

De la fundamentación económica de los medios adecuados de resolución de controversias*

*Of the economic foundation
of the adequate means of dispute
resolution*

por

ÍÑIGO MATEO VILLA**

Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho

Premio «Decanato territorial de registradores de Andalucía oriental» (2019)
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada

RESUMEN: El escaso éxito que han tenido en España los sistemas extrajudiciales de resolución de disputas, justifica un análisis crítico de su

* Este trabajo constituye la cuarta parte que se publica, del que con el título «De los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos: diseño según la teoría de juegos e interpretación del artículo 103 bis de la Ley hipotecaria sobre la conciliación tramitada ante el registrador» obtuvo el premio «Decanato territorial de registradores de Andalucía oriental» (2019), concedido por la Real academia de jurisprudencia y legislación de Granada. El artículo originalmente premiado ha sido partido y reducido para adaptarlo a las exigencias editoriales, enriqueciéndose con reflexiones, propias y ajena, posteriores a la concesión del premio. Puede contactar con el autor por e-mail en imateovilla@gmail.com, Twitter: https://twitter.com/inigo_mateo y LinkedIn: www.linkedin.com/in/inigomateo. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5255-2750>; Publons and Web of Science ResearcherID L-1327-2017, Dialnet: 2124932 Google-Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=fivrN5wAAAJ&hl=en&oi=ao>. Obra realizada en el marco del

diseño institucional para identificar la causa, fomentar razonalmente su tramitación y hacer más probable el acuerdo, lo que permitirá mejorar la legislación en tramitación, como son el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación y el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia.

ABSTRACT: The limited success of Alternative dispute resolution systems (ADS) in Spain justifies a critical analysis of their institutional design in order to identify the cause, rationally promote their initiation, and make an agreement more likely, which will make it possible to improve the legislation in the pipeline, such as the Draft Bill to promote mediation and the Draft Bill on procedural efficiency measures for the public justice service.

PALABRAS CLAVE: Sistemas alternativos de resolución de conflictos, métodos alternativos de solución de controversias, transacción, medianería, amigable componedor, mediación, conciliación, conciliación privada, oferta vinculante confidencial, opinión del experto independiente, *res dubia*, teoría de la elección racional.

KEY WORDS: *Alternative dispute resolution systems, ADS, Suitable dispute resolution systems, transaction, mediation, friendly compose, mediation, conciliation, confidential binding offer, legal opinion, res dubia, Rational choice theory.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: BENEFICIOS Y NÚCLEO ESENCIAL.—II. ÉXITO TEÓRICO, FRACASO PRÁCTICO.—III. RACIONALIDAD, INCENTIVO Y ESTRATEGIAS PROCESALES.—IV. CONCEPTO.—V. DENOMINACIÓN.—VI. LITIGIOS MATERIALES O EMOCIONALES.—VII. POSICIONES JURÍDICAS INICIALES.—VIII. EL CÁLCULO INVERSO DE LOS COSTES.—IX. LA INCERTIDUMBRE DE LA SENTENCIA.—X. EL TERCER AGENTE: EL

proyecto de investigación DER 2017-82705-R del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad que lleva por título: «Soluciones jurídicas y económicas al problema inmobiliario turístico». Cómo citar: MATEO VILLA, I. (2022). «De la fundamentación económica de los medios adecuados de resolución de controversias». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. número 792, págs. 1989-2036.

** Obra realizada en el marco del proyecto de investigación DER 2017-82705-R del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad que lleva por título: «Soluciones jurídicas y económicas al problema inmobiliario turístico».

ESTADO.—XI. LA REORDENACIÓN DE COSTES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. OFERTA, O SEA, CUÁNDO DEBE DARSE POR INTENTADO EL PERC. 3. REACCIÓN A LA OFERTA. 4. CONTRAOFERTAS, SENTENCIA Y CASOS JURÍDICAMENTE DUDOSOS. 5. LAS COSTAS Y SU IMPUTACIÓN: INTEGRIDAD, CAUSALIDAD, CALCULABILIDAD Y CERTEZA. 6. UN NUEVO TEXTO LEGAL.—XII. REDUCIR LA LITIGIOSIDAD: ACUERDOS EXTRAJUDICIALES O BARRERAS PROCESALES.—XIII. LOS PERC EN DERECHO ESPAÑOL.—XIV. CLASIFICACIÓN.—XV. CONCLUSIONES.—XVI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: BENEFICIOS Y NÚCLEO ESENCIAL

Saludable y natural institución es la del acuerdo de las partes para superar litigios por cuanto encauza la genuina voluntad de los propios interesados sin intervención de tercero impuesto, extraño al litigio. Práctica esta inveterada, pues desde antiguo estuvo especialmente dirigida a las desavenencias patrimoniales sobre las que las partes tenían un conocimiento razonablemente exacto, ya fuera el reparto de tierras (*Génesis* 13: 08-09) y ganado (*Jueces* 17: 06-13) o la fijación del salario (*ibídем*, 30: 26-43). Del uso natural, espontáneo, pasó a los textos legales primitivos, ya fuera por considerarse sinceramente su valor intrínseco o por constituir un económico remedio a la incapacidad de los Estados para hacer efectivo su pretendido monopolio judicial en cuanto a los desacuerdos surgidos en las comunidades humanas bajo su control. Así sucedió con el código de Hammurabi (§57), el *Codex* (Ley 38, Título 4, Libro 2), el *Digesto* (1, Título 15, Libro 2) y *Las Partidas* (Ley 34, Título, 14, Partida 5). Y terminó encontrando un espacio en la legislación moderna, incluida la de las dictaduras comunistas. Es el caso de los códigos civiles de Prusia (art. 405), Francia (2044), la Luisiana (3038), Cerdeña (2085), Austria (1580), Holanda (1880), Alemania (§779) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (arbitraje privado: arts. 165 y 166), recibiendo distintas denominaciones, entre otras, la de «sistemas alternativos de resolución de disputas» y «medios adecuados de solución de controversias», aunque por las razones que se expondrán, nosotros preferiríamos la de «procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios» (en adelante, PERC).

España reguló la transacción en los artículos 1809 y siguientes de su Código Civil, liberando a este contrato de toda innecesaria formalidad documental —confróntese, para esta última, el artículo 1278 del Código Civil— y procesal, de manera que bastaba con que las partes quisieran alcanzar un acuerdo —con *traditio*, cuando resultara preciso—. A partir del núcleo esencial de la transacción —formado por un litigio jurídico y las prestaciones recíprocas, con renuncia por ambas a la acción que les correspondiera— se construyen los restantes PERC.

II. ÉXITO TEÓRICO, FRACASO REAL

La doctrina ha considerado indubitablemente beneficiosos los PERC por ser la solución más eficiente de entre las posibles para los litigantes, con el argumento de que alcanzar un acuerdo evita tener que recurrir al juez y, con ello, incurrir en costes judiciales (v. gr., procurador, abogado). Este es un razonamiento teórico que se conjuga mal con la práctica: los datos disponibles demuestran que los litigantes prefieren acudir a la vía judicial, haciendo uso de la extrajudicial solo marginalmente, de manera que el uso de este recurso resulta una probabilidad estadísticamente despreciable, incluso exótica. Así, según los datos ofrecidos por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (en adelante, CGPJ) —a falta de los de los institutos de mediación, no disponibles—, en el período 2012-2018 se resolvieron de media mediante PERC el 0,00024% de todos los procedimientos judiciales iniciados; *a contrario*, el 99,976% lo fueron judicialmente por sentencia; por añadidura, de todos los derivados a mediación, solo el 10,4% acabó en acuerdo; *a contrario*, el 89,6% fue devuelto al procedimiento judicial para su resolución por un juez. Los numerosos trabajos publicados sobre los PERC tienen por objeto principal sus aspectos comunicacionales, pero no los jurídicos; y cuando se centran en los jurídicos, atienden más a explicar la norma aprobada que a cuestionar su diseño subyacente. Nosotros analizamos, precisamente, este último para explicar cómo se justifica *racionalmente* tanto el supuesto «éxito» (HERRERA, 2007:16) del modelo italiano contenido en el Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediaciones civiles y mercantiles, como el fracaso del español, sin necesidad de acudir a teorías exóticas, mediante variables no-operativizables como el «carácter» de los españoles (CARMONA, 2016: 284), el «desconocimiento [entre la población de los PERC] y [las] limitaciones de acceso» (RONDÓN, 2018: 4 y ss.) o la consideración de los PERC como «una especie de marginalidad y solución de segunda calidad [...] con resultados limitados [...] un tema de futuro, [...] una promesa» (*ibidem*).¹.

Pretendemos identificar la causa racionalmente fundada del fracaso práctico de los PERC en España y ofrecer un modelo alternativo superador que, además, resulte más eficaz, medido en número de negociaciones y acuerdos extrajudiciales, así como eficiente por ofrecer menores costes agregados que los modelos precedentes. Este procedimiento alternativo exige conocer los incentivos de cada parte en cuanto al resultado final del pleito en un doble sentido: si se resuelve o no se resuelve y, en su caso, en qué sentido (quién resulta condenado). Este incentivo nos permitirá, a su vez, descubrir la estrategia procesal que probablemente llevará a cabo cada litigante. Por su parte, un diseño institucional de PERC que ofrezca menores costes hará más probable su tramitación y, por ende, el acuerdo,

reduciendo entonces la presión sobre los servicios judiciales prestados por el Estado, lo que permitirá un incremento de la inversión relativa en los pleitos judicializados que revertirá en una mayor celeridad de resolución y, consecuentemente, una menor probabilidad de judicialización, pues el litigante cuya pretensión no se sostenga jurídicamente descontará el menor plazo para sufrir una sentencia condenatoria. Por tanto, este trabajo es de interés para el legislador, el sistema judicial y los litigantes².

III. RACIONALIDAD, INCENTIVO Y ESTRATEGIAS PROCESALES

¿Por qué los litigantes eligen el procedimiento con —aparentemente— mayores gastos agregados? Si en un entorno racional los agentes eligen la opción —en este caso, procesal— con menores agregados, la única explicación racional posible es que esta sea la judicial; es decir, que hacer subsistir la desavenencia y no alcanzar un acuerdo ofrece menores costes agregados que su alternativa. Llegar a esta conclusión exige entender que el cálculo de los costes no se hace por «los litigantes» conjuntamente sino por cada uno de ellos por separado. Y este es el error de los juristas que han abordado la cuestión: dando por cierto que el litigio *se tenía que resolver según Derecho*, el cálculo de costes se hacía de forma agregada, para ambos litigantes. Pero resulta que el cálculo hecho por el litigante cuya reclamación se ajusta a Derecho es exactamente el contrario al del otro: el primero quiere resolver el litigio, que es tanto como recibir la prestación a que tiene derecho, y hacerlo, además, al menor coste procesal posible. El otro, en cambio, no quiere cumplir con lo que debe, por lo que su única estrategia procesal es hacer incurrir al otro en tantos gastos procesales que llegue a renunciar a su pretensión. El cálculo es, pues, desagregado. De manera que, en realidad, para cada uno, el litigio *se tiene que resolver de acuerdo con su particular cálculo de costes*. He aquí el error en la identificación de la causa del fracaso de los PERC por los juristas; la del legislador añade, además, una suerte de incapacidad psicológica para alcanzar el acuerdo: las partes quieren, pero no son capaces de lograrlo por sí mismas. Falso: una de las partes no quiere alcanzarlo porque es la estrategia procesal adecuada que permite proteger el resultado del cálculo que racionalmente ha realizado. Cada litigante, por separado, es un agente racional que hace el cálculo del coste que tendrá para él cumplir/incumplir y, a partir de ahí, despliega su particular estrategia procesal, de usarse que ni el cálculo es agregado —cada litigante tiene el suyo propio, cuyo resultado es inversamente proporcional al del otro—, ni la estrategia procesal que siga resultará necesariamente funcional con el sistema jurídico —pues no persigue el cumplimiento de la ley mediante la realización de la prestación sino maximizar sus ingresos o minimizar sus costes—.

Por otra parte, pueden preverse tres causas por las que un PERC fracase —entendiendo por tal que no se inicie o que, iniciado, no se alcance un acuerdo que evite el recurso al circuito judicial—: (i) que el litigante más interesado en el acuerdo no lo inicie, (ii) que, iniciado, el otro litigante no negocie —entendiendo por negociación, la no realización de oferta de acuerdo al otro— o que, negociando, no persiga sino alargar el procedimiento para incrementar sus costes en perjuicio del otro litigante ora pretendiendo que negocia ora formulando, para alcanzar el acuerdo, pretensiones desajustadas a su legítimo título, o, por último, porque pretendiendo genuinamente ambas partes alcanzar un acuerdo no son capaces, sin embargo, de lograrlo. Se trata ahora de reorientar estas estrategias procesales disfuncionales en otras funcionales por el método de reordenar los costes, de manera que cada litigante tenga que hacer un cálculo distinto³.

IV. CONCEPTO

Los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos son las actuaciones procesales, típicas o atípicas y más o menos formales que sirven a que las partes enfrentadas por razón de un litigio jurídico intenten y, en su caso, logren celebrar un contrato que les permita superar su desavenencia, ya sea por sí mismas o con la participación de un tercero que ora les auxilie para alcanzar el acuerdo, ora lo resuelva por ellas. Es imprescindible, pues, que exista un (i) litigio de naturaleza jurídica y que, de alcanzarse un acuerdo, una o ambas (ii) den o prometan a la otra o retengán para sí alguna cosa, a cambio de la renuncia de una o ambas a la *actio* que les corresponda por razón de la desavenencia, de suerte que, no pudiendo exigirse nada más en lo sucesivo, se haga imposible su judicialización.

Sobre este núcleo esencial se construye el resto de PERC que se distinguen entre sí por la (i) participación o no de un tercero que auxilie a las partes para alcanzar el acuerdo —en adelante, el tercero-auxiliar—, su (ii) condición de funcionario o sujeto particular y su (iii) formación técnica. Los PERC son —además de la transacción, único supuesto en que no concurre tercero (sin que consideremos como tal al abogado que asista a cada parte)—: (i) la medianería —con el medianero como tercero-auxiliar, artículos 402 y 1713 párrafo tercero del Código Civil—, (ii) los compromisos —artículos 1820 y 1821 del Código Civil— sustituidos por el arbitraje y los árbitros —Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en adelante, LA—, (iii) la mediación —y el mediador, regulada por Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante, LM; existe un Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación tramitándose en la actualidad; en adelante, el Anteproyecto de LM—, (iv) la conciliación —y el conciliador al que, por

cierto, la ley nunca se refiere con este nombre; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante, LJV— y, por último, introducidas por el reciente Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio público de justicia (2020) —en adelante, el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal—, la (v) conciliación privada (art. 12), la (vi) oferta vinculante confidencial (art. 14) y la (vii) opinión de experto independiente (art. 15).

Consideraremos al arbitraje como un PERC más, pues resuelve una reclamación judicializable y exige el previo consentimiento de las partes para que tenga lugar; el que el litigio sea resuelto por el árbitro —como un tercero-incidente y no como un tercero-auxiliar— es accesorio para nuestro razonamiento. Ídem del anterior para las transacciones y las mediaciones intrajudiciales porque, aunque tramitadas dentro de un procedimiento judicial e, incluso, aunque el acuerdo revista la forma de sentencia, no pierden por ello su naturaleza principal de acuerdos, no impuestos por un juez, superadores del litigio. Por cierto, que este recurso procesal de envolver como sentencia lo que es acuerdo particular, existe igualmente para el arbitraje (art. 36 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

V. DENOMINACIÓN

Los PERC son conocidos por diferentes nombres: «métodos alternativos de resolución de conflictos», «de disputas», «de controversias», «de solución de controversias», «medio adecuado de solución de controversias» (art. 1 del Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal), «sistemas alternativos de resolución de conflictos», «procedimientos de resolución alternativa de conflictos» —denominación empleada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN)— y «modalidades alternativas de solución de conflictos», adaptación española de la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios entre comerciantes y consumidores y que, dependiendo de la versión idiomática que se emplee ofrece denominaciones distintas, según incidan en el carácter electivo del procedimiento (v. alemana: *Alternative Beilegung* —«arreglo», «avenencia» o «conciliación»— italiana [*risoluzione alternativa delle controversie*] e inglesa [*Alternative dispute resolution*]), en el procedimiento (v. francesa: *règlement extrajudiciaire des litiges* —«arreglo», «solución» o «terminación»—) o en el tipo de desavenencia que resuelve (v. portuguesa: *resolução alternativa de litígios de consumo*). Gran parte de los autores hispanoparlantes se han decidido por una traducción de la versión inglesa, denominándolos «métodos de resolución alternativa de conflictos».

A nosotros, empero, no nos convence esta denominación porque (i) «método» se relaciona más con «técnica» (negocial) que con «procedimiento»

(legal) y nada con «acuerdo» —que, sin embargo, constituye su finalidad—, porque (ii) no deja claro respecto de qué es «alternativo» y, por último, (iii) porque «conflicto» es equívoco por general. A este asunto dedicaremos las siguientes líneas⁴.

Empecemos distinguiendo entre «técnicas de mediación» —propias del ámbito negocial o comunicativo— y «mediación». Las primeras son las psicológicas, eventualmente empleadas por uno o ambos litigantes, o por el tercero que trate de avenirlas (v. gr., medianero) para facilitar el inicio, mantenimiento y desarrollo de un diálogo que les permita abordar y superar su desavenencia. Están, pues, orientadas principalmente a la fase de negociación, no pertenecen específicamente al dominio del Derecho, ni su conocimiento o utilización resultan jurídicamente exigibles —mediante *actio*—, siquiera en el caso de tramitarse una mediación específicamente jurídica, esto es, de las reguladas por la LM —que, en cuanto a las partes, no les concede *actio* para exigir a la otra el uso de estas técnicas y, en cuanto al tercer-auxiliar, su artículo 11.2 se limita a exigir al mediador que disponga de formación «específica para ejercer la mediación» pero sin describir su contenido, ni mucho menos hacer imperativa su utilización—. En tanto que dirigidas a la negociación, son utilizables para *todo* conflicto, jurídico o no, así: en cuanto a los no jurídicos, por ejemplo, para reestablecer relaciones personales de amigos o cónyuges, superar un luto o mejorar relaciones en el ámbito laboral; en cuanto a los jurídicos, para alcanzar un acuerdo de transacción que evite la judicialización de un pleito. Por tanto, ni al Derecho en general ni a nuestro trabajo en particular, interesan las «técnicas de mediación». Sí, en cambio, la «mediación», porque es el procedimiento de Derecho regulado en la LM, dirigido a alcanzar un acuerdo jurídico que ponga fin a un litigio legal. La mediación es jurídica y orientada al acuerdo; las técnicas de mediación no y se orientan a la negociación. La confusión del término «mediación» es, además, doble: pues no solo se identifica con las técnicas de mediación, sino que, además, es el vulgarmente empleado para referirse cualquier PERC; el Anteproyecto de Ley utiliza, más acertadamente, el de «medio adecuado de solución de controversias» (art. 1), que coincide con nuestro PERC. Por su parte, el Decreto legislativo italiano de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediación civil en asuntos civiles y mercantiles llama «mediación» a la actividad negocial y «conciliación» al acuerdo⁵.

En tanto que «desavenencia», «acuerdo» y «juridicidad/*actio*» permanecen constantes, cada PERC se distinguirá de los restantes por razón del tercero y, más en concreto por: (i) si existe o no, (ii) su formación técnica (jurídica/no jurídica), (iii) su carácter de funcionario público o sujeto privado y, por último, (iv) si auxilia o decide el litigio. Podemos así identificar los siguientes PERC: transacción, medianería, arbitraje, mediación y con-

ciliación, a las que, como se dijo, el legislador desea añadir la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial y, por último, la opinión de experto independiente—. Esta última no es, sin embargo, verdadero PERC pues no está orientada a resolver la desavenencia sino a opinar jurídicamente sobre ella.

Entendemos por «procedimiento» las normas jurídicas —por tanto legalmente exigibles— reguladoras del «conjunto de [...] fases sucesivas» formadas por «actos y trámites [...], tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión [igualmente jurídica] entre partes y que concluye por resolución motivada [en lo que aquí interesa, acuerdo]». Todo procedimiento de PERC pasa por tres fases: (i) inicio, (ii) desarrollo o negociación —fase esta en que, ahora sí, *puede* hacerse uso de las «técnicas de mediación»— y, por último, (iii) terminación —con o sin acuerdo que ponga fin al litigio— (cfr. título IV LM). Empero, el procedimiento puede presentarse simplificado: la oferta de transacción y la vinculante confidencial (Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal), equivalen a inicio y, según sea más o menos cerrada, a negociación. Y en cuanto que aún es posible el acuerdo, se demuestra que la de negociación no es una fase —léase, coste o fase procesal— imprescindible de los PERC⁶.

«Voluntario» significa que podría obligarse a las partes a tramitar un PERC —lo que ha recibido la infeliz denominación de «requisito de procedibilidad»—, pero nunca a alcanzar un acuerdo, asistiéndoles a tal efecto el artículo 24 de la Constitución (en adelante, CE), regulador de la tutela judicial efectiva⁷.

En cuanto a «disputas», rechazamos el término por genérico —para los PERC solo caben las jurídicas— y por no ser el habitualmente empleado por el del Código Civil, ni por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Por esto, preferimos «conflicto» por ser el más usado por estas mismas normas, o «litigio», por su vinculación especial con «judicial», lo que permite asociarlo automáticamente con «jurídico». Esto nos lleva a otra conclusión: solo los litigios jurídicos son susceptibles de tramitarse mediante PERC y donde «litigio» equivale a «conflicto que conceda *actio*» o, más sencillo aún, «conflicto judicializable», y que es sinónimo de *res dubia iuridica* y de «desavenencia», donde esta última no es más que la convicción íntima de que existe una prestación insatisfactoria que desea reclamarse. Resulta, pues, indiferente la probabilidad de ganar en juicio o la adecuación de la reclamación al título jurídico. Ídem del anterior debe decirse en cuanto al carácter jurídicamente dudoso por interpretable de la norma en que se basa la reclamación o los hechos en que se apoya: no solo se trata de una cuestión indiferente para el PERC sino que, además, no puede resolverse durante su tramitación, sino que corresponde al juez, dentro del procedimiento judicial, aclarar aquellos extremos. En conclusión,

en lo que aquí interesa, basta que el litigio cumpla con el requisito de ser judicializable para que sea igualmente susceptible de PERC.

Finalmente, los litigios jurídicos se resuelven con acuerdos igualmente jurídicos, esto es, atributivos de acciones procesales para el caso de incumplimiento de lo acordado y donde «dando, prometiendo o reteniendo» debe entenderse como prestación de hacer de presente (incluyendo la *traditio*, si fuera precisa) o futura y de no hacer —confróntese artículo 1088 del Código Civil—, respectivamente, siempre a cambio de la renuncia de la *actio*⁸.

En cuanto a los conceptos de «alternativo», «extrajudicial» y «*ceteris paribus*», pueden resumirse en el «principio de equivalencia», esto es: los PERC —a los que en lo sucesivo nos referiremos también como «circuito extrajudicial»— pretenden ser una alternativa a la vía judicial —en adelante, «circuito judicial»—, de manera que, *mutatis mutandis*, deben diseñarse como equivalentes tanto en cuanto al tipo de litigio que pueden resolver —jurídico— como por su resultado —obtención de un título semejante en términos de mercado a la sentencia—. Abundemos sobre esta última cuestión: el PERC debe dar como resultado un título que por la calidad de su (i) acuerdo —terminación ajustada a Derecho de un litigio jurídico—, (ii) redacción y (iii) forma —en cuanto que sea posible, un título público—, resulte equiparable en términos de mercado a su equivalente o alternativa judicial, esto es, la sentencia —de «auténtico equivalente jurisdiccional» nos habla AGUILERA (2016: 1730)—, pues solo entonces podrá plantearse el agente la extrajudicial como una alternativa real. Y solo cuando la equivalencia en fondo y forma del título resultante de ambos circuitos se exacta, el agente se planteará otros elementos de su cálculo como son el tiempo —tramitación— y el coste de los terceros-auxiliares. Por ello sostenemos que en tanto que esta equivalencia exacta no se logre, puede darse por inevitable el fracaso de los PERC. Y que esta es una condición necesaria pero no suficiente para su éxito.

En otro orden de cosas, creemos que la denominación de la institución no debe incluir el término «alternativo»: porque suponiendo la «opción entre dos o más cosas», la identificación como «métodos alternativos de resolución de conflictos» no informa de cuáles sean estos, de ahí que prefiramos «extrajudicial» —que de suyo implica alternativa a la vía judicial— y que no debe entenderse como «sin participación del juez» (o letrado de la Administración de Justicia) sino «resuelto sin sentencia judicial» o, aún mejor, «resuelto sin imposición de tercero». Queda así justificada la inclusión del arbitraje dentro de los PERC, pues aunque implique la imposición del laudo, el árbitro que lo dicte ha sido elegido libre y previamente por las partes; ídem para la justificación de la transacción o mediación en sede judicial, donde no existe sentencia que resuelva el litigio y, si la hubiera, sería simplemente para recoger formalmente el acuerdo —véase por analogía el artículo 36 LA—. Por añadidura, el apoyo judicial a la tramitación de los

PERC o para facilitar la ejecución de sus acuerdos (cfr. art. 8 LA), no los convierte en sentencias.

Volvamos sobre la idea de «acuerdo» que es sinónimo de «avenencia», «concierto», «conciliación», «convenio», «decisión», «pacificación», «pacito», «resolución», «transacción» y «tratado», y que resulta ser uno de los dos resultados posibles del PERC. Con él, las partes resuelven su conflicto dando, prometiendo, reteniendo o renunciando —de presente, tradicionando en el mismo acuerdo, o futuro— y renunciando a la acción o acciones que les conceda el litigio ahora superado. Existiendo varias pretensiones, es posible que el acuerdo pacifique solo algunas, de ahí que sea imprescindible la identificación en el acuerdo de la (i) fuente —contractual, extracontractual, etc.— de la desavenencia y de la concreta (ii) obligación que se reclame y se supere, de manera que la renuncia de la acción alcanzará solo a esta y no al resto de las pretensiones. Siendo, como se dijo, el litigio jurídico, el acuerdo también ha de serlo, esto es, debe conceder *actio* en caso de incumplimiento, y, si no la concede, no puede considerarse PERC⁹.

En cuanto a «resolución», es la terminación de la desavenencia jurídica por el acuerdo de las partes dirigido precisamente a este fin. No tiene entonces relación con la contractual por incumplimiento de una de las partes del artículo 1124 del Código Civil, y exige una conexión inmediata entre acuerdo y superación del litigio. En consecuencia, no hay PERC cuando el litigio finaliza sin acuerdo que sea, además, voluntario como sucede, por ejemplo, en la prescripción o la renuncia unilateral de la acción. Más dudoso es el supuesto en que se pretenda la tramitación del PERC con el solo objetivo de comunicar a la otra parte la renuncia (unilateral) a la acción. Ahora bien, si esta renuncia es receptiva, esto es, precisa la aceptación para producir su efecto e impedir definitivamente su reclamación judicial, sostenemos que el PERC es el cauce adecuado pues cumpliría su función pacificadora.

Finalicemos resolviendo cómo denominar al instituto, mientras que el «procedimiento» siempre ha de existir —por muy simplificado que se presente—, el «acuerdo» puede o no alcanzarse. «Procedimiento» es entonces necesario, «extrajudicial» lo delimita de forma precisa, y donde «de resolución» establece la finalidad que le da sentido. En consecuencia, nos referiremos a ellos como «procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (jurídicos)» o «PERC», y cuya equivalencia exacta son los MASC¹⁰.

VI. LITIGIOS MATERIALES O EMOCIONALES

Los litigios que de manera principal interesan a este trabajo son los patrimoniales del orden civil y mercantil, por ser los generalmente transaccionables, pudiendo distinguirse entre: (i) exclusivamente patrimoniales, en

que la relación personal es meramente coyuntural e instrumental, dirigida a la celebración del negocio, y en que la actividad de los agentes se dirige principal si no exclusivamente al cálculo del valor de los activos intercambiados, de manera que celebrado el negocio o resuelta la desavenencia, la relación personal se extingue por innecesaria, y los (ii) principal pero no exclusivamente patrimoniales, porque la relación personal de las partes no solo no es meramente instrumental, sino que, además, es posible que tenga que subsistir una vez resuelto el litigio, de manera que junto con el cálculo del valor de los activos intercambiados, existen aspectos subjetivos que han de considerarse como, por ejemplo, la conservación e incluso, mejora de esta relación, dañada por el litigio; es el caso de las particiones hereditarias —entre familiares—, la disolución de regímenes económicos matrimoniales, especialmente en caso de nulidad, separación o divorcio —entre excónyuges—, o la guarda y custodia de los hijos—entre progenitores que son, a su vez, expareja—. A las dos clases de litigio se les puede aplicar el criterio objetivo del cálculo de costes y, por ende, el modelo que proponemos. Pero no es menos cierto que para los segundos puede resultar recomendable, no exigible, un acercamiento psicológico, comunicacional o negocial previo que facilite la interlocución de los litigantes. Este aspecto no-jurídico, psicológico conecta, ahora sí, con las «técnicas de mediación» sobre las que ya hemos tratado y cuya aplicación no impide ni el cálculo de costes que haga cada litigante, ni justifica la no aplicación del modelo que proponemos¹¹.

VII. POSICIONES JURÍDICAS INICIALES

Como ningún modelo puede considerar todos los supuestos dables en la realidad, simplificaremos el nuestro, considerando solo (i) dos litigantes —a los que llamaremos «A» y «B»— con (ii) posiciones extremas según la sostenibilidad jurídica de sus respectivas pretensiones, esto es, según que su reclamación se ajuste o no a Derecho, de manera que la de «A» se ajusta perfectamente —ajuste que expresamos con un 100%—, reclamando lo que exactamente le corresponde, y la de «B» en absoluto —ídem del anterior con el 0%—, de manera que o reclama lo que en ningún caso le corresponde o se niega a cumplir lo que debe; y, por último, con (iii) una sola pretensión. Ejemplos típicos serían los de los servicios prestados por «A» conforme a lo pactado y no satisfechos por «B» o la compraventa en que «A» entrega o quiere entregar la cosa conforme a lo pactado, y que «B», sin embargo, no quiere pagar. Nuestro modelo «100%-0%» permite, a su vez, resolver todas las situaciones intermedias, donde las pretensiones de «A» y «B» se ajusten/desajusten de forma menos extrema (v. gr., 60%-40%, 40%-60%), y donde, además, puede observarse cómo esta relación es de suma cero, asunto que pasamos a analizar.

VIII. EL CÁLCULO INVERSO DE LOS COSTES

Si «A» obtiene la prestación que reclama de, por ejemplo, cien unidades monetarias, y que, como se dijo, está ajustada en Derecho al 100%, es porque «B» la ha satisfecho, perdiendo entonces esta misma cantidad. La estrategia racional de «A» es recibir este importe cuanto antes y sin costes operativos de recuperación, que no harían sino disminuir la cantidad final que ingrese, donde las alternativas posibles principales, consideradas de menor a mayor coste operativo, son: que «B» cumpla en plazo y *motu proprio*, que «A» tramite un PERC y «B» cumpla; y, por último, que «A» demande a «B» para obtener el cumplimiento. La de «B» es, en cambio, exactamente la contraria: si paga, se verá privado de lo pagado, y «cuanto antes» no significa para él más que acelerar la pérdida, por lo que su estrategia procesal racional pasa por no cumplir y, si se le compele a hacerlo, obligar a «A» a incurrir en tantos costes operativos de recuperación de la deuda como sea posible, de manera que estos se aproximen, igualen o, mejor aún, superen, al importe de lo reclamado por «A», pues de esta manera, la probabilidad de que «A», agente racional, reclame su importe, se acercará progresivamente a cero. Así se entiende que el cálculo de costes de los PERC no debe hacerse agregado para «A» y «B» —como venían haciendo los juristas que reflexionaban sobre el fracaso de los PERC o alababan sus virtudes—, porque los litigantes no razonan en términos funcionales generales —del ordenamiento jurídico—, sino desagregado para cada uno de ellos, porque, movidos por la misma racionalidad, disponen de una cuenta de resultados distinta y vinculadas por una relación de suma cero. Y también entonces se comprende que un diseño institucional correcto de los PERC es aquel que acerque a cero sus costes operativos, de manera que no perjudiquen la cuenta de resultados de «A» y, con ello, la probabilidad de que reclame, o, visto desde la otra perspectiva, que reduzcan el espacio de protección procesal de «B». La estrategia racional de «B» consistirá en obligar a «A» a tramitar el PERC, alargarlo el máximo posible en el tiempo y con los mayores costes asociados, siempre sin ánimo genuino alguno de alcanzar un acuerdo —acuerdo al que no está obligado, *ex artículo 14 de la Constitución*—, pues se trata, para «B», de que «A» tenga, además, que tramitar después el procedimiento judicial, donde, exhausto por las fases procesales hasta entonces transitadas, aún deberá enfrentarse a la eventualidad de que la sentencia que se dicte no se ajuste exactamente a la pretensión que reclame (100%) sino solo parcialmente, por la razón que fuera, y donde esta incertidumbre debe incluirse en el cálculo de costes que haga «A», lo que le desincentivaría aún más a reclamar a «B»¹².

Y a este razonamiento procesal debe añadirse otro de responsabilidad en el sentido del artículo 1902 del Código Civil, que incentiva aún más la

actuación disfuncional para el ordenamiento jurídico de «B» pero funcional para su cuenta de resultados, y es que no responderá del uso abusivo que haga de los recursos judiciales sufragados por el contribuyente, y solo imperfectamente de los que ocasione al otro litigante, de manera que se fomenta que «recurr[a] y recurr[a] y no pas[e] nada» (GARCÍA BUENO, 2021). Se concluye entonces que un diseño racional de los PERC no solo tenderá a reducir a cero sus costes, sino que, además, los imputará al agente que los genere, de manera que se vea obligado a incluirlos en el cálculo de su cuenta de resultados a efectos de fijar su estrategia procesal.

Así se entiende que, *ceteris paribus*, el PERC solo tendrá naturalmente éxito cuando las pérdidas y ganancias de los litigantes por razón del procedimiento puedan calcularse por estos como similares y, *a contrario*, rechaza toda racionalidad anticipar ningún éxito al PERC a medida que la relación de ganancia y pérdida de los litigantes se va alejando entre sí. Y si, existiendo una relación de ganancia y pérdida similar entre litigantes, estos no intentan el PERC o, intentándolo, no alcanzan un acuerdo que les evite los costes procesales, solo puede explicarse porque: carecían de la información necesaria para calcular los costes o para tramitar el procedimiento adecuado, la falsa seguridad que genera el *statu quo* o porque las relaciones emocionales que acompañen al litigio patrimonial impidieron iniciar siquiera la negociación: aquí tendría entonces sentido un primer acercamiento propio de las «técnicas de mediación» para después proceder con el estrictamente jurídico¹³.

IX. LA INCERTIDUMBRE DE LA SENTENCIA

Apuntamos más arriba que siempre es posible que la sentencia que eventualmente se dicte en resolución del litigio no se ajuste exactamente a la reclamación realizada e, incluso, que se le reconozca a «A» menos de lo que reclama. Este posible desfase sobre la reclamación inicial resulta incalculable precisamente en el momento procesal en que debería serlo para que «A» pueda decidir racionalmente si litiga o no. Por otra parte, bien podría decírsenos que semejante sentencia no vendría sino a reconocer el hecho de que la reclamación de «A» no se ajustaba realmente al 100% a Derecho, es decir, que era pluspetitoria. Pero lo cierto es que en una sentencia concurren elementos valorativos que pueden hacer que dos jueces, con las mismas normas y supuestos de hecho, resuelvan de forma, al menos, parcialmente distinta. Y esta incertidumbre perjudica únicamente a «A» y beneficia, también únicamente, a «B», donde el primero ha de tomar una decisión sin la certeza de que la sentencia le reconozca todo lo reclamado —siendo este importe con el que compara los costes de recuperación de lo que se le

adeuda—, pero con la seguridad de que cualquier procedimiento que inicie le exigirá desembolsar cantidades prácticamente a fondo perdido, cantidades que con seguridad no le serán devueltas en su totalidad en la condena en costas que se dicte, condena con un sentido y por un importe inciertos.

Para «A» el cálculo es sencillo: importe de lo adeudado menos todos los costes operativos en que incurra y no recupere, y donde a la incertidumbre del sentido de la sentencia deberá atribuirle un precio: cuanto más se acerque a cero el resultado de esta resta, menor probabilidad de que litigue. Aún deberá incluir la depreciación del importe por el tiempo transcurrido. «B» por su parte, puede adoptar una actitud simplemente pasiva —esperar a ser demandado, si es que efectivamente lo es tras el cálculo realizado por «A»— o, incluso, activa, si así se lo permite el diseño institucional, obligando a «A» a incrementar los costes procesales que deba soportar, por la vía de forzarle a tramitar un PERC cuando la ley así lo prevea, pues es una ley de hierro que a mayores gastos procesales soportados por «A» menor probabilidad de verse demandado. De esta manera, el PERC pasará de ser un auxilio para «A» a representar una partida de gasto improductivo más que deberá incluir en su cálculo y que le disuadirá de litigar, beneficiando así la ilegítima posición de «B», momento en el que «A» se verá forzado a desistir de su (legítima) pretensión o a rebajarla para que «B», ahora graciosamente, cumpla al menos parte de lo que le corresponde.

Un diseño institucional racional nunca concedería a «B» las herramientas necesarias para incumplir, ni privaría a «A» de las que precise para ver satisfecha íntegramente su legítima pretensión, y para ello es necesario reducir los costes procesales de manera que tiendan a cero, ora por su diseño ora porque, generados, se imputen al agente que los causó por hacerlos inevitables.

Aún se nos podría decir que la creación de un modelo como el que aquí proponemos es imposible porque, no pudiéndose considerar el universo completo de sentencias que se dicten, falta a los litigantes el elemento esencial con el que hacer su cálculo de costes. Pero a esto respondemos que siendo la norma reguladora que resuelve el litigio constante, también puede presumirse que, a largo plazo, lo sea también la sentencia que la aplique, de manera que puede anticiparse que esta será igual a aquella.

Por añadidura, y de acuerdo con nuestra experiencia, en la práctica, los litigios típicamente conciliables no son tanto jurídicos como fácticos: los litigantes no discuten tanto su título jurídico como el bien que deba adjudicárseles o su valor. Es lo que sucede con las particiones de comunidades —hereditarias o no—, o con la valoración de los activos y la adjudicación de bienes concretos en los procesos de repartición patrimonial como consecuencia de nulidad, separación y divorcio de los esposos así como en los de litigios entre socios —que se resuelven, entre otros, mediante simples pactos

a la andorrana—. Todo lo anterior se dice sin perjuicio de supuestos más jurídicos como en el caso de los deslindes. Unos y otros son, principalmente, patrimoniales, lo que nos devuelve a la reflexión que ya hiciéramos sobre cuál creemos que será el principal campo de actuación de los PERC.

X. EL TERCER AGENTE: EL ESTADO

Hasta ahora hemos planteado los PERC como un acuerdo jurídico entre litigantes, dirigido a superar una desavenencia legal. Pero lo cierto es que existe un tercer interesado tanto en que se alcance el acuerdo como en su contenido. Nos referimos al Estado.

En cuanto a lo primero, porque, de no alcanzarse, los litigantes deberán acudir al circuito judicial para obtener una resolución que pacifique el conflicto, circuito sostenido a costa del erario —en realidad, de los contribuyentes—, cuyo interés principal es que esta partida sea la menor posible, lo que significa, en la práctica, que los litigantes alcancen un acuerdo extrajudicial. De ahí que el interés de «A», por una parte, y del Estado y sus contribuyentes, por otra, sean exactamente coincidentes. En cuanto a lo segundo, porque al Estado le interesa no solo que las partes alcance un acuerdo (extrajudicial) sino que, además, este resulte ajustado hasta un 100%, si es posible, a la legítima pretensión de «A», esto es, a la sentencia que eventualmente se dictara y para incrementar el porcentaje de acuerdos extrajudiciales alcanzados en relación con los litigios judicializables, necesita incentivar que «A» intente en todo caso el PERC—léase, imponerle el requisito de procedibilidad— y desincentivar la previsible actividad procesal disfuncional de «B» y la improbable de «A» en forma de pluspetición por la vía, en estos dos últimos casos, de imputarles sus costes, asunto que pasamos a tratar.

XI. LA REORDENACIÓN DE COSTES

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que los litigantes prefieren acudir al circuito judicial antes que al extrajudicial, siendo el uso de este último marginal, anecdótico. Siendo los litigantes agentes racionales y asumiendo que el acuerdo de superación del litigio exige el consentimiento de ambos, la única explicación posible es que los costes agregados de la sentencia (como resultado) y del judicial (como procedimiento) sean, para al menos uno de ellos, inferiores que los de su alternativa (PERC y acuerdo). Y este litigante tiene que ser, por los

motivos expuestos, aquel, cuya posición jurídica se ajusta menos a Derecho, esto es, «B». La manera de atraerle al procedimiento tiene que hacerse por la vía de incrementar los costes que para él tenga su renuencia a alcanzar el acuerdo, de manera que se acerquen, igualen o, incluso, superen los de la deuda que se le reclame por «A» pues, entonces le resultará más racional alcanzar un acuerdo. Y la forma de reforzar la posición de «A» consiste en reducir tanto los requisitos procesales como los costes que para él tenga el PERC cuando se le exija su tramitación como requisito de procedibilidad, e imputar todos aquellos en los que incurra judicial y extrajudicialmente a «B», haciéndose estos costes previsibles por calculables *ex ante*. Por último, la posición del Estado se asemeja parcialmente a la de «A»: debe poder recuperar todos los gastos realizados durante el procedimiento judicial cuando una o ambas partes no hayan cumplido con alguno de los requisitos que exija, requisitos que preferiblemente habrán de ser objetivos —cumplimiento de ciertas formalidades— y solo en última instancia, subjetivos.

2. OFERTA, O SEA, CUÁNDO DEBE DARSE POR INTENTADO EL PERC

Vistos los incentivos de cada uno de los tres interesados en el PERC, consideremos algunas cuestiones más: primero, que es posible imponer como requisito previo de acceso al circuito judicial que el demandante haya intentado el PERC. Es lo que ha venido en denominarse «requisito de procedibilidad», aún no exigido por la legislación vigente pero que se pretende introducir por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal (2020); segundo, que ninguno de los litigantes puede ser obligado a permanecer en el PERC; tercero, ídem del anterior en cuanto a alcanzar un acuerdo que pacifique el litigio; cuarto, que los agentes racionales solo considerarán la vía extrajudicial como alternativa cuando, ofreciendo un título equivalente en términos de mercado al de la sentencia, (quinto) reordene la atribución de costes de tal manera que obligue a los litigantes a un nuevo cálculo y logre que aquellos se acerquen a los de la deuda reclamada o que se les reclame, es decir, que reequilibre lo que ambos litigantes puedan ganar y perder con la falta de acuerdo extrajudicial.

Desde el punto de vista de la interposición del PERC, paso imprescindible para que se pueda tramitar, existente que sea una desavenencia jurídica, «A» tiene dos opciones: intentar la vía extrajudicial o acudir directamente a la judicial. Dado el sistema actual de atribución de costes y que no impone el requisito de procedibilidad, no optará en ningún caso por el conducto extrajudicial, porque siendo el acuerdo racionalmente imposible, únicamente incurriría en costes inefficientes, acercándose al importe reclamado y con ello haciendo más probable que desista de su reclamación, en beneficio de «B».

Su única decisión racional es, pues, despreciar el circuito extrajudicial. Y con el actual diseño institucional de reparto de costes, exigir, además, el requisito de procedibilidad alejará definitivamente a «A», tanto del circuito judicial como del extrajudicial, siempre en beneficio de la pretensión ilegítima «B». Obsérvese que el espacio de desprotección de la pretensión legítima de «A» causada por la estructura institucional actual de costes es equivalente al de protección de la pretensión ilegítima de «B» —al que llamaremos «espacio (ilegítimo) de protección procesal»—. En consecuencia, introducir el requisito de procedibilidad —cuyo coste, en todo caso, debe tender a cero— tiene sentido si, y solo si, se modifica a la vez el sistema de imputación de costes procesales que, deben atribuirse íntegramente, esto es, la totalidad de los producidos, y hacerse calculables, ciertos y con criterios de imputación, en lo posible, objetivo, a quien realmente los genere.

¿Cuál es el mínimo necesario y, por tanto, exigible al PERC, sin el cual no podría darse por intentado? La realización de una oferta en que se identifique la fuente de la relación jurídica, la reclamación que se haga, y la propuesta de renuncia de la acción que le corresponda al oferente en caso de aceptar aquella, así como el plazo que le conceda —plazo mínimo que deberá ser fijado por el legislador, contado desde la recepción de la oferta— para aceptarla. Precisamente, la notificación de esta oferta equivale a iniciación del PERC, y donde el coste de la que se haga con respaldo probatorio correspondiente a un burofax, equivale a ocho euros y setenta y seis céntimos (8,76€; CORREOS) más el impuesto sobre el valor añadido (en adelante, IVA). Obsérvese que con este sistema no solo se permite iniciar el PERC a «A» cuando lo considere oportuno, sino que, además, se reduce significativamente su coste, pues no son necesarios terceros que le auxilien, ni forma documental alguna, de manera que hace racional tramitarlo por reclamaciones de pequeñas cuantías, reclamaciones a las que acertadamente se refieren ESCUDERO y ZUÍL (2019) con ocasión de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, de la que trataremos más adelante. Obsérvense las alternativas ofrecidas hasta ahora: el CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO ESPAÑOL calcula en ciento cincuenta euros la hora de sesión de mediación, divididos teóricamente «a partes iguales entre las partes que acuden a la mediación» pero que, en realidad, serán al solo cargo de «A», demandante del servicio. Considerando solo dos sesiones de mediación sin otros gastos notariales probables, resulta racional que «A» no reclame por este circuito deudas inferiores a trescientos euros; nuestro modelo, en cambio, es el 2,92% del gasto notarial probable, de manera que reduce en 291,24€ el espacio de ilegítima protección procesal de «B», reordenando los costes de una forma racional, y prescinde, además, de elementos superfluos en esta fase procesal, tales como la «reunión exploratoria» (Anteproyecto de Ley de impulso de

la mediación, Dos), introduciendo, de una manera natural, el requisito de procedibilidad, de forma que no exista procedimiento judicial para el que no se haya intentado previamente su respectivo PERC¹⁴.

Se nos puede criticar que el modelo de iniciación del PERC aquí propuesto traslada el coste a «A». Cierto, pero no existe alternativa pues, como se dijo, no se puede obligar a «B» a que la formule, ni se espera que lo haga por resultar irracional de acuerdo con su cálculo de costes. Por añadidura, se trata de un coste mínimo comparado con aquellos en que se incuraría de acudir al circuito judicial, por lo que existe proporcionalidad entre lo exigido por el legislador y el coste que se pretende evitar.

Igualmente, se nos puede alegar que la tramitación del PERC no constituye sino nueva concesión de plazo al deudor. Cierto, pero esta crítica no es específica contra nuestro diseño sino contra todo PERC, y su alternativa sería acudir directamente al circuito judicial, con lo que nada se habría logrado en orden a la mejora de resultados del circuito extrajudicial.

También se nos puede señalar que nuestro modelo prescinde de la negociación. Muy cierto: ni la consideramos esencial para alcanzar el acuerdo, pues el deudor ya conoce, por lo general, el contenido de su obligación, ni es previsible que «B» se preste a negociar como no sea para alargar el procedimiento, en perjuicio y contra el patrimonio de «A». Se trata entonces de que el de procedibilidad sea un requisito que se dé por cumplido cuanto antes al menor coste posible con el objetivo de alcanzar la fase judicial.

Por último, en cuanto a «B», el modelo no le desampara procesalmente en ningún momento: es libre para aceptar la oferta que se le realice o para contraofertar —asunto, este último, que trataremos seguidamente—, cuando considere que la que se le ha hecho resulta pluspetitoria. Pero en ningún caso su decisión podrá perjudicar procesalmente a «A», pues una vez realizada la oferta, solo debe esperar a que transcurra el plazo previsto por el legislador para dar por cumplido el requisito de procedibilidad. Le basta, pues, con realizar oferta y conservar prueba de su notificación para poder acceder al circuito judicial¹⁵.

3. REACCIÓN A LA OFERTA

Notificada necesariamente por «A» —por razón del requisito de procedibilidad— la oferta superadora del litigio —seguramente, la pura y simple reclamación de lo que se le adeuda—, «B» puede ignorarla, aceptarla o contraofertar, estas dos últimas, dentro del plazo a que nos referimos en el apartado anterior. Si no se imputa a «B» coste alguno por la decisión que adopte, lo más probable es que ignore la oferta —obligando a «A» a acudir al circuito judicial— o, peor aún, crear la apariencia de que está

negociando con el único interés de alargar la fase procesal y hacer incurrir a «A» en tantos costes como sea posible para que desista de su reclamación. En nuestro diseño institucional, la imputación de costes, para el caso de que el litigio se judicialice, es como sigue: (i) si «B» no contesta la oferta que se le haga, o lo hace fuera de plazo, deben imputársele en todo caso y en su totalidad las costas en que incurran tanto «A» como el Estado; (ii) si «B» sí contesta la oferta que se le haga, formulando a su vez contraoferta, que no sea, a su vez, aceptada por «A», será condenado en costas, con la extensión indicada, aquel cuya oferta más se aleje de la sentencia finalmente dictada.

De esta manera, se incentiva la aceptación de la oferta o la formulación de contraoferta pues, en caso contrario, la condena en costas para «B» es automática —en la actualidad, no sufre sanción alguna— y por la totalidad de las generadas, a partir de un hecho objetivo que no permite recurso; igualmente, se incentiva, para el caso de ofertas cruzadas, que el pluspeticionante ajuste su reclamación a lo que jurídicamente le corresponde, de manera que el acuerdo que se alcance coincida con Derecho, por lo que resulta racional para «B» participar constructivamente en el PERC, pues con su actividad procesal persigue ora que no se le imputen las costas, ora que no se le reclame más de lo que verdaderamente adeuda.

Podemos clasificar los siguientes resultados, de más a menos deseables: (i) cumplimiento *motu proprio* de «B» —no resulta necesario el PERC, ni el circuito judicial y los costes operativos =0—; (ii) cumplimiento inmediato de «B» tras intimación de «A» —donde «intimación»=(solicitud de) PERC y con costes operativos ≈0—; (iii) cumplimiento de «B» tras PERC con negociación —donde los costes operativos serán, principalmente, los del tercero-auxiliar, si interviene, o ≈0 en la transacción—; (iv) incumplimiento de «B» pese a la intimación de «A» o, peor aún, tras una negociación —los costes serán =(ii) o (iii), respectivamente—. La ecuación ideal es aquella en que (a) oferta=acuerdo=sentencia y, además, (b) costes =/≈0.

A efectos de concluir cuál de las dos ofertas cruzadas queda más ajustada a sentencia (=Derecho), resulta de vital importancia que la oferta exponga claramente el *petitum* y que este coincida exactamente con el de la demanda —mejor aún si la demanda es simple transcripción de la oferta de PERC—; de no coincidir *petitum* de PERC y el de la demanda, estaríamos ante un caso semejante a aquel en el que «A» no formuló oferta, imputándosele entonces las costas —pues ya no cabe inadmisión de la demanda—.

¿*Quid* si la única oferta existente es significativamente pluspetitoria? Se puede alegar que, en tal caso, no parece adecuado imputarle las costas a «B» y que, además, se incentiva la pluspetición. Pero nosotros respondemos que de esta pluspetición bien podía haberse defendido el propio «B» por el sencillo método de haber formulado contraoferta en plazo.

Por añadidura, nuestro modelo da cabida a que «A» consienta en la aceptación u oferta formuladas por «B» fuera de plazo, pues es de prever que racionalmente le interese más la aceptación o la oferta, viendo así satisfecha su prestación o teniendo la esperanza fundada de que lo sea, que iniciar un procedimiento judicial.

Por último, sobre la duración de este plazo —ninguna de las normas de Derecho español, presentes o futuras, regula esta cuestión—, podemos ofrecer ciertas orientaciones: el del Anteproyecto de LM —treinta días y tres meses— para la duración de la mediación parece excesivo; más razonable es el de la LEC para contestar la demanda del juicio verbal —diez días hábiles, artículo 438.1 LEC— y ordinario —veinte hábiles, artículo 407.2 LEC—, que, por su identidad de razón procesal con el PERC, podrían usarse por el legislador para futuras reformas.

4. CONTRAOFERTAS, SENTENCIA Y CASOS JURÍDICAMENTE DUDOSOS

Existiendo ofertas cruzadas, el juez debe decidir cuál es la que más se acerca a su sentencia, pues su aceptación habría evitado las costas del circuito judicial al otro litigante y al Estado. «Cercana» debe entenderse en nuestro modelo como «jurídicamente equiparable», lo que significa que el título alegado y la reclamación efectuada resulten compatibles con el reconocimiento que de su derecho se haga en la sentencia —lo que alcanza, por ejemplo, a la valoración que «A» hubiera hecho de los activos del litigio—, sin necesidad de que los concretos bienes que se le adjudiquen por sentencia coincidan con los que se hubiera pretendido adjudicar por la oferta —por ejemplo, el oferente proponía que se le adjudicara un libro y finalmente se le adjudica un cuadro por el mismo valor—. Y cuando ambas ofertas sean igualmente compatibles o incompatibles con la sentencia, ora por su fundamento jurídico ora por los bienes en que se concrete, debe el juez, ahora sí, recurrir a criterios subjetivos para la atribución de costas: si alguna de ellas hizo mayores esfuerzos en alcanzar un acuerdo —por ejemplo, ofreciendo un pacto a la andorrana, por el que uno fija precio y el otro elige si vende o compra al otro a tal precio— que evitara el litigio.

¿*Quid* si existiera más de una pretensión —el modelo que hemos manejado hasta ahora era de pretensión única— y la oferta formulada de uno se acerca más en una pretensión, pero se aleja en la otra? Que el juez deberá considerar la imputación de costas en términos globales, ora pretensión por pretensión, ora considerando la oferta y la sentencia en su conjunto.

¿*Quid* tratándose de supuestos jurídicamente dudosos, es decir, cuando no pueda anticiparse la sentencia porque exista debate su alcance jurídico?

Que ni «A» ni «B» pueden formular una oferta ajustada a Derecho pues no conocen este (v. gr., quién tiene derecho al libro de la herencia), por lo que se resuelve imputando las costas a quien causó la duda, esto es, al Estado-legislador, solución, por cierto, consistente con la del artículo 394 LEC.

5. LAS COSTAS Y SU IMPUTACIÓN: INTEGRIDAD, CAUSALIDAD, CALCULABILIDAD Y CERTEZA

Nuestro modelo se basa, principalmente, en una nueva concepción de la imputación de costas judiciales generadas, que las relaciona con la estrategia procesal de las partes durante el PERC, y su condena se produce automáticamente, por la totalidad de las generadas, tomando en consideración ora el hecho de no contraofertar, ora una percepción subjetiva pero fundada en Derecho —lejanía relativa de la oferta/contraoferta respecto de la sentencia que finalmente se dicte—. No cabe, pues, la no imputación en costas, ni tampoco su imputación parcial, pues su contraria desincentivaría que «A» formulara PERC e incentivaría la conducta procesal disfuncional —no dirigida al acuerdo— de «B».

Para nosotros, las costas deben caracterizarse por su integridad, causalidad, calculabilidad y certeza. Primero, cada litigante debe dar por cierto que soportará todos los gastos que provoque al otro litigante y al Estado por razón del litigio; segundo, también debe conocer la causa por la que se le imputen: no haber contestado a la oferta que se le formule o haber realizado una más alejada que la de su litigante, comparada con la sentencia que se dicte; tercero, cada litigante debe disponer de la información necesaria para poder calcular, antes, incluso, de iniciarse el PERC, y de la forma más exactamente posible, el importe al que ascenderán los gastos de los que responderá; y, por último, cuarta, debe dar por cierto que siempre responderá de estos gastos, sin que ni siquiera el juez pueda exonerarle de ellos, fuera de los casos jurídicamente dudosos.

En cuanto a la calculabilidad, el modelo que proponemos resultaría significativamente mejorado si el Estado anticipara una tabla con sus costes procesales. De igual mejora se beneficiaría el modelo propuesto en relación con la certeza, si en los supuestos de imputación objetiva de gastos—por falta de contestación a la oferta—, incluidos los que se prevean judicialmente, estos fueran exigidos a «B» al tiempo de que «A» presente la demanda y no al de dictarse la sentencia pues la inmediatez de su pago incentiva al primero a alcanzar un acuerdo cuanto antes, para poner fin, tan pronto como sea posible, a la vía judicial.

Proponemos así superar el actual modelo, basado en que «el que pierde el litigio paga las costas», por el de «quien impide el PERC, paga».

Hacemos de esta manera que un cálculo que es imposible —pues no se puede anticipar la sentencia— y subjetivo —porque exige la apreciación del juez para determinar quién ha perdido el pleito, especialmente cuando existan una pluralidad de reclamaciones cruzadas que sean parcialmente reconocidas—, se convierta en otro posible, calculable exactamente, cierto y causalmente objetivo, al menos, en cuanto a esto último, parcialmente —de manera que, en lo sucesivo, el recurso contra la sentencia en costas (art. 245 LEC) solo podrá tener lugar en el caso de las ofertas cruzadas—. Por añadidura, pasamos de un modelo de responsabilidad imperfecta —«B» solo responde de las costas generadas al otro litigante, no al Estado, y, aun así, solo parcialmente— a otro perfecto. De esta manera se incentiva que «A» inicie el PERC y que «B» despliegue una actividad funcional, tendente a alcanzar un acuerdo, pues tiene la certeza de que, de no hacerlo, será necesariamente condenado en costas y, además, por qué importe. Se nos podrá decir que el modelo da lugar a la aparente paradoja de que quien pierda el pleito pueda, sin embargo, ganar en costas (confróntese art. 394.1 LEC): cierto, pero es estas no deben conectarse causalmente con el resultado del procedimiento judicial sino con la actividad disfuncional en fase prejudicial¹⁶.

Por añadidura, nuestro modelo respeta los dos límites legales de todo PERC, (i) la igualdad de trato procesal de las partes (art. 14 CE) durante su tramitación y (ii) el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y lo hace teniendo en cuenta los principios de (iii) proporcionalidad jurídica —el PERC que se tramita es el mínimo legalmente necesario, consistente en una oferta, y prescindiendo de terceros auxiliares—, (iv) proporcionalidad económica —el coste de tramitación del PERC asciende a los 8,76€ de su notificación con prueba—; y, por último (v) funcional —el diseño del PERC está orientado a la fase judicial, pues identifica el *petitum* y su fundamento jurídico, así como deja resuelta la imputación de costas cuando falte contestación a la oferta—.

Por último, ¿qué conceptos se incluyen dentro de las costas? Primero, todos los generados, judicial y extrajudicialmente, al otro litigante: no solo «procuradores, abogados, peritos y demás personas que hayan intervenido en el juicio» (art. 242.3 LEC), sino, también, el tiempo y coste de oportunidad. Todos estos importes deberán ser actualizados y aplicárseles el interés moratorio, en ambos casos desde que finalizó el plazo para ofertar/contraofertar, pues fue en este momento en el que pudo haberse resuelto el litigio. Segundo, ídem del anterior en cuanto a los generados al Estado, esto es, al contribuyente, por los servicios prestados por los funcionarios públicos, así como por los materiales e instalaciones empleados en el circuito judicial¹⁷.

6. UN NUEVO TEXTO LEGAL

Proponemos la redacción que sigue para los PERC

«1. Se considerará intentado el procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos (PERC), también conocido como medio adecuado de solución de controversias (MASC), cuando el futuro demandante judicial notifique al futuro demandado una oferta completa que describa en términos exactos el litigio, su fuente jurídica y el acuerdo o acuerdos que proponga para superarlo, renunciando a su *actio*. No se admitirá a trámite la demanda judicial si el demandante no prueba la notificación de la oferta.

2. Presentada la demanda judicial, el juez condenará en todo caso en costas según las reglas siguientes: Primera: Al demandante, si no hubiera tramitado el PERC de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, o si la oferta y la demanda judicial difieren en la fuente de la relación jurídica o su *petitum*. Segunda. Al demandado, si no probara haber contestado a la oferta que le hubiera notificado el demandante. Tercera: Si demandante y demandado se hubieran notificado mutuamente ofertas: comprendiendo el pleito una sola pretensión, será condenado el litigante cuya oferta más se aleje jurídicamente, en opinión fundada del juez, de la sentencia; comprendiendo el pleito varias pretensiones, se procederá de la misma manera, donde el juez valorará la cercanía jurídica de la oferta en su conjunto. Cuarta. Si el pleito versara sobre cuestiones dudosas, de hecho o de Derecho, el juez liquidará las costas pero no las imputará a ninguno de los litigantes.

3. Las costas comprenden todas las generadas al litigante desde que venció el plazo para aceptar su oferta única o la más cercana jurídicamente a la sentencia que se dicte. Se incrementarán en el porcentaje que establezca el legislador para incluir el coste de oportunidad, su actualización y el interés de demora, así como otros no calculables o de difícil prueba, pero ciertos, contado desde el mismo momento. Son también costas, con el mismo alcance indicado, las generadas al Estado por la utilización de los recursos judiciales, que le serán satisfechas directamente por el condenado en costas.

4. Cuando la imputación de costas pueda hacerse al tiempo de la contestación de la demanda, por tratarse de uno de los supuestos del apartado 2. Segunda, se llevará a cabo inmediatamente, así como su reclamación, al tiempo de la presentación de la demanda, sin esperar a que se dicte sentencia».

XIII. REDUCIR LA LITIGIOSIDAD: ACUERDOS EXTRAJUDICIALES O BARRERAS PROCESALES

Las constantes reclamaciones del CGPJ al legislador para que regulara un uso más racional de los servicios judiciales que resolviera su atávica sobre-

carga dieron lugar a numerosas anteproyectos, proyectos y leyes, así: Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (en adelante, Ley de medidas de agilización procesal), el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (usamos el manejado en el Congreso, (2011; en adelante, Proyecto de Ley de mediación), la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (en adelante, Ley de Tasas), el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (2019; en adelante, Anteproyecto de Ley de Mediación, 2019) y, por último, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (2020; en adelante, Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal).

Pero ni todos ellos se han dirigido a regular los PERC, ni, tampoco, a lograr más acuerdos ajustados a Derecho —lo que habría constituido una auténtica racionalización—, sino a disuadir de la utilización de los servicios judiciales, empezando por los litigios contra la Administración pública, con la Ley de medidas de agilización procesal (2011) que (i) soslaya tanto la diferente capacidad económica de los litigantes —un sujeto privado enfrentándose contra la Administración pública—, como (ii) la valoración que sus utilizadores hacen de estos recursos por la desconexión entre accionante y responsable —pues el funcionario que litigue no sufre en su propio patrimonio los costes procesales, por lo que no se ve obligado a comparar los del procedimiento con el valor de la reclamación—, de manera que el desgaste económico del sujeto privado o la amenaza de este desgaste no solo es probable, sino que, además, se convierte en estrategia procesal que provoca la evitación o abandono del procedimiento judicial por el particular; (iii) soslaya igualmente la posición de desequilibrio en cuanto a los medios probatorios; y, por último, lo anterior se produce en un entorno de (iv) costas incalculables e insuficientes para cubrir los procesales realmente asumidos por el particular.

El legislador abundó en la técnica obstaculizadora un año más tarde (2012), al aprobar la Ley de Tasas, que introducía una nueva barrera procesal; el mismo año, el Proyecto de Ley de mediación, pretendió obligar a tramitar el PERC «cuando lo prevea la legislación procesal» como requisito previo al circuito judicial (art. 7.1), aunque no pasó finalmente al Proyecto manejado en el Senado (art. 6). Esta norma últimamente citada proclamaba acertadamente que «el éxito de la mediación [en realidad, de todo PERC] depende en buena medida de si los ciudadanos encuentran en ella un procedimiento muy simplificado y de bajo coste, [...] [con] un procedimiento elemental, informal, y reducido en el tiempo».

En 2019, el Anteproyecto de Ley de Mediación retomó el requisito de procedibilidad, llamado ahora de «obligatoriedad mitigada», limitada a ciertas materias «o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura». Esta reforma tiene la virtud de que, ahora sí, nos ofrece un contenido mínimo de PERC —se entenderá tramitado con la celebración de «una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto», si es posible, «en un mismo acto», con el fin de que las partes en litigio «reciban del mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial»—, aunque, en todo caso, muy superior al mínimo necesario, como ya argumentamos.

Por último, en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal (2020) la «obligatoriedad mitigada» pasa a ser «requisito de procedibilidad». Esta norma es interesante por varias razones:

1. En cuanto a la definición de PERC —a los que llama «medios adecuados de solución de controversias» (MASC)—, acierta al ofrecer una amplia: «cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral» si bien la referencia a la buena fe es inapropiada, pues la adecuación es la del «medio», lo que nosotros llamamos «procedimiento». Ahora bien, lo cierto es que nada aporta esta definición a lo que dispone el artículo 1809 del Código Civil;

2. En cuanto al contenido nuclear del PERC, descrito en el artículo 14: oferta —que por serlo tiene el carácter, precisamente, de vinculante— que «permit[a] dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente», donde nosotros hemos incidido, además, en el contenido jurídico de la misma —descripción exacta de litigio y propuesta de solución— para conectarlo con la condena de costas procesales y la fecha de su cálculo. El artículo 2.2 viene a dejar sin efecto el anterior planteamiento para cuantías que superen los dos mil euros, salvo que una ley lo exceptúe expresamente, pues entonces «será preceptiva la asistencia letrada a las partes [...] a) cuando se acuda a la formulación de una oferta vinculante.

b) Cuando se acuda a la conciliación privada o a la mediación, siempre que el conciliador o el mediador no sea profesional del derecho». La norma es criticable por dos motivos: porque en ambos casos supone una desproporción entre fin y medios: en el primer caso, debería ser el interesado quien decida si precisa o no un abogado; y, en el segundo, porque para el control de legalidad del acuerdo de mediación ya se prevé que el interesado acuda voluntariamente al notario (art. 25 LM que no es más que repetición

del 17 LN); y para la conciliación, el control de legalidad del acuerdo es automático y se realiza por el registrador, letrado de la Administración de Justicia o juez;

3. En cuanto a las costas, incluye acertadamente las extrajudiciales (art. 8: «en el caso de que intervenga un tercero neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervenientes [pero] si la parte requerida para participar en el proceso negociador no acepta la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente, deberá esta abonar íntegramente los honorarios devengados hasta ese momento por el tercero neutral»);

4. En cuanto al requisito de procedibilidad, peor opinión nos merece el «acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda [...] [debiendo] existir [...] identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar», pues genera indefensión al receptor de la oferta, que no pudo contraofertar y a quien, sin embargo, se le imputan costas;

5. En cuanto a los diferentes tipos de PERC, no son más que soluciones que ya existían y estaban a disposición de las partes: mediación, conciliación, opinión neutral de un experto independiente —que no es PERC, pues es la aceptación de la opinión por las partes, haciéndola suya, lo que supera el litigio, convirtiéndolo entonces en transacción—, oferta vinculante confidencial —que si es oferta, ya es vinculante, lo que supone una redundancia, y que, además, tampoco es PERC sino actuación o medio jurídico por el que una de las partes concreta su propuesta de solución a la otra y que puede tener lugar en dentro de una mediación, conciliación, arbitraje (art. 36 LA), donde el que sea confidencial nada aporta al PERC—, y «cuálquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente [...] singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva»;

6. En cuanto a la prueba del PERC, o sea, en cuanto a quiénes pueden emitir documentos probatorios de su tramitación, no estamos de acuerdo con el modelo propuesto porque crea un mercado cautivo: debería admitirse cualquier medio válido en Derecho, donde el litigante que tramite el PERC pueda decidirse por el procedimiento con menores costes agregados. Más sorprendente es aún su contenido: «declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente», lo que traslada al tercero-auxiliar una valoración que no le corresponde y que, a la postre, determinará la sentencia en costas. Más sentido tiene, en cambio, que se pruebe el hecho objetivo de la identidad de la parte que «no hubiese comparecido o hubiese

rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora [...] la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de su recepción». Y donde, para el modelo que manejamos, nosotros habríamos dicho: la parte que «no hubiese formulado oferta o, en su caso las que se hubieran formulado [...] la forma en la que se ha realizado la oferta efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de su recepción».

XIV. LOS PERC EN DERECHO ESPAÑOL

Como se dijo, la transacción del Código Civil nos ofrece el núcleo procesal esencial o mínimo común necesario de todo PERC: existencia de litigio jurídico y, en su caso, oferta de mutuas prestaciones y renuncia a la acción. A partir de aquí se construyen el resto de PERC, que varían entre sí por la (i) participación o no de un tercero que auxilie a las partes para alcanzar el acuerdo —en adelante, el tercero-auxiliar—, su (ii) condición de funcionario o sujeto particular y su (iii) formación técnica.

El arbitraje —recuérdese que su tercero (árbitro) no es auxiliar sino decidente, es la institución por la que una o más personas, llamadas árbitros, deciden un conflicto y cuyos litigantes se comprometen previamente a aceptar su decisión, llamada laudo. O, mejor aún, el remedio por el que «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho» —artículo 1 LA 1988; este precepto elimina la referencia de la LA 1953 a que «se comprometen previamente a aceptar su decisión. Por su parte, el artículo 9.1 de la actual LA se refiere a la «voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual»—. El arbitraje dispone de una ley especial, la 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA 2003), que derogó la regulación de los compromisos del Código Civil, sin perjuicio de que este aún se refiera a ellos en sus artículos 271.3.^º, 402 y, por último 1713. Por su diseño, es un PERC heterocompositivo porque el tercero («árbitro»), decide el litigio. Puede o no disponer de formación jurídica, existiendo entonces dos clases de arbitraje: de Derecho y de equidad, si bien la LA 2003 incentiva decididamente el primero, en que los árbitros han de poseer la condición de «jurista» (art. 15.1 LA). En el caso de los arbitrajes de Derecho, no es necesaria una segunda fase procesal para el control de legalidad del laudo. En cuanto a su forma, no conocemos ningún supuesto en que un funcionario, por su condición de tal, actúe como árbitro, por lo que este será siempre sujeto privado y,

por ello, el laudo revestirá también forma privada que, empero, se presume auténtico (cfr. Preámbulo LEC y su art. 517.2. 2.º), de manera que goza de ejecutividad formal y, presumimos que, por su contenido, también sustancial (esto es, atribuirá directamente derechos personales o reales y no meras declaraciones genéricas no ejecutables), tiene carácter probatorio reforzado y, por último, es directamente inscribible sin necesidad que las partes incurran en un nuevo coste de simple formalización notarial (cfr. arts. 3 LH y 1278 CC, y MATEO VILLA, 2014). En resumen: el arbitraje de Derecho es un PERC heterocompositivo, de una sola fase procesal porque no precisa control de legalidad ni formalización notarial para producir plenos efectos jurídicos. Nuestro diseño de PERC es perfectamente aplicable al arbitraje, donde bastaría con que «A» propusiera por burofax a «B» su celebración y donde, de aceptarse por este, equivaldría a la resolución de la desavenencia, pues los árbitros están obligados a resolver¹⁸.

En cuanto al arbitrio de tercero, se refiere a él asistemáticamente el Código Civil en sus artículos 402 —división de cosa común—, 670 párrafo II.º —sobre la decisión de «la subsistencia [en el testamento] del nombramiento de herederos o legatarios, [y] [...] designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente»—, 1447 párrafo I.º —fijación del precio en la compraventa— y, por último, 1713 —sobre mandato—. Se identifica con el «arbitrador» —término tomado por el legislador español del Código Civil portugués y al que se añadió el de «amigables componedores» sin, aparentemente, significación especial salvo que por tal se entiendan los medianeros (DÍEZ-PICAZO, 1957)—. La labor de este tercero es la sustitución parcial y de ambas partes negociales en un negocio jurídico ya iniciado —*a contrario*, no cabe la sustitución objetiva total, ni la subjetiva de una sola ni, por último, de negocios aún no iniciados—; ambas partes se someten conjunta y voluntariamente al arbitrador y quedan sujetas obligatoriamente a su decisión o actuación. En palabras de DÍEZ-PICAZO (1957: 56 y sigs.), es la «realización de una actividad negocial mediante la remisión a la decisión de un tercero». *Ergo*, falta el litigio jurídico (*res dubia*) —que no permite considerarlo como PERC— porque lo que suple el tercero es la falta de acuerdo únicamente en alguno de los elementos necesarios para que nazca el contrato, entendido este como el resultado de intereses complementarios y no suplementarios. Empero, cuando las partes hubieran celebrado un negocio con objeto determinable y la labor del tercero fuera, precisamente, su determinación, sí estaríamos ante un PERC, pues las obligaciones determinables conceden *actio* para que el juez las determine, por lo que la actuación del tercero evitaría el pleito judicial. Por ejemplo, cuando las partes pactan que el precio de compra de un bien cierto sea una cantidad entre 100 y 500 —por tanto, determinable— y, después, no se ponen de acuerdo en su determinación (cfr. arts. 875 párrafo III.º y, mejor aún,

1167 CC). Se trataría entonces de un supuesto parecido, pero no idéntico al del arbitraje, y para los solos supuestos litigiosos expuestos: las partes consienten —voluntariamente— en que el tercero decida y se someten a su decisión. Se trataría, en este solo caso, de un PERC heterocompositivo de doble fase procesal: sustantiva o de control de legalidad si las partes o el tercero no son juristas, y formal, porque tampoco conocemos el supuesto en que un funcionario, por el hecho de serlo, pueda participar como tercero¹⁹.

En cuanto a la conciliación, distingamos dos: la introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) y la que pretende introducir el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (2020) con el nombre de «conciliación privada» (art. 12). En cuanto a la primera, no se nos ofrece una definición para «conciliación» pero sí para «jurisdicción voluntaria» y es aquella en que no «exist[e] controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 LJV), a lo que nosotros añadimos, para ser exactos, «que necesariamente deba sustanciarse en un proceso contencioso», es decir, que sea posible, por razón del objeto litigioso, a las partes alcanzar un acuerdo por sí mismas. Ambas son heterocompositivas; la diferencia radica entonces exclusivamente en las características del tercero-auxiliar: en la LJV, el tramitador es un jurista funcionario del Estado al que la propia ley no se refiere nunca como «conciliador», quizá porque no interesaba atribuirle una nueva cualificación profesional —como en cambio sí sucede en la mediación con el mediador—, sino una función que, además, resultaba naturalmente realizable por ellos. De ahí que prefiramos referirnos a él como «tramitador de la conciliación» o con otras semejantes. En tanto que jurista y funcionario del Estado, la conciliación de la LJV es de una única fase procesal: el acuerdo ya queda controlado sustantivamente de legalidad al tiempo de su formación con y por la participación del funcionario tramitador, que debe formalizarlo necesariamente en documento público (art. 1216 CC). En cuanto a la del Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (arts. 12 y 13), se trata de la conciliación a la que se añade, ahora, el adjetivo de «privada», para diferenciarla de la «pública» de la LJV, donde ambos adjetivos no están referidos tanto a la conciliación como a su tramitador, en su condición de funcionario público o sujeto privado. En cuanto al tercero-auxiliar, es toda «persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate», lo que incluye a los tramitadores de la LJV (cfr. art. 12.2), aunque admite a otros que no tengan preparación jurídica ni sean funcionarios públicos. Por nuestra parte, valoramos positivamente que se dé libre entrada a cualquier tercero que dinamice el diálogo entre los litigantes y facilite su acuerdo, pues presiona a la baja los costes que deba soportar «A» en la tramitación del PERC, posibilitando así la reclamación de importes cada vez más pequeños (en contra, RÍO, 2021). Pero criticamos la deno-

minación que pretende introducir el legislador por resultar confusa, pues si «privada» significa «tramitada por un sujeto no-funcionario-público», bastaría con denominarla «transacción auxiliada»; y si «privada» quiere decir «confidencial», es innecesaria. Aún podría sostenerse que el legislador quiso que el funcionario, al actuar como conciliador, lo haga como sujeto privado: la tesis no puede prosperar pues el funcionario no puede abandonar su condición de tal —y si la abandona, no puede entonces ser obligado a tramitar la conciliación—, y porque el artículo 3.3 a 3.5 remite, precisamente, a la normativa pública correspondiente para la tramitación de conciliaciones por letrados de la Administración de Justicia y registradores, que es, a su vez, la de la LJV. Por último, la consideración de la «conciliación privada» como PERC de una o dos fases dependerá del sujeto que actúe: si es no-jurista, requerirá de una segunda fase procesal del control de legalidad; si es sujeto privado-jurista, de una segunda fase de simple formalización para el caso de que los interesados deseen incurrir en este coste adicional. Y en cuanto a la tramitada por funcionario público, no exigirá una segunda fase procesal pues el interesado ya tendrá en su mano un título formalmente público y sustantivamente controlado de legalidad²⁰.

En cuanto a la mediación, se regula por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y es el «medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1 LM). Dijimos más arriba que la mediación (jurídica) que ahora tratamos se confunde con otros dos conceptos: la mediación en general, entendida como todo medio de solución de conflictos, sean o no jurídicos, y las técnicas de mediación. Por esto, se hace imprescindible recordar que la mediación, esto es, la LM, solo alcanza a los litigios jurídicos —*res dubia jurídica*— en que se pretenda alcanzar un acuerdo igualmente jurídico —esto es, que conceda *actio*—. El mediador no tiene por qué ser jurista, alcanzando su condición de tal, en lo que aquí interesa, tras recibir una formación de contenido indeterminado —artículo 11: «formación específica para ejercer la mediación»—; tampoco es funcionario público, sin que conozcamos supuestos en que deba ser mediador en su condición de tal. Se trata de un PERC heterocompositivo porque el mediador no resuelve el litigio, exigiendo, por tanto, dos fases procesales: en lo sustantivo, si el mediador es jurista no será preciso el control de legalidad del acuerdo; si las partes desean incurrir en el coste complementario de formalización del acuerdo, podrá elevarse a escritura pública —artículo 25 LM; precepto a todas luces innecesario por dos motivos: en cuanto a la posibilidad de formalizar el acuerdo en escritura pública, pues ya se hallaba recogida en el artículo 17 LN; y en cuanto a los efectos de la escritura pública, pues están previstos en la LEC—²¹.

En cuanto a la medianería, carece de regulación propia; si nos guiamos por COVARRUBIAS (1611: 229 y 544) —que define al «medianero» como el «que se pone de por medio para componer diferencias», entendiéndose por «componer» en lo que aquí interesa y según el mismo autor como «terciar para que el comprador y vendedor se acuerden y concierten»—, no parece que se trate de un PERC sino, más bien, de una mediación o corretaje, pues los intereses de comprador y vendedor son complementarios, no litigiosos. De ahí que este medianero sea, por ejemplo, un arbitrador de precio, pero sin llegar al punto de determinar lo previamente determinable. Más parece que aconseja, acerca, ayuda y menos que decide. Su clasificación como PERC sería semejante a la del amigable componedor: heterocompositivo de doble fase procesal²².

En cuanto a la «oferta privada vinculante» —introducida por el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (art. 14)—, no es sino una simple oferta, que se corresponde con lo que nosotros entendemos que es el núcleo mínimo necesario para dar por cumplido el requisito procesal del PERC. Que sea o no confidencial es una característica que nada añade sustancialmente a la oferta, ni a su contenido jurídico. La verdadera novedad de la regulación consiste en sus efectos sobre las costas, de manera que «en los casos en los que la parte que formuló la oferta vinculante resultase condenada en costas, cuando la oferta no hubiera sido aceptada por la otra parte y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente similar al contenido de dicha oferta podrá, iniciado el trámite de tasación de costas, solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía» (apartado 4). Esta propuesta legislativa se ajusta solo en parte a la que hacemos nosotros, pues como defendemos, exonera de costas a quien formuló oferta de PERC, pero, en cambio, no las imputa a quien no la formuló o no la respondió, a quien no hizo lo necesario para evitar el procedimiento judicial, con lo que no incentiva la respuesta del oferido. Se trata entonces de un procedimiento —si es que podemos llamarlo así— heterocompositivo y de doble fase procesal salvo cuando, en lo sustutivo, el oferente sea jurista.

Tampoco constituye una novedad la «opinión del experto independiente» —introducida por el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (art. 15)—. Por añadidura, no es siquiera un PERC, aunque ayude a alcanzar el acuerdo: el experto ni ayuda, ni aconseja, ni acerca: simplemente expresa la solución técnica o jurídica al litigio planteado. Trayendo la opinión a nuestro modelo, anticipa la sentencia, permitiendo a las partes conocer *ex ante* la solución jurídica de su desavenencia y, por tanto, ajustar su oferta y contraoferta. Semejante recurso —mejor que solución—, preexistía al Anteproyecto, y es de uso común en sede procesal judicial y arbitral con el nombre de «informe de expertos» o «pericial» —véase, por ejemplo, el

artículo 353 del RH sobre el informe del registrador, de utilización habitual por los usuarios del servicio—.

Finalmente, la transacción, regulada en el Código Civil, se define como el «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado» (art. 1809). Nos ofrece el núcleo esencial de todo PERC, pues no precisa de terceros-auxiliares —las partes se ponen directamente de acuerdo entre sí, sin perjuicio de que se hagan libremente acompañar y a su costa de su abogado o de cualquier otro tercero sin formación técnica específica—, ni requiere forma alguna para su validez. A los tratos preliminares le sigue la oferta que una de las partes formula a la otra con la propuesta de acuerdo superador del litigio. Se trata entonces de un procedimiento heterocompositivo, sin terceros-auxiliares, y de doble fase procesal sustantiva y formal, si los litigantes no son juristas²³.

XV. CLASIFICACIÓN

Los PERC —soslayando la oferta privada y el informe del experto, por las razones expuestas— pueden clasificarse por varios criterios: (i) según sean o no sea típicos: a la primera especie pertenecen arbitraje, mediación, conciliación y transacción; a la segunda, medianería y arbitrio de tercero; (ii) por su carácter voluntario u obligatorio: todo PERC es voluntario aunque han existido (Proyecto) y existen (Anteproyecto) intentos legislativos de convertirlos en obligatorios como requisito procesal (requisito de procedibilidad) previo a la interposición de la demanda; (iii) según quién resuelva el conflicto: autocompositivos —las propias partes se conceden la solución— o heterocompositivos —es un tercero quien necesariamente resuelve y, además, impone su decisión—; al primer grupo pertenecen todos los PERC salvo el arbitraje, que necesariamente finaliza en laudo; (iv) por la labor que desempeñe el tercero: puede auxiliar a las partes para que alcancen un acuerdo —de ahí que lo denominemos «tercero-auxiliar»— o resolverlo por sí mismo. En el primer caso, el tercero se coloca al lado de las partes o, si se prefiere, entre ellas; por el contrario, cuando el tercero decide, se coloca por encima procesalmente, de modo similar a como lo hace un juez y si se quiere, sustituyendo a las partes en su capacidad decisoria del litigio. En todos los PERC el tercero es auxiliador, salvo en el arbitraje; (v) por las partes necesarias para tramitar el procedimiento, o sea, si basta con solo los litigantes o si es necesaria, además, la participación de un tercero, donde por tal no se considera a los abogados u otros representantes de las partes quienes participan por voluntad de estas y no por exigencia legal del procedimiento y, por tanto, a la exclusiva costa de cada litigante. Todos

pertenecen al segundo grupo salvo la transacción; (vi) por la formación, jurídica o no, del tercero: son necesariamente juristas los tramitadores de la conciliación y posible y, además, probable, la de los árbitros; no ha de disponer esta formación ni las partes en la transacción, ni el medianero, ni el árbitro de equidad ni, por último, el mediador; (vii) complemento del anterior, por el control de legalidad al que se someta el acuerdo que supere el litigio, de manera que lo estará siempre en la conciliación, probablemente en el arbitraje y su contrario en el resto de los procedimientos; (viii) por la naturaleza de sujeto privado o funcionario público del tercero: el conciliador solo podrá ser funcionario público y no conocemos que en los restantes casos un funcionario en su condición de tal pueda participar como tercero; (ix) complemento del anterior, por la naturaleza privada o pública del título formal en que se recoja la tramitación y, en su caso, el acuerdo o desacuerdo del PERC: podrá ser un documento privado o público (cfr. art. 1216 CC), donde solo será automática o necesariamente público en la conciliación, sin perjuicio de la especial fuerza por auténtico, mayor fuerza probatoria, ejecutividad e inscribibilidad del laudo arbitral. De esta clasificación surgen, a su vez, otras por razón de la naturaleza del título que son predicables de todos los públicos (conciliación y acuerdo formalizado en documento público): (x) por su presunción de certeza, veracidad o autenticidad, predicable solo de los títulos públicos, (xi) por su ejecutividad —referida exclusivamente a la esfera procesal-judicial— (cfr. art. 517 LEC) y de la que se benefician los laudos arbitrales que, pese a ser documentos privados, resultan, no obstante, ejecutivos y, además, reforzadamente (art. 520 LEC); (xii) por su inscribibilidad registral, que resulta de la presunción de la autenticidad de los documentos públicos (el art. 3 LH exige que los títulos que se inscriban consten «consignados en [...] documento auténtico expedido por [...] el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos»), y que es una característica predicable igualmente de los laudos arbitrales, a pesar de ser privados porque su autenticidad no puede dudarse al ser emitidos por los únicos que pueden hacerlo, los árbitros; los restantes PERC, en cambio, precisan la elevación a público si se pretende lograr el mismo efecto jurídico, con el consiguiente incremento de costes procesales para las partes (cfr. arts. 25 LM y 1278 CC); (xiii) complemento del anterior, por la forma en que puede finalizar el PERC: verbal, escrita o necesariamente mediante título público; esto último solo es predicable de la conciliación (art. 146 LJV); la mediación y el arbitraje han de finalizar necesariamente por escrito pero no en título público (cfr. arts. 22 LM y 37.1 LA) y el resto pueden finalizar, incluso, verbalmente (art. 1278 CC); finalmente, (xiv) por el número de impulsos procesales necesarios para finalizar con un título equivalente en términos de mercado al de la sentencia (acuerdo que resuelva el litigio, controlado de legalidad en cuanto a la

solución y su redacción, y formalizado en documento público), pueden ser de un solo impulso procesal (conciliación) o de dos (los restantes). Obsérvese que no consideramos un criterio clasificatorio el de la labor que pueda desplegar el tercero, pues depende de dos factores: de la capacidad técnica del tercero —principalmente, jurídica o no— y del ámbito de actuación que le concedan los litigantes, asunto que ya expusimos entro lugar (MATEO VILLA, 2022b: 785 y 786).

Por último, la falta de datos impide identificar el tipo de PERC más eficaz por el número de acuerdos alcanzados —cálculo que debería incluir, además, el cumplimiento o no de la ya expresada ecuación oferta=acuerdo=sentencia—, pero de lo expuesto en el párrafo anterior sí puede afirmarse que, *ceteris paribus* —esto es, alcanzándose un acuerdo—, el de un solo impulso procesal (la conciliación) resulta más eficiente que cualquiera de sus alternativas, pues *necesariamente* da lugar un título equivalente en términos de mercado a la sentencia, esto es, sustantivamente controlado de legalidad y formalmente público —para el arbitraje, véase el artículo 517.2.2.o LEC—. Y dentro de la conciliación, es la tramitada registralmente la que resulta significativamente más eficiente que cualquiera de sus otras dos alternativas —judicial y notarial—, tal y como demostramos en otro lugar (MATEO VILLA, 2022c: 1371 y ss.) Y pese a su menor eficiencia económica, los restantes PERC tienen fortalezas significativas: la mediación en el ámbito comunicativo, por la formación profesional del tercero, la medianería, por la confianza personal de las partes en el medianero y, el arbitraje, por la certeza de que el pleito se resolverá.

XVI. CONCLUSIONES

I. Concepto. Los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos («PERC») o medios alternativos de solución de controversias («MASC») son los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos o las actuaciones procesales, típicas o atípicas y más o menos formales que sirven a que las partes enfrentadas por razón de un litigio jurídico logren celebrar un contrato que les permita superar su desavenencia, ya sea por sí mismas o con la participación de un tercero que ora les auxilie para alcanzar el acuerdo, ora lo resuelva por sí (como sucede en el arbitraje). Es imprescindible, pues, que exista un (i) litigio de naturaleza jurídica y que, de alcanzarse un acuerdo, una o ambas (ii) den o prometan a la otra o retengán para sí alguna cosa, a cambio de la renuncia de una o ambas a la *actio* que les corresponda por razón de la desavenencia, de suerte que, no pudiendo exigirse nada más en lo sucesivo, se haga imposible su judicialización. Se distinguen así los PERC o MASC de las técnicas de mediación, que son

las psicológicas, eventualmente empleadas por uno o ambos litigantes, por el tercero que trate de avenirlas para facilitar el inicio, mantenimiento y desarrollo de un diálogo.

II. Causa de su fracaso en España y solución. El porcentaje de litigios que son resueltos extrajudicialmente es residual, anecdótico. Y son varias las causas de este fracaso: primero, el diseño actual de los PERC no tiene en cuenta que los litigantes son seres racionales, orientados a su propia cuenta de resultados y no a la funcionalidad general del sistema legal; segundo, no obliga al demandante judicial a que previamente intente el PERC —requisito de procedibilidad— y, conjuntamente, tampoco reordena la atribución de los gastos que las partes deben asumir, pues los imputa exclusivamente y de manera incalculable al litigante cuya reclamación más se ajusta a Derecho, atribuyendo en consecuencia un espacio de ilegitima protección procesal al litigante cuya reclamación es ilegítima; tercero, las costas (gastos generados al otro litigante y al Estado, tanto en fase prejudicial como judicial), no son ni íntegros, ni causales, ni calculables ni ciertos en su imputación actual. El legislador, ha preferido, en cambio, obstaculizar el acceso al circuito judicial bajo la excusa de la racionalización.

III. Se propone: (i) en cuanto al inicio del procedimiento: exigir la tramitación del PERC como requisito previo de acceso al circuito judicial, donde se reduce jurídica, procesal y económicamente al mínimo necesario esta tramitación, debiendo entenderse por tal la notificación al otro litigante de una oferta en que se identifique la fuente de la relación jurídica, el *petitum* y la renuncia de la acción para el caso de alcanzase el acuerdo; (ii) en cuanto a la imputación de gastos: para el caso de que la oferta de acuerdo notificada no sea contestada, los gastos se imputarán a quien no contestó. Para el caso de que la oferta sí fuera contestada, se imputarán las costas a aquel litigante cuya oferta más se aleje jurídicamente de la sentencia que se dicte; (ii) en cuanto a las costas, deben imputarse en su integridad las generadas, detallarse la causalidad de su imputación, hacerlas calculables en cuanto a su importe antes, incluso, de iniciar el PERC, y hacer cierta su imputación, de manera que el juez no pueda eximir de su condena, salvo en los casos jurídicamente dudosos. Proponemos, pues, pasar superar el actual modelo, basado en que «el que pierde el litigio paga las costas», por el de «quien impide el PERC, paga».

IV. La legislación futura no mejorará la situación de los PERC porque no trata a los litigantes como agentes racionales sino como personas psicológicamente incapacitadas para alcanzar un acuerdo, de manera que considera que la causa del fracaso de los PERC es subjetiva y no objetiva, ideal y no material. Por añadidura, esta nueva legislación se halla más orientada a interponer barreras de acceso al sistema judicial, precisamente en perjuicio del litigante cuya reclamación se ajusta a Derecho, de manera

que lejos de lograr el cumplimiento del deudor, le concede aún mayores ventajas que le incentivarán a no cumplir en el futuro.

XVII. BIBLIOGRAFÍA

- ABITBOL, P. y BOTERO, F. (2005). Teoría de la elección racional: estructura conceptual y evolución reciente, en *Colombia Internacional* 62, jul.-dic. de 2005, 132-145. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rcl/n62/n62a09.pdf>.
- ACEMOGLU, D. y ROBINSON J.A. (2012). *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Deusto Ediciones.
- AGUILERA, A. (2016). Disposición final duodécima. Dos, en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. (coord. Serrano de Nicolás; dir. Fernández de Buján), 1723-1753.
- AGUIRRE, B. (2017). *Comentarios a las normas colegiales sobre conciliación registral*. Disponible en <https://regispro.es/basilio-aguirre-comentarios-a-las-normas-colegiales-sobre-conciliacion-registral-2/>.
- BANCO DE ESPAÑA. El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada, en *Boletín económico*. Noviembre. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Nov/Fich/be1311-art5.pdf>.
- CAIVANO, R.J. (1995). Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas, en *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 31, 209-217.
- CARMONA, J.E. (2016). La conciliación notarial, en *Estudios sobre la reforma de la legislación catastral e hipotecaria y sobre jurisdicción voluntaria. Expedientes notariales y registrales*. Sevilla: Decanato territorial de Andalucía occidental, Colegio de registradores.
- CLIFFORD, J.H. (2010). Otros métodos alternativos de resolución de disputas, en *Cuadernos de derecho para ingenieros 6: arbitraje*. (coord. Alonso Puig; dir. Agúndez y Martínez-Simancas Sánchez). Vol. 6, 253-262.
- CLIFFORD, J.H. y ARCO BLANCO, A.d. (2014). Más allá de la mediación. Otros métodos alternativos de resolución de disputas, en *Cuadernos de derecho para ingenieros 24: mediación y otros medios de amigable composición*. (coord. Alonso Puig; Dir. Agúndez y Martínez-Simancas Sánchez). Vol. 24, 123-134.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA. (2016). Criterios orientativos de honorarios a los solos efectos de tasaciones de costas y juras de cuentas, en *Nuevo valor del punto para tasaciones de costas y jura de cuentas*. Disponible en https://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015010007019/1589439363472_es_ES.html.
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (S. f.). *Mediación: resolución de conflictos con la ayuda del notario*. Disponible en <https://www.notariado.org/portal/mediaci%C3%B3n-ante-notario>.
- CORREOS, (S. f.). Página Web. Disponible en <https://www.correos.es/>.
- COVARRUBIAS, S. (1611). *Tesoro de la Lengua castellana o española*. Madrid: Luis Sánchez impresor.

- DELGADO RAMOS, J. (2017). RDGRN de 18 de octubre de 2017: La conciliación registral, al igual que la notarial o ante el letrado de la Administración de Justicia, es documento público y tiene fuerza ejecutiva. Pero para inscribir conciliaciones no notariales la DGRN sigue exigiendo escritura pública; 16 de noviembre de 2017, en www.regispro.es. Disponible en <https://regispro.es/rdrn-la-conciliacion-registral-al-igual-que-la-notarial-o-ante-el-letrado-de-la-administracion-de-justicia-tiene-fuerza-ejecutiva-pero-para-inscribir-la-dgrn-exige-siempre-escritura-publica/>.
- DIALNET. (S. f.) Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/info/ayuda/qe>.
- DÍAZ FRAILE, J.M. (2016). Conferencia pronunciada en «Jornada sobre el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria. Conciliación y registro, en el Colegio de registradores el 9 de marzo de 2016, sin publicar.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1957). *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y RUEDA LÓPEZ, N. (2013). El servicio de justicia en España: una aproximación mediante Indicadores, en *eXtoikos*, núm. 12.
- ESCUDERO, J. y ZUIL, M. (2019). La barrera del «quien pierde paga»: cada vez menos gente litiga contra la administración, en *El Confidencial*, 16 de febrero. Descargado de https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-16/costas-judiciales-contencioso-administrativo_1828498.
- ESTRUCH, J. (2014). *La responsabilidad civil del registrador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios.
- EUR-LEX (S. f.). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=celex%3A32013L0011>.
- FLORES, G. (2013). Teoría de juegos y Derecho: arbitraje de oferta final, en *Foro jurídico*, número 12. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13802>.
- FRIEDMAN, M. y FRIEDMAN, R. (1984). *La tiranía del statu quo*. Barcelona: Ariel.
- GARCÍA BUENO, J. (2021). «Ganas, pero el banco recurre y recurre... y no pasa nada». Una familia de Madrid que evitó su desahucio logra que el Tribunal Constitucional examine si las entidades deben pagar las costas del proceso judicial cuando pierden, en *El País*, 29 de octubre. Disponible en <https://elpais.com/economia/2021-10-29/ganas-pero-el-banco-recurre-y-recurre-y-no-pasa-nada.html>.
- GONZÁLEZ CANO, M.I. (2007). Los métodos alternativos de resolución de conflictos, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. (coord. Solteo Muñoz y Otero Parga). 131-143.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1877). *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tercera edición. T. IV. Madrid: Librería de Sánchez.
- HERRERA, R. (2017). La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles, en *inDret, Revista para el análisis del Derecho*, enero, 1/2017, Barcelona. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1282.pdf>.
- IBERLEY. (S.f.). Cálculo de tasas judiciales. Disponible en <http://www.calculo-tasas.com>.
- LANGENSCHEIDT. Diccionario. Disponible en <https://en.langenscheidt.com/german-spanish>.

- LESMES, C. (2017). Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos [sic] Lesmes. Disponible en <http://theobjective.com/wp-content/uploads/2017/09/20170905-Discurs-Carlos-Lesmes-apertura-an%CC%83o-judicial-2017-1.pdf>.
- (2018). Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos [sic] Lesmes. Disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/09/Discurso-Carlos-Lesmes-apertura-ano-judicial-2018.pdf>.
- (2019). Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos [sic] Lesmes. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ-reclama-un--esfuerzo-importante--a-las-Administraciones-para-prestar-a-la-Justicia-la-atencion-que-merece>.
- MATEO VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 743, 1167-1230.
- (2022a). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Primera parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 789, 3-60.
- (2022b). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Segunda parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 790, 751-813.
- (2022c). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Segunda parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 791, 1339-1386.
- MORA-SANGUINETTI, J.S. y GAROUPA, N. [2015]. Litigation in Spain 2001-2010: Exploring the market for legal services, en *Documentos de trabajo*. Núm. 1505. Madrid: Banco de España, disponible en <https://repositorio.bde.es/bits-tream/123456789/7159/1/dt1505e.pdf>.
- MORA-SANGUINETTI, J.S. (2013). El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada, en *Banco de España. Boletín económico*. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Nov/Fich/be1311-art5.pdf>.
- MORALES FERNÁNDEZ, G. (2013). *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial*. Tesis doctoral dirigida por Francisco Javier Pérez Royo. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- MORETÓN TOQUERO, M.A. (2015). Métodos alternativos de resolución de conflictos: la mediación, en *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, 196-209.
- NAVARRO, J.J. (2011). ¿Qué es la teoría de juegos?, en *El blog salmón. V. on line*: <https://www.elblogsalmón.com/conceptos-de-economía/que-es-la-teoria-de-juegos>.
- ORE IBARRA, L.O. (2017). ¿Cómo medir o evaluar el éxito de un proceso de diálogo?, en www.lamula.pe. Disponible en <https://transforma.lamula.pe/2017/02/11/como-medir-o-evaluar-el-exito-de-un-proceso-de-dialogo/orasi/>.
- PALAVECINO CÁCERES, A. (2010). Negociación, mediación y conciliación, como métodos alternativos de resolución de controversias, en *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 1, núm. 2, 107-109.

- PARRÁGUEZ RUIZ, L.S. (2012). *El negocio jurídico simulado*, (tesis doctoral dirigida por don José Antonio Martín Pérez). Salamanca: Universidad de Salamanca. Disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121399/DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- PODER JUDICIAL. Página Web. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>.
- POUNDSTONE, W. (1995). *El dilema del prisionero: John Von Neumann, la teoría de juegos y la bomba*. Madrid: Alianza Editorial.
- PRADA & GONZÁLEZ. Procuradores. Cálculo de aranceles de procuradores 2022. Disponible en <https://www.pgprocuradores.com/calculadora-honorarios-aranceles-procurador.html>.
- RAFÍ, F.X. y DÍAZ REVORIO, E. (2016). *Jurisdicción voluntaria en materia mercantil tras la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RÍO, A.d. (2021). Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto, en *Confílegal*. Disponible en <https://confí/legal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/>.
- ROBLES GARZÓN, J.A. (2017). *Lecciones breves de Derecho procesal*. Granada: Comares.
- RONDÓN PEREYRA, U. (Coord.). (2019). Estado de la mediación en España, en www.fapromed.es, abril de 2018. Disponible en <http://www.fapromed.es/docpdf/ESTADO%20DE%20LA%20MEDIACION%20EN%20ESPAÑA.pdf>.
- [S.A.]. (S.f.). *Código de Hammurabi*. Luarna, S.L. Disponible en <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sticos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>.
- [S.A.]. (2009). *Biblia*, trad. Reina-Valera. [S.E.]. Disponible en <https://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-spa.pdf>.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho civil*. T. IV. Segunda edición, corregida y aumentada. Madrid: Estudio tipográfico Sucesores de Rivadeyra.
- VÁZQUEZ CUETO, J.M. y GUTIÉRREZ LÓPEZ, F. (2017). Gasto público, medios personales y funcionamiento de la Administración de Justicia en España: ¿el problema es el gasto?. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 4/2017-octubre. Barcelona.
- VIOLA DEMESTRE, I. (2003). *El contrato de transacción en el Código Civil*. Colección Monografías. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- VON MISES, L. (1982). *Liberalismo*. Madrid: Unión editorial.
- ZAPATERO LEÓN, P. (2021). La justicia que buscamos: Hacia un modelo de solución adecuado de controversias. *Confílegal*. 3 de febrero. Disponible en <https://confí/legal.com/20210203-opinion-la-justicia-que-buscamos-hacia-un-modo-de-solucion-adecuado-de-controversias/>.

NOTAS

¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1877: 578): «Con el deseo de la conciliación la ventaja que le resultaría de un juicio favorable, y la pérdida que le ocasionaría otro adverso, sacrifica parte del interés que podría esperar para no experimentar toda la pérdida que era de temer y aún en el momento mismo que uno desiste enteramente de su pretensión se determinan a ello por el grande interés de restablecer la unión y de librarse de las dilaciones, de los gastos y de las inquietudes de un pleito». Obsérvese que este autor se refiere a la «transacción» como «conciliación», pues no es hasta la LJV que la segunda adquiere un especial significado, matizado nuevamente por el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal, al incluir uno nuevo: la «conciliación privada»; SÁNCHEZ ROMÁN (1899: 948): «Comparado con el medio de la decisión judicial de los Tribunales, a que sustituye, reemplaza, la transacción tiene en su abono preferencia evidente sobre cualquiera cuestión judicial, cuyo cortejo de dilaciones, gastos y contrariedades es bien notorio, aun siendo perfecto el procedimiento, económica la administración de justicia e inteligentes e imparciales los miembros de ella»; CORREA (citado por HERRERA, 2017: 15) «No parece descabellada la opción de sancionar a aquel litigante temerario que, aun teniendo razón, ha malgastado inútilmente los recursos del Estado en promover un litigio que a todas luces se hubiera resuelto pacíficamente por los cauces de la mediación». Ninguno de los tres autores explica, sin embargo, por qué el circuito judicial es el preferido. Para la tabla que sigue consideramos para los procedimientos judiciales la «Estadística Judicial», «estadística por temas», «actividad de los órganos y tribunales», «juzgados y tribunales», «informes por territorios sobre la actividad de los órganos judiciales», y en cada informe tomamos los datos de «jurisdicción civil», «ingresados», «número de asuntos». Y para las mediaciones, «estadística judicial» «estadística por temas», «medios alternativos de resolución de conflictos», «mediación intrajudicial», «mediación intrajudicial años 2009-2018» y, por último, «mediación civil en juzgados primera instancia por comunidades autónomas» (PODER JUDICIAL).

Año judicial	Ingresados (primera instancia)	Mediaciones	Avenencias	Avenencias sobre ingresados	Avenencias sobre derivados
2012	857.217	1.166	101	0,00023%	8,66%
2013	831.422	1.075	81	0,00022%	7,53%
2014	896.793	1.252	85	0,00021%	6,79%
2015	977.425	1.217	155	0,00026%	12,74%
2016	863.614	954	128	0,00026%	13,42%
2017	995.559	1.449	176	0,00028%	12,15%
2018	1.095.662	1.289	148	0,00027%	11,48%
Media	931.099	1.200	125	0,00024%	10,40%

Compárese esta litigiosidad con la registral, calculada al recensionar la obra de ESTRUCH (2014), tendente a cero. ZAPATERO LEÓN (2021) afirma, sin embargo, refiriéndose al Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal que «con esta norma se dota al sistema del principio de sostenibilidad, de tal manera que lleguen a los tribunales solo aquellos asuntos en que sea realmente necesaria su intervención [...] La implementación de estas medidas redundará en una reducción de la carga de trabajo de los juzgados y

tribunales, pero no es este el objetivo buscado con la reforma» (las cursivas son nuestras). En realidad, la reforma obstaculizará el acceso de pleitos al circuito judicial por la vía de incrementar sus costes operativos previos, al exigir el PERC como requisito de procedibilidad, en perjuicio del demandante. Pueden consultarse los interesantes informes económicos del BANCO DE ESPAÑA sobre litigiosidad (MORA-SANGUINETTI [2013] y MORA-SANGUINETTI *et al.* [2015]).

² En cuanto a la relación de esta nueva legislación con la «saturación» del sistema judicial español, *vid.* CARMONA (2016: 284); para los beneficios de los PERC, *vid.* AGUILERA (2016, 1730); para la lentitud del sistema judicial, *vid.* DÍAZ FRAILE (2016); para las denuncias del presidente del TS y CGPJ, *vid.* LESMES, (2017), (2018) y (2019). Tomando como referencia DIALNET (s. f.) por ser «uno de los mayores portales bibliográficos del mundo» como predica su propia página *Web*, existen 11.071 documentos para la voz «mediación», 3.203 para «conciliación», 3.014 para «transacción», 4.830 para «arbitraje» y, por último, 168 para «resolución alternativa de disputas».

³ RIO (2021) acierta cuando identifica que el número de acuerdos es el dato relevante a la hora de valorar la eficacia de los PERC. Para la racionalidad relacionada es famoso el «dilema del prisionero» o el «juego de la gallina», *vid.* POUNDSTONE (1995).

⁴ «Métodos alternativos de resolución de conflictos»: GONZÁLEZ CANO (2007) y MORETÓN TOQUERO (2015); «métodos alternativos de resolución de disputas»: CLIFFORD (2010), CLIFFORD *et al.* (2014) y CAIVANO (1995); «métodos alternativos de resolución de controversias», PALAVECINO CÁCERES (2010); «procedimientos de resolución alternativa de conflictos»: RRDGRN de 31 de enero de 2018, 27 de junio y 24 de julio de 2019; «sistemas alternativos de resolución de conflictos»: MORALES FERNÁNDEZ (2013); «modalidades alternativas de solución de conflictos»: EUR-LEX (s. f.). RAE, vv. «conflicto», acepción (en adelante, a.) 4.^a y «desavenencia». *vid.* «clasificaciones» de la referida norma; para *Alternative Beilegung*, por los cuatro términos entre paréntesis los traduce el DICCIONARIO PONS y solo por el último el LANGENS-CHEIDT; para *règlement extrajudiciaire des litiges*, en Wordreference, v. 3.^o; PONS ofrece, sin embargo, una traducción mucho más restringida al referirse solo a «reglamento». La DGRN cambió su denominación por la de fe pública y seguridad jurídica por medio del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales; nosotros seguiremos denominándola DGRN. RAE, v. «método». a. 5.^a.

⁵ Ejemplos de estas técnicas de mediación son: la inteligencia emocional —intra, e interpersonal—, la autoconsciencia, el control emocional, la empatía, la assertividad y la autoestima, la escucha activa, la formulación de preguntas —abiertas, cerradas, lineales, estratégicas, reflexivas, desestabilizadoras, modificadoras, de reformulación, circulares—, la apertura y cierre de temas o los resúmenes. RAE, v. «conflicto», acepciones 2.^o y 4.^o. *Vid.*, a modo de ejemplo, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1877: 578).

⁶ VIOLA DEMESTRE nos planteó en una conservación que sirvió para enriquecer este trabajo, si los PERC son no tanto «procedimientos» como «procesos». Los primeros se definen como la «actuación por trámites judiciales o administrativos» y «trámites» como «cada uno de los pasos y diligencias que hay que recorrer en un asunto hasta su conclusión»; y el segundo, como «acción de ir hacia delante» y «conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada». Desechamos esta última definición por confundirse con «procedimiento» y creemos que la primera de «proceso» puede entenderse como simple tramitación, con un sentido automático —a cada fase le sigue necesariamente la siguiente, con independencia de lo pedido, tratado o acordado en la anterior o, de depender, lo hace de manera muy limitada por predeterminada (v. gr., presentada una demanda, puede haber contestación o no; en el primer caso se tramita, en el segundo se da por finalizado el procedimiento)—; por el contrario, «proceso» puede entenderse como negociación, donde no hay automaticidad y

cada paso posterior que se dé depende del contenido del anterior, pudiendo no coincidir las fases del procedimiento con las del proceso (v. gr., las partes comienzan a acercar posiciones e, incluso, a negociar un acuerdo, antes de solicitar formalmente el inicio del PERC). Puede entonces entenderse que el «procedimiento» se identifica exactamente con el PERC mientras que es durante el «proceso» cuando, si procede, se aplican «técnicas de mediación». La EM Anteproyecto de LM nos dice que: «sin embargo, en el ámbito de la ejecución [...] se ha descartado regular una derivación a mediación [...], al no considerarse proporcionada, con carácter general, cuando ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto; si bien se mantiene, por su impacto social, en algunos supuestos de ejecución hipotecaria, así como en la ejecución de procesos de familia» (las cursivas son nuestras): no es que sea desproporcionada sino que es incongruente pues el trámite (resolver una cuestión jurídicamente litigiosa) no se congracia con la situación *de iure* (la cuestión ya no es litigiosa; no existe *res dubia*), ni con el fin (resolver cómo y no qué ejecutar).

⁷ Para el «requisito de procedibilidad», *vid.* Proyecto de LM (art. 7) que, sin embargo, no llegó finalmente a la LM y, más recientemente, Anteproyecto de LM (seis) y Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (art. 1.3).

⁸ El Código Civil solo emplea el término «disputa» dos veces (arts. 1643 y 1815); la LEC ni siquiera lo usa; «conflicto» aparece doce en el Código Civil (arts. 12, 16, 163, 221, 224 y 299) y siete en la LEC.

⁹ La RAE usa «convenio» para definir las vv. «avenencia», «acuerdo», «concierto» «pacificación» y, por último, «transacción»; «transacción» a su vez para «avenencia», «acuerdo» para «conciliación» y «convenio»; finalmente, emplea términos similares como «ajuste», «conformidad» o «unión». Preferimos el término «acuerdo» por ser el más asentado en el del Código Civil, el CCom, la LEC, la LM (cfr. especialmente, art. 23 LM) y la LJV (cfr. art. 139.1 LJV); igualmente adecuados nos parecen los de «convenio» y «pacto», por asociarse con «contrato» (cfr. art. 1713 del Proyecto de Código Civil de 1851). Rechazamos los siguientes: (a) «conciliación», (b) «mediación» y (c) «transacción» porque tanto sirven para referirse al procedimiento como a su resultado por lo que resultan confusos; lo anterior se entiende sin perjuicio del arbitraje —cuyo resultado es el laudo— y del procedimiento judicial —que da lugar, en lo que aquí interesa, a la sentencia; a esta última nos referiremos en ocasiones como «acuerdo» a los solos efectos de simplificar nuestra exposición y ello sin perjuicio de que sean «resoluciones» dictadas por un tercero, obligatorias para las partes—; (d) «ajuste», (e) «concierto» y (f) «tratado», porque no son los términos habitualmente empleados para referirse a un «acuerdo» y están más relacionados con otras instituciones —también jurídicas— como son «concierto económico», «concierto administrativo» o «tratado internacional»; por último, utilizaremos marginalmente (g) «avenencia» porque no parece ofrecer un significado distinto del de «acuerdo» y carece de tradición en nuestro ordenamiento jurídico al ser empleado únicamente, en lo que aquí interesa, por la LJV para los tres procedimientos de conciliación estudiados en este trabajo —esto es, la tramitada en sede judicial, registral y, por último, notarial—.

¹⁰ En cuanto a la confusión entre procedimiento y acuerdo, *vid.* artículo 1809 del Código Civil donde «prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» es el medio y el contrato, el acuerdo («la transacción es un contrato»).

¹¹ A nuestro diseño no solo se opondrá el litigante cuya pretensión menos se ajuste a Derecho sino, también, los terceros-auxiliares que, con el requisito de procedibilidad, esperan obtener rentas cuantiosas a costa del sufrido y procesalmente desamparado litigante cuya pretensión se ajusta a Derecho y cuyo interés es, por tanto, cobrar lo que se le adeuda con el menor coste procesal posible. Estos terceros-auxiliadores alegarán que no existen litigios patrimonialmente puros, pues siempre subsiste un aspecto subjetivo, no sujeto a calculabilidad por emocional y que, por tanto, debe abordarse no desde el Derecho sino desde las técnicas de mediación, ámbito que, por lo visto, ellos dominan. En cuanto

a los parcialmente patrimoniales, sostendrán que los aspectos no-patrimoniales priman siempre y en todo caso sobre los patrimoniales o, en su caso, que descubrir la relevancia que los aspectos emocionales tienen sobre los patrimoniales es tarea que debe realizarse durante la fase de mediación, labor que, por supuesto, exigirán como obligatoria. Solo se librarán de su afán de participación mediadora los litigios de Derecho público, aunque, seguramente, idearán la forma de argumentar como imprescindible su presencia y los honorarios que le seguirán. Otra vía argumentativa en favor de su presencia será la de la sublimación formativa del tercero-auxiliar como instrumento imprescindible para que los litigantes negocien. La honestidad de estos terceros quedaría probada si estuvieran dispuestos a recibir sus honorarios solo para el caso de que las partes alcanzaran un acuerdo. Por añadidura, con el requisito de procedibilidad anticipamos una inflación de academias formativas —no se sabe muy bien con qué contenido, a tenor del artículo 11 LM— y de mediadores. Todos ganan —el Estado, dificultando aún más el acceso al servicio judicial; «B», a quien cada vez le será más fácil dejar de cumplir lo que debe; academias de formadores y formados mediadores a quienes habrá que pagar solo como requisito para poder acceder al circuito judicial (anticipamos las mediaciones formales con el único objetivo de darlas por tramitadas para lograr este acceso)— menos quien debía hacerlo, porque «A» no verá satisfecha su prestación.

¹² En el caso relatado por la noticia, el litigante —un particular sin formación jurídica— ganó el litigio, pero sin imposición de costas a la otra, lo que le exigió dretarlas del valor del derecho reconocido por la sentencia, generándole entonces «una profunda sensación de injusticia [...]. «Ganas y piensas que ya estás segura. Pero el banco recurre y recurre... Y no pasa nada. Tienen abogados, recursos, pueden hacer lo que quieran. Nosotros no» [...] si ha acudido al Constitucional no es por dinero —es beneficiaria de justicia gratuita— sino por dignidad [...] Sabían que no tenían razón y quisieron echarnos de casa, quitarnos lo que era nuestro. No quiero que le pase a nadie más lo que me pasó a mí» GARCÍA BUENO (2021). Sostienen los afectados que «cuando los bancos pierden en una ejecución hipotecaria, pero se les perdoná la condena en costas, se está vulnerando el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva» (*ibidem*): este «perdón» es, en realidad, una transferencia de recursos del contribuyente al litigante cuya pretensión no se ajustaba a Derecho, transferencia que, además, perjudica directamente las legítimas expectativas de aquel cuya pretensión si era legítima, pues al no obligar al primero a incluirlas en su cálculo, litiga con un mayor espacio económico. Por el contrario, el litigante legítimo debe soportarlas desde el momento mismo en que decide litigar. Es, pues, la racionalidad económica de los agentes la que determina su estrategia procesal y explica acertadamente el fracaso de los PERC, y no teorías especulativas como el «desconocimiento y [las] limitaciones de acceso» (RONDÓN, 2018: 4 y sigs.), el «rechazo de algunos colectivos a las fórmulas alternativas de resolución de conflictos» (RAFÍ Y DÍAZ REVORIO, 2016: 244), el «carácter latino de nuestra sociedad [que hace] más difícil el buscar soluciones a conflictos por una vía que descansen exclusivamente en la voluntad de las partes» (CARMONA, 2016: 284; en el mismo sentido, HERRERA, 2017) o supuestas razones «culturales» (EM Anteproyecto que se apoya a su vez en el 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]). E, igualmente, esta racionalidad económica es la que justifica la inflación de los terceros-auxiliares, sublimando su labor y su supuesta capacidad para convencer a «B» para que actúe en contra de sus propios intereses debidamente calculados (para esta posición, *vid. RIO* [2019]: «la solución a los conflictos [...] [es] el resultado de un arduo trabajo de acercamiento de las partes, de facilitar la comunicación y el dialogo, la mutua y reciproca comprensión de los intereses propio y ajenos»). Lo único que previsiblemente puede intentar este tercero es convencer a «B» por desgaste, por aburrimiento, lo que anticipamos improbable y, en todo caso, irracional, además de ilegítimo por hacerse a costa del patrimonio de «A». Por su parte,

la idea del valor de la negociación por la simple negociación se resuelve preguntándonos si «A» preferiría cobrar su crédito directamente o pasar primero por una negociación cuyos gastos correrán a su cargo. Esta postura en favor de la simple negociación es la de ORE IBARRA (2017), para quien «el éxito de un proceso de [...] [mediación] no debe ser evaluado o medido únicamente por el acuerdo final resultado del proceso de diálogo o negociación, sino también por el proceso en sí mismo».

¹³ Nos dice VON MISES (1982: 210) que «algunos partidarios de este corporativismo aseguran que las disputas entre facciones debieran solucionarse por vías transaccionales, sin obligar a unos a someterse a los otros. Pero si las partes no se ponen de acuerdo, entonces ¿qué? La avenencia entre litigantes se produce cuando los interesados ceden por temor mutuo a un resultado final todavía peor». El planteamiento del autor no resuelve, sin embargo, el supuesto en que el daño medido en unidades monetarias para cada litigante fuera distinto ni cuenta, tampoco, con los gastos procesales necesarios para obtener un título operativo en el mercado (título ejecutivo); para un análisis de la fuerza del *statu quo*, *vid.* FRIEDMAN *et al.* (1984).

¹⁴ Consideremos un juicio verbal de seis mil euros (6000€) y calculemos sus costes procesales que incluyen: tasa judicial (150€; IBERLEY), abogado (*ex art.* 394.3 LEC un tercio, esto es, 2000€, y según el COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA [2016: 18], 891€, por lo que tomamos un valor intermedio dado que los honorarios son libremente pactados, esto es, 1445€), procurador (165,27€), y sumamos a las dos últimas cantidades el impuesto sobre el valor añadido (en adelante, IVA, del 21%; 338,15€). Incrementamos la cantidad en un diez por ciento (194,84€) por la incertidumbre del resultado del pleito —como coste de colateralización (PASTOR, 1993)— y otro tanto por el de oportunidad (*ídem* del anterior), lo que arroja un total de $150+1445+165,27+338,15+194,84+194,84 = 2488,16$ € o, lo que es lo mismo, el 41,46% del recorrido del importe de cero a seis mil euros, lo que representa el espacio ilegítimo de seguridad procesal para «B» y de correlativa desprotección para «A». Si ahora consideramos un pleito de seiscientos euros (600€), la tasa judicial permanece constante (150€), el abogado tiene un coste de 900€ o 141€ según acudamos al sistema de baremo o puntos de los referidos («Criterios orientativos [...]» [ibidem, 18 o 20, donde cada punto equivale a sesenta euros], tomando nosotros esta última cantidad por razones de proporcionalidad), el arancel del procurador es de 52,88€, el IVA, de 40,71€, y los dos referidos espacios de incertidumbre son de 23,45€ cada uno, lo que arroja un total de $150+141+52,88+40,71+23,45+23,45 = 384,56$ € o, lo que es lo mismo, que el 66,4% del recorrido del importe de cero a seiscientos euros, es el dicho espacio ilegítimo de seguridad procesal para «B» y de correlativa desprotección para «A». Para la tasa judicial, IBERLEY; para el arancel de los procuradores, PRADA & GONZÁLEZ.

¹⁵ Para la imposibilidad de presentar demanda por litigios ya superados por PERC, *vid.* artículo 10 Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal; los procuradores no son necesarios porque no existe procedimiento judicial en el que puedan intervenir (cfr. arts. 1 y 3 RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España) y los abogados porque, o no vienen exigidos por ley, o porque se permite prescindir de ellos (cfr. LM y LJV).

¹⁶ El portal de transparencia del CGPJ ofrece datos sobre el plazo para dictar resolución, advirtiendo que «se han utilizado estimaciones de las duraciones medias de los asuntos terminados en cada año, *independientemente de su forma de terminación*» (las cursivas son nuestras), lo que significa que se incluyen supuestos en que no se ha dictado resolución; en todo caso, para el año 2017 el plazo de terminación —mejor que resolución— de los procedimientos en Juzgados de primera instancia ha sido de 6,4 meses, esto es, 192 días, donde desagregados, resulta que el tiempo medio de terminación de procedimientos de división de patrimonio —muy sencillo técnicamente— es de 19,5 meses y el de liquidación del régimen económico matrimonial —*ídem* del anterior—, 12,4; criterio de búsqueda: «Juzgados de 1.^a Instancia y J. de 1.^a Instancia e Instrucción (proc.

civiles)— Año 2017—Asuntos civiles—España» (PODER JUDICIAL). Sobre el efecto de ralentización que tiene el procedimiento en el ejercicio de los derechos sustantivos, *vid.* ROBLES GARCÓN (2017). En cuanto a las formalidades procesales, bien pueden medirse estas por el número de preceptos que regulan la materia: la LEC tiene 827 artículos, la conciliación judicial 10 y la registral uno solo, la LM 27 y, por último, la LA 46 —que puede considerarse el más procesal de todos los PERC—. Para los recursos a las sentencias, *vid.* artículos 448 y sigs. LEC. De acuerdo con la EM I Anteproyecto, el legislador, incluso, pretende atribuir a los PERC el papel principal en la resolución de conflictos —«reducir los altos niveles de litigiosidad que actualmente España ostenta contribuyendo a concebir los órganos de la Administración de Justicia como un recurso subsidiario para la resolución de los litigios» (las cursivas son nuestras)—. Vid. sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010: exigir el PERC es posible siempre que este requisito previo no obligue a las partes a tener que llegar a un acuerdo, no conlleve un retraso sustancial para el ejercicio de la acción judicial e interrumpa la prescripción de los derechos reclamados; sentencia de 14 de junio de 2017, Menini, asunto C- 75/16: «el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial» (cita tomada del Anteproyecto de Ley de LM).

¹⁷ En cuanto a la imputación de costas, resultaría preciso reformar el artículo 242 LEC sobre la causa de la condena, el concepto y el alcance de las costas, mantener las excepciones en caso de supuesto «jurídicamente dudoso» (art. 394 LEC) y su recurribilidad (cfr. art. 245 LEC)—. El Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal propone ciertas modificaciones realmente interesantes, en el sentido apuntado por nosotros: en cuanto a su inclusión para el cálculo de los costes agregados reales, pretende «incluir en la tasación de costas la intervención de profesionales [...] aun cuando su intervención no resulte preceptiva y para que en la imposición de costas del pleito los tribunales puedan valorar la actitud de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y en el posible abuso del servicio público de Justicia [...] regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas [...] [cuando se acredite] la formulación de una propuesta [...], que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Surge así la noción del *abuso del servicio público de Justicia*» (las cursivas son nuestras). Por su parte, el Decreto legislativo italiano de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediación civil en asuntos civiles y mercantiles señala que «el juez podrá valorar [la no participación injustificada de uno de los litigantes] en su sentencia [...], de acuerdo con el artículo 116.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 8.4 bis); «el juez podrá deducir las pruebas de las respuestas que le den las partes de acuerdo con el artículo siguiente, de la negativa injustificada de estas a permitir las inspecciones que haya ordenado y, en general, del comportamiento de las propias partes en el juicio».

¹⁸ Los artículos 1820 y 1821 sobre los compromisos fueron derogados por Ley 36/1988, de 5 de diciembre, sobre arbitraje que tuvo su antecedente en la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado; la primera de las leyes de arbitraje citadas fue derogada a su vez por Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, reformada a su vez por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Finalmente, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Recuérdese igualmente la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios entre comerciantes y consumidores. En cuanto a la conciliación, existen tres alternativas posibles de tramitación donde la registral, regulada en el artículo 103 bis del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), que fueron objeto de análisis en otro lugar (MATEO VILLA, 2022a, 2022b y 2022c).

¹⁹ V. «comprometer»: «1. Poner de común acuerdo *en manos de un tercero* la determinación de la diferencia, pleito, etc., sobre que se contiene» (las cursivas son nuestras).

²⁰ Esta definición se ajusta básicamente con la ofrecida por la RAE (acepción primera): «poner de acuerdo a dos o más personas o cosas» para lo que es instrumento el «intervenir o ponerse de por medio» al que nos referimos al tratar de la mediación, dirigido a conseguir de las partes su consentimiento en relación con una «oposición, discordia» y donde la acción de «avenir» se dirige a «concordar, ajustar las partes discordes». (Esta acepción no se recoge por COVARRUBIAS). La conciliación judicial se regula en los artículos 139 a 148 LJV —curiosamente, fuera de la LEC—, el registral en el dicho 103 bis LH y, por último, el notarial en los 81-83 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN)—; en el mismo sentido, para los artículos 209 y 210 LH, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. En cuanto a la formación de los mediadores, hemos analizado varios de los títulos (Mediación y gestión de conflictos), centrada sobre todo en aspectos psicológicos y no jurídicos y en el contenido del programa, con asignaturas no jurídicas como la resolución de conflictos en ámbitos sociales, introducción a la negociación, el proceso de negociación y técnicas, o técnicas para el mediador (máster de la Universidad Carlos III, Madrid); sobre el particular y a modo de ejemplo, véase el contenido del máster ofrecido por la Universidad de Loyola de Sevilla, por la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), el Colegio oficial de psicólogos de Madrid, Formación en mediación. Soluciones a conflictos, institución de mediación, la Escuela internacional de mediación, Cursos online de mediación acreditados ante el Ministerio de Justicia para trabajar como mediador/a civil, mercantil y familiar en España, ASEMED y, más claramente, UNED. En cuanto a la conclusión de que «una parte importante de los inscritos en los registros de mediadores sean abogados», formulada consulta al Ministerio de Justicia no ha podido facilitarnos los datos desagregados, pero de un rápido vistazo aleatorio al registro de mediadores se observa la presencia mayoritaria de este colectivo; *vid.* artículos 140 LJV y 81 y sigs. LN; *Preámbulo* LJV ap. X pfo. último; artículos 460 y sigs. LEC. Para el acuerdo final, nada se dice en el caso de la medianería por las razones expuestas; en cuanto al arbitraje, el conflicto finaliza con un laudo, *vid.* artículos 34 y sigs. LA; para la mediación, mediante acuerdo (acta) cuyo contenido será el del artículo 21.1 pfo. II.o, esto es, «la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento»; para la conciliación, mediante acta, que se reflejará después en certificación judicial, registral o notarial; y probar el acuerdo (fecha, identidad de las partes y contenido) siempre estuvo a disposición de las partes que quisieran soportar económicamente el remedio del artículo 17.1 párrafo II.o LN, esto es, la formalización por elevación a público del acuerdo mediante intervención notarial que, a su vez, conllevaría fuerza probatoria procesal especial por presunción de autenticidad. «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello» y decidiendo en Derecho, deben ser «juristas». Nos dice la EM del Anteproyecto: «del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016, pues constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados Miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una “cultura” de la mediación en los Estados miembros. Resulta también de especial interés el análisis efectuado por la Comisión Europea de las medidas utilizadas en otros Estados miembros para el fomento de la

mediación, del que resulta cómo las legislaciones nacionales basulan entre la aplicación de mecanismos de incentivación y estímulo fiscal a las partes que recurren a la mediación, y mecanismos sancionadores para supuestos de rechazo injustificado a la misma. La Comisión concluye recomendando a los Estados Miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, petición que hizo suya el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE. Actualmente, la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos intersubjetivos. Continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad. Por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significativo impulso a través de medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo.

²¹ Para el acuerdo de mediación, *vid.*, sin ánimo exhaustivo, arts. 3.1, 4 pfo. III.^º, 6.3, 8 y, principalmente, 23 LM; art. 11.2 LM; v. «intervenir», a. 13.^a; art. 23.3 pfo. II.^º LM. Nos referimos aquí también al juez y no solo al notario pese a lo previsto en el dicho art. 23.3 pfo. II.^º LM, pensando en el caso de las mediaciones intrajudiciales. De la homologación judicial de los acuerdos de las partes, de su elevación a documento público) judicial y de la aplicación del art. 3 LH al mismo y, por tanto, de su directa inscribibilidad nos ocupamos más adelante.

²² COVARRUBIAS (1611: 229) definía al «medianero» como «componedor» —léase «arbitrador» por lo que diremos seguidamente— y «árbitro»; para el mismo autor, v. «componedor» es «el que concierta alguna cosa; el árbitro y de las demás acepciones del verbo componer se puede dar este nombre verbal».

²³ El contrato de transacción o, simplemente, transacción se regula principalmente en el libro IV CC (De las obligaciones y contratos), título XIII (De las transacciones y los compromisos) capítulo I (De las transacciones), artículos 1809 y siguientes; a ella se refieren también los artículos 271. 3.^º y 1713 —del alcance de la representación del tutor y del apoderado voluntario, respectivamente— y, por último, 816 —de la transacción sobre herencia futura—.

(Trabajo recibido el 1 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)