gran auge que están experimentando los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos, especialmente, la mediación. Este auge viene además acompañado por medidas legislativas para su implantación y desarrollo.

Es obvio, que los poderes públicos necesitan tomar medidas para descongestionar unos Tribunales de justicia sobrecargados de asuntos, y una forma de hacerlo es proporcionar a los ciudadanos mecanismos distintos al litigio para resolver sus conflictos.

Nos llama poderosamente la atención, que cuando se piensa el número de litigios debería disminuir en favor de otras fórmulas menos costosas, más rápidas y flexibles, todo el mundo parezca olvidarse de que los abogados desde que se les recuerda como tales, han usado de forma predominante la negociación como forma de resolución alternativa al litigio para la resolución de los conflictos en los que sus clientes puedan ser parte.

Nos preguntamos por qué no se ha pensado en concebir y poner en marcha mecanismos que fomenten la negociación privada entre las partes y sus abogados, que la doten de mayores garantías, por ejemplo respaldándola a nivel institucional, con la finalidad de ofrecer a los ciudadanos una alternativa novedosa, accesible económicamente y con posibilidades reales de adaptación a las necesidades de las partes negociadoras, pero conservando la ventaja de estar en todo momento asesorado por quien defiende sus intereses, lo que la dotaría al mecanismo de un valor añadido diferencial respecto de la mediación.

Cierto que los Abogados han negociado siempre los intereses de sus clientes, pero probablemente, con un marco adecuado y creado de forma específica a tal efecto, negociarían más y mejor.

Como análisis previo, identificaremos una lista de inconvenientes que pueden provocar que los abogados y/o sus clientes se resistan a negociar o aun haciéndolo, afronten el proceso de negociación como si fuera un mero trámite para quedar bien o “cubrir el expediente”, pero teniendo en mente el litigio como única solución al conflicto al que desean dar solución.

Los motivos pueden ser los siguientes:

- El cliente es la parte demandada en el litigio y la premura que puedan imponer los plazos procesales, al menos en un primer momento, no permite el planteamiento de negociar, ya que la prioridad es defenderse.
- El cliente y/o el abogado pueden ser reticentes a la negociación porque han tenido experiencias anteriores negativas al respecto: han perdido tiempo en una negociación prolongada para luego acabar en el litigio, han firmado un acuerdo que luego la otra parte nunca cumplió o han tenido malas experiencias con conductas poco éticas de otros abogados y/o sus clientes en los procesos de negociación.
- El cliente y/o el abogado piensan que es mejor tener una sentencia a un acuerdo.
- Al cliente le inspira más confianza un proceso legal supervisado por jueces que en una negociación entre abogados.

Algunas de las prevenciones anteriores, en ocasiones, están plenamente justificadas. Como ya ha quedado expuesto en el capítulo de la tesis en el que comparábamos ventajas y desventajas entre negociación y litigio, no siempre la negociación es el mejor mecanismo de resolución de un conflicto. De hecho, hemos analizado el importante papel que juega el abogado en la evaluación de las diferentes alternativas a disposición del cliente para resolver el conflicto y en el asesoramiento en la elección de la más adecuada.

Por estos motivos, pensamos que podría resultar de conveniencia tanto para la ciudadanía en general como para los profesionales de la abogacía que se

pusiera en marcha un mecanismo de resolución de conflictos mediante la negociación asistida por abogado. Debería tratarse de un sistema avalado institucionalmente para diferenciarse de las negociaciones privadas tradicionales, lo que supondría un “plus” inherente al nuevo mecanismo de resolución de conflictos. Pensamos que los colegios profesionales serían la entidad más adecuada para cumplir una función de este tipo.

Además, las corrientes liberalizadoras que orientan la regulación de servicios profesionales, en un futuro no muy lejano, podrían propiciar que la colegiación dejara de ser obligatoria para desempeñar al menos parte de las actividades reservadas tradicionalmente a los abogados. Por esta razón, el momento puede resultar especialmente oportuno. Si las corporaciones profesionales consiguen convertirse en pieza esencial en el desarrollo de la prestación de los servicios por parte de los profesionales que agrupa, su razón de existir estará cada vez más afianzada. En la situación actual, la estrategia no puede ser otra que la “ser útil a los profesionales e imprescindibles a la sociedad”.

La mediación, si bien tendrá sus virtudes, puede no ser el mecanismo más idóneo para quienes necesitan resolver un conflicto. El mediador como tercero neutral puede desempeñar una función de utilidad, pero es frecuente que quien debe enfrentar una situación de complejidad e incertidumbre piense y sienta que la mejor forma de hacerlo es “acompañado” de alguien que le asesore desde su perspectiva, que entienda y defienda sus intereses, en definitiva contar con la ayuda y el apoyo de alguien que esté “a su lado y de su parte”. La tarea que describimos es, sin lugar a duda alguna, propia de los abogados. Se trata pues de diseñar un mecanismo que permita a los profesionales ofrecer a sus clientes una alternativa nueva y distinta para resolver sus conflictos y organizar negocios jurídicos sin salir de su entorno profesional natural.

Nuestra propuesta consiste en la creación de un servicio específico dentro de los colegios de abogados al que los colegiados pudieran acudir con sus clientes para dotar de un marco jurídico que proteja y aumente las garantías del acuerdo negociado. Un incremento de garantías en el procedimiento debería traducirse en mejores resultados.

Lo que proponemos es la creación de un marco contractual supervisado que aumente las garantías de las partes negociadoras en una negociación privada entre partes y sus abogados, y a su vez, añada valor al trabajo de estos profesionales.

Las bases del mecanismo de resolución de conflictos que proponemos son las siguientes:

- a. El mecanismo estaría tutelado por las corporaciones profesionales que agrupan a los abogados.
- b. La utilización del mecanismo que proponemos implicaría básicamente:
 - Comprometerse a aceptar los principios rectores del mecanismo elaborado por la corporación profesional que lo tutele.
 - Aceptar la supervisión de un especialista que sería designado por la corporación profesional. El supervisor deberá velar por el correcto desarrollo del proceso de negociación e informar sobre la idoneidad del acuerdo.
 - Elaborar un convenio que regule el proceso negociador. Las partes deberán llegar a los pactos que estimen adaptados a sus necesidades para organizar el proceso que debe permitirles alcanzar el acuerdo.

Los parámetros básicos del mecanismo serían los siguientes:

- La utilización del mecanismo debe ser siempre voluntaria.
- Cuando las partes decidan recurrir al mecanismo de negociación supervisada, deberán acudir al colegio de abogados de su elección, si bien de preferencia deberá ser aquel en el que se encuentre inscrito al menos uno de los abogados participantes.
- Deberá firmarse un convenio de negociación. Los pactos deberán ser aceptados por todos los participantes en la negociación, tanto por los principales como por los agentes, en este caso, por los clientes y los abogados. En los procesos que requirieran la intervención de asistirse de peritos o expertos especialistas, lo conveniente será que estos conozcan los pactos y se sumen a ellos.

Para acogerse al mecanismo deberá como mínimo intervenir un abogado. Estimamos conveniente que el mecanismo pueda ser utilizado tanto en casos en los que un abogado representa a todas las partes como aquellos en los que una parte no cuenta con representación. Una de las mayores utilidades del mecanismo sería su utilización en aquellas negociaciones en las que una de las partes no cuente con asesoramiento de abogado, ya que la supervisión del proceso y del resultado del mismo, es decir, del acuerdo cuando se alcanzase, significaría un incremento de la protección para la parte no representada, por lo que, sin duda alguna el mecanismo contribuiría a disipar dudas sobre la justicia del acuerdo y del equilibrio de las partes en el mismo. Además, la corrección de la conducta del abogado y el exceso de todo abuso sobre la parte que no cuenta con representación viene garantizado por la intervención del supervisor.

La figura del experto supervisor.

- Los supervisores deberán ser miembros de la corporación profesional y a su vez solicitar integrar una lista elaborada por las corporaciones profesionales para el funcionamiento del mecanismo. El supervisor serán asignado, según las especialidades, por el orden de dicha lista.
- Las corporaciones profesionales, serán las responsables de garantizar la competencia de los integrantes de las listas de supervisores, así como, la independencia de los mismos. A estos efectos, deberá llevarse a cabo la elaboración de un reglamento que los supervisores de obligado cumplimiento para los supervisores. El reglamento deberá, entre otros temas, regular:
 - a. Los requisitos para forma parte de la lista de los supervisores expertos. A estos efectos, cabe establecer un sistema de acceso a las listas que garanticen la competencia profesional. Con el propósito de aumentar las garantías ofrecidas por el mecanismo, estimamos que lo más conveniente sería la elaboración de listas por especialidades¹²³⁷.

¹²³⁷ La especialidad debería referirse a las diferentes ramas del derecho, pero también podrían establecerse listas diferenciadas por categoría de clientes: particulares, pymes, grandes empresas.

- b. Régimen de incompatibilidades para actuar como interventor en un proceso de negociación, por ejemplo, un abogado no podrá ser supervisor en un proceso de negociación en el que actúe un abogado con el que le una lazo de parentesco o relación especial, que pertenezca a su misma firma legal, o con el que comparta o haya compartido despacho. De la misma manera, el reglamento deberá dar la posibilidad a los abogados negociadores de recusar al supervisor designado cuando concurren las causas establecidas al efecto.
- c. Financiación: las retribuciones de los supervisores estarían fijadas por los colegios profesionales que son quienes instrumentan el servicio¹²³⁸.
- d. Requisitos a cumplir por los supervisores: seguro de responsabilidad civil, aceptación del estatuto.

Bases del funcionamiento del proceso de negociación supervisada

Fase Primera: Las partes presentan solicitud en la corporación profesional para iniciar un proceso de negociación en el que manifiestan su voluntad de resolver una disputa legal o regular una relación jurídica mediante un proceso de negociación. La corporación profesional, tras estudiar los datos de la solicitud y recabar la información necesaria, que puede incluir entrevistas con los solicitantes, asigna un supervisor. La solicitud puede también ser llevada a cabo por una parte y su abogado para invitar a la otra parte a negociar desde el marco del mecanismo.

Fase segunda: Los negociadores redactan un convenio que regulara el proceso de negociación. Esta tarea puede ser facilitada por las guías que deberán elaborar a tal efecto las corporaciones profesionales, así como, por las consultas que puedan realizarse al supervisor designado.

¹²³⁸ Respecto a la financiación podrían establecerse diferentes categorías dependiendo de las características de los acuerdos: partes que intervienen, tipología de las partes, complejidad, práctica de peritajes.

Fase Tercera: Desarrollo del proceso de negociación siguiendo los parámetros acordados en el convenio. Los negociadores podrán solicitar la intervención y asesoramiento del supervisor si lo estiman necesario.

Fase Cuarta: En esta fase existen dos posibilidades:

- El acuerdo no se alcanza. Los abogados que intervienen deberán comunicarlo al supervisor.
- Se alcanza un acuerdo. Debe presentarse al supervisor un expediente para que emita dictamen sobre los pactos alcanzados. Los negociadores además del documento que recoja el acuerdo alcanzado, deberán adjuntar todos los elementos que se estime oportuno- acuerdos intermedios, notas elaboradas durante el proceso, pruebas sobre los derechos y obligaciones u cualquier otro que consideraran pertinente-. El supervisor deberá en un plazo preestablecido emitir un informe sobre el acuerdo, en especial, deberá pronunciarse sobre la viabilidad y el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del acuerdo. En caso de estimarlo necesario el supervisor podrá entrevistarse con las partes y sus abogados, así como con otros intervinientes en el proceso: peritos, contables, empleados en el caso de que las partes sean organizaciones.

Guía de utilización del mecanismo y sugerencias de pactos de organización del proceso

Una de las formas de prestar esta asistencia sería la confección y puesta a disposición de los usuarios de modelos con cláusulas de utilidad.

Como guía no exhaustiva trataremos algunos de los puntos susceptibles de ser pactados.

1.- Gestion e intercambio de información

Como hemos expuesto en nuestra investigación la gestión y el intercambio de información son en general pieza clave en la resolución de conflictos, y por lo tanto, también en el proceso de negociación.

Existe información que es privada de las partes y, únicamente, sale a la luz si voluntariamente éstas la revelan. Esto es generalmente así en todos los

mecanismos de resolución de conflictos, a excepción del el litigio en el que es posible que el Juez solicite de oficio las informaciones que precisa para dictar resolución, y en menor medida en el arbitraje, mecanismos que permite a los árbitros actuaciones de oficio si las precisará para dictar laudo.

En numerosas ocasiones, la resolución del conflicto pasa por el conocimiento de información de una parte sobre la otra. Algunas informaciones son públicas y simplemente basta con acudir al registro público correspondiente para obtenerlas.

Pero aun las informaciones públicas, ofrecen dos limitaciones importantes:

- Pueden ser incompletas o inexactas.
- En ocasiones la información tarda un tiempo en estar disponible al público, por lo que por estos cauces no se puede obtener información muy reciente.

Nuestra propuesta consiste en que las partes pacten facilitarse información de forma voluntaria y comprometiéndose a su veracidad y actualidad. Este tipo de pactos resultarían ser de especial utilidad respecto de información que no es pública o lo será con dilación o para complementar la información a la que obligan los registros públicos con datos suplementarios que pueden resultar de interés a la otra parte.

El intercambio de información no tiene por qué limitarse a las informaciones de carácter público, las partes pueden pactar el intercambio que les convenga con el único límite de respetar la ley.

El intercambio de información mutuo pactado debe aportar las ventajas siguientes:

- Ahorro de recursos: tiempo, dinero, esfuerzo.
- Agilidad en el proceso.
- Aumento de la confianza mutua entre las partes.

2.- Límite temporal a la negociación

Una de las objeciones común entre las partes que se plantean negociar es el temor a que las negociaciones se eternicen y acaben resultando una pérdida de tiempo.

El mecanismo de negociación supervisado permitirá a las partes otorgarse de mutuo acuerdo un plazo para la negociación adecuado a la complejidad y particularidades de cada caso. Así mismo, podrían plantearse plazos de término intermedios, por ejemplo, el plazo para completar un intercambio de información, realizar un peritaje, llevar a cabo consultas a potenciales afectados por el acuerdo o autorizaciones necesarias para pactar.

De la misma manera, los negociadores podrían convenir como proceder si una vez agotado el plazo estipulado no se hubiera alcanzado el acuerdo. Las opciones son diversas, desde prorrogarlo, hasta darse libertad para iniciar acciones litigiosas de forma inmediata o incluso darse un último periodo de reflexión para aceptar el acuerdo que en ese momento esté planteado antes de recurrir al litigio.

3.- Contenido de la negociación

Las partes deberán establecer el objeto y objetivo de la negociación. Si estos son varios deberá hacerse constar con su orden de prioridad o establecer objetivo principal y objetivos secundarios, así como la posibilidad de llegar a acuerdos parciales. Las partes también podrán establecer los pactos que estimaren convenientes en cuanto al resultado del proceso, es decir, pueden estipular que, recurriendo al procedimiento pertinente, el acuerdo una vez supervisado pueda ser homologado judicialmente, se eleve a escritura pública o simplemente, pueden quedarse con el documento supervisado por la corporación profesional.

4.- Logística de la negociación

Los negociadores deberían pactar mediante el mecanismo negociado regulado los aspectos logísticos, tales como:

- Lugar o lugares donde se deben reunir las partes o llevar a cabo peritajes o entregas de información.
- Diseño de una agenda de negociación adaptada a los calendarios temporales pactados.
- Intervención de las personas que representaran a cada parte en las diferentes reuniones. En este punto deberían pactarse si serán los abogados quienes negociaran de forma exclusiva, si también intervendrán los principales o clientes y en que mediada lo harán, así como, si se requerirá la intervención de terceros, tales como peritos, expertos, empleados o testigos.
- La elaboración de informes o resúmenes de lo desarrollado en cada fase de la negociación.

5.- Reflexión pre-acuerdo y post-acuerdo

En orden a alcanzar acuerdos realmente deseados y de cumplimiento óptimo por las partes, éstas podrían estipular periodos de reflexión. Es decir, una vez establecido el contenido del acuerdo, las partes podrán concederse de forma mutua un plazo prudencial para la reflexión. Este plazo puede acordarse con carácter previo o posterior a la firma del documento o documentos que recojan el acuerdo de negociación regulada.

Este periodo puede servir a diversos fines, aparte de la propia reflexión en sí. En el caso de las organizaciones, puede convenir que diferentes cargos o personas que puedan verse implicadas en la ejecución y o afectas por el acuerdo puedan conocerlo. En ocasiones, cuando terceros puedan resultar afectados por lo pactado, puede ser también conveniente darles a conocer el acuerdo antes de la firma.

Los periodos de reflexión ciertamente pueden ser percibidos por las partes como un escollo al cierre del acuerdo, pero la oportunidad de poder diseñar y adaptar

el proceso de negociación, debe también traducirse en producir acuerdos seguros, es decir, con las mayores garantías de cumplimiento posible. Las posibilidades de que el acuerdo sea cumplido en todos sus términos se incrementan con la información y el conocimiento del mismo de forma previa a la firma por todos los implicados y/o afectados.

Otra posibilidad consiste en concederse un periodo de reflexión posterior a la firma. De este modo las partes pueden contar con una oportunidad más de valorar tanto la conveniencia del acuerdo como la disposición a honrar el mismo. Tras el periodo de reflexión, las partes podrán retractarse del compromiso contraído y quedar así el negocio jurídico sin efecto.

Este tipo de cláusulas pueden llevar dos tipos de pactos conexos:

- Pueden permitir a los negociadores aceptar unas partes del acuerdo y rechazar otras. Será preciso el consentimiento de la otra parte para aceptar la vinculación parcial. No obstante, no debe descartarse que una de las partes pueda estar interesada tanto del acuerdo completo como en parte del mismo, por lo que puede quedar prestablecido que acepta vincularse a la parte del acuerdo que el otro negociador acepte.
- Puede preverse la posibilidad de retractarse después de la firma y durante el periodo de reflexión, pero estableciendo una contraprestación para la parte que abandone el acuerdo. Es posible que una de las partes no desee incurrir en los costos que implica que una de las partes se retire de un acuerdo ya firmado. No obstante, puede ser conveniente para las partes intentar alcanzar un acuerdo que les conviene, pero tomando precauciones que modulen los riesgos de los recursos a invertir si el acuerdo no llega a ser operativo.

6.- Cláusulas de confidencialidad

Estas cláusulas son comunes en las negociaciones, especialmente, en aquellas en las que se intercambia en información sensible, por ejemplo, información confidencial sobre datos empresariales.

A este respecto, debemos tener en cuenta que las comunicaciones entre abogados ya están debidamente protegidas por la norma deontológica, pero no ocurre lo mismo con los clientes, ya que la ley no otorga protección ilimitada de

confidencialidad respecto de la reproducción y/o utilización del contenido de comunicaciones en las que se interviene. En este sentido, la negociación supervisada puede ser también de utilidad para pactar la confidencialidad de comunicaciones e informaciones intercambiadas o aportadas en el proceso negociador. A su vez, la transparencia que debe presidir la negociación asistida debe servir para que las partes tengan conocimiento de que la confidencialidad no puede cubrirlo todo. De forma, que sean conscientes de que cualquier información documental y de otro tipo en que las partes funden sus derechos que hubiera podido ser conocida por otro medio y que no haya sido elaborada o confeccionada de forma expresa para facilitar el proceso negociador, podría ser susceptible de ser utilizada posteriormente al mismo si no se alcanza el acuerdo, o incluso en el caso de alcanzarlo, con fines distintos a los contemplados por el proceso de negociación. A este respecto, dado que intervienen abogados en el proceso de negociación, si las partes los estiman oportuno ciertas informaciones pueden ser únicamente intercambiadas entre los mismos, para que queden protegidas por el deber de confidencialidad entre los abogados.

Consideramos adecuado, que aunque las partes puedan pactar un mayor grado de confidencialidad, como mínimo quede garantizada la confidencialidad respecto del informe del supervisor cuando las partes no llegasen a firmar el acuerdo, así como, de las notas y documentos elaborados de forma expresa con motivo del proceso de negociación supervisada.

7.- Limitación de los abogados participantes en el proceso

Las partes podrían pactar que los abogados que han participado en el proceso de negociación supervisada no intervinieran en litigios posteriores en caso de no alcanzarse el acuerdo e incluso en caso de haber pactado, si posteriormente surgiera un contencioso judicial respecto a lo acordado. El acuerdo de no intervención posterior, también podría incluir compañeros de despacho del abogado. De la misma manera podría excluirse la posterior intervención judicial de otros participantes en el proceso negociador tales como los peritos.

8.- Gestion de la interterritorialidad

En las negociaciones puede darse el caso de que las partes que pretenden alcanzar un acuerdo, ya sean físicas o jurídicas, ostenten diferentes

nacionalidades, o bien puede perfectamente suceder que el acuerdo presente conexiones con diferentes ordenamientos jurídicos, ya sea debido a los lugares de ejecución del mismo o a otros elementos.

La negociación es una vía adecuada para que las partes intercambien las informaciones pertinentes y reflexionen conjuntamente sobre qué normativa y fuero pueden ser los más convenientes para establecer las cláusulas de sumisión que en caso de discrepancias futuras eliminen muchos de los conflictos que deben resolverse de forma previa al conflicto que da lugar a la disputa.

La norma deontológica a la que están sometidos los abogados que participan en el procedimiento no es uniforme y puede presentar variaciones más o menos importantes dependiendo del ordenamiento jurídico de referencia. En este sentido nosotros entendemos que la negociación asistida sería un instrumento adecuado para gestionar estas incompatibilidades.

Es cierto, que los instrumentos comunitarios e internacionales relativos a las obligaciones deontológicas de los abogados son una importante herramienta de unificación al respecto, pero aun así, persisten diferencias que deben ser conocidas por las partes y en la medida en que la ley lo permita, éstas deben escoger las reglas que deben regir su comportamiento en el proceso de negociación.

Un ejemplo, podría ser el del intercambio de información entre abogados. Respecto dado que no todos los ordenamientos legales prohíben la utilización de las mismas como material probatorio, mientras otros ordenamientos pueden ser menos restrictivos a este respecto.

En nuestra opinión, de la misma manera que quienes alcanzan un acuerdo en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueden llevar acabo, si bien con los límites pertinentes relativos al respeto al derecho imperativo, la elección respecto del derecho aplicable, cuando el proceso negociador presente conexiones con diferentes ordenamientos jurídicos la norma deontológica de los abogados que intervienen se ve también afectada por la doble o múltiple conexión territorial por lo que debería ser posible que las partes buscaran las soluciones pactadas a este respecto.

9.- Financiación del mecanismo

Las partes podrán establecer los pactos que estimen convenientes concerniendo la financiación del mecanismo. De no existir pactos al respecto, se entenderá que el coste de la supervisión será satisfecho a partes iguales por los interesados.

Consideramos que la libertad de pactos es la fórmula más adecuada para establecer la modalidad de financiación del mecanismo, dado que no todas las partes mostraran siempre el mismo interés por negociar, por lo que nos parece convenientes que quienes estén más motivados por pactar puedan incentivar asumiendo costes de transacción a quienes lo están menos.

En cuanto a la financiación del mecanismo, no debe excluirse la financiación por los medios establecidos para facilitar justicia gratuita a quienes puedan disfrutar de dicho beneficio.

10.- El Plus Ético

Los participantes en el proceso de negociación, en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueden llegar a los pactos que más les convengan siempre dentro de los márgenes de la ley, es decir, debe respetarse el derecho imperativo y el consentimiento debe ser libre. El respeto a la legalidad se impone a todos los que intervienen en una negociación, pero en el caso de las negociaciones legales, y respecto a sus participantes más característicos, los abogados, existe un “plus”, la normativa deontológica, de forma que el profesional, además, de respetar la ley como todos sus ciudadanos, debe ajustar sus conductas a las regulaciones que se aplican al colectivo profesional en el ejercicio de sus funciones. Por su puesto, todos los que intervienen en un proceso de negociación se imponen a sí mismos una serie de obligaciones, las éticas, que presiden su comportamiento. No obstante, estas obligaciones a diferencias de las legales y de las deontológicas no son coercitivas, es decir, no son exigibles, y su cumplimiento depende de forma exclusiva de la voluntad de cada individuo.

Es en este punto, donde creemos que un mecanismo como el que proponemos puede verdaderamente desarrollar sus valores añadidos, de forma que los

negociadores pueden pactar sobre aquellos extremos en los que deseen una especial transparencia. Por ejemplo, pueden obligarse a la facilitar toda la documentación que posean o conozcan sobre un extremo en concreto o pueden acordar que revelarán los verdaderos umbrales de reserva, es decir las verdaderas condiciones en las que están dispuestos a pactar.

Para concluir manifestar que esta propuesta se limita a mencionar algunos de los extremos que podrían recogerse en el acuerdo que estableciese las pautas por las que se podrían regir los negociadores. Sabemos que puede objetarse que organizar el proceso de negociación requeriría recursos, entre ellos tiempo, pero a ello puede responderse que aun así debería ser un proceso menos dilatado y mucho más flexible que un litigio, a su vez en cuanto a dilación y flexibilidad, dependiendo del diseño por el que opten los negociadores, podría incluso ofrecer más ventajas que la mediación. A su vez, la organización por los propios negociadores clientes y abogados del proceso de negociación completado por la supervisión colegial pueden dotar de un nivel óptimo de garantías al acuerdo que pueda resultar del proceso y debe también redundar en calidad de la solución que ofrezca a quienes lo alcanzan.

Las sugerencias que contiene esta propuestas son meramente indicativas y las posibilidades que podría ofrecer un mecanismo de estas características son múltiples y numerosas, de forma que se si llegara a poner en práctica seguramente serían sus usuarios quienes lo enriquecerían y con el paso del tiempo lo irían conformando.

En definitiva, proponemos la creación de un mecanismo de resolución de conflictos, pensado por abogados y para abogados. Entendemos, que se trata de “buscar los aspectos positivos” a la ausencia del tercero neutral, poniendo el énfasis en el hecho de que las partes que están en disputa o desean regular una relación jurídica puedan buscar las soluciones más idóneas acompañadas por profesionales que estén “ a su lado” a la vez que el proceso de negociación se integra en una estructura que lo dote de mayores garantías que las que pueden presentar las negociaciones que se desarrollan en la absoluta privacidad de los despachos profesionales.

El mecanismo que proponemos presenta claras ventajas diferenciales frente a los más mecanismos que tanto se promocionan actualmente, frente al arbitraje, menos formalismo y nos atrevemos a decir mayor flexibilidad y sobre todo un menor coste, ya que no deben satisfacerse los honorarios del árbitro, frente a la mediación la posibilidad de que el profesional que defiende los intereses del participante desempeñe un papel preponderante y la seguridad de que los méritos legales que asisten a las posiciones de las partes sean tenidos en cuenta. En cuanto a la conciliación y a la transacción, creemos que el mecanismo que propones, presenta un mayor grado de organización del procedimiento lo que es imprescindible para alcanzar un ratio de acuerdos elevados en asuntos complejos, no obstante, es obvio que podría existir una buena complementariedad, ya que en el caso de que lo estimasen necesario, el acuerdo podría ser homologado judicialmente acogiéndose a los mecanismos procesales pertinentes.

Bibliografía

1 Obras Generales y Monografías

- APARISI MIRALLES, A., Deontología Profesional del Abogado, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BAHAMONDE COSTAS, E., Técnicas de Negociación en los Despachos de Abogados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.
- BELOW G., MOULTON B., The Lawyering Process: Negotiation, The Foundation Press, Inc., 1978.
- BLANCO CARRASCO, M., Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Una Visión Jurídica, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- BRAZIL, W.D., "Effective Approaches to Settlement: A Handbook for Lawyers and Judges". Prentice-Hall Law & Business, 1988.
- CID CEBRIAN, M. La Justicia en las Relaciones con la Parte Contraria y con el Abogado de la Parte contraria en Justicia y Ética de la Abogacía, pp. 179-190, Coordinador: Grande Yáñez, Ed. Dykinson, Madrid 2007.
- CONDE MARIN, E., "El Deber de Negociar de Buena Fe" en Un Estudio de la Buena Fe Como Elemento de Integración del Contrato de Trabajo, edición nº1, Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre 2007.
- CRAVER, C.B., Effective Legal Negotiation and Settlement, New Lexis Pub, 7th Edition, 2012.
- CUENCA GARCIA, M.J., La Función de los Abogados y Procuradores y los Intereses del Cliente, Editorial Aranzadi, 2007.
- DE AREILZA CARVAJAL, J.M., "Las transformación de la profesión de Abogado: europeización, regulación comparada y responsabilidad social", en MENENDEZ MENENDEZ, A.. TORRES-FERNANDEZ NIETO, J.J. en Deontología y Practica de la abogacía del siglo XXI, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- DE LA TORRE DIAZ, F.J., Deontología de Abogados, Jueces y Fiscales: Reflexiones tras una década de docencia, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2008.
- DEL ROSAL, R., Normas Deontológicas de la Abogacía Española: una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria, Civitas, Madrid, 2002.
- DEUTSCH, M., The Resolution of Conflict: constructive and destructive processes, New Haven: Yale University, 1973.
- DUTREY GUANTES Y., "La Negociación como Garantía en las Transacciones Comerciales entre Particulares" en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Herramientas para la paz y modernización de la justicia", Editores/Directores: Gonzalo Quiroga, M., Gorjón Gómez, F.J., Coordinador: Sánchez Garcia, A., Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Dykinson, 2011.

- EDWARDS, H., WHITE, J.J., *The Lawyer as Negotiator, Problems, Readings and Materials*, West Publishing Company, 1977.
- ESCUREDO HOGAN, D., "El encargo profesional, su formalización" en MENENDEZ MENENDEZ, A., TORRES-FERNANDEZ NIETO, J.J, *Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- ESTADELLA DEL PINO, J., *El Abogado Eficaz: como convencer, persuadir en influir en los juicios*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.
- FERNANDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., *Avenencia o ADR: negociación, mediación, conciliación y transacciones*, Td. Iurgium, Madrid, 2013.
- FISHER R.. URY W.. PATTON B. (Editor) - *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Editorial Penguin Books, New York 1991.
- FONT BARROT, A., *Negociaciones: entre la cooperación y el conflicto*, Grijalbo Mondadori cop, Barcelona, 1997.
- GARCIA RAMIREZ, J., *Estrategia de negociación práctica para abogados: análisis de las técnicas de negociación para facilitar más y mejores acuerdos*, 2ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 2007.
- GARCIA RUBIO, M.P., *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- GARCIA VILLALUEGA, L., *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 4, 2010, pp. 717-756.
- GARRIDO SUAREZ, H.M., *Deontología de Abogado: El Profesional y su Confiabilidad*, Editorial Edisofer, Madrid, 2011.
- GOLBERG S.B., SANDER F.A., ROGERS N.H., COLE S.R., *Dispute Resolution: Negotiation Mediation & Other Processes*, Sixth Edition, Wolters Kluwer, New York, 2012.
- GOMEZ-POMAR, J., *Teoría y técnicas de negociación*, Editorial Ariel 2ª Edición 2004.
- GONZALO QUIROGA, M., GORJON GOMEZ, F.J., (Editores/Directores), SANCHEZ GARCIA, A. (Coordinador), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2011.
- GRANDE YAÑEZ, M., *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclee De Brouwer, Bilbao, 2005. Con la colaboración de ALMOGUERA, J. y JIMENEZ J. (Col.).
- GULLIVER, P.H., *Disputes and Negotiations a Cross-Cultural Perspective*, Academic Press, 1979.

- HERMAN, G. N., CARY J.M., KENNEDY J.E. Legal Counseling and negotiating: A practical approach. (Matthew Bender & Company 2001).
- HOLLANDER-BLUMOFF, R., Legal Research on Negotiation, International Negotiation Vo, 10m pp. 149-164, 2005, Koninklijke Brill NV.
- JUAN SANCHEZ, R., “La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación”, pp. 219-247, en El Trabajo Profesional de los Abogados, Coordinador Blasco Pellicer Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, e-book ICAB.
- KISER, R., Beyond Right and Wrong, The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients, Springer Verlag Berlin, Heidelberg, 2010.
- KOROBKIN, R., “The Role of Law in Settlement” in The Handbook of Dispute Resolution, pp. 254-276, Michael L. Moffit & Robert C. Bordone, eds., Jossey-Bass, 2005.pp. 254-276.
- KRIEGER S.H., NEUMANN R.K., MCMANUS K.H., JAMAR S., Essential Lawyering Skills: Interviewing, Counseling, Negotiation and Persuasive Fact Analysis, 1999, Aspen Law&Business Publishers 1999.
- LAX D., SEBENIUS, J.K., El directivo como negociador: negociación para la cooperación y la ganancia competitiva, Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.
- LAX, D., SEBENIUS, J.K., “Three Ethical Issues in Negotiations”, in What’s fair, Ethics for Negotiators, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, pp. 5-14.
- LEGA, C., Deontología de la Profesión de Abogado, Civitas Monografías, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, 1983.
- MACKIE, K.J., “Dispute Resolution: the new wave” in A handbook of dispute resolution, ADR in action, Edited by Mackie, K.J., Routledge, 1991.
- MARTI MARTI, J., La Responsabilidad Civil del Abogado y del Procurador, JB BOSCH Editor, 2007.
- MARTIN, S.R.. FOX, L.J., WENDEL, W.B., The Law Governing Lawyers, Model Rules, Standars, and State Lawyer Rules of Professional Conduct, Wolter Kluwer, Edition 204-2015.
- MAYER, B. S., Mas Allá de la Neutralidad, Gedisa Editorial, 2008 Barcelona.
- MELTSNER, M., SCHRAG, P.G., Negotiation Tactics for Legal Services Lawyers, Clearinghouse Review, Vol. 7, Nº 5, en THE LAWYERS AS A NEGOTIATOR, EDUARDS HARRY T. WHITE JAMES J., St. Paul Minn. West Publishing CO, 1977, pp. 133-141.
- MENENDEZ MENENDEZ, A., “Una idea general de la maniobra, en Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI”, en MENENDEZ MENENDEZ, A.. TORRES-FERNANDES NIETO, J.J., Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.

- MENKEL-MEADOW, C., Public Access to Private Settlement, in What's Fair, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, pp.507-512.
- MENKEL-MEADOW, C., Roots and Inspirations, A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution, in The Handbook of Dispute Resolution, MOFFIT, M.L., BORDONE C., (Editors), Jossey Bass, San Francisco, 2005.
- MNOOKIN R.H., PEPPET, R.S., TULUMELLO, A.S., Resolver Conflictos y Alcanzar Acuerdos, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2002.
- MOFFIT, M.L., BORDONE R.C., "Perspectives on Dispute Resolutions" in The Handbook of Dispute Resolution, A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School.
- MORENO TARRES, E., SERRANO AMADO, R., VERNENGO PELLEJERO, N.K., Asesoramiento y habilidades profesionales del Abogado: especial consideración a la mediación, arbitraje y conciliación, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.
- NEALE, M.A., FRAGALE, A.R., "Social Cognition, Attribution and Perception in Negotiation.: The Role of Uncertainty in Shaping Negotiation Processes and Outcomes", in Negotiation Theory and Research edited by Leigh L. Thompson, New York, Psychology Press, 2006., pp.27-54.
- NICHOLAS, H.G.. CARY J.M.. KENNEDY, J.E., Legal Counseling and negotiating: A practical approach. (Matthew Bender & Company 2001).
- OLMEDA GARCIA, M.P., Ética Profesional en el Ejercicio del Derecho, México, Universidad de la Baja California, Miguel Ángel Porrúa, Librero Editor, 2007.
- OVEJERO BERNAL, A., Técnicas de Negociación, como Negociar Eficaz y Exitosamente, McGraw-Hill/interamericana de España, S.A.U., 2004.
- PARDO GATO, J.R., Colegios de Abogados y Sanciones Disciplinarias, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2007.
- PATTON, B., Negotiation en The Handbook of Dispute Resolution, MOFFIT M. L., and BORDONE, R. C., Jossey Bass, 2005.
- PEREZ CEPEDA, A.I., Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores, Aranzadi editorial, Elcano, Navarra, 2000.
- PIERSON, W.D., The defense Attorney and Basic Tactics, in The Lawyer as Negotiator, EDUARDS, H.T., WHITE, J.J., St. Paul Minn. West Publishing CO, 1977, pp. 221-258.
- PONTI, F., Los Caminos de la Negociación- Personas, estrategias y técnicas-, Eada Dirección, 2008
- PRUITT, D.G., Negotiation Behavior, Academic Press Inc. 1981.

- QUESADA SANCHEZ, A.J., "Las Negociaciones Dirigidas a la Formación del Contrato" en Derecho Privado Europeo y Modernización Contractual en España, Atelier, Barcelona, 2011, M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano (Cod.), Klaus Jochen Albiez Dohrmann, (Dir).
- RAIFFA, H., Ethical and Moral Issues, in What's fair, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, pp.15-18.
- RAIFFA, H., The Art & Science of Negotiation, Harvard University Press, 1982.
- RISKIN, L.L., WESTBROOK, J. E., Dispute Resolution and Lawyers. West Publishing Co, Abridged ed. 1987.
- RIVERA C., El Alcance Objetivo del Convenio Arbitral, Reglas de Interpretación para su Determinación en Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa, Coordinadores, MONTAÑA, M., SELLARES J., (Coordinadores), Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2011.
- RODHEM, S.F., Discovery en The U.S. Legal System, Volume I, Edited by Timothy L. Hall, University of Mississippi, Salem Press, Inc, Pasadena, California-Hackensack, New Jersey, 2004.
- ROSS, H.L., "Settled out of the Court" en THE LAWYERS AS A NEGOTIATOR, EDUARDS, H. T. WHITE, J.J., St. Paul Minn. West Publishing CO, 1977, pp. 180-204.
- ROTUNDA, R.D., Legal Ethics in a Nutshell, Thomson Reuters, 2103. 4th Edition, p. 11.
- SAINZ MORENO, F., "Comentarios al artículo 36 CE" en Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Dir. Oscar Alzaga Villaamil, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, 1983-1988.pp. 578 y siguientes.
- SANCHEZ STEWART, N., La Profesión de Abogado, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008.
- SANCHEZ STEWART, N., Manual de Deontología para Abogados, Editorial La Ley, Madrid, 2012.
- SANJURJO RIOS, E.I., El Procedimiento Probatorio en el Ámbito del Juicio Verbal, Editorial Reus, Madrid, 2010.
- SCHWARTZ MURRAY, L., "The Professionalism and Accountability of Lawyers", en What's FAIR, Ethics for Negotiators, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, pp. 329-349.
- SELLARES, J., La Remuneración de los Árbitros, Honrando sus Honorarios en Arbitraje: Comentarios Prácticos para la Empresa, Coordinadores, MONTAÑA, M., SELLARES J., (Coordinadores), Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2011, p.389.

Bibliografía

- SERRA RODRIGUEZ, A., La responsabilidad civil de abogados y procuradores pp. 248-266, en El Trabajo Profesional de los Abogados, Coordinador Blasco Pellicer Angel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. e-book ICAB.
- SHELL, R.G., Negociar con Ventaja, Editorial Bosch, DL 2005.
- SINGER, L.R., Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System, Westview Press 1990.
- TORRE DIAZ, F.J. DE LA, - Deontología de Abogados, Jueces y Fiscales: Reflexiones tras una Década de Docencia, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2008.
- TORRES-DULCE LINFANTE, M.A., El Trabajo de la Justicia: ética y deontología jurídica., Madrid, Colex, 2014.
- TORRES OSORIO, E., La Mediación a la Luz de la Tutela Jurídica Efectiva, Ediciones Universidad de Salamanca, 2013.
- VALES DUQUE, P., Responsabilidad Precontractual o Culpa In Contrahendo en Teorías y Aplicaciones sobre la Noción de Responsabilidad Jurídica, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- VALES DUQUE, P., La Responsabilidad Precontractual, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2012.
- VILA RAMOS, B. (cod), ANCOS, F.H. et al, Deontología Profesional, Madrid, Dykinson, 2013.
- WALTON, R.E., MCKERSIE, R.B., Teoría de las Negociaciones Laborales, Barcelona, Ed. Labor, S.A., Barcelona 1974.
- WENDEL, W.B., Professional Responsibility, Wolters Kluwer, Fourth Edition, New York 2014.
- WHEELER, M., Swimming with Saints/Praying with Sharks, in What's Fair, Ethics for Negotiators, Edited by Menkel-Meadow, C. and Wheeler M., Published by Jossey-Bass, 2004.
- WILLIAMS, G.R., Legal Negotiation and Settlement, West Publishing co. 1983.

2 Revistas

- ABEL, R.L., Why Does the ABA Promulgate Ethical Rules? Texas Law Review, Volume 59, Number 4, April 1981, pp. 639-688.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr59&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/tlr>
- ABEL LLUCH, X., La Función Conciliadora en la Audiencia Previa: Presupuestos, Facultades Judiciales y Límites, Revista Jurídica Valenciana, Núm. 30, año 2013, pp. 1-26.
http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num30-1/30axavier.pdf.
- ALFINI, J.J., Settlement Ethics and Lawyering in ADR Proceedings: A Proposal to Revise Rule 4.1., 19 N. III. U.L. Rev. 255 1998-1999, p. 255-272.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=255&handle=hein.journals%2Fniulr19&collection=journals>
- ALLRED, K.G., Distinguishing Best and Strategic Practices: A Framework for Managing the Dilemma between Creating and Claiming Value, Negotiation Journal, October 2000 pp. 387-397.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2000.tb00766.x/epdf> 16/08/2015
- ARROYO MARTINEZ, J., Colegios y Procuradores y Abogados, El Derecho.com, 10/03/2014,
http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/collegiacion_obligatoria-compatibilidad_abogado_y_procurador-Colegiacion-obligatoria-Colegios-Procuradores-Abogados_11_653680003.html, ultima visitas Julio 2015.
- BARONA VILAR, S., Integración de la Mediación en el Concepto de Access to Justice, Luces y Sombras en Europa, InDret, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre 2014,
<http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>.
- BAZERMAN, M.H., Negotiator Judgment, A Critical Look at the Rationality Assumption, American Behavioral Scientist, Vol. 27 N° 2, November/December, 1983, pp.211-228.
<http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1306754529/fulltextPDF/58099A392E2F4188PQ/9?accountid=15293> 16/08/2015
- BENNETT, S.C., Non-binding arbitration: an introduction, Dispute Resolution Journal, vol. 61, n°2, (may-July 2006), reprinted American Arbitration Association, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawbennett-steven2.pdf> .
- BIBAS, S., Plea Bargaining Outside The Shadow of Trial, Harvard Law Review, Volume 117, June 2004, Number 8, pp. 2463-2547.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr117&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/hlr>
- BILSKY, L., FISHER, T., Rethinking Settlement, Theoretical Inquiries in Law, Vol. 15, 2014, pp.77-123.

- <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/thinla15&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/thinla>
- BIRKE, R., FOX C.R., Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements 4 Harv. Negot. L. Rev. 1 1999, pp.1-57.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg4&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>
 - BLANCO CARRASCO, M., La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLII (2009) pp. 129-152.
<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/77>.
 - BONE, R.G., Who Decides? A Critical Look at Procedural Discretion. Working Paper N° 06-29, Working Paper Series, Public Law & Legal Theory, 2006,
<http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/BoneR091106abstact.html>
 - BONET NAVARRO, J., El Abogado ante el Procedimiento de Mediación: De Espejismos Ilusionantes a Expectativas Ponderadas, Revista jurídica de la Región de Murcia, nº4, 2014,
http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=170
 - BRINIG, M., Does Mediation Systematically Disadvantage Women, 2 Win&Mary J. Women&L. 1 (1995), <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=wmjow>
 - BUNDY, S. McG., The Policy in Favor of Settlement on an Adversary System, 44 Hastings L.J. 1 1992-1993, pp. 1-78.
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2000&context=facpubs>
 - BURGER, W.E., Isn't There a Better Way? 68 A.B.A. J. 274 1982, pp.274-277.
http://www.academia.edu/3812517/Isnt_There_a_Better_Way
 - BURGWIN JONES, W., First Legal Code of Ethics in The United States, 8 A.B.A. J. 111 1922, pp. 111-113. http://www.jstor.org/stable/25710782?seq=3#page_scan_tab_contents
 - CALAZA LOPEZ, S., La Cobertura Actual de la Cosa Juzgada, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 20, 2009, pp. 67-93,
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/8982/47450_2.pdf?sequence=1
 - CALAZA LOPEZ, S., Principios Rectores del Proceso Judicial Español, Revista de Derecho UNED, núm. 8, 2011, pp. 49-84, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf>.
 - CARNEVALE P.J., PRUITT, D.G., Negotiation and Mediation, Ann. Rev. Psychol. 1992 43:531-82 pp. 532-582. <http://division.aomonline.org/cm/award-winning-papers/1998-mia-carnevale.pdf>

- CAVANAGH, E.D., The August 1, 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: A Critical Evaluation and a Proposal for More Effective Discovery through Local Rules, 30 Vill. L. Rev. 767, (1985), pp. 767-826.
<http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2501&context=vlr>

- COCHRAN, R.F.Jr., Legal Representation and The Next Steps Toward Client Control: Attorney Malpractice for The Failure to Allow The Client To Control Negotiation and Pursue Alternatives to Litigation, 47 Wash. & Lee L. Rev. 819 1990, pp. 819-877.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/waslee47&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/waslee>

- COCHRAN, R.F.Jr., Professional Rules and ADR: Control of Alternative Dispute Resolution Under the ABA Ethics 2000 Commission Proposal and Other Professional Responsibility Standards, Fordham Urban Law Journal, Vol.28 N° 4, 2001, pp. 895-914.
[.http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287682##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287682##)

- COHEN, W.A., "The Importance of expectations on negotiation results", European Business Review, 2003 Vol. 15 Iss: 2 pp. 87-94.
<http://www.emeraldinsight.com.sire.ub.edu/doi/pdfplus/10.1108/09555340310464713>

- COHEN, G.M., Beyond the No-Contact Rule: Ex Parte Contact by Lawyers with Non clients, Tulane Law Review, Vol 87:1197, 2013, pp. 1197-1244.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1197&handle=hein.journals%2Ftulr87&collection=journals>

- COLOSI, TH. Negotiation in the Public and Private Sectors, " A Core Model", American Behavioral Scientist, 27:2, 1983, Nov-Dic, pp.229-253.
<http://search.proquest.com.sire.ub.edu/publication/1818336>

- CONDLIN, R.J., "Cases on Both Sides": Patterns of Argument in Legal Dispute Negotiation, 44 Md. L. Rev. 65 1985, pp. 65-136
<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2572&context=mlr>

- CONDLIN, R.J., Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of Lawyer Dispute Bargaining Role, 51 Md. Rev. 1 (1992)
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/mlr51&id=11&print=section§ion=8&ext=.pdf>

- CONDLIN, R.J., Legal Bargaining Theory's New "Prospecting" Agenda: It May Be Social Science, But Is it News? 10 Pepp. Disp. Resol. L. J. 215, 2009-2010.
http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/663/

- CONDLIN, R.J., Bargaining Without Law, 56 N.Y. L. Sch. L. Rev. 281 2011-2012, pp. 281-328.
<http://www.nyslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2011/11/Condlin.Bargaining-Without-Law1.pdf>

- CONDLIN, R.J., "Practice Ready Graduates": A Millennialist Fantasy, University. Touro Law Review, Vol. 31, p. 75, 2014, Maryland Legal Studies Research Paper N° 2013-48, pp. 2-32.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2316093&download=yes
- CONDLIN, R.J. The "Nature" of Legal Dispute Bargaining, 17 Cardozo J. Conflict Resol. 393 2015-2016, pp. 393-425.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore17&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>
- COOPER, B.P., Taking Rules Seriously: The Rise of Lawyer Rules as Substantive Law and the Public Policy Exception in Contract Law, Cardozo Law Review, Vol. 35, 2013-2014, pp. 267-307
<http://heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/cdozo35&page=267&collection=journals>
- COOTER R.J., MARKS, S., MOOKIN, R., Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, 11, J. Legal Stud. 225 (1982), pp. 225-251.
<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/85>
- COOTER R.J., RUBINFEL, D.L., Reforming the New Discovery Rules, 84 Geo. L.J. 61 (1995), pp. 61-89. <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1615>
- CORTES BECHIARELLI, E., Secreto Profesional del Abogado y Ejercicio del Derecho de Defensa a la Luz de la Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento y Del Consejo Europeo. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), Años 2003, Numero 21, pp. 153-185.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854114>
- COYNE, W.F.Jr., Using Settlement Counsel for Early Dispute Resolution, Negotiation Journal January 1999 pp.11-17. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1999.tb00176.x/epdf>
- CRAMTON, R.C., UDELL, L.K., "State Ethics Rules and Federal Prosecutors: The Controversies over the Anti-Contact and Subpoena Rules" (1992). Cornell Law Faculty Publications. Paper 1148, PP.291-391. <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1148>
- CRAVER, C.B., Negotiation Ethics: How to Be Deceptive without Being Dishonest/How to Be Assertive without Being Offensive, 38 S. Tex. L. Rev. 713 (1997).
http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1515&context=faculty_publications
16/08/2015
- CRAVER, C.B., Negotiation Styles. The Impact on Bargaining Transactions, 58- APR, Dispute Resolution Journal, 48, April 2003, pp. 1-5.
http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1516&context=faculty_publications

- CRAVER, C.B., The Negotiation Process, 27 Am J. Trial Advoc. 271, (2003-2004), pp.272-328.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad27&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/amjtrad>
- CRAVER, C.B., What makes a great legal negotiator? Loyola Law Review, New Orleans, Vol. 56, 2010 pp. 101-125. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1710168H
- CRAVER, C.B., The Impact of Negotiator Styles on Bargaining Interactions, 35 Am J. Trial Advc. 1 (2011) pp.1-20.
http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=faculty_publications
- CRAVER, C.B., The Inherent Tension Between Value Creation and Value Claiming During Bargaining Interactions, 12, Cardozo, J. Conflict Resol, 1, 2010-2011, pp.1-18.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore12&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>
- CRESPO MORA, M.C., La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 25:259-287, 2006, pp. 257-286.
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2567/1685>
- CORTES, P., SOTELO, F., Negocia o Atente a las Consecuencias, InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2011, http://www.indret.com/pdf/852_es.pdf
- CUEVA FERNANDEZ, R., Códigos Deontológicos de la Abogacía Española, Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad, Nº5, septiembre 2013-febrero 2014. Pp. 194-200.
<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2179/1115>
- DELGADO, R., DUNN, CH, BROWN, P., LEE, H., HUBBERT,, D, Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, 1985 Wis. L. Rev. 1359 1985, pp. 1359-1404.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/wlr1985&id=1373&print=section§ion=56&ext=.pdf>
- DeMOTT, D.H., The Lawyer as Agent, 67 Fordham L. Rev. 301 (1998), pp. 301.-326,
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/flr67&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/flr>
- DEPOORTER, B., Law in The Shadow of Bargaining: The Feedback effect of Civil Settlements, 95 Cornell L. Rev. 957 2009-2010, pp. 957-988.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clqv95&id=967&print=section§ion=36&ext=.pdf>
- DINERSTEIN, R.D., Review Essay of Lawyers as Counselor as Counselor: A Client-Centered Approach by David A. Binder, Paul Bergman, and Susan C. Price. St. Paul and Interviewing Counseling and Negotiating; Skills for Effective Representation, Bastress R.M., Harbaugh, J.D., Little, B., 39 UCLA L. Rev. 679 1991-1992, pp. 697-730.

- DOCHERTY SEMINARE, J., CAMPBELL CATON, M., Teaching Negotiators To Analyze Conflict Structure and Anticipate Consequences of Principal-Agent relationships, 87 Marq. L. Rev. 655 2003-2004, p. 655-664.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=665&print=section§ion=28&ext=.pdf>
- DOCHERTY SEMINARE, J., Power in The Social/Political Realm, 87 Marq. L. Rev. 862, 2003-2004, pp. 862-866.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=872&print=section§ion=49&ext=.pdf>
- DOMENECH PASCUAL, G., MORA-SANGUINETTI, J.S., El Mito de la Especialización Judicial, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero 2015, pp. 4-5.
http://www.indret.com/pdf/1120_es.pdf
- DORE L.K., Public Courts versus Private Justice: It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution, 81 Chi-Kent L. Rev. 463 (2006).
http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol81/iss2/8/?utm_source=scholarship.kentlaw.iit.edu%2Fcklawreview%2Fvol81%2Fiss2%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages
- DORE, L. K., Public Courts versus Private Justice. It's time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution, 81 Chi-Kent L. Rev. 463 (2006), pp. 463-520.
<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3536&context=cklawreview>
- EDWARDS, B., Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs, 18 Harv. Negot. L. Rev. 281 2013, pp. 281-347.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg18&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>
- EHRHARDT, C.W., Confidentiality, Privilege and Rule 408: The Protection of Mediation Proceedings in Federal Court, 60 Louisiana Law Review (1999).
<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss1/6>
- EIDENMULLER, H., ENGEL, M., Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 261 2014, pp.261-298.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr29&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ohjdpr> Ohio State Journal on Dispute Resolution.
- EISENBERG, M.A., Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking, Harvard Law Review Vol. 89, February 1976, number 4, pp. 637-681.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/hlr89&id=657&print=section§ion=36&ext=.pdf>

- EISENBERG, Th., The Need for a National Civil Justice Survey of Incidence and Claiming Behavior, Prepared for ABA Litigation Section Symposium Access to Legal Representation in Civil Litigation Atlanta, Georgia, December 4, 5, 2008. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1305385
- ELKINS-ELLIOTT, K., ELLIOT, F.W., Settlement Advocacy, 11 Texas Wesleyan Law Review, 7 2004-2005, pp. 7-30.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/twlr11&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/twlr>
- ESTREICHER, S., The Roosevelt Cardozo Way: The Case For Bar Eligibility After Two Years of Law School, Legislation and Public Policy, Vol. 15, 2012, pp.599-617. <http://www.nyuilpp.org/wp-content/uploads/2013/01/Estreicher-The-Roosevelt-Cardozo-Way.pdf>
- FARROW TREVOR, C.W., The Negotiator as Professional: Understanding the Competing Interest of a Representative Negotiator, 7 Pepp. Disp. Resol. L.J. 373, 2007, pp.373-400.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/pepds7&id=379&print=section§ion=20&ext=.pdf> (Pepperdine Dispute Resolution Law Journal).
- FARROW TREVOR, C.W., Civil Justice, Privatization and Democracy, March 25, 2011,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1795407
- FELS, R.E., Overcoming the Dilemmas in Walton and McKersie's Mixed Bargaining Strategy, Industrial Relations, vol. 53, n°2, 1998, pp.1-27.
<http://www.erudit.org/revue/ri/1998/v53/n2/005276ar.pdf>
- FISHER, R., Negotiating Power: "getting and using influence", American Behavioral Scientist, Vol. 27 N° 2, November/December 1983, pp. 149-166.
<http://search.proquest.com/docview/1306754481?accountid=15293>
- FISS, O.M., Against Settlement, 93 Yale L.J. 1073 1983-1984, PP. 1073-1092.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr93&id=1093&print=section§ion=57&ext=.pdf>
- FORTIN, K.L., Reviving the Lawyer's Role as Servant Leader: The Professional Paradigm and a Lawyer Ethical Obligation to Inform Clients About Alternative Dispute Resolution, 22 Geo Legal Ethics 589 2009 pp. 589-629.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege22&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/geojlege>
- FREY, M.A., Representing Effectively Clients in a ADR Environment Representing Effectively Clients in an ADR Environment, Tulsa L. J., 443, (1997-1998), pp.443-462.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr93&id=1093&print=section§ion=57&ext=.pdf>

- FROMM, B., Bringing Settlement out of Shadows: Information about Settlement in an Age of Confidentiality, 48, UCLA L. Rev. 663 2000-2001, pp. 663-742.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclair48&id=679&print=section§ion=26&ext=.pdf>
- GAETKE, E.R., *Expecting Too Much and Too Little of Lawyers*, 67 U. Pitt. L. Rev. 693 (2006), 693-751. http://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=law_facpub
- GALANTER, M., Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits in Legal Change, Law and Society, 95, (1974-1975), pp.95-160.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/lwsocrw9&id=97&print=section§ion=11&ext=.pdf>
- GALANTER, M., Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach About Legal Process, 34 Journal of Legal Educ. 268 (1984), pp. 268 -276.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/jled34&id=278&print=section§ion=32&ext=.pdf>
- GALANTER, M., CAHILL, M., “Most Cases Settle”: Judicial Promotion and Regulation of Settlements, 46, Stan. L. Rev. 1339 1993-1994, pp. 1339-1391.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr46&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/stflr>
- GARCIA MURCIA, J.- Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional, Revista española de derecho constitucional, Año nº11, Nº31, 1991, pp.151-200.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79427>
- GARCIA RUBIO, M.P., La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos, ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. IV.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40162101642_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_responsabilidad_precontractual_en_la_propuesta_de_modificaci%F3n_del_derecho_de_obligaciones_y_contratos
- GIESEL, G.M., Client Responsibility for Lawyers Conduct: Examining the Agency Nature of Lawyer-Client Relationship, 86 Neb. L. Rev. (2007), pp. 346-395.
<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1086&context=nlr>
- GIFFORD, D.G., A Context-Based Theory of Strategy Selection in Legal Negotiation, 46 Ohio St. L.J. 1985, pp.41-94.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=41&handle=hein.journals%2Fohsj46&collection=journals>
- GIFFORD, D.G., The Synthesis of Legal Counseling and Negotiation Models: Preserving Client-Centered Advocacy in the Negotiation Context, 34 UCLA L. Rev. 811 1986-1987 pp. 811-862.

- <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclair34&id=825&print=section§ion=29&ext=.pdf>
- GILLESPIE, J.J., BAZERMAN, M.H., Parasitic Integration: Win-Win Agreements Containing Losers, *Negotiation Journal*, July 1997, 271-282. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1997.tb00132.x/epdf>
 - GILLESPIE, J.J., BAZERMAN, M.H., Pre-Settlement (PreSS): A Simple Technique for Initiating Complex Negotiation, *Negotiation Journal*, April 1998, pp. 149-159. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1998.tb00156.x/epdf>
 - GILSON, R.J., MNOOKIN, R.H., Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation, 94 *Colum. L. Rev.* 509 (1994) pp. 509-566. <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clr94&id=527&print=section§ion=20&ext=.pdf>
 - GINEBRA MOLINS, M.E., TRABAL BOSCH, J., La Obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2013. http://www.indret.com/pdf/1016_es.pdf
 - GIRARD, B., Don't Try This at Home: The Troubling Distortion of Rule 68, 103 *Geo. L.J.* 723 2014-2015, PP. 723-748, http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/glj103&div=23&start_page=723&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
 - GOLBERG, J., Online Alternative Dispute Resolution and Why Law Schools Should Prepare Future Lawyers for the Online Forum, *Online Alternative Dispute Resolution and Why Law Schools Should Prepare Future Lawyers for the Online Forum*, 14 *Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss.* 1 (2014), pp. 1-25. <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol14/iss1>
 - GOODPASTER, G., A Primer on Competitive Bargaining, *J. Disp. Resol.* 325 (1996), pp. 325-378. <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clr94&id=527&print=section§ion=20&ext=.pdf>
 - GOMEZ LIGUERRE, C., RUIZ GARCIA, C.ALB., Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota Litis*, *Comentario a la STS*, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008\2800. MP: Eduardo Espín Templado, *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Febrero 2009. http://www.indret.com/pdf/615_es.pdf
 - GREEN, B.A., The Criminal Regulation of Lawyers, 67 *Fordham L. Rev.* 327 (1998-1999), pp.327-392. <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/flr67&id=343&print=section§ion=20&ext=.pdf>

- GROSS, S.R., Settling for a Judge: A Comment on Clermont and Eisenberg, 77 Cornell L.Rev.1178, (1991-1992), pp.1178-1187.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/clqv77&id=1204&print=section§ion=74&ext=.pdf>

- GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., Getting to No. A Study of Settlement Negotiations and the Selection Cases for a Trial, 90 Mich. L. Rev. 319, (1991-1992), pp. 319-393.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/mlr90&id=341&print=section§ion=20&ext=.pdf>

- GROSS, S.R., SYVERUD, K.D., Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement, 44 UCLA L. Rev. 1 1996-1997, pp. 1-64.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclair44&id=17&print=section§ion=10&ext=.pdf>

- GROSS, S.R., We Could Pass a Law.... What Might Happen if Contingent Legal Fees Were Banned, De Paul L. Rev. 47, no. 2 (1998): 321-346.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=138480

- GUTHRIE, Ch., Principles of Influence in Negotiation, 87 Marq. L. Rev. 829 (2003-2004) pp.829-837.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr>

- HAY, B.L., Effort, Information, Settlement, Trial, 24, J. Legal Stud. 29 1995, pp. 29-62.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=29&handle=hein.journals%2Flegstud24&collection=journals>

- HAZARD, G.C.Jr. The Lawyer Obligation To Be Trustworthy When Dealing with Opposing Parties, S. C. L. Rev. 181 1981-1982, pp. 181-196,
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/sclr33&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/sclr>

- HAZARD, G.C.Jr., The Future of Legal Ethics, 100 Yale L. J. 1990-1991, pp. 1239-1280.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1239&handle=hein.journals%2Fylr100&collection=journals>

- HAZARD, G.C.Jr., Lawyer Liability in Third Party Situations: The Meaning of the Kaye Scholer Case, 26 Akron Law Review, 1991-1992, pp. 395-406.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=395&handle=hein.journals%2Faklr26&collection=journals>

- HAZARD, G.C.Jr., REMUS, I.D., Toward a Revised 4.2 No-Contact Rule, 60 Hasting L.J. 797 2008-2009, pp. 797-851.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=797&handle=hein.journals%2Fhastlj60&collection=journals>

Bibliografía

- HEDEEN, T., Remodeling The Multi-Door Court-House to “Fit the Forum to the Folks”: How screening and Preparation Will Enhance ADR, 95 Marq. L. Rev. 941 2011-2012, pp. 941-954.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr95&id=1&size>
- HINSHAW, A. ALBERTS, J. K., Doing The Right Thing: An Empirical Study of Attorney Negotiation Ethics, 16 Harv. Negot. L. Rev. 95 2011 pp. 95-163.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=95&handle=hein.journals%2Fhaneg16&collection=journals>
- HINSHAW, A., Teaching Negotiation Ethics, Journal of Legal Education, Vol. 63, Number I (August 2013), pp. 82-97.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=82&handle=hein.journals%2Fjled63&collection=journals>
- HISHAW, A., REILLY, P, SCHEIDER, A.K., Attorneys and Negotiation Ethics: A Material Misunderstanding, Negotiation Journal, July 2013, pp. 265-287,
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/nejo.12025/epdf>
- HOLLANDER-BLUMOFF, R., Just Negotiation, 88 Wash. U. L. Rev. 381 (2010), pp. 382-432.
http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol88/iss2/2
- HONEYMAN, CH., SCHNEIDER KUPFER, A., Catching Up With The Major-General: The Need for a “Canon of Negotiation”, 87 Marq. L. Rev. 637 2003-2004, pp. 637-648.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=647&print=section§ion=26&ext=.pdf>
- HOROWITZ, J., Rule 68: The Settlement Promotion Tool That Has Not Promoted Settlements, 87 Denv. U. L. Rev. 485 2009-2010, pp. 485-511.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/denlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/denlr>
- HOWARD, R., Ethical and Moral Issues, in What’s fair, Edited by Menkel-Meadow, Carrie and Wheeler Michael, Published by Jossey-Bass, 2004, pp.15-18.
- HUMBACH, J.A., Shifting Paradigms pf Lawyer Honesty, Tennessee Law Review, Vol. 76, 2009, pp. 993-1037.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=993&handle=hein.journals%2Ftenn76&collection=journals>
- HURDER, A.J., The Lawyer’s Dilemma: To Be Or Not To Be A Problem-Solving Negotiator, 14 Clinical L. Rev. 253 2007-2008 pp. 253-300.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/clinic14&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/clinic>

- HYMAN, J.M., Trial Advocacy and Methods of Negotiation: Can Good Trial Advocates Be Wise Negotiators? 34 UCLA L. Rev. 863 1986-1987 pp.863-924.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclair34&id=877&print=section§ion=30&ext=.pdf>

- IGLESIAS PEREZ, T., El discutible valor jurídico de las normas deontológicas, Jueces para la democracia ISSN 1133-0627, N°12, 1991, pp. 53.61.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528763>

- ISCAR DE HOYOS, J., El Arbitraje Institucional, Revista Jurídica de Castilla y León, Numero 29. Enero 2013, Arbitraje y Mediación, pp.1-26, http://www.jcyl.es/junta/cp/boletin/Revista_Juridica_29.pdf

- JARVIS, P.R., TELLAN, B.F., A Negotiation Ethics Primer for Lawyers, 31 Gonz. L. Rev., 549, 1995-1996, pp. 559-564.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/gonlr31&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/gonlr>

- JOHNSON, E., The Pound Conference Remembered in Dispute Resolution Magazine, Fall 2012, Volume 19, Number 1.
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/105457_ABA_Fall12_Final.authcheckdam.pdf

- JOHNSTONE, Q., An Overview Of The Legal Profession In The United States, How That Profession Recently Has Been Changing, And Its Future Prospects, (2008). Faculty Scholarship Series. Paper 1888, 737-797 http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1888

- JONES-PATULLI, J., Reconciling the carrot and the stick: An intellectual history of integrative bargaining in 20thcentury American organizational relations, Working Paper Series, Conflict Research Centre, Saint Paul University, Working Paper N°1, July 2011 http://ustpaul.ca/upload-files/CRC/Working_paper_series_1_-_Jennifer_Jones-Patulli-Edited_PS.pdf

- KRANE, S.C., Ethics 2000: What Might Have Been, N.III. U.L. Rev. 323 1998-1999, pp. 323-331.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/niulr19&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/niulr>

- KESTING, P., SMOLINSKI, R., When negotiation become routine: not reinventing the wheel while thinking outside the box, Negotiation Journal October 2007 p.419-438.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2007.00153.x/epdf>

- KIRGIS, P.F., Bargaining with Consequences: Leverage and Coercion in Negotiation, 19 Harv. Negot. L. Rev. 69 2014, pp. 69-128.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg19&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>

- KISER, R.L., ASHER, M.A., McSHANE, B.B., Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiation, *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 5, Issue 3, 551, September 2008, pp. 551-591.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=551&handle=hein.journals%2Femplest5&collection=journals>
- KOROBKIN, R., GUTHRIE, CH., Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer, *76 Tex. L. Rev.* 77, 1997-1998,
http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/AuthorProfile?action=edit&search_name=Guthrie,Chris&collection=journals
- KOROBKIN, R., A Positive Theory of Legal Negotiation, *88 Geo. L.J.* 1789 1999-2000, pp. 1789-1831.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1789&handle=hein.journals%2Fglj88&collection=journals>
- KOROBKIN, R., Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, n°4 pp. 1033-1066. <http://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2002/4/Korobkin.pdf>
- KOROBKIN, R., GUTHRIE, CH., Heuristic and Biases at the Bargaining Table *87 Marq. L. Rev.* 795 2003-2004, pp. 795-808.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr>
- KOROBKIN, R., MOFFITT, M., WELSH, N., The Law of Bargaining, *Marq. L. Rev.* 839, 2003-2004, pp. 839-845.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/marqlr87&id=849&print=section§ion=45&ext=.pdf>
- KOROBKIN, R., Bargaining Power as Threat of Impasse, *87 Marq. L. Rev.* 867 2003-2004, pp. 867-871.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr87&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/marqlr>
- KOROBKIN, R., Against Integrative Bargaining, *58 Case W. Res. L. Rev.* 1323 2007-2008, pp. 1323-1342.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cwrlrv58&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cwrlrv>
- KOVAC, K.K., The Intersection (Collision) of Ethics, Law and Dispute Resolution: Clashes, Crashes, No Stops, Yields, or Rights of Way, *49 S. Tex. L. Rev.* 789, 2007-2008, pp. 780-827.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/stexlr49&id=797&print=section§ion=32&ext=.pdf>

- LANDE, J.M., Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in A New Model of Lawyering, 64 Ohio St. L.J. 1315 (2003), pp. 1315-1384.
<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1268&context=facpubs>
- LANDE, J.M., Teaching Students to Negotiate Like a Lawyer, 39 Wash, U.J.L., & Pol'y 109 (2012), pp. 109-144. <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1253&context=facpubs>
- LANDSBERG, E.M., Policing Attorneys: Exclusion of Unethically Obtained Evidence, 53 U. Chi. L. Rev. 1399 1986, pp. 1399-1431.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/uclr53&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/uclr>
- LAX, D.A., SEBENIUS, J. K., Negotiation through an Agent, Journal of Conflict Resolution, Vol. 35, N°3, September 1991 pp. 474-493.
http://www.istor.org.sire.ub.edu/stable/173975?seq=1#page_scan_tab_contents
- LEWINBUK, K., First Do No Harm: The Consequences of Advising Clients About Litigations Alternatives in Medical Malpractice Cases, St. Mary's Journal of Legal Malpractice and Ethics, Vol 2:416, 2012 pp. 416-452.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/smjmale2&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/smjmale>
- LIEBANA ORTIZ, J.R., Jurisdicción Voluntaria, Conciliación y Mediación: Notas para su Delimitación Dogmática, REDUR 9, Diciembre 2011, pp. 147-164.
<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero9/liebana.pdf>
- LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., FERNANDEZ DE LA MELA, J.M., El acuerdo de mediación, Diario la Ley (Estudios Doctrinales), Año 2015, Número 8477.
- LOWENTHAL, G.T., A General Theory of Negotiation Process, Strategy and Behavior, 31 U. Kan. L. Rev. 69, 1982-1983, pp. 69-114.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/ukalr31&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ukalr>
- LOWENTHAL, G.T., The Bar's Failure to Require Truthful Bargaining by Lawyer, 2 Geo. J. Legal Ethics 411, 1998-1989, pp.411-447.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=411&handle=hein.journals%2Fgeojlege2&collection=journals>
- LUBAN, D., Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice, Philosophy & Public Affairs, Vol. 14, N° 4 (autumn, 1985), pp. 397-416.
<https://www.law.upenn.edu/live/files/5142-luban---1985---bargaining-and-compromise-recent>
- LUBAN, D., Settlement and the Erosion of the Public Realm, 83 Geo L. J. 2619, 1994-1995, pp. 2619-2662.

- <http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=2619&handle=hein.journals%2Fqj83&collection=journals>
- MACFARLANE, J., The Challenge of ADR and Alternative Paradigms of Dispute Resolution: How Should the Law Schools Respond?, Law Tchr. 13 1997, pp. 13-29.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/lwtch31&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/lwtch>

 - MACFARLANE, J., ADR and The Courts: Renewing our Commitment to Innovation, 95 Marq. L. Rev. 927 2011-2012, pp. 928-940.
http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/marqlr95&div=31&start_page=927&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

 - MACHO GOMEZ C., Los ADR "alternative dispute resolution" en el comercio internacional, Cuadernos de derecho transaccional, Vol. 5 N°2, 2013, <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828>.
Última visita Abril 2016.

 - McDERMOTT, P., Lying by Omission? A Suggestion for the Model Rules. The Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 22, 2009, pp. 1015-1028.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/geojlege22&id=1021&print=section§ion=43&ext=.pdf>

 - MENDELSON, G., Lawyers as Negotiators, Harv. Negot. L. Rev. Spring 1996, Vol. 1:139 pp. 139-167.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/haneg1&id=147&print=section§ion=11&ext=.pdf>

 - MENDENHALL, R.W., Post-Settlement Settlements: Agreeing to Make Resolutions Efficient, 1996 J. Did. Resol. 81 1996, pp.81-113. <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1996/iss1/6>

 - MENKEL-MEADOW, C., Legal Negotiation: A Study of Strategies in Search of a Theory, Am. B. Found. Res. J. 906, 1983, pp. 905-937.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/lsociq1983&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/lsociq>

 - MENKEL-MEADOW, C., Toward another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving, 31 UCLA L. Review, 754, 1983-1984, p. 754-842.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclair31&id=770&print=section§ion=30&ext=.pdf>

 - MENKEL-MEADOW, C., For and Against Settlement: Uses And Abuses Of The Mandatory Settlement Conference, 33 UCLA L. Rev. 485, 1985-1986, pp. 485-516.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclair33&id=501&print=section§ion=22&ext=.pdf>

- MENKEL-MEADOW, C., Lawyer Negotiations: Theories and Realities- What We Learn From Mediation, *The Modern Law Review*, May 1993 pp. 361-379.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02678.x/epdf>
- MENKEL-MEADOW, C., Whose dispute is it anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases), 83 *GEO L.J.* 2663, 1994-1995, pp. 2663-2696.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=2663&handle=hein.journals%2Fglj83&collection=journals>
- MENKEL-MEADOW, C., The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World, 38 *Wm. & Mary L. Rev.* 5, 1996, pp. 5-44 <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol38/iss1/3>
- MENKEL-MEADOW, C., Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering, *Florida State University Law Review*, Vol. 27, 1999, pp. 153-188.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/flsulr27&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/flsulr>
- MENKEL-MEADOW, C., When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver, 28 *Hofstra L. Rev.* 905, 1999-2000, pp. 905-923.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=905&handle=hein.journals%2Fhoflr28&collection=journals>
- MENKEL-MEADOW, C., Negotiating with Lawyers, Men, and Things: The Contextual Approach Still Matters, *Negotiation Journal*, July 2001, pp.257-293.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2001.tb00240.x/epdf>
- MENKEL-MEADOW, C., Looks Back on Twenty-Five Years of Negotiation Theory, Research, Practice and Teaching, *Negotiation Journal*, October 2009, pp. 415-429.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2009.00236.x/epdf>
- MENKEL-MEADOW, C., Compromise, Negotiation, and Morality, *Negotiation Journal*, October 2010, pp. 483-499. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2010.00285.x/epdf>
- MNOOKIN, R.H., KORNHAUSER, L., Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 *Yale L.J.* 950, 1978-1979, pp. 950-997.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=950&handle=hein.journals%2Fylr88&collection=journals>
- MNOOKIN, R.H., SCOTT, R.P., TUMELLO, A.S., The Tension Between Empathy and Assertiveness, *Negotiation Journal*, July 1996, pp. 217-230.
- MNOOKIN, R.H., Negotiation Settlement and the Contingent Fee, 47 *DePaul L. Rev.* 363, 1997-1998, pp.363-370.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/deplr47&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/deplr>

- MNOOKIN, R.H., Strategic Barriers to Dispute Resolution: A Comparison of Bilateral and Multilateral Negotiations, 8 Harvard Negotiation Law Review 1, 2003.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg8&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/haneg>

- MNOOKIN, R.H., When Not To Negotiate: A Negotiation Imperialist Reflects On Appropriate Limits, 74 U. Colo. L. Rev. 1077, 2003, pp. 1076-1108.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/ucollr74&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ucollr>

- MOFFIT, M., Contingent Agreements: Agreeing to Disagree about Future, 87 Marq. L. Rev. 637 2003-2004, pp. 691-696.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=691&handle=hein.journals%2Fmarqlr87&collection=journals>

- MOULY, B., Truthfulness in Negotiation, Liberty Legal Journal, 8 2013, pp. 7-11, vid., p. 9.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/liblej2013&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/liblej>

- NELKEN, M.L., The Myth of the Gladiator and Law Students' Negotiation Styles, Cardozo J. of Conflict Resolution, Vol. 7, 2005, pp.1-26.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/cardcore7&id=5&print=section§ion=5&ext=.pdf>

- NEUMANN, R.K.Jr., What We Don't Know About Deal Negotiations By Lawyers and Negotiation NEUMANN, R.K.Jr. STARK, T.L., KATZ, H., Negotiations, Transaction: The Tennessee Journal of Business Law, Vol. 12, 2011, pp. 153-173.
<http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=transactions>

- NIEVA FENOLL, J., La mediación: ¿ una "alternativa" razonable al proceso judicial ?, en Monográfico editado especialmente para EL ICACOR, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, Abril 2013, pp. 42-50.
http://mediacion.icacor.es/download/Doctrina/ESPECIAL_MEDIACION_ICACOR.pdf

- NOLAN-HALEY, J.M., Introduction: Lawyers Ethics in ADR, Fordham Urban Law Journal Vol. 28, Issue 4, 2000, Article 1, <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2050&context=uij>

- NOLAN-HALEY, J.M., New Problem-Solving Scholarship: An Historical Tale with a Happy Ending, Negotiation Journal, April 2003, pp. 169-182.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2003.tb00774.x/epdf>

- NOYA FERREIRO, M.L., VARELA GOMEZ, B., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Arts. 19 a 22, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Julio 2005,
http://www.indret.com/pdf/293_es.pdf

- ORTEGA REINOSO, G., Contenido Obligacional Del Contrato de Servicios del Abogado. Un repaso Jurisprudencial, Revista Jurídica de Castilla y León. Número 34, Septiembre 2014, Derecho Civil, pp. 1-43.
http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284362586142/Redaccion
- PEARCE, R.G., JENOFF, P., Nothing New Under The Sun: How the Legal Profession's Twenty-First Century Challenges Resemble Those Of The Turn Of The Twentieth Century, Fordham Urban L.J. 481 (2012) pp. 481-502. <http://ssrn.com/abstract=2320558>
- PHILLIPS, G.F., The Obligations of Attorneys to Inform Clients About ADR, 31 W. St. U.L. Rev. 239 2003-2004, pp. 239-263.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=239&handle=hein.journals%2Fwsulr31&collection=journals>
- PRIEST, G.L., KLEIN B., The Selection of Disputes for Litigation, 13 Journal of Legal Studies, 1, 1984, pp. 1-55.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/legstud13&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/legstud>
- POITRAS, J., STIMEC, A., ROBERGE, J.F., The Negative Impact of Attorneys on Mediation Outcomes: A Myth or a Reality? Negotiation Journal, January 2010, pp. 9-24.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2009.00251.x/epdf>
- PURNELL, S.E., Comment. The Attorney as Mediator: The Inherent Conflict of Interest?, 32 UCLA L. Rev. June 1985, 986, pp.986-1019,
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr32&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/uclalr>
- QUEK, D., Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program, 11 Cardozo J. Conflict Resol. 479 2009-2010 pp. 479-509.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore11&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>
- RACHLINSKI, J.J., Gains, Losses, and the Psychology of Litigation, 70 S. Cal. L. Rev. 113 1996-1997, pp.113-185.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/scal70&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/scal>
- RAIFFA, H., Mediation of Conflicts, American Behavioral Scientist, Vol. 27 N° 2, November/December 1983 195-210, pp. 195-196.
<http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1306754517/fulltext/3087B28F790345CBPQ/8?accountid=15293>

- REGLERO CAMPOS, L.F., La Responsabilidad Civil de Abogados en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, AFDUDC- Anuario da Facultade de Dereito da Univversidade da Coruña- 11, 2007, pp. 785-813. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2514572>
- RENO, J., Lawyers as Problems-Solvers. Keynote Address to the AALS, 49 J. Legal Educ. 5, 1999, pp. 5-13.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=5&handle=hein.journals%2Fjled49&collection=journals>
- REUBEN, R.C., The Dirty Little Secret of Legal Negotiation: Confidentiality under Federal Rule 408 and Relate State Laws, University of Missouri, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper, N° 2014. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491686
- ROBEL, L.K., Fractured Procedure: The Civil Justice Reform Act of 1990, (1994). Faculty Publications. Paper 557. (Maurer School of Law: Indiana University) pp. 1447-1485.
<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1558&context=facpub>
- RUBENSTEIN, W.B., A Transactional Model of Adjudication, Georgetown Law Journal, Vol 89, N°2, January 2001, pp. 371-438. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256041
- RUBIN, A.B., A Causerie of Lawyers' Ethics in Negotiation, 35 LA. L. Rev. (1975) pp.576-593.
<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss3/2>
- RUBIN, J.Z., Negotiation: An Introduction to Some Issues and Themes, American Behavioral Scientist, 27:2 (1983: Nov/Dec), 135 pp.135-147.
<http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1306754467/fulltextPDF/2071ADF351184372PQ/5?accountid=15293>
- RUBIN, M.H., The Ethics of Negotiations: Are There Any? 56 La. L. Rev. (1996), pp. 447-476.
<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol56/iss2/>
- RUSSELL, I., The Evolving Regulation of the Legal Profession: The Costs of Indeterminacy and Certainty, Professional Lawyer, Vol, 137, 2008,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1357609##
- SALACUSE JESWALD, W., So, What is the Deal Anyway? Contracts and Relationships as Negotiations Goals, Negotiation Journal, January 1998, pp. 5-11.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1998.tb00144.x/epdf>
- SALVADOR CODERCH, P., ABC de la Transacción, InDret, Working Paper n°101 Barcelona, Octubre de 2002, pp. 1-22. http://www.indret.com/pdf/101_es.pdf
- SAN CRISTOBAL REALES, S., La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIV (2011) 277-302.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=94226>

- SAN CRISTOBAL REALES, S., Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 39-62/ISSN: 1133-3677, pp. 39-62.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182033>.
- SANDER, F.E.A., Ways of Handling Conflict: What We Have Learned, What Problems Remain, Negotiation Journal, October 2009, pp. 533-537.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2009.00243.x/epdf>
- SAVORY, J., Styles and Effectiveness of Negotiation, 76 Arbitration 3, August 2010, Chartered Institute of Arbitrators pp. 503-513.
- SCHMITZ, A.J., Nonconsensual + Nonbinding = Nonsensical? Reconsidering Court-Connected Arbitration Programs, 10 Cardozo J. Conflict Resol. 587, 2008-2009, pp.587
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/cardcore10&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/cardcore>
- SCHELLING, TH.C., An Essay on Bargaining, The American Economic Review, Vol. 46, N° 3 (Jun., 1956) pp. 281-306. http://www.jstor.org.sire.ub.edu/stable/1805498?seq=1#page_scan_tab_contents
- SCHNEIDER KUPFER, A., Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence of Effectiveness of Negotiation Style, 7 Harv. Negot. L. Rev. 143, 2002, pp. 143-233.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=143&handle=hein.journals%2Fhaneg7&collection=journals>
- SCHNEIDER KUPFER, A., Aspirations in Negotiation, 87 Marq. L. Rev. 637, 2003-2004, pp.675-680.
<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1188&context=mulr>
- SCHNEIDER KUPFER, A., Teaching a New Negotiation Skills Paradigm, 39 Wash.U.J.L. & POL'Y13 (2012), http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol39/iss1/3, pp.13-38.
- SCHWARTZ, A., SCOTT, R.E.E., "Precontractual Liability and Preliminary Agreements" (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 301. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/301
- SEBENIUS, J.K., Avoiding the Cost of Negotiation: A Commentary on "Is unilateralism always bad?", Negotiation Journal, April 2004, pp. 165-168.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/nejp.12053/epdf>
- SHAFFER, Th. L., McThenia, A. W., "For Reconciliation" (1985). *Scholarly Works*. Paper 179, pp.1660-1668. http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/179
- SHAVELL, S., Suit Versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgements, 22 J. Legal Stud. 1 1993 pp.1-13.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/legstud22&id=5&print=section§ion=5&ext=.pdf>

- SHELL, R., When is it Legal to Lie in Negotiations? Sloan Management Review, spring 1991. 32, 3 ABI/INFORM Global pp. 93-101.
<http://search.proquest.com.sire.ub.edu/docview/1303002045/7202E37DBD4A46CFPQ/12?accountid=15293>

- SHERWIN, E., Nonmaterial Misrepresentation: Damages, Rescission, and the Possibility of Efficient Fraud, 36 Loy. L.A.L. Rev. 1017 (2003), pp. 1017-1026. (nc).
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=1017&handle=hein.journals%2Flla36&collection=journals>

- SILVER, C., DALY, M.C., Flattening the World of Legal Services? The Ethical and Liability Minefields of Offshoring Legal and Law-Related Services, Georgetown Journal of International Law, Vol. 38, 2007, pp.401-447.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=401&handle=hein.journals%2Fgeojintl38&collection=journals>

- SPIEGEL, M., Lawyers and Professional Autonomy: Reflections on Corporate Lawyering and The Doctrine of Informed Consent. Western New England Law Review, Vol. 9, pp. 139-152.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=139&handle=hein.journals%2Fwnelr9&collection=journals>

- SPORKIN, S. -, The Need for Separate Codes of professional Conduct for the Various Specialties, Geo. J. Legal Ethics 149 1993-1994, pp.149-152.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege7&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/geojlege>

- STIPANOWICH, TH. J., Arbitration: The New Litigation, University of Illinois Law Review, Vol. 2010, pp. 1-60. <http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2010/1/Stipanowich.pdf>

- STRUDLER, A., Moral Complexity in The Law of Nondisclosure 1-60, UCLA L. Rev. 337 1997-1998, pp.337-384.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/uclalr45&id=351&print=section§ion=16&ext=.pdf>

- TANFORD J.A., The Ethics of Evidence, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 25, 2002, pp. 487-555.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=487&handle=hein.journals%2Famjtrad25&collection=journals>

- TSAY, C.J., BAZERMAN, M.H., A Decision-Making Perspective to Negotiation: A Review of the Past and a Look to the Future, Negotiation Journal, October 2009 pp. 467-480.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2009.00236.x/epdf>

- TVERSKY, A., KAHNEMAN, D., Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131. <http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJUUHAB%3E2.0.CO%3B2-M>
- VARON, J N., Promoting Settlements And Limiting Litigations Cost By Means Of The Offer of Judgment: Some Suggestions For Using And Revising Rule 68, The American University Law Review, Vol. 33:813, 1884, pp. 813-848.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?page=813&handle=hein.journals%2Faulr33&collection=journals>
- WALLIHAN, J., Negotiating to Avoid Agreement, Negotiation Journal July 1998, pp. 257-268.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1998.tb00164.x/epdf>
- WALLIHAN, J., Reverse Bargaining: Some Oddities that illustrate the "Rules", Negotiation Journal, July 2003, pp.207-214. <http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2003.tb00779.x/epdf>
- WARMBROD, M.L., Could an Attorney Face Disciplinary Actions or Even Legal Malpractice Liability for Failure to Inform Clients of Alternative Dispute Resolution? 27 Cumb. L. Rev. 791 1996-1997 pp. 791-820.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/cumlr27&id=801&print=section§ion=28&ext=.pdf>
- WATKINS, M., Negotiating in a Complex World, Negotiation Journal, July 1999, pp. 246-270.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1999.tb00195.x/epdf>
- WATKINS, M., Principles of Persuasion, Negotiation Journal, April 2001, pp. 115-137.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.2001.tb00231.x/epdf>
- WENINGER, R.A., Amended Federal Rule of Evidence 408: Trapping the Unwary, 26, Rev. Litg. 402, 2007, pp. 402-456.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/rol26&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/rol>
- WETLAUFER, G.B., The Ethics of Lying in Negotiations, 75 Iowa L. Review. 1219, 1989-90, pp. 1219-1272.<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ilr75&id=1235&print=section§ion=55&ext=.pdf>
- WHEELER, M., Getting to No, Negotiation Journal, July 1997, pp.227-233.
<http://onlinelibrary.wiley.com.sire.ub.edu/doi/10.1111/j.1571-9979.1997.tb00128.x/epdf>
- WHITE, J.J., Machiavelli and the Bar: Ethical Limitations on Lying in Negotiation. Am. B. Found. Res. J. 1980 (1980) pp. 926-938.
<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1852&context=articles>

Bibliografía

- WHITE, J.J., The Pros and Cons of Getting to Yes, Review of Getting to YES, by R. Fisher, W. Ury, J. Legal Educ. 34 (1984): 115-24, pp.115-120.
<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=reviews>
- WILLIAMS, G.R., Negotiation as a Healing Process, 1996 J. Disp. Resol. (1996), pp, 1-66, (Consultado 01/12/2014). <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1996/iss1/4>
- WISSLER, R.L., Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences, 26 Ohio St. J. on Disp. Resol. 271 2011, pp. 271-326.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr26&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ohjdpr>
- ZACHARIAS, F.C., Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics, 69 Notre Dame L. Rev. 223 (1993).
<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol69/iss2/6>
- ZACHARIAS, F.C., Foreword: The Quest for a Perfect Code, 11 Geo. J. Legal Ethics 787, 1997 - 1998, pp. 787-800.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/geojlege11&id=797&print=section§ion=46&ext=.pdf>
- ZACHARIAS, F.C., The Myth of Self-Regulation, Minnesota, Law Review, 2009, 93, pp.1147-1190.
<http://www.minnesotalawreview.org/articles/myth-self-regulation/>
- ZOGHBY, M., The Prohibition of Communication with Adverse Parties in Civil Negotiations: Protecting Clients or Preventing Solutions? 14 Geo. J. Legal Ethics 1165 2000-2001 pp. 1165-1178.
<http://www.heinonline.org.sire.ub.edu/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/geojlege14&id=1175&print=section§ion=53&ext=.pdf>

3 Otros documentos

- CANO FERRER, P., Seguro de Protección Jurídica, Ponencia en el Congreso Constituyente de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon8.pdf>, celebrado en granada, 15, 16 y 17 de Noviembre del 2001, Última visita Junio 2015.
- Cuarto Barómetro Externo de Opinión del C.G.A.E. “La Imagen de los Abogados y la Justicia en la Sociedad Española” (Realizado en el años 2011), p. 11. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/IV-BAROMETRO-EXTERNO1.pdf>
- Ethical Guidelines for Settlement Negotiations, Section of Litigation, American Bar Association, August, 2002. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/settlementnegotiations.authcheckdam.pdf
- DEL ROSAL, R., Códigos Deontológicos y Ética Profesional. Origen, naturaleza jurídica, finalidad y bases para su elaboración, Blog de Ética Jurídica 6 de Diciembre 2010. <http://eticajuridica.es/2010/12/06/codigos-deontologicos-y-etica-profesional-origen-naturaleza-juridica-finalidad-y-bases-generales-para-su-elaboracion/>
- Informe Comparado Colegiación Obligatoria y Funciones de las Abogacías de los Estados Miembros de la Unión Europea. Delegación Bruselas Abogacía Española, Mayo 2013. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/06/Informe-comparado-Colegiacion-estructura-y-funciones-abogacia-UE27-ok.pdf>
- Informe Jurídico sobre el Borrador del Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales, Abogacía Española Consejo General, Mayo 2013. Los extremos referidos se mantienen en la versión del anteproyecto del 2014. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/06/INFORME-JURIDICO-BORRADOR-ANTEPROYECTO-SERVICIOS-PROFESIONALES-OK.pdf>
- JOHNSON, E., The Pound Conference Remembered in Dispute Resolution Magazine, Fall 2012, Volume 19, Number 1. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/105457_ABA_Fall12_Final.authcheckdam.pdf
- LLORENTE CABRELLES L.R, “Las diligencias preliminares en el proceso civil” Tesis Doctoral, Facultad de Derecho. Universidad de Valencia., 2014, [http://mobirodueriv.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20\(14%20puntos\)%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://mobirodueriv.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20(14%20puntos)%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- MANZANARES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares” capítulo tesis doctoral “La ruptura injustificada de las negociaciones preliminares: un supuesto de responsabilidad precontractual” leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

- http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1984-30068700748 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminaresd
- MILLER, A.R., The August 1983 Amendments to The Federal Rules of Civil Procedure: Promoting Effective Case Management and Lawyer Responsibility, Education Training Series, Revision of Remarks at a Federal Judicial Center Workshop, January 20, 1984.
[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/1983amnds.pdf/\\$file/1983amnds.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/1983amnds.pdf/$file/1983amnds.pdf)
 - Legal Education and Professional Development- An Educational Continuum. Report of The Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap. American Bar Association. Section of Legal Education and Admissions to the Bar. July 1992.
[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report\).authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report).authcheckdam.pdf)
 - Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, que dirigen Pompeu Casanovas, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba, Editado por el Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 1^a Edición 2011..
 - Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas Bruselas, 19.04.2002, COM(2002) 196 final,
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=ES>
 - Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, GARCIA RUBIO, M.P. La Responsabilidad Precontractual en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, Núm., 2130, Abril 2011. (Consultado 25/03/2014). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915700>
 - Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the UE, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens, Rights and Constitutional Affairs, 2014,
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET%282014%29493042_EN.pdf

4 Jurisprudencia

SENTENCIAS EEUU

- Virzi v. Grand Trunk Warehouse & Cold Storage Co., 571 F. Supp. 507 (E.D. Mich. 1983) U.S. District Court for the Eastern District of Michigan - 571 F. Supp. 507 (E.D. Mich. 1983) September 29, 1983
- Zimpel v. Trawick, 679 F. Supp. 1502 (W.D. Ark. 1988) U.S. District Court for the Western District of Arkansas - 679 F. Supp. 1502 (W.D. Ark. 1988) January 28, 1988
- Holdren v. General Motors Corp., 13 F. Supp. 2d 1192 (D. Kan. 1998) U.S. District Court for the District of Kansas - 13 F. Supp. 2d 1192 (D. Kan. 1998) July 27, 1998
- Goodyear Tire & Rubber Co. v. Chiles Power Supply, Inc., 7 F. Supp. 2d 954 (N.D. Ohio 1998) U.S. District Court for the Northern District of Ohio - 7 F. Supp. 2d 954 (N.D. Ohio 1998) June 3, 1998
- Thomas Niesig, Appellant, v Team I, et al., Respondents, v. Detrae enterprises inc., third party respondent 76 N.Y. 2d 363, 558 N.E.2d 1030, 559 N.Y.S.2d 439 (1990) July 5th, 1990

SENTENCIAS ESPAÑA

- STS 494/2013 de 6 de junio RJ/2013/6425
- STS 84/2013 de 8 de febrero RJ/2013/1985
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 26 de Nov. 2010 Nº Sentencia 540/2010 (Diario La Ley)
- STS 1349/2009 de 25 de enero, RJ/2010/1459
- STS 617/2008 de 6 de octubre RJ/2009/165
- STS de 26 de Febrero 2007 (RJ 2115)
- STS 30 de Marzo 2006 (2129)
- STS 14 de Diciembre 2005 RJ (2006/1225)
- STS de 30 de Noviembre 2005 (RJ 2005, 7859)
- STS 7 de abril de 2003 (RJ 2003/3003)
- STS 8 de abril de 2003 (RJ 2003/2956)
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 4 de Nov. 2008 (JUR 2008/2800).
- STS de 3 de Octubre 1998 (RJ 8587)
- STS 84/2013 de 8 de febrero RJ/2013/1985

5 Legislación Citada

LEGISLACION EEUU

- Federal Arbitration Act, promulgada en 1925
<https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf>
- The Uniform Mediation Act Last Revised or Amended in 2003
http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf
- Federal Rules of Civil Procedures, December 1, 2010, <http://www.utd.uscourts.gov/forms/civil2010.pdf>

LEGISLACION ESPAÑA

- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, BOE 15 de febrero de 1974, Núm. 40, pp. 3046 a 3049. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-289>
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980, páginas 23126 a 23133. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-22501>
- Art. 542 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE» núm. 157, de 02/07/1985 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Modificada Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015, páginas 61593 a 61660. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8167
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. BOE núm. 11, de 12/01/1996, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-750>
- Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, BOE 12 de enero de 1996, Núm. 11, Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público.
- ESTATUTO GENERAL ABOGACA ESPAÑOLA 2001 art. 34.e). Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, BOE» núm. 164, de 10/07/2001 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-13270>
- Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje, BOE de 26 de diciembre de 2003, Núm. 309, pp. 4 6097- 46109. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646
- Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judicial, BOE» núm. 231, de 27 de septiembre de 2005, páginas 31859 a 31886, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-15939>

Bibliografía

- Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, BOE 31 de octubre 2006, Núm. 260, pp. 37743 a 37747.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-18870
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea 24.05.2008.L136/3-136/8.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>
- Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2011, páginas 50797 a 50804 http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 7 de Julio de 2012 Núm. 162, pp. 49224-49242. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90240 a 90288.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10727