

Colaboración recibida el 4 de abril y aprobada el 24 de abril de 2016

## Los ADR o el redescubrimiento del agua caliente\* (ADR o la riscoperta dell'acqua calda)

### ADR OR REINVENTING THE WHEEL

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS\*\*

#### RESUMEN

Este trabajo se plantea la necesidad de atribuir a las alternativas al proceso el justo lugar que les corresponde, evitando caer en modas bajo las cuales el Estado no pocas veces pretende desplazar su debido esfuerzo por dotar a la Administración de Justicia de los recursos necesarios para cumplir su indeclinable función.

#### ABSTRACT

The current document poses the necessity to provide alternatives to the process with the right place for them, this avoiding forms under which the state often intends to shift its efforts to bestow the administration of Justice on the resources that are essential to carry out its unavoidable role.

#### PALABRAS CLAVE

Alternativas - Resolución de controversias - Justicia Estatal

#### KEYWORDS

Alternatives - Dispute resolution procedures - State Justice

Es inmensa mi gratitud al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro por la invitación a intervenir en este acto inaugural del Máster sobre "*Contenzioso civile, Arbitrato e Metodi non contenziosi di risoluzione delle controversie*". No me mueve la cortesía, sino la sinceridad más plena y el más vivo afecto, cuando digo que aquí, con mis queridos amigos y colegas de la Apulia, me encuentro como en mi propia casa. Muchas gracias, pues, de todo corazón por permitirme este gozo tan hondo e intenso. Gracias asimismo porque es mucho lo que he aprendido aquí, con ocasión de otros eventos organizados por esta universidad y por el Centro Internazionale Alti Studi Universitari (CIASU). Y enseguida verán que, en cierto modo, ahora voy a rendir cuentas de lo aprendido.

---

\* Texto en español de las palabras pronunciadas en italiano el día 13 de noviembre de 2015, en Bari, Apulia, en la ocasión referida al inicio de la intervención.

\*\* Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Doctor en Derecho. Correo electrónico: aoliva@der.ucm.es.

Si se han fijado en el título de esta breve intervención, seguramente intuirán que no voy a andarme con rodeos. Explico el título en el que me refiero a los procedimientos o métodos denominados ADR: En España, cuando alguien presenta como novedad, generalmente salvífica, algo que no es en modo alguno nuevo, decimos que “está descubriendo (o ha descubierto) el Mediterráneo”, aunque nos entenderíamos perfectamente si dijéramos “el Adriático”. He sabido que en Italia utilizan, para casos semejantes, la expresión, muy feliz y acertada, “descubrir el agua caliente”. Me cuento entre los muchos que, al menos en España, estamos verdaderamente cansados de tantas personas, físicas o jurídicas, privadas o públicas (muchas veces un ministerio o un gobierno entero), que presentan como algo nuevo un borrador de reforma legal o un proyecto de ley o proponen algún tipo de plan, unos y otros de supuestos efectos cuasi-taumatúrgicos, cuando se trata en realidad de una idea vieja o muy vieja, tanto como el Mediterráneo, el Adriático o el *agua caliente*, una idea que ya ha servido de inspiración para propuestas o realidades carentes de tales efectos milagrosos e incluso causantes de efectos innegablemente nocivos.

Les pondré un ejemplo de lamentable redescubrimiento del *agua caliente*, precisamente en el ámbito de las alternativas a la Justicia del Estado para resolver conflictos. Hubo un proyecto de ley español, al que me referí aquí mismo el 12 de septiembre de 2011: *il Disegno di Legge sulla mediazione in materia civile e commerciale, approvato dal Governo spagnolo in data 8 aprile 2011*, felizmente caducado, que establecía como presupuesto de procedibilidad la realización de un intento preventivo de mediación en los casos de ciertas controversias civiles y mercantiles.

Reitero lo que dije aquel día: se trataba de “reintroducir un requisito de procedibilidad semejante –no igual, pero sí semejante y equivalente– al que ya existió en la Justicia civil española al menos durante 113 (ciento trece) años consecutivos, con nulo éxito o, para ser más exactos, con absoluto fracaso”.

“En efecto: una conciliación judicial previa a la generalidad de los procesos civiles venía impuesta por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para la admisión de las demandas sobre asuntos civiles y mercantiles, se exigía acreditar que esa conciliación judicial había terminado sin avenencia o había sido ‘intentada sin efecto’ (esto es, que la futura parte pasiva ni siquiera había comparecido ante el juez competente para la conciliación). El porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaba ni siquiera el 1% de los litigios civiles y mercantiles. No es de extrañar que la importante y extensa ley N° 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispusiese, como decía su E. de M., ‘conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo’. En este punto, la reforma de 1984 fue recibida con general satisfacción: porque desaparecía

lo que no era sino un factor de dilación y de incremento del esfuerzo y el coste de los procesos civiles. Lo que la experiencia había demostrado es que quienes estaban resueltos a demandar lo hacían, bien una vez agotados por su cuenta los intentos de llegar a un acuerdo, bien por no estar dispuestos a acuerdo de ninguna clase, sino determinados a pedir y obtener una concreta sentencia favorable”.

Pienso que tengo sobradas razones para exclamar, casi gritar, “¡no más descubrimientos del agua caliente!” o, ya que no está en nuestras manos evitar que otros nos anuncien y propongan tales falsos descubrimientos, “¡no más benevolencia y comprensivo disimulo ante ellos!”; no más entretenernos con explicaciones y análisis técnicos de esos descubrimientos y propuestas, como lo haríamos, como de hecho lo hacemos y lo haremos ante planes y proyectos quizá discutibles y criticables, pero dotados al menos de una mínima seriedad. Tal vez haya ocasiones en que tendremos el deber de mostrar pormenorizadamente que el *agua caliente* es conocida y para qué está indicada y para qué, desaconsejada. Así nos ocurrió aquí en septiembre de 2011 con la mediación. Pero ya han sido numerosos y suficientes esos trabajos nuestros.

Señoras y señores: una elemental reflexión sobre grandes acontecimientos y fenómenos más o menos recientes conduce a concluir que nos encontramos en un momento histórico en el que una de las grandes cuestiones sobre la vida social en el denominado “mundo civilizado” es el papel que en realidad tiene el Estado y el que tienen las corporaciones supranacionales o el papel que el Estado y esas grandes corporaciones deben tener. En este momento es apremiante plantearnos si en verdad queremos que los Estados democráticos y los Estados de Derecho no sean formas inanes, sino que conserven el poder suficiente para que el Derecho sea respetado, sin que lo neutralicen o lo burlen sistemáticamente ciertos superpoderes económicos. Eso implica inescindiblemente preguntarse si creemos de verdad en los derechos subjetivos de todos y si queremos de verdad que sean efectivamente protegidos. Supongo que todos los presentes coincidimos en una firme voluntad de defender y preservar lo que es nuclear de ese Estado, por muchos que sean los cambios que a cada uno le parezcan necesarios y oportunos. Y estoy seguro de que nos importa vitalmente la real protección de los derechos subjetivos, de los derechos de la gente. Pues bien: si no estoy equivocado en estas suposiciones, entonces ningún descubrimiento del *agua caliente* nos debe distraer y sobre ningún Mediterráneo o Adriático pretendidamente redescubiertos podemos permitirnos ejercicios jurídico-literarios distractivos.

Las grandes cuestiones sobre el futuro del Estado de Derecho y del Estado democrático arrojan, por ahora, muchas más dudas que certezas. Pero hay algo que resulta indiscutible y es esto: que la Justicia es núcleo esencial para ese Estado democrático y de Derecho, seguramente imperfecto, pero todavía

no fallido ni completamente falso, que en todo caso queremos preservar en su esencia. Por tanto, es en el funcionamiento normal, decente, de la Justicia del Estado donde hemos de centrar nuestros esfuerzos, sin ninguna distracción. Y diré, sólo en esbozo, algo más. Cuando resultan fiables, son muy interesantes y útiles las estadísticas judiciales sobre asuntos nuevos y asuntos resueltos por períodos de tiempo (anuales, semestrales), con distinción entre los diversos tipos de procesos, tribunales y grados de conocimiento judicial, así como los estudios sobre duración promedio de los distintos procedimientos, etc. Es asimismo de gran interés lo que se ha llamado “análisis económico del Derecho” proyectado sobre la Justicia del Estado. Todo ese modo de ver la Justicia, que se me ocurre denominar “perspectiva macro”, hoy tan de moda, está bien, es útil, pero nosotros, porque nos importan los derechos subjetivos de la gente, debemos mantener el predominio de una “perspectiva micro”, que atiende a los factores determinantes de la calidad de las sentencias, de su acierto fáctico y jurídico, de su justicia sobre el caso juzgado.

Llegados a este punto, les propongo un modo de abordar las alternativas a la Justicia del Estado que, con un nuevo atrevimiento, se me ocurre formular en estos términos, tal vez algo radicales, pero expresivos: sigamos adelante y formentemos cuanto nos sea posible la conciliación, la mediación y el arbitraje, por ejemplo, que gozan entre nosotros de una edad plurisecular y no sufren ninguna enfermedad grave. Abandonemos, en cambio, hasta las siglas ADR. Abandonémoslas, aunque sea su uso sea más cómodo.

¿Por qué esta propuesta de cambio de enfoque? Porque los ADR son el *agua caliente* redescubierta. Y porque esa *agua caliente*, supuestamente novedosa, ese Mediterráneo y, sobre todo, porque ese Adriático que nos descubren y redescubren, tienen, han tenido desde el principio y aún ahora tienen, un sesgo, un significado o sentido oblicuo muy negativo para la Justicia del Estado, para el ejercicio de la potestad jurisdiccionales por los tribunales. Exactamente lo contrario de lo que necesitamos y queremos.

En septiembre de 2011, aquí mismo, en *Seminario Internazionale di Studi su La Mediazione Civile. Verso una nuova Giustizia negoziata*, organizado por el CIASU, Simone Gaboriou, prestigiosísima magistrada francesa, Peter Gottwald, egregio maestro procesalista de la Università de Regensburg y yo mismo, coincidíamos, sin habernos concertado previamente, en hablar de la mediación como “moda”. Pero Gottwald, en su excelente relación *Mediation in Germany*, ofrecía además, tan serena como claramente, unas indicaciones de suma importancia sobre el origen y el sesgo o sentido de la mediación y los procedimientos ADR.

Decía Gottwald: “Mediation... is no German invention but more or less an import from the US. As a consequence of the excessive pre-trial discovery procedures and the incredible costs and efforts connected with them at least in major

proceedings, various forms of Alternative Dispute Resolution –ADR procedures in short– have developed in the US over the past 30 years.<sup>1</sup> These ADR procedures were intended to provide for more effective dispute and conflict resolution outside the public system of legal protection in court.... Harvard University offered a special training course for mediators, the so-called Harvard concept”.

“No wonder that European companies and academics, too, were keen to utilise these possibilities. As a result, a mediation wave of sorts swept across Germany –though not a tsunami, since legal protection in German courts generally is inexpensive, quick and of high quality. By contrasts to their colleagues in common law jurisdictions, German judges in civil, commercial and family matters also are generally obliged (§ 278 s. 1, 2 CCP) and eager to resolve proceedings by settlement. To that end, they do not just register a settlement reached by the parties, but actively engage in encouraging the parties to reach settlement (...). An expensive pre-trial discovery is unknown in Germany. It already follows from these reasons that in Germany, the demand for Alternative Dispute Resolution is by no means as strong as it is in the US”.

Lo que Gottwald decía, contraponiendo la realidad estadounidense y la alemana sobre la justicia civil, valía y vale, en sustancia, para España y Francia y pienso que también para Italia, al menos en línea de principios. Pero es que, además, con esas palabras del maestro de Ratisbona, llenas de moderación en fondo y forma, quedaba, sin embargo, deslumbrantemente claro que estamos ante la exportación masiva de unos procedimientos a causa de problemas institucionales permanentes de la Justicia estadounidense, que no es ni tiene trazas de ser una Justicia generalmente accesible, sino limitada a las personas económicamente acaudaladas y a las grandes empresas. Algo similar sucede en Gran Bretaña, como nos mostró aquí mismo, en Bari, el 11 de octubre de 2013, el querido profesor Adrian Zuckerman, de la Universidad de Oxford.

Con los ADR estamos, más concretamente, ante una exportación impulsada desde los US mediante la influyente Universidad de Harvard, según el llamado “Harvard concept”. A tal exportación se ha respondido en Europa con una importación de los ADR demasiado acrítica. Si me permiten ser claro y sincero, les diré que la exportación no fue ni es filantrópica, sino primordialmente movida en favor del interés económico de las compañías y corporaciones de gran tamaño. Y la correlativa importación de los ADR desde nuestro ámbito del “Civil Law” ha sido en conjunto acrítica, en parte también por interés y en parte por ignorancia

---

<sup>1</sup> Sabido es que los constituyentes españoles se inspiraron en el primer párrafo del artículo 24 de la vigente Constitución de la República de Italia: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”. La fórmula del art. 24.1 CE es, en sí misma, menos abstracta y más protectora, pero los obstáculos al acceso a la Justicia del Estado serían tan inconstitucionales en Italia como en España.

de la realidad del mundo del “Common Law”, una ignorancia perfectamente vencible, pero que no se ha vencido y remediado a causa de una mezcla de pereza, de deterioro de los estudios jurídicos en el ámbito europeo-continental y de influencia de un multiforme y potente *marketing* en favor del *agua caliente*. Así se ha llegado al extremo irracional de crear una atmósfera de cuasiadoración de lo estadounidense y británico, con un complejo de inferioridad en nuestro mundo del “Civil Law”, un complejo de inferioridad no confeso o declarado, pero muy efectivo y real. Hay, si se quiere decir de otra manera, una suerte de fascinación muy excesiva, poco fundada y favorecida por una mentalidad de campanario de aldea, respecto de cuanto procede del otro lado del Atlántico o del Canal de la Mancha.

No hablo de ustedes, ilustres colegas y estudiosos, ni de mí mismo. Pero reconocerán que el fenómeno que acabo de intentar describir es muy visible en amplios sectores jurídicos y políticos europeos. Dios me libre –pienso que me ha librado ya, hasta ahora– de afirmar, sugerir o insinuar que es nulo o escaso el interés de la experiencia y de la doctrina jurídicas estadounidenses y británicas o que, más en concreto, ninguna o muy poca atención merecen los ADR exportados por los Estados Unidos de América. De hecho, en la Europa continental del “Civil Law” estudiamos bien la doctrina y la jurisprudencia del “Common Law” (pienso que bastante más que a la inversa). Y, de hecho, hemos atribuido interés e importancia a los ADR. Lo que digo es que hemos de conocer suficientemente el origen y sentido de lo ajeno y ser muy conscientes de que no podemos descuidar la Justicia de nuestros Estados democráticos de Derecho, sino que, muy al contrario, es preciso que renovemos nuestro propósito y nuestros esfuerzos para restaurarla y fortalecerla. Y, lamentablemente, los ADR exportados e importados son, no en abstracto y en teoría, pero sí de hecho, en la historia, parte de la poderosa corriente contraria a ese propósito y a esos esfuerzos nuestros.

Permítanme que repita lo que ya dije aquí, en 2011: “Desde hace largo tiempo, se observa una atención de política legislativa hacia el arbitraje, la conciliación y la mediación en directa relación con problemas –con frecuencia reales, pero no siempre ajustadamente descritos– de la Justicia del Estado. Es ésta una idea asociada a un diagnóstico, implícito pero claro, de imposible o muy difícil mejora de esa Justicia, un diagnóstico que es falso. En España, aunque todos conocemos y aprobamos el dicho popular ‘más vale un mal acuerdo que un buen pleito’, existe una secular cultura popular de acceso a la Justicia para obtener, precisamente de los tribunales oficiales, una tutela conforme a Derecho. Dicho con otras palabras: en mi país son muy comunes y muy arraigados el impulso y la decisión de acudir a los tribunales para que remedien la injusticia que se ha sufrido o que aún se sufre, sin que el coste de la Justicia oficial opere

como un fuerte elemento disuasorio. La gente demanda que se le haga justicia y pocas veces pide que una controversia sea resuelta de alguna forma. La demanda de justicia –que siempre supone una demanda de aplicación del Derecho, excluidas como están en España las sentencias fundadas exclusivamente en equidad– es perfectamente legítima y no debe ser desoída o desdeñada. Y, sin embargo, es desoída o desdeñada cuando, en lugar de preocuparse por más y mejores recursos humanos y más medios materiales para la Justicia estatal, el Estado reacciona principalmente con la promoción de alternativas”.

Dije también y lo reitero: “Bien están las alternativas. Es bueno que existan y estén bien reguladas, pero es perverso que desplacen el debido esfuerzo del Estado por dotar a la Administración de Justicia de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios para cumplir su indeclinable función, especialmente en un país con una Constitución vigente, de 1978 (en adelante, CE), en la que se proclama como derecho fundamental el ‘derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos’ (art. 24.1 CE)”<sup>2</sup>.

Ahora, cuatro años después de estas palabras en relación con España, únicamente tendría que modificarlas para añadir que la situación de la Justicia del Estado se ha agravado muy agudamente en mi país y, si no estoy mal informado o me equivoco, también en Italia. En cuanto a Francia, la simple lectura de la prensa más seria revela que los mismos abogados y la magistratura denuncian la falta de medios necesarios para impartir adecuadamente justicia por los tribunales del Estado. Así que termino ya con el más ferviente deseo de un gran éxito de este máster, en el que el arbitraje y los medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos se estudien y fomenten, con conocimiento suficiente de los procedimientos exportados e importados, pero, ante todo, sobre la muy sólida base de nuestra cultura jurídica europeo-continental.

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, *Le Monde*, 15 de septiembre de 2015, “Difficile réforme de l’aide juridictionnelle”; *Le Monde*, 4 de marzo de 2015, “Sexisme, surcharge, stress... Les conditions de travail de la magistrature se dégradent. Dans un Livre blanc, l’Union syndicale des magistrats dresse un état des lieux inquiétant”.