

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
CARLO PILIA  
(Directores)

**MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN  
Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA**

Edición al cuidado de  
**Carlos Antonio Agurto González**  
**Sonia Lidia Quequejana Mamani**  
**Benigno Choque Cuenca**



**Título:** MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE TRAS LA PANDEMIA

© ANGELO RICCIO / ELENA LAUROBA / MARÍA CRISTINA DI PIETRO  
MARÍA JOSÉ MORAL MORO / EUGENIO PIZARRO MORENO  
GIULIA RIPOLI / ALDO BERLINGUER-MIGUEL LACRUZ MANTECÓN  
MANUEL RIDRUEJO RAMÍREZ / MARÍA INÉS LAVERDE  
KARLA ANNETT CYNTHIA SÁENZ LÓPEZ / WALTER A. WRIGHT  
NURIA BELLOSO MARTÍN

**Coordinador:** EUGENIO PIZARRO MORENO

© Ediciones Olejnik  
Huérfanos 611, Santiago - Chile  
E-mail: [contacto@edicionesolejnik.com](mailto:contacto@edicionesolejnik.com)  
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición en Ediciones Olejnik: 2020

ISBN: 978-956-392-867-9

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina 2020 Printed in Argentina

## ÍNDICE

PRÓLOGO: LA JUSTICIA EN PURO ESTADO CRÍTICO: ¿REMIENDOS DE URGENCIA O REFORMA ESTRUCTURAL?	13
--------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### PARTE INTRODUCTORIA

COVID-19 Y CONTINGENCIAS CONTRACTUALES: REMEDIOS EXTRAJUDICIALES Y CONSECUENCIAS LEGALES Angelo Riccio	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

I. COVID-19: CONSECUENCIAS SOCIOECONÓMICAS .....	17
II. COVID-19: CONTINGENCIAS CONTRACTUALES. LOS PRINCIPIOS PACTA SUNT SERVANDA E REBUS SIC STANTIBUS .....	17
III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y REMEDIOS .....	31
IV. CONCLUSIONES .....	40

EL DERECHO COLABORATIVO COMO ADR Y COMO HERRAMIENTA DE LA ABOGACÍA DEL FUTURO Elena Lauroba	
---------------------------------------------------------------------------------------------------	--

I. PRESENTACIÓN .....	43
II. EL ORIGEN DEL DERECHO COLABORATIVO: DE LA OCURRENCIA TERAPÉUTICA A LA CONSOLIDACIÓN VERTIGINOSA .....	47
III. PRINCIPIOS RECTORES Y COORDENADAS DE ACTUACIÓN .....	49
3.1. Presupuesto: el consentimiento informado de los clientes .....	49
3.2. Negociación a cuatro y atendiendo a los intereses .....	50
3.3. La autoexclusión de los tribunales (la disqualification) .....	51
3.4. La confidencialidad .....	52
3.5. Equipos pluridisciplinarios .....	52
IV. EL PROCEDIMIENTO .....	53
V. UN PASO DE GIGANTE: LA REFORMA DEL CODE JUDICIAIRE BELGA	54
VI. UNA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE CALIDAD .....	56
VII. DERECHO COLABORATIVO Y NEGOCIACIÓN ASISTIDA ¿ESPECIE Y GÉNERO? .....	57
VIII. UN APUNTE TRAS LA/S PANDEMIA/S: ABOGADOS COLABORATIVOS MÁS ALLÁ DEL ADR ESTRICTO .....	..

IMPACTO DEL COVID-19 EN EL DERECHO.  
SISTEMA DE AUTOCOMPOSICIÓN Y PRUEBA  
María Cristina Di Pietro

I.	INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS Y SU EFECTIVIZACIÓN AUTÓNOMA EN TIEMPOS DE AUTOCOMPOSICIÓN .....	61
II.	NUEVAS (RENOVADAS) FORMAS JURÍDICAS HACIA PROCESOS ÁGILES .....	63
III.	LA MEDIACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL COMO OPERATIVA DE DERECHOS Y DE PRUEBAS ÁGILES .....	64
	3.1. Mediación Jurídica .....	64
	3.2. Mediación en línea y presencia virtual. Mecanismos tecnológicos ...	65
IV.	VIRTUALIDAD Y NUEVA PRAXIS DEL ABOGADO: PERSPECTIVAS PROBATORIAS .....	66
	4.1. Abogados en el sistema de autocomposición .....	66
	4.2. Nuevas perspectivas probatorias en la praxis del abogado .....	67
V.	EL CONSENSO SUPERADOR: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ...	69

PRIMERA PARTE: ARBITRAJE

EL ARBITRAJE FRENTE A LA CRISIS SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL  
María José Moral Moro

I.	INTRODUCCIÓN .....	73
II.	PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JURISDICCIONAL .....	75
	2.1. Normativa reguladora .....	76
	2.2. Exclusión .....	77
	2.3. Intervención de las partes en la configuración del órgano decisorio	77
	2.4. Marco de actuación jurídica .....	78
	2.5. Procedimiento .....	78
	2.6. Resolución final .....	79
III.	VENTAJAS DEL ARBITRAJE RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN .....	79
IV.	COMPORTAMIENTO DEL ARBITRAJE ANTE EL ESTADO DE CRISIS .....	82
	4.1. Suspensión de plazos .....	82
	4.2. Notificaciones y traslados de escritos .....	84
	4.3. Audiencias .....	85
	4.4. Procedimientos abreviados .....	86
	4.5. Especial consideración al Árbitro de Emergencia .....	87
V.	CONCLUSIONES .....	90

ARBITRAJE Y PROCESO; OBLIGATORIEDAD Y MEDIDAS COYUNTURALES  
Eugenio Pizarro Moreno

I.	SITUACIÓN COYUNTURAL Y ARBITRAJE: EL VALOR DE LO ESENCIAL	91
II.	MOVIMIENTOS NORMATIVOS (QUE NO LEGISLATIVOS) NACIONALES E INTERNACIONALES .....	93
III.	MEDIDAS PROCESALES Y PROCESO ARBITRAL .....	94
	3.1. Claves del nuevo sistema .....	95

---

ÍNDICE

---

3.2. Premisas generales .....	96
IV. DESGLOSE Y ANÁLISIS .....	98
4.1. La difícil aspiración a una unificación de criterios .....	98
4.2. Arbitraje y mercado: lex mercatoria racione mercaturae .....	99
4.3. El inestable ámbito de lo penal para la confirmación ante-juicio oral .....	100
4.4. Fomento en abierto (y en el ámbito social) de las ADRS .....	100
V. A MODO DE EPÍLOGO .....	102

CLÁUSULAS DE ARBITRAJE Y COLIGACIÓN CONTRACTUAL: COMPARANDO  
EXPERIENCIAS

Giulia Ripoli y Aldo Berlinguer

I. INTRODUCCIÓN .....	103
II. CONTRATO Y OPERACIÓN ECONÓMICA: UN DIÁLOGO IMPERFECTO .....	104
III. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA: ¿UN PRINCIPIO COMPARTIDO? .....	106
IV. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS CONEXOS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES .....	111
V. EL SISTEMA ARBITRAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA FORMACIÓN, MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO .....	116
VI. ACUERDO NORMATIVO Y CONTRATOS DERIVADOS .....	118
VII. ARBITRAJE, CONTRATO PRELIMINAR Y CONTRATO DEFINITIVO .....	120
VIII. OBSERVACIONES FINALES .....	125

EL RECHAZO A LOS RESULTADOS DEL ARBITRAJE EN LA LEY ESPAÑOLA

Miguel Lacruz Mantecón

I. EL RECHAZO AL ARBITRAJE .....	127
1.1. Planteamiento de la cuestión .....	127
1.2. La naturaleza del arbitraje .....	128
II. LOS REMEDIOS PREVIOS AL LAUDO .....	129
2.1. La necesidad de revisar lo actuado .....	129
2.2. La intervención judicial .....	129
2.3. La recusación del árbitro .....	130
2.4. La remoción del árbitro .....	130
2.5. La intervención de peritos .....	131
III. REMEDIOS POSTERIORES A LA EMISIÓN DEL LAUDO .....	131
3.1. La simple corrección de errores, insuficiencias o extralimitaciones .....	131
3.2. La acción de anulación del laudo .....	132
3.2.1. Planteamiento y regulación .....	132
3.2.2. Fundamentación de la acción de anulación .....	133
3.2.3. Naturaleza de la acción .....	134
3.2.4. Plazo, competencia y legitimación para su ejercicio. El procedimiento .....	136
3.2.5. Los motivos de anulación .....	138
IV. LA REVISIÓN DEL LAUDO .....	142
4.1. La cosa juzgada y la revisión del laudo .....	142
4.2. La acción de revisión .....	142

SEGUNDA PARTE: CONCILIACIÓN

CONCILIACIÓN REGISTRAL  
Manuel Ridruejo Ramírez

I.	INTRODUCCIÓN .....	147
II.	NATURALEZA Y CARÁCTERES .....	148
III.	PRINCIPIOS .....	149
	3.1. Principios de voluntariedad y libre disposición (6) .....	149
	3.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y principio de neutralidad (7 y 8) .....	149
	3.3. Principio de confidencialidad (9) .....	149
	3.4. Principios relativos a las partes (10) .....	150
	3.5. Principios relativos a la figura del Conciliador (11 a 15) .....	150
IV.	PROCEDIMIENTO .....	150
	a. Competencia material .....	151
	b. La competencia territorial .....	152
V.	TERMINACIÓN .....	153
VI.	INSCRIPCIÓN .....	154
VII.	PROYECTO DE CONCILIACIÓN HIPOTECARIA .....	155

CONTRIBUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN A LA SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS EN EL CAMPO DE FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA.  
AVANCES DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA EN CONFLICTOS DE  
CARACTER FAMILIAR  
María Inés Laverde

.....	159
-------	-----

TERCERA PARTE:  
MEDIACIÓN

LAS VIRTUDES NECESARIAS EN LA MEDIACIÓN POST DESASTRE  
Karla Annett Cynthia Sáenz López

I.	SITUACIÓN EMOCIONAL DE LOS MEDIADORES EN LA PANDEMIA ..	169
II.	VIRTUDES NECESARIAS EN EL MEDIADOR PARA AFRONTAR LA NUEVA NORMALIDAD .....	171
	2.1. Cuidado .....	171
	2.2. Desapego .....	172
	2.3. Entusiasmo .....	172
	2.4. Flexibilidad .....	173
	2.5. Enfoque .....	173
	2.6. Esperanza .....	174
	2.7. Humor .....	175
	2.8. Paciencia .....	175
	2.9. Templanza .....	176
II.	VIRTUDES SOCIALES NECESARIAS PARA LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS .....	176

3.1.	Confiar en los demás .....	176
3.2.	Diálogo intercultural .....	177
3.3.	Solidaridad .....	177
3.4.	Sentido de comunidad .....	178

LA MEDIACIÓN VIRTUAL EN LOS ESTADOS UNIDOS:  
PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Walter A. Wright

I.	CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL .....	179
1.1.	Resolución de Disputas en Línea (RDL/ODR) .....	179
1.2.	La mediación virtual .....	180
II.	HISTORIA DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL ANTES DE LA PANDEMIA ....	180
2.1.	Los inicios de la mediación virtual .....	180
2.1.1.	SquareTrade .....	181
2.1.2.	eBay .....	181
2.1.3.	Modria .....	181
2.1.4.	United States Department of Justice (Departamento de Justicia de los Estados Unidos) .....	182
2.1.5.	Elemento común de los programas iniciales de mediación virtual .....	183
2.2.	El crecimiento de la mediación virtual y su estado antes de la pandemia .....	183
III.	CRECIMIENTO RÁPIDO DE LA MEDIACIÓN VIRTUAL DURANTE LA PANDEMIA: APROVECHANDO LAS VENTAJAS .....	183
3.1	La sociedad experimentó los efectos de la pandemia de inmediato .	183
3.2.	La pandemia cambió la perspectiva de muchos mediadores individuales .....	184
3.3.	Los mediadores individuales descubrieron las ventajas de la mediación virtual .....	185
3.3.1.	Beneficios al proceso de mediación .....	185
3.3.2.	Beneficios a las partes y sus abogados y otros representantes .	185
3.3.3.	Beneficios para los mediadores .....	185
IV.	ABORDAJE DE PROBLEMAS E INQUIETUDES ÉTICOS QUE PUEDEN SURGIR EN UNA MEDIACIÓN VIRTUAL: APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES Y GUÍAS DE PRÁCTICA DE ICODR .....	186
4.1	International Council for Online Dispute Resolution (ICODR) ..... (Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea) .....	186
4.2.	Problemas e Inquietudes .....	187
4.2.1.	Problemas e inquietudes sobre el acceso al proceso .....	187
4.2.2.	Inquietudes sobre el mantenimiento de un proceso justo e imparcial .....	188
4.2.3.	Inquietudes sobre la confidencialidad y seguridad del proceso	188
4.2.4.	Inquietudes sobre la competencia de los mediadores virtuales	189
4.2.5.	Ajustes de los convenios de mediación de los mediadores virtuales .....	190
V.	CONCLUSIONES .....	190

# EL DERECHO COLABORATIVO COMO ADR Y COMO HERRAMIENTA DE LA ABOGACÍA DEL FUTURO

ELENA LAUROBA\*  
Universidad de Barcelona

A los miembros de la *Associació catalana de Dret Col·laboratiu* [ACDC: un acrónimo musical feliz], entusiastas, capaces de transformarse y de transformar. Con gratitud.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN II. EL ORIGEN DEL DERECHO COLABORATIVO: DE LA OCURRENCIA TERAPÉUTICA A LA CONSOLIDACIÓN VERTIGINOSA III. PRINCIPIOS RECTORES Y COORDENADAS DE ACTUACIÓN. 3.1. Presupuesto: el consentimiento informado de los clientes. 3.2. Negociación a cuatro y atendiendo a los intereses. 3.3. La *disqualification*. 3.4. La confidencialidad. 3.5. Equipos pluridisciplinares IV. EL PROCEDIMIENTO V. UN PASO DE GIGANTE: LA REFORMA DEL *CODE JUDICIAIRE BELGA* VI. UNA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE CALIDAD VII. DERECHO COLABORATIVO Y NEGOCIACIÓN ASISTIDA ¿ESPECIE Y GÉNERO? VIII. UN APUNTE TRAS LA/S PANDEMIA/S: ABOGADOS COLABORATIVOS MÁS ALLÁ DEL ADR ESTRICTO

## I. PRESENTACIÓN

Todos somos conscientes de la necesidad de arbitrar medidas que impidan el colapso de los tribunales tras el covid-19. Se juntarán –se están juntando ya- 1. los expedientes en curso, dejados en *stand-by* durante el estado de alarma, 2. los casos pendientes que estaban en la cola, admitidos, pero apenas ojeados y 3. el alud de litigios vinculados al período de pandemia, con una taxonomía que supera nuestra imaginación. Por ello ha habido una avalancha de opiniones e informes –con diversos índices de premura, por lo general bienintencionados, a veces ingenuamente falaces (ergo peligrosos)- procedentes de las más variopintas instancias jurídicas –e incluso no jurídicas-. Aquí nos interesa una iniciativa con consecuencias efectivas previsibles: la *Consulta pública sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias*<sup>1</sup>, de 8 de junio del 2021, que busca recabar la opinión de ciudadanos, organizaciones y asociaciones potencial-

---

\* Secretaria general de la ACDC. La contribución forma parte del Proyecto DER 2017-82129-P y de la 2017 SGR 151. En el momento de concluirla (2.8.2020), todas las webs estaban operativas.

<sup>1</sup> [https://ficheros.mjusticia.gob.es/Consulta\\_publica/APL\\_MEDIDAS\\_PROCESALES\\_solucion\\_diferencias.pdf](https://ficheros.mjusticia.gob.es/Consulta_publica/APL_MEDIDAS_PROCESALES_solucion_diferencias.pdf)

mente afectados, «con carácter previo a la elaboración del AP», esto es, sin texto articulado todavía. Es –ciertamente– un estadio preliminar, pero revela que el AP pretende «potenciar la capacidad negociadora de las partes, introduciendo medidas eficaces que no acaben derivando en meros requisitos burocráticos, mediante el impulso de la mediación en todas sus formas, el fortalecimiento del arbitraje con un nuevo modelo y la introducción de otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado». Esta explicación (apartado A: Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa) se completa con la afirmación de que en muchos casos «puede ser la vía contractual la que ofrezca la mejor opción [para gestionar los problemas]» y se añade –a retener– «La elección del medio más adecuado de solución de diferencias aportar calidad a la justicia y satisfacción al ciudadano. En este contexto cobran importancia las razones de las partes para construir soluciones dialogadas en espacios compartidos» [explicación sita en el apartado B: «Necesidad y oportunidad de su aprobación»], que se completa lamentando que los objetivos fijados en la ley 5/2012 no han «logrado alcanzar toda la potencialidad augurada desde su gestación, sin duda alguna por un cierto anquilosamiento en los mecanismos de solución de conflictos»; por eso es objetivo de la [futura] norma «recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de confrontación...», para lo que «es necesario introducir medidas eficaces, complementarias y paralelas a la administración de justicia, que constituyan todas ellas sistemas de solución de diferencias a los que podrán acudir las partes antes de dar comienzo la contienda judicial. La promoción de un sistema de solución de controversias paralelo y complementario a la jurisdicción evitará la hiperjudicialización de la vida en sociedad...». El propósito se declina en preguntas muy genéricas –y en algún caso tendenciosas ¿cómo discrepar de iniciativas formalmente bellas?–, pero que responden a esa necesidad de soluciones novedosas para la mejor gestión de los conflictos innumerables<sup>2</sup>.

En síntesis, hoy los ADR parecen una –incluso «la»– solución para encarar la catástrofe. Y es una convicción generalizada, con debates parecidos en otros países. Baste mencionar el entusiasta título de un artículo francés: «*La formidable odyssee des modes amiables spécial coronavirus: entreprises, profitez des solutions négociées en temps de crise!*»<sup>3</sup> –un artículo que es una apología del ADR que abordamos aquí–.

Pero no sobreactuemos. El interés por los ADR es anterior a la pandemia – solo que entonces el equilibrio entre lo programático y lo pragmático era otro-. La UE, tras el *Libro Verde Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (2002)<sup>4</sup> –un inteligente catálogo de alterna-

---

<sup>2</sup> Nos centramos en el apartado 2 (y en la pregunta 2.1): «2. En lo relativo a la línea de trabajo dirigida a promover y reforzar todo un sistema de solución de diferencias cuyo objetivo es alcanzar una solución negociada de las mismas: 2.1. «¿Considera conveniente que se fomente e intensifique una conciencia que haga que los ciudadanos sean conscientes de las posibilidades que tienen para tratar de alcanzar, con la ayuda de los mecanismos, garantías y profesionales adecuados, una solución consensuada y negociada a sus propios problemas?»

<sup>3</sup> Abril 2020. <https://www.droit-collaboratif.org/news/la-formidable-odyssee-des-modes-amiables-special-coronavirus-entreprises-profitez-des-solutions-negociees-en-temps-de-crise-43>

<sup>4</sup> Bruselas, 19.04.2002 COM(2002) 196 final.

tivas y posibilidades a releer periódicamente- lleva veinte años incorporando en las Directivas preceptos que promueven instrumentos de resolución alternativa. Y por motivos diferentes, los países los han potenciado, al menos normativamente y/ o con programas piloto. En ocasiones para disminuir la sobrecarga de los juzgados o empoderar de manera efectiva a la ciudadanía; en otras, como en Inglaterra, para neutralizar el haber eliminado la asistencia jurídica gratuita en determinados conflictos, significativamente de derecho de familia, salvo excepciones –si concurre violencia- (2012, la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* (LASPO)<sup>5</sup>. Como alternativa se ofrecieron servicios de mediación gestionados por no juristas. Y en el ámbito del consumo, por ejemplo, cada país los adapta desde sus necesidades y carencias<sup>6</sup>.

Algunas iniciativas demuestran el asentamiento de los ADR en la práctica. La *Alternative Dispute Resolution Act* 1998 americana fue un paso concluyente al imponer a cada tribunal que facilitase al menos un ADR; conllevó la consolidación de la mediación -y concebir los ADR como parte del engranaje del sistema<sup>7</sup>-. A nuestro juicio la transformación clave –al menos en un territorio *civil law*- es la reforma del *Code de Procédure* de Québec, en vigor desde el 2016, porque sitúa como punto de partida *los modes privés de prévention et de règlement des différends* (artículo 1). Esto es, el Code comienza destacando que para resolver los conflictos existen los mecanismos privados y que solo en última instancia se acudirá a los tribunales. Es un cambio de filosofía radical que obliga a que la parte y su abogado valoren cuál es el instrumento idóneo antes de recurrir al juez –el debate allí ahora es cómo averiguarlo/ intuirlo (animosos y/o eficientes, los Colegios de Abogados han puesto a disposición de sus colegiados meditadas plantillas de *checklist*<sup>8-9</sup>). Dicho esto, destacar la opción canadiense –particularmente atractiva- no obvia otras iniciativas. Basta pensar, como ejemplos próximos, en las reformas francesas (vgr. las leyes n.2016-1547, de 18 noviembre.2016, *de modernisation de la justice du XXI siècle* o n. 2019-222, de 23 marzo.2019) o en los casos de mediación obligatoria en Italia, que avaló la STJUE de 14 junio 2017.

En la apuesta comunitaria, la mediación es el ADR por antonomasia [Directiva 52/2008/CE] pese a que los conflictos de consumo oferten un abanico de ADR

<sup>5</sup> Vid. LAUROBA LACASA, M<sup>a</sup> Elena, «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *InDret*, 2018/4, pág.11.

<sup>6</sup> Vid. CORTÉS, Pablo: «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», *InDret*, 5/2015.

<sup>7</sup> <https://www.transportation.gov/civil-rights/pl-105-315-28-usc-651-alternative-dispute-resolution-act-1998> Como síntesis, BAUM, Simeon H., «The ADR of 1998 offers Opportunities For Accountants», <http://archives.cpajournal.com/1999/0399/dept/medarb399.html>

<sup>8</sup> Una constatación de hasta qué punto los tribunales pueden involucrarse en la mediación la procura tempranamente el estado de Florida, en que la ley identifica cinco tipos de mediación intrajudicial. Vid. PRESS, Sharon, «Formación de mediadores y cualificación. Tribunales del Estado de Florida», en LAUROBA, Elena- BARRAL, Immaculada- VIOLA, Isabel, *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, CEJFE, 2011, págs. 195-209.

<sup>9</sup> No procede aquí una apología de este instrumento, pero posiblemente test de este tipo podrían procurar indicios para un uso exitoso... La Cámara de Comercio de España, en el *Manual para Procedimientos de Mediación concertados en un marco judicial* (2015), presenta en el Anexo 3 un «Cuestionario de Autoevaluación para las partes en conflicto» muy interesante [https://www.camara.es/sites/default/files/2015-10-26\\_manual\\_procedimientos\\_mediacion.pdf](https://www.camara.es/sites/default/files/2015-10-26_manual_procedimientos_mediacion.pdf)

con regulación y filosofía propia [Directiva 11/2013; Reglamento 524/2013]<sup>10</sup>. Aparece entonces la *European Mediation Paradox* (¿cómo es posible que, pese a sus contrastados beneficios en términos de satisfacción, rapidez y reducción de costos, se use tan poco!<sup>11</sup>). Y por ello muy pronto es objetivo comunitario identificar medidas para desmontar la paradoja (así, el informe *Rebooting' The Mediation Directive: Assessing the limited Impact of its Implementation and proposing Measures to increase the Number of Mediations in the EU* (2014))<sup>12</sup>. También se constata a nivel estatal, con el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación (aprobado en el Consejo de Ministros de 10 enero 2019), un texto que ya en esta fase fue analizado con extenuante minuciosidad<sup>13</sup>. Pero al hablar de mediación hay que aceptar los factores adversos: 1. Junto al sector de la abogacía admirablemente entusiasta coexiste un porcentaje mayoritario de abogados indiferentes o desconfiados<sup>14</sup>. 2. La calidad profesional de muchos bienintencionados mediadores es mejorable (y si un proceso de mediación acaba en fiasco entendiendo fiasco no como falta de acuerdo, sino como episodio banal, se hace un flaco favor a su consolidación). 3. La ciudadanía sigue desconociéndola. 4. Desengañémonos: no todo conflicto es mediable.

<sup>10</sup> Vid. por todos BARRAL VIÑALS, Immaculada (dir.), *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Ed. Atelier, 2019 y DÍAZ-ALABART, Silvia (dir.), FUENTESECA DEGENEFÉ, Cristina (coord.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR. Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013*, Ed. Reus, Madrid, 2017.

<sup>11</sup> Parlamento Europeo (Comisión de Asuntos Jurídicos) INFORME sobre la aplicación de la 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 (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)), pág.8. Según el informe, «se utiliza en menos del 1 % de los casos llevados ante los tribunales». Como scanner de las sucesivas actuaciones de la UE -y del panorama general-, MACHO GÓMEZ, Carolina, «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa», *ADC*, 2014-III, págs. 931-996, especialmente, pág.987 ss.

<sup>12</sup> DE PALO, Giuseppe - D'URSO, Leonardo - TREVOR, Mary - BRANON, Bryan - Romina CANESSA - CAWYER, Beverly - L. Reagan FLORENCE (2014), Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

<sup>13</sup> Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, Isidor, «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», en BARRAL VIÑALS, Immaculada (dir.), VIOLA DEMESTRE, Isabel -V.PÉREZ DAUDÍ (coords.), *El sistema ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 287-298; SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María, «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», *Indret*, 3/2019 y ORTUÑO, Pascual, «La abogacía y la mediación: apuntes críticos al Anteproyecto de ley de impulso», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n° 1, 2020, pág. 8 ss.

<sup>14</sup> Al abordar el tema en alguna exposición oral, suelo apuntar que en los últimos años hemos experimentado la siguiente evolución: frente al abogado que declaraba, contundente, no creer en la mediación, ahora tenemos abogados que se declaran firmes valedores de dicho ADR pero que consideran, desolados, que en el caso que asesoran no es factible. Y añadido un dato numérico que revela la magnitud de la tragedia. Con ocasión de un estudio sobre cómo implementar la mediación en los seguros (un proyecto que patrocinó la compañía aseguradora DAS), constituimos un *focus group* con operadores jurídicos de ese ámbito. Concluyeron que los abogados pro mediación en el sector apenas alcanzaban el 10% (vid. LAUROBA, Elena, «La mediación en el sector asegurador: mediar tras un siniestro y mucho más...», GARCÍA MAYO, Manuel, *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas*, Ediciones Olejnik, 2020, pág. 202).

LA SOCIEDAD DEL POST-COVID19: OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR Y  
CONSOLIDAR LA MEDIACIÓN  
Nuria Belloso Martín

I.	INTRODUCCIÓN .....	191
II.	RAZONES SOCIOLOGICO-POLÍTICAS: LA SOCIEDAD DEL POST-CORONAVIRUS COMO OPORTUNIDAD PARA IMPULSAR LA MEDIACIÓN .....	193
III.	RAZONES JURÍDICAS Y DE OPORTUNIDAD: AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD Y RESPUESTA LEGAL .....	198
	1. Estado de la cuestión .....	198
	2. Oportunidad para impulsar la mediación: un escenario propicio ....	200
IV.	REFLEXIONES FINALES .....	205

Llegamos, por tanto, a otras figuras del ecosistema ADR: la conciliación, la evaluación neutral previa, el mini-trial o los sistemas híbridos. Y entre ellas destaca el derecho colaborativo, un ADR emergente de implantación meteórica (surgió hace apenas 30 años). Es el ADR con mayores posibilidades de interesar a la abogacía, porque es una herramienta óptima para el ejercicio saludable de la profesión. Sin embargo, puede malearse si se adopta atendiendo solo al *nomen* atractivo (¡un *derecho colaborativo!*) ignorando la formación y las buenas prácticas ya generadas en otros lugares.

## II. EL ORIGEN DEL DERECHO COLABORATIVO: DE LA OCURRENCIA TERAPÉUTICA A LA CONSOLIDACIÓN VERTIGINOSA

El derecho colaborativo tiene un creador, un «padre del procedimiento». Lo ideó Stuart -Stu- WEBB, en Minneapolis a finales de los años ochenta del siglo pasado<sup>15</sup>. Stuart WEBB era un abogado con una trayectoria profesional respetada y lucrativa. Pese a ello, tras diecisiete años dedicado a conflictos familiares –básicamente divorcios- se sentía profundamente desanimado (en algunas entrevistas apunta que *burnout*). Abominaba gestionar día sí día también litigios basados en la confrontación, con jueces sobrecargados de casos, abogados con tics fulleros y clientes desorientados pero hoscos, pozos de reproches sin futuro<sup>16</sup>. Ese hartazgo le llevó incluso a cuestionarse si debía cerrar su despacho y cambiar de trabajo. Y tras una serie de reflexiones, se le ocurrió un procedimiento con unos caracteres concretos: 1. Los abogados se comprometían a trabajar conjunta y cooperativamente con sus clientes de modo que los acuerdos surgían de esa colaboración entre todos, con un destacado protagonismo de los clientes 2. En caso de no obtener acuerdos, los abogados no podrían representar a sus clientes en el subsiguiente proceso judicial<sup>17</sup>.

Para muchos, la iniciativa era un desatino, pero WEBB no se amilanó. Contó con la complicidad de un juez de su jurisdicción –la carta que le escribió es la mejor presentación del derecho colaborativo: una apasionada declaración de intenciones<sup>18</sup>–.

<sup>15</sup> Una presentación sucinta en LAUROBA, Elena- TUR, Montserrat, *Món jurídic*, dic.2017-ene.2018. Para situarlo, en nuestro país, GARCÍA VILLALUENGA, Leticia- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «Editorial. El derecho colaborativo: nuevas oportunidades para la abogacía y para la justicia social», *Anuario de Mediación*, 2014, págs.18-21. ESTEVE ESTEVE, Patricia, «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos», *RJC*, 2016-1, págs.71-95 y BUENO OCHOA, Luis, «Cruce y descruce de miradas al derecho colaborativo», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2015, págs.107-121 así como el monográfico de Community of Insurance, *e-letter* n.17, junio 2015, «Derecho colaborativo: una manera eficaz e innovadora de resolver conflictos». También es útil SOLETO, Helena, *El abogado colaborativo*, Tecnos, 2014, aunque pese al título –y sin obviar el derecho colaborativo- focaliza su interesante análisis en la mediación. En derecho comparado, espléndida, BOUDART, Anne-Marie, *Droit collaboratif*, Editions Larcier, 2018. E, imprescindible, WEBB, Stuart -OUSKY, Ronald, *The Collaborative Way to Divorce: The Revolutionary Method That Results in Less Stress, Lowercosts, and Happier KI Ds – Without Going to Court*, Plume, 2007.

<sup>16</sup> [http://www.collaborativelaw.us/articles/The\\_Development\\_of\\_Collaborative\\_Law.pdf](http://www.collaborativelaw.us/articles/The_Development_of_Collaborative_Law.pdf)

<sup>17</sup> La historia en WEBB, Stu - OUSKY, Ron, «History and Development of collaborative Practice», *Family Court Review*, vol. 49-2, 2011, págs. 213–220.

<sup>18</sup> El texto es más útil que muchos minuciosos artículos sobre el ADR. Su entusiasmo es pedagógico. Transcribimos un fragmento: «Personally, about four months ago, I made the final moves to abandon my trial practice (which was already slanted toward settlement) to devote myself exclusively to a family law settlement practice. This means that I have unilaterally declared that I will not go to court in an adversarial matter. My practice is fun again!» (<https://abcfamilyblog.wordpress.com/2015/07/04/the-origins-of-collaborative-divorce-stu-webbs-letter>)

En 1990 creó el *American Institute of Collaborative Professionals*. Al inicio, solo eran cuatro abogados, pero al cabo de un tiempo se convirtió en la *International Academy of Collaborative Professionals* (IACP) para acoger profesionales de otros países, porque llovían las peticiones de ingreso. En el 2010 constaban más de 300 grupos de práctica colaborativa<sup>19</sup>. Han publicado unos *Standards and Ethics* [En adelante *Estándares*] que constituyen el material de referencia para la formación de profesionales colaborativos o las cuestiones éticas<sup>20</sup>.

Ha existido, asimismo, una progresiva implicación pública. En California se ofrecen servicios de derecho colaborativo desde 1993. En el 2000, el juez que preside la Sección de derecho de familia del TS de San Francisco estableció el departamento de derecho colaborativo (lo convirtió en una de las opciones *multidoor*). El proceso culminó con la *Uniform Collaborative Law Act* de 2009<sup>21</sup>, con precisiones en el 2010<sup>22</sup>, un modelo que integra clarificadoras *Rules* [en adelante UCLA-R]. A la hora de cerrar este texto, la han adoptado 20 estados y se discute en otros tres<sup>23</sup>.

Otros países siguen la estela. En el 2005, Canadá publicó un estudio de Julie MacFarlane<sup>24</sup>, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (dfc) : étude de cas qualitative*, que tras analizar pros y contras y fortalezas y debilidades, concluía con una relación de recomendaciones. En el 2006 el *Family Law Council* australiano presentó un informe («*Collaborative Practice in Family Law*»<sup>25</sup>) que repasaba experiencias norteamericanas y canadienses y sopesaba cómo implementarlo en el país. Y hoy ya no se circunscribe al territorio *common law*. Encontramos iniciativas parangonables en Francia, Suiza, Italia, Alemania, Países Bajos, Bélgica, Israel, Chequia o Austria. En España, el referente es la *Asociación vasca de derecho colaborativo* que goza del soporte institucional (y económico) del gobierno vasco<sup>26</sup> y hay otras asociaciones muy activas, como la madrileña. En Cataluña se constituyó en el 2017 la *Associació catalana de Dret Col·laboratiu* [ACDC], con el impulso del Departament de Justícia<sup>27</sup>.

---

<sup>19</sup> LANDE, John, «An Empirical Analysis of Collaborative Practice», *Family Court Review*, vol.49, 2011, pág.257.

<sup>20</sup> <https://www.collaborativepractice.com/sites/default/files/IACP%20Standards%20and%20Ethics%202018.pdf>

<sup>21</sup> Uniform Collaborative Law Rules and Uniform Collaborative Law Act <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-101210?CommunityKey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf&tab=librarydocuments> (en el documento consta la fecha de 24 abril 2020).

<sup>22</sup> BERECZ Deborah B.- TOWNE, Gail M., «The Uniform Collaborative Law Act. Michigan not left behind», *Michigan Bar Journal*, 2015, p.40 recuerdan que «Under the revised act, states are given the explicit option of limiting application of the rules/act to matters arising under the family laws of a state. To date, most states have only enacted the Uniform Collaborative Law Act in legislative form, and most limit it to family matters». En efecto, coexisten diferentes ámbitos/grados de implantación del derecho colaborativo.

<sup>23</sup> <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf>

<sup>24</sup> *Rapport de recherche: Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (dfc) : Étude de cas qualitative* [http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005\\_1/2005\\_1.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/2005_1.pdf)

<sup>25</sup> <http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/Collaborative%20Practice%20in%20Family%20Law.pdf>.

<sup>26</sup> <http://www.derechocolaborativo.es/>.

<sup>27</sup> Por ello, es preciso visibilizar el apoyo del director general de dret, Xavier Bernadí y el empuje non-stop de la presidenta de la ACDC, Montserrat Tur. Vid. web [www.dretcolaboratiu.cat](http://www.dretcolaboratiu.cat)

La ACDC se ha volcado en ofrecer formación siguiendo los *Estándares* de la IACP (vid. Apdo. VI)

La iniciativa de WEBB ha tenido un éxito que supera con creces las expectativas de su creador<sup>28</sup>. Su consolidación va ligada, también, a la implicación constante – incluso, en la mejor acepción del término, obstinada– de grupos de abogados coordinados que a partir de los *Estándares* organizan la formación y establecen criterios de supervisión y soporte, siempre deseosos de aparcar la beligerancia del foro. A día de hoy, en cualquier lugar del mundo, un grupo de abogados se proclama colaborativo y hace suyas esas directrices para desarrollar una formación y un modo de trabajar no adversarial. Al cabo de un tiempo, se adhieren a la IACP.

### III. PRINCIPIOS RECTORES Y COORDENADAS DE ACTUACIÓN

El derecho colaborativo participa de muchos rasgos comunes a la mayoría de ADR: la voluntariedad, el propósito de potenciar la capacidad decisoria de las partes, la atención a los intereses desplazando las posiciones, la confidencialidad. También la flexibilidad, si bien muchos ejercientes colaborativos –significativamente del ámbito francófono– defienden un proceso más estructurado/rígido, que en otros ADR (vid. apdo. IV). Como principios rectores se mencionan la buena fe, el trabajo en equipo desde la colaboración leal, la transparencia, el equilibrio, la equidad y la exclusión de los tribunales. Se definen como principios y como elementos tipificadores. Lo que está claro es que permiten individualizar el derecho colaborativo. Vamos a intentar desglosarlos, admitiendo que algunos apartados resultan permeables.

#### 3.1. Presupuesto: el consentimiento informado de los clientes

Se debe garantizar que los clientes opten por el procedimiento colaborativo con pleno conocimiento de sus características (colaboración leal, comunicación de información e imposibilidad, si la negociación fracasa, de seguir con sus abogados). De hecho, el abogado debe explicar en qué consiste el derecho colaborativo en relación con el conjunto de ADR, para garantizar que el cliente lo entiende y lo encuadra adecuadamente<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Lo apuntó FAIRMANN, Christopher, «A Proposed Model Rule for Collaborative Law», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol.21-2, 2005, pág.73, «With its meteoric ascension, in just fifteen years collaborative law has gone from an idea in the mind of a family law practitioner, burned out by the bitterness of his practice, to a virtual ADR movement with thousands of practitioners stretching across North America».

<sup>29</sup> Como ejemplo, el Protocolo de Buenas Prácticas del Consejo de derecho colaborativo de Massachusetts [*Protocols for best practices in collaborative family law, Massachusetts Collaborative law council* -revisado en junio.2015- en el apartado «Conferencia inicial entre el abogado y su cliente»] [<https://massclc.org/sites/default/files/sites/default/files/imce/Protocols%20for%20Best%20Collaborative%20Practice%20June%202015.pdf>] 1. Attorney will provide an overview of the dispute resolution options available, including Collaborative Law (CL), traditional negotiation, mediation, arbitration, and litigation. // 2. Attorney will inform prospective Client that the parties will suspend their right to use litigation in the CL process. // 3. Attorney will inform prospective Client of the relative risks and benefits of the CL process as they may pertain to the specific facts of the prospective Client's case. // 4. Attorney will explain each component of CL, as set forth in these Protocols and the model Collaborative Family Law Process Agreement (see Addendum), including that: a. The purpose of CL is to reach settlement of a dispute with dignity and

### 3.2. Negociación a cuatro y atendiendo a los intereses

Estamos ante una negociación, *ergo* el cliente ha de ser consciente de que no podrá obtener el 100% de lo que inicialmente pretendía. Como recuerda Pascual ORTUÑO, «para que el acuerdo sea un buen negocio para las dos partes, ambas tienen que sacar algún beneficio. El éxito está en el ‘equilibrio’»<sup>30</sup>. Además, es una negociación a partir de los *intereses reales* de las partes, que sus abogados habrán podido identificar, superando la rigidez de las *posiciones*. Como expone la UCLA-R, en un enfoque posicional de la negociación, las partes ven el proceso como un concurso que una parte ganará a expensas de la otra; por ello, a menudo asumen una posición inicial extrema y hacen pequeñas concesiones dentro de su rango de negociación predeterminado, generalmente como respuesta a concesiones o amenazas de la otra parte. Por el contrario, identificar y apostar por los intereses comporta satisfacer las necesidades reales de las partes en conflicto<sup>31</sup>. Es la mejor garantía de soluciones satisfactorias.

En el derecho colaborativo, los protagonistas reales son las partes, que deben implicarse desde el primer momento. Por eso se signa un contrato a cuatro. Ello no significa que en todo momento trabajen juntos (existen reuniones entre los abogados y también entre cada abogado y su cliente –vid. apdo IV-) pero sí que la construcción de los acuerdos se asienta en la participación de todos, sin olvidar nunca que son las partes las ‘titulares’ reales del conflicto (quienes viven con él...). El rol de las partes/clientes es de tal envergadura que un abogado

---

respect without litigation; b. Both Clients will engage Attorneys and a Coach (a mental health professional), as described in MCLC Membership Standards for Collaborative Practitioners, Sections 1 and 3, respectively; c. Attorneys are required to withdraw if either Client chooses to proceed with litigation; d. Complete and voluntary disclosure of all documents and facts relevant to reaching an agreement is required; e. Constructive and respectful communication is expected of all participants; 2 f. Each Client is expected to participate at scheduled meetings and to set goals, generate options, evaluate choices, and reach agreements and compromises; g. The focus is on Clients’ underlying needs and concerns, including those of the children, rather than the positions a Client may take; h. Transparency in the sharing of information and in honest and direct settlement discussions is a hallmark of CL; i. Attorney/Client privilege remains in effect in CL, but it does not negate the obligation of Client and his/her Attorney to share all relevant information in the CL process; j. Coach plays an integral role in the CL process as a neutral, who becomes informed about the Clients’ communication dynamics, facilitates the ongoing process, and manages emotional content throughout the process, k. Clients may jointly engage a Financial Professional (FP), as described in MCLC Membership Standards for Collaborative Practitioners, Section 2; l. Clients may jointly engage additional experts, such as a business valuator or real estate appraiser, as needed; and m. At the beginning of first Joint Meeting of Attorneys, Clients, and Coach, participants will sign the model Collaborative Family Law Process Agreement. // 5. Attorney will describe the fee structure and the various services that will be provided during the CL process».

<sup>30</sup> ORTUÑO, *Justicia sin jueces*, op.cit., pág. 63.

<sup>31</sup> UCLA-R, pág.2 y añade: «In contrast, parties who follow a problem-solving, or what is sometimes referred to as interest-based, approach to negotiation promoted by collaborative law view a dispute as the parties’ joint problem that needs to be solved (...) Under this approach, the negotiation process focuses on the parties’ underlying «needs, desires, concerns, and fears» and not only on the parties’ articulated positions. La referencia al libro de URY, William - FISHER, Roger- PATTON, Bruce, - *Obtenga el Sí: El Arte de Negociar sin ceder*, Ediciones Gestion 2000, 2011 –el vademécum de los ADR- es inevitable.

colaborativo debe suspender el proceso si estima que su cliente no está cualificado o no puede seguirlo...<sup>32</sup>. Son las partes las negociadoras *asistidas* (y remitimos al apdo.VII)

La negociación se asienta en los principios de la buena fe y la colaboración leal entre las partes, que no deforman ni ocultan información/documentación. Justamente, a principios de los 90 se debatió -un debate circunscrito al estado de Colorado- si el derecho colaborativo se adecuaba a los principios éticos de la abogacía dado que contestaba la imagen del abogado como celoso defensor de los intereses del cliente. La conclusión se puede leer, a día de hoy, como una relación de las bondades de la práctica colaborativa<sup>33</sup>.

### 3.3. La autoexclusión de los tribunales (la *disqualification*)

La prohibición de que los abogados representen a sus clientes en los tribunales es considerada, para la mayoría de los valedores del derecho colaborativo, la piedra angular de este ADR. Como apuntan EEKELAAR y MACLEAN, «The disqualification agreement appears to be perceived by many collaborative lawyers almost as an article of religious faith»<sup>34</sup>. Obviamente, la proscripción no afecta a las partes (restringiría su derecho a la tutela judicial efectiva), pero deben conocer esa posibilidad, de ahí la necesidad del consentimiento informado. Dado que la *ratio* de éxito del procedimiento es espectacular, esta consecuencia es, en la práctica, irrelevante: El *barreau* parisino cuantificaba en un 98 % los acuerdos alcanzados en procesos colaborativos<sup>35</sup>, ergo solo fracasa en un 2 % de los conflictos. Puede parecer una *ratio* exagerada -a interpretar pensando que los usuarios son proclives...-, pero incluso relativizándola, el fracaso se intuye residual.

La exclusión ha dado lugar a una discusión importante: ¿afecta también al resto de los abogados del despacho del abogado que ha intervenido en el proceso colaborativo? La UCLA-R así lo estima, con algunas precisiones. En la regulación belga (vid. *infra*) se excluyen. Solo lo apuntamos, porque es uno de los temas estrella en los próximos años.

<sup>32</sup> *Estándares*: «2.3 Effective Participation in Process. A Collaborative Professional must suspend the Collaborative Process or resign if the professional has a reasonable belief that a client is unable to effectively participate in the process».

<sup>33</sup> Vid. alcance del debate y superación en UCLA-R, pág. 15. Un análisis dubitativo del encaje entre el derecho colaborativo y las normas deontológicas existentes en FAIRMANN, *op.cit.* Analiza y reformula sus reflexiones uno de los máximos valedores del derecho colaborativo, LANDE (vid. LANDE, John, «Principles for Policymaking About Collaborative Law and Other ADR Processes», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol.22-3, 2007, págs. 619-706).

<sup>34</sup> EEKELAAR, John - MACLEAN, Mavis, *Family Justice. The Work of Family Judges in Uncertain Times*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pág.45. Como apuntaba el *Family Law Council Australia*, pág. 11, N. 2.8: «The disqualification clause acts as a strong disincentive for parties to terminate the collaborative process, because instructing new lawyers to litigate the matter is likely to be costly and time consuming. It also assists to reduce legal costs by eliminating the need for lawyers to undertake preparations for a trial that may never eventuate».

<sup>35</sup> «Sachez toutefois que le taux de réussite des négociations menées selon le processus collaboratif est de l'ordre de 98% .»: <http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>

### 3.4. La confidencialidad

Sabemos que la confidencialidad es uno de los beneficios de los ADR mejor valorados por los usuarios -lo avala cualquier reflexión sobre mediación<sup>36</sup>-. Es también el principio que requerirá, en los próximos años, un estudio más riguroso, para fijar adecuadamente contenido y excepciones, porque la multiplicación de ADR conlleva matices (como ejs., la coordinación parental no implica necesariamente confidencialidad y algún territorio ha abordado la *Open Mediation*<sup>37</sup>). En derecho colaborativo, se ha destacado la importancia de unos índices más estrictos -una confidencialidad cualificada- en relación con el deber derivado de los estándares de la profesión. La preocupación va ligada, en los parámetros americanos, a su relación con el funcionamiento de la prueba (*disclosure*) en el proceso, dado que aquí no existen unas reglas comunes/generales y, pese a ello, se aboga por la máxima transparencia y la máxima comunicación<sup>38</sup>. Los franceses también insisten en que el proceso es íntegramente confidencial y en la práctica estampillan los documentos compartidos -primera recomendación logística para los prácticos: disponer de un tampón que ponga 'droit collaboratif'- y determinan que se conserven en los despachos de los abogados respectivos<sup>39</sup>.

### 3.5. Equipos pluridisciplinares

Desde el inicio, un elemento característico de este ADR es la implicación de expertos que trabajan conjuntamente: los *teams* colaborativos. Pueden concurrir psicólogos, consejeros financieros, coaches, mediadores o incluso notarios en función del caso concreto. No contesta el rol de los abogados («los directores de orquesta»), sino que consolida la idea de negociación en equipo. Su protagonismo

---

<sup>36</sup> Así, CORVO LÓPEZ, Felisa M<sup>a</sup>, «El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2011 y VIOLA, Isabel, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», *IPD. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2010, n.11, UOC.

<sup>37</sup> Vid. LAUROBA, «Instrumentos...», *op.cit.*, págs. 29 (coordinador de parentalidad) y 14 (open Mediation).

<sup>38</sup> Vid. HOFFMAN, David. A. - SCHEPARD, Andrew, «To disclose or not to disclose? That is the Question in Collaborative Law», *Family Court Review*, vol.58 n.1, 2020, págs. 83-108.

<sup>39</sup> Una estupenda aproximación en la Carta de participación en el proceso colaborativo de los abogados belgas [[https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte\\_de\\_participation\\_droit\\_collaboratif.pdf](https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf)] cuyo art. 6 establece: *Confidentialité -Secret professionnel*. Sauf autre accord écrit entre parties : - Toutes les pièces communiquées dans le contexte du processus de droit collaboratif le seront exclusivement par le canal des conseils. Les pièces seront communiquées en copie et revêtues de la mention «confidentiel - droit collaboratif». Ces pièces seront strictement confidentielles et ne pourront en aucun cas être produites en dehors du processus de droit collaboratif; - Les conseils conserveront ces pièces à leur dossier et ne pourront en remettre copie à leur client qui pourra toutefois les consulter soit à leur cabinet, soit lors des réunions dans le contexte du processus de droit collaboratif.// La teneur des négociations est confidentielle et les parties s'interdisent d'en faire état et de produire les écrits communiqués dans le contexte du processus à l'exception des ententes signées qui, dès leur signature, revêtent un caractère officiel.// Les documents, informations, rapports éventuels afférents à l'intervention de tiers spécialisés dans le contexte du processus sont également couverts par la confidentialité, sauf autre accord écrit des parties.// Par ailleurs, les parties ne peuvent pas solliciter de la part des avocats ou des tiers intervenus dans le contexte du processus, un quelconque témoignage quant à des éléments se rapportant directement ou indirectement au processus (...)

es tal que los *Estándares* incorporan pautas específicas para ellos (visualizando a un tiempo su protagonismo y la necesidad de modelarlos como profesionales colaborativos)<sup>40</sup>.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO

Otro rasgo general de los ADR es la flexibilidad, referida tanto al procedimiento como a la miriada de soluciones adoptables (a menudo ni siquiera intuidas al inicio del proceso). Sin embargo, en el procedimiento colaborativo, la ductilidad se matiza. Para algunos expertos -significativamente francófonos-, es precisa una ajustada ordenación de etapas. Como muestra (la más extremada), BOUDART distingue diez: 1. Primer encuentro con el cliente 2. Primer encuentro entre los abogados 3. Reunión de preparación con el cliente 4. Reunión de los abogados previa a la primera sesión plenaria. 5. Primer encuentro plenario 6. Los *débriefings* [a caballo entre reunión/ interrogatorio] con el cliente y entre los abogados 7. Las reuniones posteriores de preparación con el cliente. 8. Los encuentros de ordenación/construcción subsiguientes 9. La redacción de los acuerdos. 10. La clausura y finalización del proceso<sup>41</sup>. Lo reproducimos porque visibiliza cómo algunos grupos despliegan una visión cartesiana que contrasta con otras iniciativas. Otros profesionales franceses, más parcos, insisten sobre todo en el primer encuentro a cuatro en que se firma el contrato colaborativo, se abordan las preocupaciones inmediatas y se fijan las fechas de los próximos encuentros y las tareas a desarrollar entre los intervalos<sup>42</sup>.

Lo que se advierte repetidamente es que las reuniones a cuatro -claves para definir el proceso- se completan con reuniones previas a dos (cliente/abogado y abogados entre sí) dirigidas a su preparación y frecuentemente con reuniones *a posteriori* para fijar lo acordado, a menudo en un acta sujeta a la aprobación común. En las sesiones de formación, los expertos insisten en esa secuencia desde la obsesión (creemos), por evitar actuaciones improvisadas de los abogados al sentarse todos alrededor a la mesa. Ahora bien, si examinamos los *Estándares* y las pautas de

---

<sup>40</sup> El apartado *Minimum Standards for Collaborative Practitioners* (págs. 14-18) distingue entre estándares mínimos de los abogados [*IACP Minimum Standards for Collaborative Lawyer Practitioners*]; de los profesionales en salud mental [*IACP Minimum Standards for Collaborative Mental Health Practitioners*] y de los expertos financieros [*IACP Minimum Standards for Collaborative Financial Practitioners*]. Y en formación, contempla los *Introductory Interdisciplinary Collaborative Practice Trainings*.

<sup>41</sup> BOUDART, *Droit collaboratif, ob.cit.*, págs. 151-238.

<sup>42</sup> La Orden de los abogados de París explica sucintamente que « La négociation en droit collaboratif se déroule en plusieurs étapes, prédéfinies aux termes du contrat, les avocats signataires ayant le rôle d'encadrer les étapes de la négociation », esto es, permite a los abogados diseñar la secuencia de trabajo (aunque en la praxis no se aleja de la propuesta rígida vista en el texto) <http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>. Como último ejemplo, sin compartimentación estricta: « Les étapes du processus collaboratif sont les suivantes : 1. Exposé de son récit par chacune des parties : « le pourquoi ? » de l'origine et de la nature du différend // 2. Identification des intérêts, besoins, valeurs et moteurs de chaque partie // 3. Mise en évidence des éléments objectifs // 4. Recherche des différentes options possibles, exploration du « champ » des possibles qui est plus vaste qu'on ne l'imagine // 5. Elaboration des offres // 6. Rédaction de l'accord » <https://www.graeve-avocats.fr/expertises/modes-alternatifs-de-reglement-des-differends/>.

la UCLA-R, la atención es mucho más laxa en otros territorios (en el fondo, la constatación de otra filosofía en cuanto a estructuras formales)<sup>43</sup>.

## V. UN PASO DE GIGANTE: LA REFORMA DEL *CODE JUDICIAIRE BELGA*

Bélgica incorpora el derecho colaborativo en los arts. 1738-1747 del *Code Judiciaire* [CJB] con la ley de 18 de junio del 2018 (en vigor desde 1 enero 2019)<sup>44</sup>. Es una apuesta que trae causa, creemos, del temprano conocimiento de la abogacía belga de la figura. La regulación se focaliza en el abogado colaborativo, pese a que comienza definiendo el ADR (art. 1738 §1er):

«Lorsque les parties sont assistées par un avocat collaboratif visé à l'article 1739 du Code judiciaire, les litiges mentionnés à l'article 1724 du même Code, peuvent faire l'objet d'un processus de droit collaboratif, c'est-à-dire un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable »

Sucintamente, identificamos los principios: voluntariedad, confidencialidad, negociación conjunta y mandato circunscrito a dicho procedimiento («*restreint*»). Ex art. 1739 §1er, «Seuls les avocats collaboratifs peuvent pratiquer le droit collaboratif»: puede parecer una tautología, pero dota a la etiqueta 'colaborativo' de contenido técnico. Y lo acota el art. 1739 §2, al definirlos como los abogados inscritos en un listado que fijan los colegios de abogados francófonos, valones o del ámbito alemán. Una comisión paritaria de los Colegios profesionales de los diferentes territorios decide los requisitos de formación, acceso al listado etc.<sup>45</sup>. Estamos, pues, ante la 'institucionalización' y el control público -los colegios profesionales- de la condición de abogado colaborativo.

Los siguientes artículos fijan cómo insertar el derecho colaborativo en el proceso jurisdiccional -lo que muestra que se piensa no solo en el ADR previo [autónomo], sino en el ADR «intrajudicial». Las partes pueden solicitar al juez acudir a un procedimiento colaborativo -esto es, pese a haberse iniciado el proceso, ponerlo en *stand-by* mientras negocian colaborativamente-<sup>46</sup>. Se regula el «protocolo de dere-

---

<sup>43</sup> Vid. En los Estándares, apartados II [Comencing the collaborative process, págs.9-10], III [The Collaborative process, págs.10-14, en realidad no una ordenación por fases, sino destacar, one more time, la buena fe, la transparencia y la intervención de otros profesionales] y IV [Conclusion of the Collaborative Process, págs. 14-15].

<sup>44</sup> Para toda la exposición, óptima, BOUDART, *Droit collaboratif*, cit.

<sup>45</sup> « ... Seuls les avocats ayant suivi une formation spéciale, ayant reçu l'agrément exigé d'avocat collaboratif, et ayant souscrit au règlement des avocats collaboratifs, peuvent figurer sur cette liste. // L'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies, établissent une commission paritaire commune laquelle détermine les conditions relatives à la formation spécifique, à la formation permanente, à l'agrément exigé, aux garanties en matière de négociation de droit collaboratif et au règlement qui s'applique aux avocats collaboratifs.

<sup>46</sup> Art. 1740. Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure, et ainsi qu'en référé, le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties et après avoir entendu celles-ci quant à la mesure envisagée, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré leur ordonner d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif. L'article 1734 § 1er, alinéa 1er, s'applique par analogi.

cho colaborativo» (art. 1741 §1er) que comprende –además de varios elementos del art. 1731 §2 (de nuevo, mediación)- las coordinadas de los abogados colaborativos (1º); el principio de que las partes deben comunicar todos los documentos e informaciones útiles para resolver el litigio y colaborar de manera leal en la negociación colaborativa (2º); el compromiso de las partes de no interponer o continuar el procedimiento contencioso durante el período de negociación colaborativa (3º); la provisión decidida por las partes de los costes ligados al derecho colaborativo, con exclusión de los gastos y los honorarios de los abogados colaborativos (4º) y la exclusión obligatoria de los abogados colaborativos en caso de fracaso en las negociaciones (5º).

La firma del protocolo de derecho colaborativo suspende el término de prescripción durante la negociación colaborativa (art. 1741 § 2)<sup>47</sup>. Asimismo, cualquier parte puede poner fin al procedimiento cuando lo decida, sin perjuicio (art. 1742 §1er); cabe la sustitución de un abogado colaborativo por otro (art. 1742 §2) y que un abogado colaborativo aconseje a una o más partes en ese contexto, siempre que no haya conflicto de intereses (art. 1743 §1er). El abogado colaborativo recibe de su cliente un mandato escrito y exclusivo, circunscrito a la ayuda y asesoramiento en ese proceso colaborativo dirigido a obtener un acuerdo negociado (art. 1743 §2). Se prescribe sin excepciones que no podrá intervenir en el proceso ulterior. La exclusión –uno de los aspectos más debatidos- afecta a cualquier abogado de su despacho, incluidas las personas en prácticas/ becarios... (art. 1743 §3)<sup>48</sup>. Se recoge la intervención de expertos que darán un asesoramiento neutro y objetivo, confidencial y orientado a facilitar esa solución amigable<sup>49</sup>: deberán identificarse en un anexo del protocolo. La ley insiste –pues ya se ha explicitado en el protocolo- en el deber de las partes de poner en común la documentación relativa al conflicto y de actuar lealmente (art. 1745)<sup>50</sup>. Cuando las partes alcanzan un acuerdo (total o parcial, provisional o definitivo) los abogados colaborativos lo plasman en un acuerdo de derecho colaborativo (art. 1746 §1er –cuyo contenido se detalla en el art. 1746 §2)<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> El último apartado explica cómo se pone fin a dicha suspensión § 3. Sauf autre accord contraire écrit entre les parties, la suspension du délai de prescription prend fin un mois après la notification : - par l'avocat collaboratif de la volonté de son client de mettre un terme à la négociation collaborative; - par l'avocat collaboratif de la fin de son intervention; - de l'avis d'une partie de mettre un terme à l'intervention de son avocat collaboratif. // La notification est faite par envoi recommandé (...)

<sup>48</sup> 1743. § 3. Si l'une des parties se retire du processus de droit collaboratif ou si le processus de droit collaboratif se termine, avec ou sans accord, les avocats collaboratifs sont tenus de mettre fin à leur intervention et ne peuvent plus intervenir dans une procédure contentieuse opposant les mêmes parties dans le contexte du litige ayant fait l'objet du droit collaboratif. Il en va de même de tout avocat faisant partie de leur cabinet, en ce compris les collaborateurs et stagiaires internes ou externes.

<sup>49</sup> Art. 1744 § 1er. Dans le contexte du droit collaboratif, il peut être fait appel à un ou plusieurs experts pour rapport, avis et conseil neutre et objectif. L'avis de l'expert est confidentiel et destiné exclusivement à faciliter la recherche d'une solution amiable. L'expert ne se prononce en aucun cas sur le litige qui fait l'objet de la négociation collaborative.

<sup>50</sup> Ex art. 1745 § 1er. Les parties communiquent tous les documents et informations utiles à la résolution du litige et participent de manière loyale aux négociations collaboratives. // § 2. Les parties peuvent déterminer dans le protocole de droit collaboratif, la manière dont cette obligation sera réalisée.

<sup>51</sup> Para completar la aproximación, la clarificadora *Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif*. [[https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte\\_de\\_participation\\_droit\\_collaboratif.pdf](https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf)]

## VI. UNA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE CALIDAD

Todavía -2020- en los congresos o jornadas sobre mediación dirigidos a la abogacía se oyen frases del tipo «esto es algo que los abogados llevamos haciendo desde siempre, somos negociadores natos etc.». Es un error común, pero no desterrado del imaginario de muchos profesionales. Lo menciono porque es de temer que este tipo de afirmaciones aparezcan, agravadas, en relación con el derecho colaborativo. Finalmente, en este ADR los abogados actúan implementando las habilidades que les son propias, ergo... No obstante, desde el principio pareció evidente que los abogados colaborativos debían contar con una formación *ad hoc*, que los grupos modelan con notable autonomía, aunque de acuerdo con los *Estándares* de la IAPC<sup>52</sup>. Son los propios abogados colaborativos quienes defienden la necesidad de mecanismos de acreditación. Aquí nos centraremos en la formación como tal, aunque a menudo se demandan algunos años de ejercicio efectivo.

No se trata de una formación de larga duración. Ha de centrarse en los entresijos del proceso, en las habilidades del profesional colaborativo, en las connotaciones éticas y en las peculiaridades de trabajar en equipo. A partir de aquí, la autonomía de los grupos que configuran la formación conlleva iniciativas semejantes en lo nuclear, pero al mismo tiempo con singularidades. Dos ejemplos: el Barreau de París propone una formación de 2 x 2 días con el siguiente contenido: 1. Estructura del conflicto. Herramientas de comunicación (programación neurolingüística [PNL] y comunicación no violenta [CNV]), tipos de negociación y de negociador y la elaboración de un dossier con el método del derecho colaborativo<sup>53</sup>. La ACDC ha estructurado la formación –de momento dos ediciones, prevista una tercera el primer trimestre del 2021- en tres bloques de día y medio y un cuarto de un día<sup>54</sup>. Los tres primeros atienden, tras una muy breve introducción al universo ADR –taxonomía y principios-, a la relación entre los integrantes del proceso (las competencias

---

[collaboratif.pdf](#)] Article 1: Objet de la présente charte; Article 2: Définition; Article 3: Préliminaires; Article 4: Rôle et engagements des avocats; Article 5: Droits et obligations durant le processus; Article 6: Confidentialité – Secret professionnel; Article 7: Intervention de tiers; Article 8: Succession de conseil durant le processus; Article 9: Fin et retrait du processus; Article 10: Ententes; Article 11: Obligation de formation de l’avocat collaboratif.

<sup>52</sup> Estándares: *Minimum Standards for Collaborative Practitioners* delineates essential training, licensure, and experience for professionals (págs.19-23). Nos permitimos reproducir los skills en que deben formarse (pág. 20): (b) Skills Required for the Collaborative Practice Professional. The training will include the following subjects concerning skills: (1) The professional’s responsibility to maintain a safe and productive environment for all; (2) The professional’s responsibility to educate clients how to engage in productive behavior; (3) The impact of professional language and modeling behavior to improve the clients’ ability to effectively participate in the Collaborative Practice process; (4) The professional’s duty to assist the client in developing effective communication skills to enhance the prospects for reaching agreements during the Collaborative Practice process and in the future; (5) The professional’s ability to effectively assess the capacity of the client for effective participation in the Collaborative Practice process; (6) The professional’s awareness of power dynamics and imbalances that may exist in the Collaborative Practice process, the impact on the process, and how the professionals can address such issues; and (7) The professional’s awareness of the need for assessment of coercive and violent relationships».

<sup>53</sup> <https://www.cnb.avocat.fr/fr/formation-au-droit-collaboratif>

<sup>54</sup> En total se han formado hasta ahora unos 40 abogados. Se ha contado con el soporte de la Universidad de Barcelona, que ha facilitado la logística (y específicamente la Fundación Univ.Agustí Pedro i Pons).

de los abogados colaborativos y la gestión de las emociones de las partes/clientes) y al desarrollo del procedimiento colaborativo –mediante dinámicos *role plays*-. La última sesión, una jornada completa, ensaya negociación cualificada con metodología Harvard. Paralelamente, dado que la formación continuada es una consigna internacional se han ofrecido cápsulas formativas con una cierta voluntad disruptiva, para mejorar competencias concretas<sup>55</sup>.

## VII. DERECHO COLABORATIVO Y NEGOCIACIÓN ASISTIDA ¿ESPECIE Y GÉNERO?

Aunque en abstracto el derecho colaborativo tiene un perímetro acotado, es evidente que se inscribe en la noción de «negociación asistida», concepto que sobrevuela muchas reflexiones sobre los ADR, con autonomía propia, o como soporte/fundamento de otras construcciones. No es casual que Pascual ORTUÑO, en su indispensable monografía *Justicia sin jueces*, aborde la negociación asistida en el capítulo que antecede a la relación de institutos posibles<sup>56</sup>. Frecuentemente la mediación se define como una «negociación asistida»<sup>57</sup>, porque es una negociación en que el tercero *asiste* –un juego de palabras que de tan fácil casi es inquietante-. Pero el término *asistir* también integra esa negociación en que las partes negociadoras – y protagonistas-, son asistidas por otras personas, en este caso sus abogados. Tenemos, pues, partes que negocian *asistidamente*.

La negociación *asistida* subyace en la filosofía de los ADR: partes empoderadas y triunfo de la autonomía. Se incardina en la noción de la «justicia participativa», un concepto consolidado en países como Canadá o Francia que merecería un capítulo propio. Aquí queremos mencionar las experiencias francesa e italiana, explícitamente calificadas de ‘negociación asistida’: tienen in mente el *collaborative law*, el ADR que presentamos aquí, sin ser derecho colaborativo en puridad.

En Francia, la «loi Béteille»<sup>58</sup> incorporó un proceso calificado de participativo en los arts. 2062-2068 Código civil (CCF), desde el 2010.<sup>59</sup> La reforma partía de un Informe de la *Commission Guinchard* (2008), con un título elocuente: *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée* [*apaisée*, apaciguada/apaciguante...]. La Recomendación 47 proponía crear un procedimiento de gestión amable de los conflictos: esa «procédure participative de négociation assistée par avocat». El procedimiento se ubicó tras los Títulos XV, *Des transactions* (arts. 2044-2058) y XVI: *Du compromis* (arts. 2059-2061) –y atribuyéndole naturaleza contractual-. Ex art. 2062 (en la redacción primera/inicial):

<sup>55</sup> En concreto sobre «Inteligencia colectiva», «DISC», «Lego Serious Play» o «Conversaciones difíciles». En un futuro inmediato, el reto es formación en PNL.

<sup>56</sup> ORTUÑO, *Justicia sin jueces*, *op.cit.*, págs.58-70.

<sup>57</sup> <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-61/4086-la-mediacion-una-negociacion-asistida-alternativa-a-la-jurisdccion>

<sup>58</sup> Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires] JO 23.12.2010. Vid. LARRIBEAU-TERNEYRE, Virginie, «Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative)», *Droit de famille*, 2012, pág.16).

<sup>59</sup> Debemos recalcar la inclusión en el CCF, si bien (art. 2068), las cuestiones procedimentales se regulan en la ley *ad hoc* (ergo debe leerse en conjunción con el Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution aimable des différends, que modifica la Ley de procedimiento civil).

« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n’a pas encore donné lieu à la saisine d’un juge ou d’un arbitre s’engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend [\*\*\*]

Cette convention est conclue pour une durée déterminée».

Esta fue una presentación magnífica, que -desde la voluntad de anudar a la nueva gestión de la justicia- se completa por la ley 2016-1547 de 18.noviembre.2016, de modernización de la justicia, con una precisión al final del primer párrafo [\*\*\*]: «... de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou a la mise en état de leur litige». De este modo, cabe recurrir al procedimiento incluso si se está en sede jurisdiccional. Las partes deciden privatizar entonces su litigio: quizás el último esfuerzo para empoderarlas aunque implique -creemos- desnaturalizar los objetivos de la primera ley del 2010<sup>60</sup>.

La regulación del CCF no puede considerarse ‘derecho colaborativo’ *stricto sensu*<sup>61</sup>. Como mucho, es una *transposición edulcorada*<sup>62</sup> porque si los abogados no llegan a un acuerdo, pueden actuar en los tribunales: sólo tienen vedado el acceso durante el procedimiento (art. 2065 CCF); además, no integra la concepción de la confidencialidad del derecho colaborativo vista *supra*<sup>63</sup>. Si las partes llegan a un acuerdo, pueden presentarlo al juez para su homologación; si fracasan, no han de recurrir a conciliación o a mediación<sup>64</sup> y el procedimiento judicial se acelera. Nos

<sup>60</sup> REVERCHON-BILLOT, M., «Le modèle civiliste de justice alternative», 2018, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02098398/document>, pág.9 [imprescindible].

<sup>61</sup> Lo que no obsta para que, en los debates sobre la mejora de la justicia, el derecho colaborativo aparezca con respeto. El Informe Delmas-Goyon (entregado en diciembre 2013 al Ministro de Justicia con el sugerente título «Le juge du 21ème siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice»). [[http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport\\_dg\\_2013.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf)] se felicitaba de las iniciativas en este ámbito del barreau de París (pág.63) porque «Ils encouragent et amplifient le développement du processus collaboratif, notamment en matière familiale, auquel un millier d’avocats environ ont déjà été formés. Ce processus représente la forme la plus achevée de recherche d’une résolution amiable d’un conflit puisque, mettant en oeuvre la pratique de la négociation raisonnée, qui se distingue de la négociation de position, il suppose la renonciation à saisir le juge pendant toute sa durée et que, en cas d’échec, à vrai dire très rare, les avocats s’interdisent d’assister et de représenter leur client lors d’une action en justice». Prueba esa existencia paralela de los dos instrumentos, sin consecuencias...

<sup>62</sup> Como se ha hecho notar, <https://adpci.org/de-quoi-sagit-il/procedure-participative/> este procedimiento «est souvent confondue à tort avec le droit collaboratif de par sa dénomination parce qu’elle s’en inspire mais elle s’en éloigne en ce qu’elle constitue simplement un préalable judiciaire avec l’abandon des grands principes de droit collaboratif».

<sup>63</sup> Como apunta REVERCHON-BILLOT, *op.cit.*, pág.10 : «Dans le système collaboratif, aucun des documents échangés dans le cadre du processus et couverts par la confidentialité ne pourra être produit dans le cadre d’un contentieux judiciaire. Rien de tel dans la procédure participative ; bien au contraire. Dès lors qu’elle peut avoir pour finalité la mise en état du litige, il est évident que les éléments recueillis dans ce cadre ont vocation à être utilisés dans la phase contentieuse».

<sup>64</sup> Art. 2066 : Les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l’homologation du juge.// Lorsque, faute de parvenir à un accord au terme de la convention, les parties soumettent leur litige au juge, elles sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue.

interesa destacar la atención concedida, pese a encorsetamientos y garantías, a la negociación, pero está clara su conexión con las servidumbres de la jurisdicción. En algún momento, el estudioso tiene la sospecha de que esta figura interesó porque permitía escenificar el protagonismo de la abogacía en algún ADR.<sup>65</sup> Y la reforma del 2016, sin menguar formalmente la *civilidad* del instituto, lo hace muy próximo a coordinadas procesalistas<sup>66</sup>.

Por su parte, Italia incorpora la negociación asistida a partir de la ley 162/14, de 10 noviembre 2014, circunscrita a unos supuestos y comparándola/deslindándola del *collaborative law* y de la fórmula francesa<sup>67</sup>. La presentación procura varias pistas:

Art. 2. [Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati]. 1. La convenzione di negoziazione assistita a *uno o più avvocati* è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati all'albo anche ai sensi dell' articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n.96. (...)

2. La convenzione di negoziazione deve precisare:

- a) Il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiori a un mese e non superiori a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti;
- b) l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibile o vetere in materia di diritto di lavoro. (...).

Baste destacar cuatro aspectos: la participación de las partes, de modo no delegado sino personal; el deber de actuar con lealtad y buena fe, la acotación del objeto y la duración<sup>68</sup>.

Dicho esto, lo que resulta incontrovertido es la institucionalización normativa de una negociación con premisas colaborativas, incluso si soslayan principios del derecho colaborativo *stricto sensu*. Por ello, y regresando al *common law*, encontramos estados americanos que optan por el *cooperative law*, un ADR asimilado en todo al colaborativo excepto en el *disqualification agreement*. De momento su implantación es mínima, pero existe: 'derecho cooperativo'. Constituye una prueba más de que el

<sup>65</sup> Y la ley añade un nuevo párrafo al art. 4 Loi n° 71-1130, *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*: «Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil».

<sup>66</sup> Ciertamente, Francia está multiplicando los esfuerzos para conciliar los dos ámbitos (también y por ello queremos mencionar, sin poder abordarla, la Loi n. 2019-222, de 23.3.2019). No hay que olvidar que la justicia *multi-door* tiene su unidad distributiva en los juzgados... pero eso puede ser incluso contraproducente... aunque quizás la respuesta es más sencilla: no coexistencia, sino secuencia.

<sup>67</sup> Vid. BONA, Marco, *La negoziazione assistita nei sinistri stradali. Come districarci tra negoziazione assistita, mediazione, procedure liquidative e conciliazioni in giudizio nelle controversie per sonno alla persona*, Maggioli Editore, 2015; también FACCINI, Giulia- FISSORE, Alesandra -NEGGAR, Magda, *Negoziazione assistita e conflitti familiari. Istruzione per l'uso*, Ed. Key, 2014. Para situar la implicación de los tribunales, [http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D\\_8499.pdf](http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D_8499.pdf).

<sup>68</sup> Inicialmente incorporaba supuestos obligatorios y facultativos, vid. FACCHINI-FISSORE-NEGGAR, *op.cit.*, pág. 20. Una reciente sentencia del Tribunal de Verona (16.enero.2020), a partir de la interpretación de la STJUE de 14.junio.2017, contesta la obligatoriedad. Dará juego...

universo ADR se halla en un estado de ebullición permanente. Y, sobre todo, demuestra que el fundamento último de la gestión de los conflictos pasa, a día de hoy, por la negociación, con todas las guarniciones posibles.

### VIII. UN APUNTE TRAS LA/S PANDEMIA/S: ABOGADOS COLABORATIVOS MÁS ALLÁ DEL ADR ESTRICTO

Pascual ORTUÑO, en *Justicia sin jueces* -de nuevo el texto imprescindible para entender dónde estamos-, dedica un capítulo a la *abogacía colaborativa*<sup>69</sup>:

«...podemos definir la ‘abogacía colaborativa’ como el ejercicio de las funciones propias del abogado focalizadas fundamentalmente en el asesoramiento legal y en la gestión de la solución de conflictos desde una actividad constructiva, pacificadora y esencialmente no litigante (...) La idea fundamental que inspira esta tendencia es que los servicios que, como profesionales de la abogacía, ofrecen a los ciudadanos se caracterizan por la priorización de la negociación positiva. En algunos casos se formaliza la renuncia del abogado o de su equipo a continuar con el asunto si, en un momento determinado, se constata que el acuerdo no será posible y el cliente opta por emprender la vía contenciosa ante los tribunales de justicia»<sup>70</sup>.

Va más allá del derecho colaborativo *stricto sensu*, desde el momento que dice «en algunos casos se formaliza la renuncia...» (*ergo* no siempre). Él lo identifica con ese abogado que despliega -vale la pena repetirlo- «una actividad constructiva, pacificadora y esencialmente no litigante». En otras palabras, ese abogado que entiende que hay que «cooperar como estrategia»<sup>71</sup>. Estamos ante un abogado *peacemaker*, adjetivo que destacó Abraham LINCOLN y por ello muy del gusto de la abogacía norteamericana<sup>72</sup>. Hoy -2020- no se corresponde con la imagen displicente del abogado *kumbayá*<sup>73</sup> sino que define al abogado que gestiona con inteligencia el conflicto de su cliente identificando qué precisa realmente y orillando la confrontación adversarial<sup>74</sup>. Ese es el tipo de abogado que deberán formar muy pronto nuestras facultades de derecho.

Repetidamente se afirma que la mediación es, además de un ADR concreto, una metodología. Adaptamos esta afirmación para concluir que en una época de multiplicación desorbitada de litigios, los abogados habrán de adquirir y ejercitar competencias colaborativas (más allá, incluso, del ADR que hemos presentado aquí). En slogan pseudopublicitario pero irrefutable: *serán colaborativos o no serán*.

<sup>69</sup> ORTUÑO, *op.cit.*, pág. 270.

<sup>70</sup> ORTUÑO, *op.cit.*, pág. 278.

<sup>71</sup> FAJARDO, Paulino, *Cooperar como estrategia. Mediación de conflictos empresariales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

<sup>72</sup> *Notes for a law lecture*. <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm> «Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser – in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man». No es casual que lo recuerde la UCLA-R, pág.12.

<sup>73</sup> BUENO OCHOA, «Cruce y descruce...», *op.cit.*, pág.117, recoge una afirmación de Noel Doherty, ‘el abogado colaborativo no es una ONG sino un prestador de servicios *premium*’.

<sup>74</sup> HOFFMANN, David, «Lawyers as Peacemakers. Really?!? Yes, Really», en MOSTEN, Forrest S. - CORDOVER, Adam B. (eds.), *Building a Successful Collaborative Family Law Practice*, ABA Book Publishing, 2019.