



FACULTAD DE DERECHO

# **LA NEGOCIACIÓN EN CONFLICTOS JURÍDICOS COMO VÍA ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL**

COMPARATIVA ENTRE EL SISTEMA ESPAÑOL Y  
ESTADOUNIDENSE

María del Alba Varona Herrero  
4º E1 - Internacional  
Derecho Procesal

Cristina Carretero

Madrid  
Diciembre 2016

## **RESUMEN**

El objeto de este trabajo es analizar la figura de la negociación como sistema alternativo al proceso judicial clásico de resolución de conflictos en el sistema legal español realizando una exposición de las aportaciones del sistema estadounidense y una comparación de la regulación de la negociación en ambos sistemas.

Para su elaboración se han estudiado el concepto, los elementos, las fases y técnicas de la negociación, así como las diversas manifestaciones de su regulación en el ordenamiento jurídico español y estadounidense.

## **PALABRAS CLAVE**

Negociación, España, Estados Unidos, Regulación, Proceso Judicial, Conflicto.

## **ABSTRACT**

The aim of this paper is to analyze the figure of the negotiation as an alternative to the classic judicial procedure dispute resolution system in the Spanish and American legal system, doing an explanation of the input of the U.S. system and a comparison of the regulation of the negotiation in both systems.

In order to elaborate it, the concept, the elements, the phases and the techniques of the negotiation, as well as the different ways it is regulated in both legal bodies have been studied.

## **KEY WORDS**

Negotiation, Spain, United States of America, Regulation, Judicial Procedure, Conflict.

## ANEXO IV

**Nombre y apellidos del alumno:**

María del Alba Varona Herrero

.....

**Curso**                      4º                      E1                      Internacional                      **V**

Declaro, bajo mi responsabilidad, que el Trabajo de Fin de Grado presentado con el título “LA NEGOCIACIÓN EN CONFLICTOS JURÍDICOS COMO VÍA ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL COMPARATIVA ENTRE EL SISTEMA ESPAÑOL Y ESTADOUNIDENSE”**en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico...2016/2017 :**

**1º.- Es un trabajo de mi autoría, original, inédito y no ha sido presentado con anterioridad a otros efectos.**

**2º.- Cumple con todos los requerimientos generales anti-plagio aplicables para la elaboración de trabajos académicos en la Universidad Pontificia Comillas y se ajusta a las buenas prácticas existentes sobre el particular.**

Madrid, a ...11.....de...Diciembre..... de...2016.....

Fdo.: María del Alba Varona Herrero

---

## ÍNDICE

Resumen .....	2
Palabras Clave .....	2
Abstract.....	2
Key Words .....	2
Índice .....	4
Abreviaturas.....	8
Introducción.....	9
1 La Negociación como Alternativa al Proceso Judicial .....	11
1.1 Los denominados “Alternative Dispute Resolution” (ADR).....	11
1.2 El concepto de negociación .....	13
2. Naturaleza de la Negociación .....	14
3. El Fundamento de la Negociación .....	16
3.1 El conflicto como detonante de la negociación .....	16
3.1.1 Concepto de conflicto, aportaciones de autores estadounidenses .....	17
3.1.2 Elementos que componen conflicto.....	18
3.1.3 Tipos de conflicto según su causa .....	20
3.1.4 Métodos de solución de conflictos .....	20
1. El empleo de la fuerza o “autotutela”.....	21
2. El consenso: la autocomposición .....	21

3.	La intervención decisoria del tercero: “heterocomposición” .....	22
4	Tipos de Negociación según la escuela del PON .....	22
4.1	La negociación distributiva.....	23
4.2	La negociación integradora.....	24
4.3	Estilos de confrontación del conflicto .....	24
4.3.1	Negociación “acomodativa” .....	25
4.3.2	Negociación competitiva o actitud competitiva de la parte .....	25
4.3.3	Negociación colaborativa o actitud colaborativa de la parte .....	25
4.3.4	Negociación “evitativa” .....	25
4.3.5	La actitud del transigente.....	26
5	Elementos de la Negociación según la Escuela del PON .....	26
5.1	Los sujetos que intervienen en la negociación.....	26
5.1.1	Las partes en conflicto .....	26
A.	Intereses y posiciones de las partes .....	27
B.	La relación entre las partes.....	28
5.1.2	El negociador como tercero .....	28
5.1.3	Los stakeholders como terceros afectados.....	29
5.2	Elementos que influyen en la negociación .....	29
5.2.1	Las opciones de acuerdo entre las partes .....	29
5.2.3	La legitimidad del acuerdo o los criterios que guían a las partes .....	30

5.2.4 La comunicación entre las partes.....	30
5.2.5 El compromiso que adoptan las partes .....	31
5.2.6 Las alternativas al acuerdo disponibles para las partes .....	31
5.3 El objeto de la negociación.....	31
La disponibilidad como requisito para que una materia sea objeto de negociación.....	32
6 Particularidades de la Negociación en Distintas Ramas del Derecho Español	35
6.1 Negociación en Derecho Civil.....	35
6.1.1 La negociación en los procesos de familia .....	38
6.2 La negociación en el Derecho Penal.....	38
6.3 La negociación en el Derecho Administrativo .....	42
6.4 La negociación en el Derecho Laboral .....	43
7. Procedimiento de la Negociación, Aportación de la escuela del PON.....	44
7.1 Fase preparatoria de la negociación.....	44
7.2 Fase de inicio y programación de la negociación .....	45
7.3 Fase de desarrollo de la negociación .....	46
7.3.1 Separar a las personas del problema:.....	46
7.3.2 Centrarse en los intereses, no en las posiciones: .....	47
7.3.3 Inventar opciones en beneficio mutuo .....	47
7.3.4 Insistir en utilizar criterios objetivos .....	48

7.4 Fase de consecución de acuerdos .....	48
7.5 Fase de monitorización y revisión .....	49
8 Efectos del Acuerdo Negociado .....	49
9 La Impugnación del Acuerdo Negociado .....	53
10 La Negociación en el Sistema Legal Estadounidense .....	55
Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	61
Leyes.....	61
Libros.....	62
Recursos de Internet .....	62

## ABREVIATURAS

ABA: American Bar Association.

ADR: *Alternative Dispute Resolution (system)*.

Art: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

Cit: Obra citada anteriormente.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MASC: Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

Núm: Número.

p.: Página.

pp.: Páginas.

PON: *Program On Negotiation (Harvard Law School)*

RAE: Real Academia Española.

Secc.: Sección.



## INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es realizar un análisis de la figura de la negociación como sistema alternativo al proceso judicial clásico de resolución de conflictos en el sistema legal español y de las aportaciones del sistema estadounidense al mismo así como de las diferencias en la regulación de la negociación en ambos.

Este tema llamó mi atención especialmente durante el curso pasado, en que estuve cursando un LLM. en *Brooklyn Law School* en Nueva York. Durante el mismo tuve la posibilidad de matricularme en una asignatura llamada “*Negotiation Seminar*” en la que se enseñaba a los estudiantes a manejar una negociación como abogados y los pilares esenciales de una negociación fructífera. Así, se despertó mi curiosidad sobre la materia y cómo se desarrolla la misma en España, que se plasma en este trabajo.

La negociación es un sistema que propone que sean los justiciables, a consecuencia del principio de autonomía, sean los que lleguen a acuerdos para solucionar sus conflictos. En España este sistema no está consolidado aún y por ello carece de una legislación específica e independiente, sin embargo sí está recogida a través de otras disposiciones en el ordenamiento jurídico, al igual que en el estadounidense.

El objetivo de este trabajo persigue, a través del análisis de las distintas características de la negociación, hacer énfasis en la utilidad de este método para la resolución de conflictos que permitiría liberar el sistema judicial de una gran “litigiosidad” mejorando la actual situación de saturación del sistema que está provocando grandes retrasos en la resolución de los conflictos, que acarrea grandes costes para los litigantes y el Estado, además de su insatisfacción.

El trabajo se estructura en distintos apartados que desarrollan, en primer lugar, el concepto y características principales de la negociación desde una perspectiva teórico práctica, abarcando la naturaleza “multidisciplinar” de la misma, los fundamentos de su utilización, los elementos que intervienen en la misma y los tipos de negociación existentes, teniendo en cuenta los estudios realizados en E.E.U.U. por escuelas tan prestigiosas como el PON de *Harvard Law School*.

Siguiendo los estudios realizados en esta escuela, se exponen las distintas fases en que se desarrolla la negociación y las tácticas o técnicas que se pueden llevar a cabo en dichas fases.

Así mismo se observa la regulación existente sobre la negociación en nuestro ordenamiento jurídico en las distintas ramas del derecho que lo componen, así como los efectos que pueden tener los acuerdos llevados a cabo a través de la negociación y los métodos de impugnación de los mismos.

Finalmente se analiza la regulación existente en el ordenamiento jurídico estadounidense sobre esta figura, que unidos a los estudios realizados en este país ponen de manifiesto el arraigo y la relevancia de la negociación en su sistema legal.

Para cerrar este trabajo se exponen las conclusiones a las que he llegado, tras estudiar todos los recursos empleados para realizar este análisis, sobre la necesidad de otorgar más relevancia a esta figura en nuestro sistema legal debido a las ventajas que ofrece, siguiendo la tendencia de Estados Unidos.

## 1 LA NEGOCIACIÓN COMO ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL

### 1.1 Los denominados “Alternative Dispute Resolution” (ADR)

El proceso judicial clásico, método “heterocompositivo” por excelencia de solución de conflictos jurídicos, no es la única vía para la solución de los mismos que ofrece el ordenamiento jurídico español, que también observa la posibilidad de que los conflictos jurídicos sean resueltos negociando, acudiendo al arbitraje, la mediación o la conciliación<sup>1</sup>.

Si tenemos en cuenta que un buen sistema de resolución de conflictos será más eficiente en tanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver la controversias que surjan entre los justiciables con el menor coste posible y con el mayor grado de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas nos damos cuenta de la necesidad de intentar hallar otras fórmulas o sistemas alternativos al proceso judicial que permitan hacer frente de forma más adecuada a la conflictividad de nuestra sociedad. Algunas de estas nuevas fórmulas son los llamados MASC, métodos alternativos de solución de conflictos, o ADR (alternative dispute resolution) entendiendo como tales aquellos “en los que la decisión que pone fin a la controversia suscitada no viene impuesta mediante el proceso judicial por un tercero”<sup>2</sup>.

En comparación con el proceso judicial las ADR ofrecen novedades al sistema que pueden ser ventajosas:

- El carácter voluntario de las mismas, puesto que son las partes quienes deciden emplear estos métodos para la resolución de su conflicto, deriva en una mayor implicación de las partes en el proceso de resolución de su problema y una mayor responsabilidad en sus actuaciones durante el mismo.

---

<sup>1</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 35.

<sup>2</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 62.

- Su flexibilidad rapidez y eficacia, junto con el menor coste económico que suponen y su mejor adecuación para solventar definitivamente determinados conflictos, los convierten en métodos más prácticos tanto para la administración de justicia como para las partes envueltas en controversias<sup>3</sup>.

Es muy recomendable la utilización de dichos mecanismos en ocasiones que condicionen el conflicto de manera especial, por ejemplo cuando existen relaciones de carácter personal o familiar entre las partes en conflicto, cuando dichas relaciones deban de perdurar en el tiempo, cuando existen varias disputas conectada que hacen recomendable que se traten conjunto, cuando hay varias partes en conflicto, cuando se pretende salvaguardar la privacidad de dichas partes, cuando existe la necesidad de rapidez en la resolución del conflicto, cuando se pretenden economizar gastos en la gestión del mismo...etc<sup>4</sup>.

Así se pone de manifiesto como estos medios complementarios a la vía judicial clásica y su debida implementación, guiada por el objetivo de encontrar mejores y más efectivas soluciones a los conflictos, puede suponer el alivio a los tribunales de una importante carga de trabajo, agilizando y haciendo más funcional así el sistema judicial con el objetivo de garantizar una mejor tutela judicial de los intereses de los justiciables<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 62.

<sup>4</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 63.

<sup>5</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 63.

## 1.2 El concepto de negociación

La negociación, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la “acción y efecto de negociar”, los “tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto”<sup>6</sup>; toda vez que a su vez el mismo Diccionario establece que negociar es:

- “1. Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal.
2. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.
3. Tratar por la vía diplomática, de potencia a potencia, un asunto, como untratado de e alianza, de comercio, etc.
4. Ajustar el traspaso, cesión o endoso de un vale, de un efecto o de una letra.
5. Descontar valores.<sup>7</sup>”

Y por lo tanto podemos considerar que la negociación implica llegar a un acuerdo por distintas vías y entre distintas partes, sin embargo, para el propósito de este trabajo es necesario ir más allá, analizando el concepto de negociación en el derecho.

Así, y según se apunta más adelante a través de la explicación del fundamento de la negociación, la resolución de un conflicto, podemos afirmar que, siendo uno de los diferentes métodos de resolución de conflictos, la negociación es “la forma de autocomposición en la que las partes discuten por si mismas la resolución de su conflicto y controlan el resultado, pudiendo realizarse entre las partes o a través de sus

---

<sup>6</sup>Diccionario de la Real Academia Española, Definición de negociación, *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMI8pcc> (9/12/2016)

<sup>7</sup>Diccionario de la Real Academia Española, Definición de negociar, *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMTFYRQ> (9/12/2016)

representantes legales”. La resolución que a su vez se toma forma en la transacción en que las partes acuerdan las obligaciones de cada una.<sup>8</sup>

Pero la negociación no es simplemente un modo de llegar a la solución de un enfrentamiento, ésta busca que dicha solución sea lo más provechosa posible para ambas partes. No se trata de la búsqueda de una solución al problema que solo ponga fin al mismo, sino que haga que éste llegue a beneficiar a ambas partes y preserve la posibilidad de una relación cordial entre las mismas a través de la comunicación, el sacrificio, esfuerzo e interés expresados durante el transcurso del proceso negociador.

Para restablecer el equilibrio entre las partes entre quienes ha surgido un conflicto, una situación tensa provocada por un desacuerdo o choque, acudimos a la “negociación”, como proceso a través del cual las partes se reúnen para acercar posiciones con el objetivo de llegar a un acuerdo que satisfaga sus intereses, teniendo en cuenta una serie de objetivos y propósitos. Por lo tanto, “conflicto” y “negociación” son dos categorías diferentes pero complementarias, en la que el conflicto es el contexto en el cual puede tener lugar una negociación, siendo ésta por tanto un instrumento de resolución de conflicto<sup>9</sup>.

## **2. NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN**

Como ya se ha apuntado anteriormente en este trabajo, en los últimos años el aumento de la cantidad de litigios que se presentan ante los órganos judiciales ha producido una saturación jurisdiccional creando retrasos en la resolución de los procesos; aumentando los gastos que los mismos suponen tanto para el Estado, como para los litigantes; y provocando una insatisfacción por parte de los litigantes con respecto a las resoluciones obtenidas por dicha vía.

---

<sup>8</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 36.

<sup>9</sup>Técnicas de negociación: el clásico Método de Harvard basado en fuertes principios., *EstuarioSocial*, 2016, disponible en: <https://estuariosocial.wordpress.com/2011/03/24/tecnica-negocial-el-clasico-metodo-de-harvard-basado-en-fuertes-principios/> (9/12/2016)

Esta situación unida a la función esencial del Estado de Derecho de garantizar la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos ha puesto de manifiesto la necesidad de agilizar la vía jurisdiccional a través de la promoción y fomento del uso de métodos alternativos a la misma para la resolución de conflictos, las denominadas ADR o Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Junto con la mediación, el arbitraje y la conciliación, la negociación es un sistema alternativo de solución de conflictos disponibles en el sistema judicial español que complementan las reformas procesales realizadas en el ámbito jurisdiccional para garantizar la convivencia social, absorbiendo gran parte de la “litigiosidad”<sup>10</sup>.

Según apunta Susana San Cristóbal Reales sobre dichas reformas realizadas, el establecimiento y desarrollo progresivo de la negociación, mediación, conciliación o arbitraje en distintas jurisdicciones forma parte de una de las líneas de actuación del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012<sup>11</sup> presentado por el Ministerio de Justicia. Por otra parte señala que también la normativa comunitaria, a partir del Consejo de Tampere, se muestra favorable a la utilización de estos otros sistemas distintos al jurisdiccional para conseguir el acceso a la justicia y cómo en la Directiva Comunitaria 2008/52<sup>12</sup> se considera que la mediación mejorará la justicia, y obliga a los estados miembros a incorporarla a sus ordenamientos<sup>13</sup>.

Sin embargo no sería correcto señalar que la negociación como ADR corresponde o está comprendida enteramente en el Derecho Comunitario y en el Derecho Público Español, pues, si bien está regulada a través del Derecho Procesal y las diferentes

---

<sup>10</sup>San Cristóbal Reales,S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil.” *Anuario Jurídico Y Económico Escorialense*, XLVI(39-62), 2013, p 41.

<sup>11</sup> Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, Ministerio de Justicia, disponible en: [http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009\\_2012.pdf](http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf) (9/12/2016)

<sup>12</sup> Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 136, 24 de mayo de 2008.

<sup>13</sup> San Cristóbal Reales,S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil.” *Anuario Jurídico Y Económico Escorialense*, XLVI(39-62), 2013, p 41 y 42.

jurisdicciones sobre las que verse el conflicto en cuanto a su procedimiento y límites, el método de solución de conflictos en que la misma se basa es la autocomposición, es decir, que sean las partes las que a través del proceso negociador lleguen a una solución pactada de su conflicto. Así, la solución del mismo reflejada en la transacción, como se describe más adelante en este trabajo, corresponde al Derecho Privado y por tanto regirá tan sólo sobre la relación de las partes y en el ámbito del conflicto entre las mismas.

A su vez, están reguladas por el Derecho Público, bien a través de la prohibición de la disposición de las mismas o la promoción del acuerdo privado sobre ellas, las materias susceptibles de ser negociables en los distintos campos jurídicos en los que cabe la negociación.

Así, debido a poder ser empleada en muy diversas ramas del derecho y a ser regulada tanto en el Derecho Público como en el Privado, podemos afirmar que la negociación, como método de solución alternativa de conflictos, es una figura multidisciplinar, lo que le otorga una gran versatilidad.

### **3. EL FUNDAMENTO DE LA NEGOCIACIÓN**

Del concepto de negociación como método “autocompositivo” de solución de conflictos que empleamos para el estudio de la misma deriva la necesidad de observar el concepto de conflicto, así como sus elementos y tipos. Para poder comprender por qué es necesaria la negociación, qué problema se resuelve a través de la misma y porqué ésta da respuestas a las partes involucradas en ella que otros métodos de resolución de disputas o conflictos no facilitan considero esencial aclarar su origen y detonante, el conflicto. Además, es relevante resaltar el porqué de que métodos como la negociación son necesarios y que alternativas proponen.

#### **3.1 El conflicto como detonante de la negociación**

Negociar es una actividad que cada individuo lleva a cabo continua e inconscientemente cada día puesto que en definitiva consiste en dialogar con otro individuo para alcanzar el objetivo de satisfacer una necesidad o interés. Es así una de las características principales del ser humano, que como ser social debe relacionarse con



los demás individuos para alcanzar dicho objetivo, la capacidad de llegar a acuerdos con sus semejantes que beneficien a ambas partes. Sin embargo, la negociación no sería necesaria si a ésta no le precediese un conflicto, una disputa sobre los distintos intereses de los individuos, que diera origen a la necesidad de debatir, de competir o colaborar. Así pues, para entender de forma más completa la noción de negociación considero necesario tratar, en primer lugar, el concepto de conflicto como su origen y, o detonante.

### ***3.1.1 Concepto de conflicto, aportaciones de autores estadounidenses***

Si atendemos a las acepciones de la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>14</sup> observamos que esta plantea el conflicto como un enfrentamiento o discusión:

- “1. Combate, lucha, pelea.
2. Enfrentamiento armado.
3. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.
4. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción.
5. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.
6. Momento en que la batalla es más dura y violenta”<sup>15</sup>.

Por otro lado, varios autores estadounidenses, entre los que destacan los profesores del PON de la *Harvard Law School*, han desarrollado la disciplina de la negociación de una forma bastante exhaustiva puesto que la misma se fomenta mucho en el sistema legal estadounidense y por ello es conveniente estudiar las definiciones de conflicto que éstos nos aportan puesto que pueden ayudar a comprender el concepto de conflicto también en nuestro sistema.

---

<sup>14</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Definición de conflicto. *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=AGHyxGk> (9/12/2016)

<sup>15</sup> cit.

De este modo, es útil observar definiciones como la de Coser que introdujo el concepto de conflicto en la sociología norteamericana al definirlo como “lucha sobre valores y aspiraciones a gozar de una posición, poder y recursos, en la que los objetivos de los oponentes consisten en neutralizar, herir o eliminar a sus rivales”. Por su parte Cross, Names y Beck (1979) a lo largo de su obra lo consideran “discrepancias entre dos o más personas”. Thomas (1976) en su obra *Journal of organizational behaviour* expresa la idea de conflicto como proceso que se origina cuando una persona percibe que otra ha frustrado o está a punto de frustrar alguno de sus objetivos o intereses<sup>16</sup>.

De este modo podríamos definir el conflicto de un modo sencillo afirmando que se trata de un enfrentamiento entre dos partes con distintas posiciones definidas por intereses incompatibles entre sí.

### ***3.1.2 Elementos que componen conflicto***

Los elementos que componen y definen el conflicto son las partes, el escalamiento o desarrollo del conflicto y el problema.

1. Las partes , elemento subjetivo del conflicto, serán aquellas figuras que se encuentran enfrentadas en el mismo y determinaran si el conflicto se produce a nivel intrapersonal, el que experimenta una persona consigo misma (una persona que se debate entre varias opciones antes de tomar una decisión); a nivel interpersonal, entre dos o más personas que representan intereses distintos (jefe y empleado); a nivel “intragrupal”, que se produce en el interior de un grupo (entre empleados de una misma

---

<sup>16</sup>Vera La Torre, J. Conflicto: Una visión integradora. *Revista Cultura*, Vol. 19,(No 19), 421 y 422. 1995. Disponible en: [http://www.revistacultura.com.pe/revistas/RCU\\_19\\_1\\_conflicto-una-vision-integradora.pdf](http://www.revistacultura.com.pe/revistas/RCU_19_1_conflicto-una-vision-integradora.pdf) (9/12/2016)

Coser, L. *The functions of social conflict*, Free Press of Glencoe., New York, 1964,pp. 151-157.

Cross, G., Names, J., & Beck, D., *Conflict and human interaction* , Kendall/Hunt Pub. Co., Dubuque, Iowa, 1979, p.65.

KW Thomas, *Journal of organizational behavior*, *Wiley Online Library*, Vol 13, nº 3,1992 ,P 265–274.

empresa); o a nivel intergrupual, aquel que se da entre dos o más grupos de individuos (entre patronal y sindicatos)<sup>17, 18</sup>.

Este elemento del conflicto influirá a través de las relaciones de poder entre las partes, sus percepciones sobre el conflicto, las emociones y sentimientos que los motiven, las posiciones que mantengan que serán definidas por los intereses y necesidades de cada una de ellas<sup>19</sup>.

2. La escalada (o desescalada)<sup>20</sup> o desarrollo define el devenir del conflicto, incluye la dinámica del conflicto es decir su evolución desde los intereses iniciales excluyentes de las partes hasta su escalamiento en disputa entre las mismas, la relación y comunicación entre éstas a lo largo de dicho desarrollo, los estilos de enfrentamiento que hayan surgido durante el mismo y los ciclos en los que haya desembocado cada actuación de las partes<sup>21</sup>.
3. Finalmente el problema, la esencia del conflicto, es en definitiva lo que está sucediendo entre las partes, su enfrentamiento. Este elemento determinará ante qué tipo de conflicto nos enfrentamos y cuáles serían las posibles estrategias para su resolución<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup>Llacuna Morera, J., Baraza Sánchez, X., & Bernal Rapela, A. *Formar, comunicar y negociar*. Barcelona: Editorial UOC (UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA). 2014.

En el formato disponible en la vista previa del libro no aparece el número de página, sin embargo esta información se encuentra en el Capítulo III, Caso Práctico 1, Cuestiones para la reflexión, 1.2 Elementos del Conflicto, 1.2.1 Personas, Niveles.

<sup>18</sup>Soletó, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., pp. 114 y 115.

<sup>19</sup> Cit.114

<sup>20</sup> Cit.114

<sup>21</sup> Cit.114

<sup>22</sup> Cit.115

### ***3.1.3 Tipos de conflicto según su causa***

Existen distintos métodos de clasificación de los conflictos, sin embargo considero que la clasificación según las causas de los mismos es la más adecuada para determinar el tipo de conflicto con el que vamos a tratar a la hora de negociar. De este modo, y a pesar de que muchos problemas suponen una combinación de más de un tipo de conflicto, los principales tipos son:

1. Conflictos sobre recursos: son aquellos que involucran necesidades que solo se pueden satisfacer a través de una cosa, que ambas partes quieren. El conflicto surge ya que la satisfacción de la necesidad de una parte es automáticamente excluyente de la de la otra parte.
2. Conflictos sobre necesidades psicológicas: se trata de aquellos conflictos que surgen debido a una necesidad inmaterial y psicológica de la parte, una necesidad que no se puede satisfacer a través del reparto de un recurso.
3. Conflictos que involucran valores: son aquellos que implican desacuerdos en cuanto a las creencias de las partes<sup>23</sup>.

Generalmente en el mundo jurídico los conflictos a los que nos tenemos que enfrentar son conflictos sobre recursos, si bien dichos conflictos no son fácilmente solucionables a través de un reparto material de dichos recursos, las necesidades psicológicas y los valores entran siempre en juego a la hora de solucionar estos conflictos y por ello requieren de una resolución completa y que atienda a todos estos aspectos de la situación a la que nos enfrentemos.

### ***3.1.4 Métodos de solución de conflictos***

El propósito del estudio del conflicto es precisamente saber cómo enfrentarse al mismo para alcanzar una solución. Este enfrentamiento puede llevarse a cabo desde distintas perspectivas que pueden variar dependiendo del tipo de conflicto, sus causas y

---

<sup>23</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., pp.113 y 114.

las posiciones de las partes; pudiendo adoptarse una postura de pacificación, de satisfacción, o ambas. Así surgen distintos métodos de resolución de conflictos:

### **1. *El empleo de la fuerza o “autotutela”***

Se trata del medio por el cual el conflicto se resuelve mediante la imposición coactiva de la voluntad de uno de los sujetos sobre el otro, de una de las partes, sin la intervención de un tercero o juez distinto de las partes.<sup>24</sup>

### **2. *El consenso: la autocomposición***

Este mecanismo para la solución de conflictos “se caracteriza por ser las partes en conflicto quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por un mutuo acuerdo,[...] deciden ponerle fin.” Dependiendo de las voluntades que intervengan en dicho acuerdo, los métodos “autocompositivos” pueden ser unilaterales, en los cuales es una de las partes quien a través del allanamiento, acto procesal del demandado por el que acepta las pretensiones dirigidas contra él en una demanda<sup>25</sup>;o renuncia, dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello<sup>26</sup>, es decir, dejación de su del derecho que pretende valer con su demanda, pone fin al conflicto. O bilaterales, como el desistimiento que es el abandono del proceso por parte del demandante sin renunciar al derecho subjetivo material o a la pretensión, con conformidad de la parte pasiva; o la transacción, que es un contrato extrajudicial bilateral y recíproco por el que las partes en conflicto finalizan el mismo intercambiando una serie de obligaciones<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., pp.29,30 y 31.

<sup>25</sup>Diccionario de la Real Academia Española, Definición de allanamiento. *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=1ustnZQ> (9/12/2016)

<sup>26</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Definición de renuncia, *Diccionario de la Lengua Española*, 2016, disponible en:, <http://dle.rae.es/?id=Vyqz9zm> (25/10/2016)

<sup>27</sup>S Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 32.

### 3. *La intervención decisoria del tercero: “heterocomposición”*

Este medio se caracteriza por la intervención de un tercero imparcial a quien las partes acuden y quién emitirá una decisión motivada, razonada y razonable que las partes acatarán. La jurisdicción en la cual dicha decisión proviene de un juez o magistrado a través de un proceso judicial empleando la legislación; y el arbitraje , en el cual las partes eligen a través de un acuerdo al tercero imparcial a quién someter su conflicto a solución; son los métodos “heterocompositivos” mayoritarios en el Ordenamiento Jurídico Español.

Como ya se ha señalado anteriormente, la negociación se clasificaría dentro de éstos métodos de solución de conflictos en el tipo del consenso, la autocomposición; puesto que encaja con las características que definen al mismo. Es decir, es un método de solución de conflictos en los que no interviene un tercero decisor, sino que son las partes las que a través del acuerdo de sus voluntades resuelven el conflicto.

## 4 TIPOS DE NEGOCIACIÓN SEGÚN LA ESCUELA DEL PON

Los estudios más exhaustivos sobre la teoría y técnica de la negociación son los realizados por el PON en *Harvard Law School*, que fundado en 1893 como una comunidad de profesores, estudiosos y estudiantes de la Universidad de Harvard es ahora un consorcio universitario dedicado al estudio y la práctica de la negociación<sup>28</sup>.

Según el PON la negociación debe ser clasificada dependiendo de cuál sea la base de la misma, las posiciones que toman las partes, o los intereses que fundan dichas posiciones. A su vez, el estudio de esta clasificación permite la comprensión de los distintos estilos de confrontación del conflicto en la negociación, caracterizadas por la actitud que toman los negociadores a lo largo del procedimiento negociador.

---

<sup>28</sup> PON, Welcome to the Program on Negotiation (PON), - *PON - Program on Negotiation at Harvard Law School*, 2016, disponible en: <http://www.pon.harvard.edu/about/> (9/12/2016)

#### 4.1 La negociación distributiva

La negociación distributiva es aquella en la cual las partes defienden sus posiciones sin entrar a estudiar otros elementos en juego de la negociación. Un ejemplo de este tipo de negociación sería aquella en que un vendedor reclama un valor de venta  $x$  y el comprador ofrece un valor de compra  $y$ , y reducen en caso de llegar a un acuerdo el espacio entre las dos posiciones hasta llegar a un punto común satisfactorio para ambos<sup>29</sup>.

En este tipo de negociaciones es clave el concepto de precio de abandono, que sería la condición límite que cada una de las partes estaría dispuesta a aceptar para que el acuerdo se llevara a cabo, que en una situación de compraventa para el vendedor sería un precio inmediatamente menor que el mínimo precio por el que vendería y para el comprador sería inmediatamente superior al máximo precio por el que compraría. Entre estos límites se encuentra la zona de posible acuerdo, en la que las partes deberán ajustar sus posiciones hasta llegar a la solución del conflicto<sup>30</sup>. En definitiva, la negociación distributiva parte de la idea de que cada uno de los negociadores tiene una posición y el que ejerza más poder en la negociación conseguirá imponer su posición y por tanto “ganar” la negociación.

El conocimiento así, en este tipo de negociación, de los intereses detrás de las posiciones de las partes se percibe como un modo de debilitarse y a consecuencia éstas no se manifiestan abiertamente. Esto produce que la comunicación en la negociación distributiva o por posiciones no sea flexible y mucho menos creativa. Por ello, el uso en general de este tipo de negociación no conlleva una mejora de las relaciones de las partes, sino incluso su deterioro, además de una ganancia no óptima ya que no exploran conjuntamente sus intereses<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 157.

<sup>30</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 158.

<sup>31</sup>Cit. P 158.

## 4.2 La negociación integradora

La negociación integradora o para la ganancia mutua se basa en la colaboración entre aquellos envueltos en la resolución del conflicto para la satisfacción de los intereses de las partes. Implica el conocimiento de los intereses de las partes para generar un campo más amplio de maniobra que permita optimizar las opciones de acuerdo y que éste sea beneficioso para ambas en la medida de lo posible, o en todo caso que no haya una parte que salga perdiendo con él<sup>32</sup>.

William Ury, uno de los precursores del “Método *Harvard* de Negociación” apunta que este tipo de negociación es la que permite que “todos salgan ganando”. Considera que la “magia” de esta modalidad se trata de encontrar las opciones que permitan una ganancia mutua, un resultado “*win-win*” (ganar-ganar) que, sin embargo, está condicionado por la actitud de las partes, que deberán colaborar entre ellos y abandonar las posturas de adversarios<sup>33</sup>.

## 4.3 Estilos de confrontación del conflicto

Según otras fuentes y teorías, la clasificación de los distintos tipos de confrontación del conflicto correspondería a los tipos de negociación, sin embargo, y tras informarme sobre la teoría desarrollada por los investigadores del PON, estoy de acuerdo con la afirmación de que la clasificación de la negociación como acomodada, competitiva, “evitativa” o colaborativa no atiende a las distintas características de la negociación ni a como ésta se lleva a cabo. Por el contrario, esta clasificación está definiendo la actitud que toman las partes ante dicha negociación y frente al resto de personas o partes involucradas en la negociación. A su vez, estas actitudes pueden ser tomadas en los tipos de negociación estudiados anteriormente, sin definir por ello a la negociación en sí misma.

---

<sup>32</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 158

<sup>33</sup> Los Siete Elementos De Negociación De Harvard, *Ser Gerente*, disponible en: <http://www.sergerente.net/los-siete-elementos-de-negociacion-de-harvard> (9/12/2016)



#### ***4.3.1 Negociación “acomodativa”***

O de acuerdo con los estudios del PON, actitud “acomodativa” de la parte; es aquella en la que una parte acepta, se adapta o acomoda a lo que la otra parte reclama o las opciones que éste plantea. Esta postura provoca que la parte que se acomoda no se identifique realmente con la decisión tomada y a menudo lleva a acuerdos poco satisfactorios y fructíferos<sup>34</sup>.

#### ***4.3.2 Negociación competitiva o actitud competitiva de la parte***

La actitud competitiva es la que tomará la parte con intención de “ganar” la negociación, que reaccionará rápidamente e intentando conseguir más que los demás. Esta actitud puede llevar a que el negociador se aleje de sus verdaderos intereses y, pese a posiblemente ganar la negociación se produzca un acuerdo poco eficiente y que deteriore o destruya la relación entre las partes<sup>35</sup>.

#### ***4.3.3 Negociación colaborativa o actitud colaborativa de la parte***

La actitud de colaboración es la postura más difícil de tomar puesto que supone dejar a un lado rivalidades y posiciones de confrontación e intentar mirar más allá del problema que se tiene, para pasar a analizar las posibilidades creativas de solución del conflicto en términos amistosos y de ganancia mutua.

#### ***4.3.4 Negociación “evitativa”***

La actitud de evitación del conflicto es el ejemplo que más manifiesta el hecho de que esta clasificación pertenece más al modelo de actuación o enfrentamiento que adoptan las partes que verdaderamente a la negociación en sí. La parte “evitativa” se

---

<sup>34</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p.162.

<sup>35</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p.162.

siente incómoda ante el conflicto y trata de que no se produzca una situación en que se encuentre como perdedor o deba mostrar sus intereses o posiciones<sup>36</sup>.

#### ***4.3.5 La actitud del transigente***

Finalmente, y pese a ni siquiera ser considerada un tipo de negociación es interesante mencionar la actitud del modo transigente. Es aquella actitud que toma el que trata de ser justo e imparcial en la negociación, el que simplemente trata de dividir los beneficios o satisfacer los intereses de modo más igualitario posible<sup>37</sup>. Ésta actitud es la más adoptada en sistemas de solución de conflictos “heterocompositivos” como el arbitraje o la jurisdicción aunque no siempre es la más recomendada ya que la igualdad no implica la justicia en la resolución del conflicto.

### **5 ELEMENTOS DE LA NEGOCIACIÓN SEGÚN LA ESCUELA DEL PON**

#### **5.1 Los sujetos que intervienen en la negociación**

El elemento subjetivo de la negociación se conforma por los sujetos que intervienen en ella, comprenden las partes que intervienen en el conflicto que da lugar a dicha negociación, sus intereses y posiciones que dan forma al conflicto así como terceros que se ven involucrados en la negociación.

##### ***5.1.1 Las partes en conflicto***

Las partes son las personas (físicas o jurídicas) entre las cuales se ha producido el conflicto que se soluciona a través de la negociación a la que deben haberse sometido voluntariamente y por tanto son quienes a través de ella deben ponerse de acuerdo para alcanzar el acuerdo que ponga fin al conflicto.

---

<sup>36</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p.162.

<sup>37</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 162.

Durante la negociación, las partes, y por tanto sus representantes cuyo papel se explica más adelante, deberán tener en cuenta varios elementos que han sido profundamente analizados por los expertos de la *Harvard Law School* en su estudio para el desarrollo de los mejores métodos y tácticas para la negociación en derecho. Destaca en este campo especialmente la obra “Obtenga el sí” del profesor Roger Fisher, quien considera:

#### **A. *Intereses y posiciones de las partes***

Los intereses son lo que mueve a las personas a reclamar algo<sup>38</sup>. Los intereses son la esencia, las necesidades de las partes y lo que las satisface, definen el problema que reside tras un conflicto y pueden tratarse de necesidades, deseos, percepciones o miedos de las partes<sup>39</sup>.

Las posiciones, por otro lado, aunque definidas en cierta medida por los intereses de cada parte son las posturas que las mismas toman ante el conflicto, el modo en que se enfrentan en el conflicto, “lo que las partes desearían hacer si tuvieran poder absoluto para ello”<sup>40</sup>. Así, las posiciones se toman con intención de satisfacer estos intereses, pero distintas posiciones pueden llevar a conseguir los mismos intereses.

Un ejemplo utilizado por diversos autores para explicar en términos más simples dicha diferencia sería una transacción entre dos personas que quieren una naranja. La parte A desea la naranja para hacer zumo y beberlo; mientras que la parte B quiere esa naranja para utilizar la ralladura de la cáscara para un pastel. Se enfrentan señalando cada uno que quiere la naranja para sí. La posición de ambas partes es querer la naranja señalando que uno la necesita más que el otro. El interés de A sería hacer zumo, mientras que el interés de B sería hacer su pastel. Sin embargo, ambas partes a través de

---

<sup>38</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p 164.

<sup>39</sup> Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000, Centro Libros PAPP, S.L.U , Barcelona, 2011, p. 61 y sigs.

<sup>40</sup> Malaret, J. *Negociación en acción*, Díaz de Santos, Madrid, 2007, p. 21.

la negociación podrían ceder en sus posiciones y adoptar una actitud flexible y abierta, que les permita compartir la naranja, satisfaciendo así ambos intereses.

### ***B. La relación entre las partes***

La relación es el vínculo que une a ambas partes, que puede ser anterior al conflicto o comenzar a raíz de éste. En todo caso la relación es un elemento determinante del devenir de la negociación puesto que puede ser necesario mantener una buena relación a largo plazo o aportar elementos condicionantes a la misma. Además, el desarrollo de la relación entre las partes a lo largo de la negociación es un factor que influenciará el acuerdo final, ya que una negociación producirá un mejor resultado si las partes han mantenido o mejorado su capacidad para trabajar colaborativamente, lo que posibilitará futuras negociaciones más fácilmente que una mala relación<sup>41</sup>.

#### ***5.1.2 El negociador como tercero***

Las partes que intervienen en una negociación están representadas y asesoradas por sus representantes legales que serán quienes velarán por sus intereses y tratarán en todo momento de hacer evolucionar el proceso negociador para que este fructifique de modo que el conflicto sea resuelto. En ningún momento de la negociación será él quien tome las decisiones en nombre de las partes o imponga una solución a las mismas, su tarea es actuar como las partes y facilitar la comunicación entre la parte a quién asesora y representa y la otra parte y su respectivo representante negociador.

La figura del negociador es especialmente relevante en la negociación como sistema de resolución de conflictos jurídicos pues es éste el que tiene el conocimiento del derecho y de las tácticas de negociación necesarias para presentar las opciones existentes y conducirla hasta un acuerdo satisfactorio.

Ésta posición es ejercida generalmente por los abogados de las partes, como sus representantes legales, pero dependiendo del tipo de negociación del que se trate puede

---

<sup>41</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 165.

llevarse a cabo por otros individuos, como los representantes del Ministerio Fiscal en negociaciones penales, los representantes sindicales en negociaciones en el campo del derecho laboral...

### ***5.1.3 Los stakeholders como terceros afectados***

Los *stakeholders* son aquellas personas u organizaciones que no participan en la negociación pero a quienes sí les afecta el resultado de esta. También sus intereses y objetivos deben estar definidos con el mismo rigor que los de las partes para que puedan ser tenidos en cuenta a lo largo de la negociación<sup>42</sup>.

Siguiendo el ejemplo anterior de las naranjas, serían stakeholders aquellos quienes fueran a beber el zumo que quiere hacer la parte A o quienes hayan de comer el pastel cocinado por la parte B, además del resto de personas envueltas en dichos procesos. Estas personas no tienen la posibilidad de intervenir en la negociación pero también es a ellos a quienes va a influir el resultado de la negociación.

## **5.2 Elementos que influyen en la negociación**

En la negociación intervienen 5 elementos más que, no dependiendo de las posiciones e intereses de las partes, influyen en el desarrollo de la negociación de manera que precisamente el buen manejo de los mismos lleva a que esos intereses puedan ser satisfechos a través del acuerdo. Estos elementos forman parte de los 7 elementos estudiados en la escuela de *Harvard* como elementos de la negociación:

### ***5.2.1 Las opciones de acuerdo entre las partes***

Las opciones son las distintas posibilidades de acuerdo que permiten que las partes puedan llegar a un acuerdo para cada cuestión a negociar y así satisfacer sus intereses<sup>43</sup>. Según explica Juan Malaret empleando también el ejemplo de la naranja, las opciones sobre la mesa de discusión serían: que A se quedara con la naranja, que B se

---

<sup>42</sup>Malaret, J. *Negociación en acción*, Diaz de Santos, Madrid, 2007, p.7.

<sup>43</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 165.

quedara con ella, que cortaran la naranja por la mitad, o que B se quedara con la cáscara para el pastel y A emplease la pulpa. El objetivo principal de la negociación sería así que el acuerdo que ponga fin a la misma se constituyera por la mejor de las opciones que se plantean ante las partes<sup>44</sup>.

### ***5.2.3 La legitimidad del acuerdo o los criterios que guían a las partes***

El acuerdo se podrá alcanzar más fácilmente y con un sentimiento de justicia para las partes si se tienen en cuenta en la negociación referencias externas y criterios objetivos que vayan más allá de la simple voluntad de las partes<sup>45</sup>. Así el acuerdo al que se llegue deberá ser respaldado por la ley y las costumbres en la medida de lo posible y cada una de sus premisas deberá ser razonada y decidida por ambas partes de modo que éstas encuentren el mismo bien fundamentado. Además lo más recomendable es que el acuerdo sea realizado conforme a criterios considerados justos y válidos, y lo más importante, compartidos por las partes, para así reforzar el efecto del mismo sobre las partes y su aceptación.

### ***5.2.4 La comunicación entre las partes***

La negociación tiene como base principal una comunicación eficiente y fluida entre las partes, que permita explorar los intereses y las opciones planteables para que ambas puedan satisfacer sus necesidades<sup>46</sup>.

Es la tarea principal de los representantes legales de las partes facilitar y guiar dicha comunicación a lo largo de todo el proceso para que éste sea fructífero y en la medida de lo posible provechoso para ambas partes.

---

<sup>44</sup> Malaret, J. *Negociación en acción*, Diaz de Santos, Madrid, 2007, p.26.

<sup>45</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p 165.

<sup>46</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p 165.

### ***5.2.5 El compromiso que adoptan las partes***

Es el objeto de la negociación, el acuerdo al que las partes se someterán como solución de su controversia. Para que se pueda calificar como bueno los compromisos han de ser realistas, claros y verificables, para facilitar que las partes lo acepten y decidan seguirlo en adelante y toman la forma que las partes deseen (escrito, documento público, privado, acuerdo verbal...) y expresen en el mismo<sup>47</sup>.

### ***5.2.6 Las alternativas al acuerdo disponibles para las partes***

Las alternativas son los recursos de que dispone cada parte si no se llega a un acuerdo, los movimientos que las partes pueden realizar por cuenta propia sin necesidad de que la otra esté de acuerdo, desde iniciar un pleito hasta abandonar la negociación<sup>48</sup>. Las alternativas al acuerdo negociado son un elemento que se encuentra fuera de la negociación, pero que influye en gran modo sobre ésta: cuando un negociador sabe que, si la negociación va mal con una parte concreta, aun puede satisfacer su interés con otra persona, se encuentra reforzado en la negociación actual; tiene más claras las condiciones de abandono de la negociación actual y es psicológicamente más fuerte en la negociación<sup>49</sup>.

## **5.3 El objeto de la negociación**

A pesar de que la negociación es una muy buena alternativa para la resolución de conflictos, en el sistema judicial español no todas las controversias pueden ser dilucidadas a través de la misma, existen diversos requisitos que deben cumplirse para que una solución alcanzada a través de la negociación entre las partes pueda ser admitida y considerada conforme a derecho y por tanto tenga efectos.

---

<sup>47</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p.165.

<sup>48</sup> Malaret, J. *Negociación en acción*, Díaz de Santos, Madrid, 2007, p.18.

<sup>49</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p.165.

## ***La disponibilidad como requisito para que una materia sea objeto de negociación***

Como ya se ha mencionado en referencia a la naturaleza de la negociación, en el derecho español existen materias que se encuentran reguladas de modo que se permita a los justiciables disponer de ellas. La Constitución Española, al proclamar la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico<sup>50</sup>, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamentos del orden político<sup>51</sup>, así como, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa<sup>52</sup>, pone de manifiesto la libertad de los justiciables para decidir sobre los conflictos que tengan relación con éstos derechos, sobre los que se considera que tienen poder de disposición.

En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno, entendiendo poder de disposición como la capacidad que tiene el titular de un derecho de administrarlo, emplearlo o renunciar al mismo. Por ello se pueden considerar manifestaciones del mismo: el inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte; la determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes; la congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes; la finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes a través de la renuncia, el allanamiento, la transacción el desistimiento o, en su caso, la caducidad de la instancia<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup>Art. 1.1 Constitución Española: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”

<sup>51</sup>Art. 10.1 Constitución Española: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

<sup>52</sup>Art.33.1 Constitución Española: “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*”

Art. 38 Constitución Española.: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”

<sup>53</sup> Juan Pico I Junoy, La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites, *Revista del Poder Judicial* nº51. Tercer trimestre 1998. Pag 271.



Nuestro ordenamiento jurídico y especialmente nuestra constitución optan por realizar una distinción entre intereses privados o bienes jurídicos disponibles, sobre los que se admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares; e intereses públicos o indisponibles, salvaguardados a iniciativa del propio estado, al que pertenece el poder de protegerlos. Es decir, existen bienes jurídicos que el derecho en el sistema de derecho español que no permite que manejen a su propia discreción, y precisamente aquí se encuentra el límite material a la negociación como método de solución de conflictos; sólo serán susceptibles de solución a través de negociación aquellos conflictos que versen sobre derechos y bienes jurídicos disponibles.

De esta manera las partes envueltas en un litigio podrán decidir la forma de resolverlo, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades, excepto si la materia en la que se genera el litigio es indisponible, cuando sólo se puede acudir a la jurisdicción<sup>54</sup>.

El ordenamiento jurídico debe expresar claramente la frontera entre lo renunciabile, lo privado; y lo irrenunciabile, el derecho sobre el que el individuo tiene la capacidad de disponer o no, puesto que un derecho es renunciabile por su titular, disponible, en la medida en que al sistema normativo le resulte relevante o indiferente el hecho de que dicho derecho permanezca o no en la esfera de poder de su titular<sup>55</sup>.

Así algunos ejemplos en que se manifiesta esta frontera en la regulación pueden ser el artículo 19 de la LEC en que se regula el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones<sup>56</sup>, el art. 8 del Real Decreto Ley 17/1977 en que se trata lo que

---

<sup>54</sup>San Cristóbal Reales, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil." *Anuario Jurídico Y Económico Escorialense*, XLVI(39-62), 2013, p 50.

<sup>55</sup>de la Villa Gil, L., El principio de indisponibilidad de los derechos laborales. Sistemas de ordenación de fuentes laborales. Los problemas de concurrencia. Ley, autonomía colectiva y autonomía individual, *Cuadernos De Derecho Judicial*, 4, 1993, p 1-13.

<sup>56</sup> Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión:

*"1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo,*

puede ser negociado en un convenio colectivo<sup>57</sup> o, por el contrario, el art. 1 del CC que al establecer las normas que rigen el ordenamiento jurídico español cierra la puerta a la negociación a las materias reguladas por las mismas<sup>58</sup>.

---

*excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.*

*2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.*

*3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.*

*4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.”*

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE 8 de enero de 2000).

<sup>57</sup> Artículo 8

*“1. Los convenios colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho.*

*2. Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo.”*

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. (BOE de 09 de Marzo de 1977).

<sup>58</sup> Artículo 1:

*“ 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*

*2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*

*3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.*

*4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*

*5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».*

## **6 PARTICULARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN EN DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO**

### **ESPAÑOL**

La negociación como sistema alternativo de solución de conflictos va adquiriendo mayor presencia y relevancia en las distintas disciplinas de derecho que componen el sistema de derecho español, prueba de su utilidad como complemento al sistema judicial clásico y de su capacidad de dar soluciones novedosas a los conflictos que se plantean en la actualidad.

A continuación se hace referencia a las manifestaciones de la negociación en algunas de éstas disciplinas.

#### **6.1 Negociación en Derecho Civil**

Es en el campo del Derecho Civil dónde se muestra la mayor utilidad y presencia de la negociación como sistema de resolución de conflictos debido a la naturaleza privada de la generalidad de derechos y figuras reguladas por éste. A su vez, es el Código Civil (CC), junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el que regula con mayor exhaustividad aquellas materias de que los litigantes pueden disponer.

En primer lugar, esta regulación realizada por el Código Civil se pone de relevancia en el artículo 1809 y siguientes del CAPÍTULO I De las transacciones, del TÍTULO XIII De las transacciones y compromisos; que estando en concordancia con lo expresado en el artículo 19 de la LEC que reza “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse

---

*6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*

*7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.”*

a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”, postula las condiciones para que las partes puedan transigir, es decir, evitar la provocación de un pleito o poner término al que ya había comenzado a través de la negociación de un acuerdo y por tanto señala materias sobre las que sí está permitido negociar.

Por otro lado, el artículo 6.2 CC al postular que “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.” supone el contrapunto negativo a los artículos anteriores y colabora en la delimitación de las materias susceptibles de negociación.

De este modo, y según apunta Susana San Cristóbal Reales, se establece que no serán susceptibles de ser objeto de negociación:

1. Las controversias relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, las que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y las que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. Sin embargo, se puede negociar respecto a las pretensiones de naturaleza patrimonial<sup>59</sup>.
2. Todas aquellas controversias en las que por razón de la materia o en representación y defensa de menores, incapacitados, o ausentes, intervenga el Ministerio Fiscal<sup>60</sup>.
3. Las controversias relativas a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos<sup>61</sup>. Respecto a los alimentos futuros, la jurisprudencia, ha venido admitiendo

---

<sup>59</sup>San Cristóbal Reales,S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil.” *Anuario Jurídico Y Económico Escorialense*, XLVI(39-62), 2013, p 55.

<sup>60</sup> Cit. P 55.

<sup>61</sup> Artículo 1814: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.” Código Civil.

Artículo 718. Liquidación de frutos y rentas. Solicitud y requerimiento al deudor.

la posibilidad de transigir los alimentos que tengan un origen distinto de la ley. No cabe renunciar a reclamarlos en caso de necesidad<sup>62, 63</sup>.

4. Las controversias que no puedan ser objeto de contrato conforme al artículo 1271 CC<sup>64</sup>. Cuando el acuerdo al que lleguen las partes a través de una negociación, no afecte exclusivamente a las partes del proceso de negociación, celebrado en el ámbito de la autonomía de la voluntad negociada<sup>65</sup>, sino a terceros, o al interés o al orden público (art. 6.2 CC)<sup>66</sup>.
5. Los acuerdos que estén en contra del interés y orden público, compuesto por el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico<sup>67</sup>.

---

“Si se solicitase la determinación de la cantidad que se debe en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, el tribunal requerirá al deudor mediante providencia para que, dentro de un plazo que se determinará según las circunstancias del caso, presente la liquidación, ateniéndose, en su caso, a las bases que estableciese el título”.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE 8 de enero de 2000).

Artículo 551. Despacho de la ejecución. Irrecurribilidad.

1. Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

<sup>62</sup> Artículo 151: “No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.” Código Civil

<sup>63</sup> Cit.

<sup>64</sup> Artículo 1271: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.” Código Civil

<sup>65</sup> Artículo 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Código Civil

<sup>66</sup> Cit.

<sup>67</sup> Cit.

### ***6.1.1 La negociación en los procesos de familia***

La negociación, unida a la mediación y en ocasiones comprendida como un elemento clave de la misma, ha demostrado su gran utilidad en el ámbito del derecho de familia puesto que ésta centra gran parte de su desarrollo en las relaciones entre las partes que son la característica principal y más problemática de los procesos de familia.

Si bien estos procesos están regulados de manera exhaustiva a través del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que existe un interés público en el control del Estado Civil y la protección de los menores; también contienen elementos de carácter dispositivo por lo que la regulación contempla la posibilidad de acuerdo entre las partes sobre ellos<sup>68</sup>.

### **6.2 La negociación en el Derecho Penal**

Entorno a la utilización de la negociación como método alternativo al proceso judicial como solución a conflictos penales existe una gran controversia, y es que es precisamente en los límites entre el poder dispositivo de los justiciables y el orden público donde se encuentra la negociación en este campo del derecho.

Si bien es precisamente en esta disciplina en una de las que se da una mayor cantidad de controversias que causan una sobrecarga en el sistema judicial, que podría ser aliviada empleando las ADR, también son éstas algunas de las controversias más delicadas reguladas por el ordenamiento jurídico. Y son delicadas puesto que versan sobre violaciones del derecho penal, cuyo propósito y función es proteger bienes jurídicos a través de la imposición de una pena a quienes los ataquen. Puesto que el objetivo del Derecho Penal a través de la protección de dichos bienes jurídicos es ejercer como guía para la actuación de la sociedad y para preservar el orden en su armonioso funcionamiento, señalando los valores que deben regirla y actuando como método prevención de las desviaciones de esa guía asignándoles una reacción del Estado a través del sistema judicial que censure o castigue las mismas.

---

<sup>68</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 44.

Así, hay corrientes que consideran que no existe una justificación jurídico-penal para admitir la negociación en el proceso penal. Pues ello supone modificar el modelo de orientación; es decir, el modo de proteger determinados bienes jurídicos (a los que el legislador, al tipificar una conducta como delictiva ha considerado merecedores de esa tutela concreta)<sup>69</sup>.

Con la negociación en el proceso penal se convierte a la norma de sanción en un objeto de negociación y con ello, se ve minado el carácter imperativo del sistema de justicia penal. Puesto que a través de la negociación se permite que no se imponga la pena que la protección del bien exige, sino una mucho menor y con ello, a largo plazo, se daña la tarea de protección de bienes jurídicos del Derecho penal<sup>70</sup>.

Según consideran autores como Mercedes Herrera, a través de la negociación en el proceso penal se ponen parcialmente a disposición del acusado y del Fiscal las consecuencias del delito. Lo que provoca una disminución en la eficacia del propósito del derecho penal en aquél que comete el injusto penal, puesto que éste sabe que a través de una negociación procesal puede recibir una considerable disminución de la pena que, en principio, le corresponde. Estos autores también consideran que esto provoca un efecto negativo en la función como guía del derecho penal, en la medida que disminuye la confianza de la población en la vigencia de la norma penal.

Jesús María Silva Sánchez propone adoptar un sistema penal con dos niveles de reglas de imputación, así como de garantías jurídico-penales y procesales, en función de si la pena a imponer es de prisión (especialmente penas de prisión de larga duración) o

---

<sup>69</sup> Herrera, M., La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal: Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. *Política Criminal*, 11(21), 229-263, P89., 2016, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en) (9/12/2016)

<sup>70</sup> Herrera, M., La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal: Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. *Política Criminal*, 11(21), 229-263, P90, 2016, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en) (9/12/2016)

de otra clase. De tal modo que, en el nivel de penas privativas de libertad, se mantengan los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad<sup>71</sup>.

A fin de distinguir los delitos en los que se puede permitir la negociación en el proceso penal de aquellos en los que ésta se debe excluir, se podrían establecer tres grupos: Al primer grupo pertenecerían los delitos que siempre se pueden considerar como graves; por ejemplo: el asesinato, las lesiones dolosas graves, el secuestro, la tortura, los atentados contra la indemnidad sexual de menores, el terrorismo. En ellos estaría excluida la negociación en el proceso penal. Al segundo grupo pertenecerían los delitos en los cuales es necesaria una ponderación previa para determinar si, en el caso concreto, la negociación en el proceso penal estaría permitida. Según la intensidad de la afectación del bien jurídico y del elemento subjetivo, así como de otros factores que influyen en la determinación de la pena. Al tercer grupo pertenecen los delitos en los cuales la negociación en el proceso penal siempre estaría permitida por tratarse de delitos leves. Se podría considerar leve por ejemplo el delito de hurto.

Aunque el bien jurídico patrimonio goza de reconocimiento constitucional, el conflicto puede ser solucionado de otro modo (por ejemplo a través de la negociación en el proceso penal), sin que con ello se vea afectada la confianza en la norma jurídica y en la protección que el patrimonio merece<sup>72</sup>.

Merece una especial mención la negociación en los procesos penales sobre menores que se regula en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores a través de sus artículos 19, 32, 36 y 40, por los que se permite la negociación entre el menor; y el Ministerio Fiscal y la víctima<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Silva Sánchez J.M., *La expansión del Derecho penal*, Civitas Ediciones S.L., 2001, p. 175.

<sup>72</sup> Herrera, M., La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal: Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. *Política Criminal*, 11(21), 229-263, P145., 2016, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en) (9/12/2016)

<sup>73</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE de 13/01/2000).



---

Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

“1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.”

Artículo 32: Sentencia de conformidad.

“Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite.

Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.

Cuando la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.”

Artículo 36. Conformidad del menor.

“1. El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden.

### 6.3 La negociación en el Derecho Administrativo

Es sorprendente la presencia de la negociación en una disciplina del derecho de naturaleza claramente pública como es el Derecho Administrativo, y sin embargo debido a que la Administración en muchas ocasiones se comporta como un ciudadano más en los conflictos en que se ve envuelta por la materia de los mismos la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1989 LJCA en su disposición final primera establece la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala que “En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil.”

Así es como artículos como el 77 de la LJCA observan la negociación como sistema de solución de conflictos en la medida en que dispone:

1. “1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de

---

2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

4. Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla.”

transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

2. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.
3. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.
4. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.”

Así mismo, se recoge la negociación como método de solución de conflictos a disposición de los justiciables a través de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, especialmente en su art. 15, en la medida en que este recoge la negociación como uno de los métodos a los que los empleados públicos, funcionarios públicos, pueden recurrir para solucionar las controversias en que se vean envueltos, así como sus condiciones de trabajo, organización, etc<sup>74</sup>.

#### **6.4 La negociación en el Derecho Laboral**

Finalmente es en el campo del Derecho Laboral donde, a excepción del Derecho Civil, más se acude a la negociación como método de resolución de conflictos, siendo sus condiciones reguladas de forma exhaustiva a través del Estatuto de los Trabajadores.

Ejemplos de esta regulación son el artículo 3.5 del ET en la medida que señala materias disponibles por el trabajador y por tanto susceptibles de ser objeto de

---

<sup>74</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado* núm. 261 de 31 de octubre de 2015.

negociación<sup>75</sup>. O el art. 4 del ET que señala que: “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio. b) Libre sindicación. c) Negociación colectiva. d) Adopción de medidas de conflicto colectivo. e) Huelga. f) Reunión. g) Información, consulta y participación en la empresa.” Incluyendo específicamente la negociación como un derecho que puede ejercer el trabajador.

## **7. PROCEDIMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN, APORTACIÓN DE LA ESCUELA DEL PON**

El procedimiento de la negociación de la solución de un conflicto jurídico comienza en unas condiciones especiales al resto de negociaciones que se pueden llevar a cabo puesto que a la preparación de la misma preceden una serie de actuaciones que llevan a que los elementos de la misma estén más definidos ya que esta entra en juego cuando éstos ya se han expuesto previamente a través de la demanda, reclamación o denuncia interpuestas entre las partes. Así tanto los agentes o representantes legales que asesorarán a las partes y dirigirán la negociación; como los objetivos a conseguir y los medios a emplear a lo largo de ésta ya están establecidos por las mismas previamente a comenzar la negociación. Establecido así el contexto de la negociación pueden desarrollarse sus fases que se explican a continuación siguiendo las guías establecidas por el PON.

### **7.1 Fase preparatoria de la negociación**

Durante la primera fase del procedimiento de la negociación las partes realizan una labor de análisis introspectivo. Las partes estudian la negociación y recopilan toda la información disponible sobre sus propias necesidades y las de la parte contraria.

---

<sup>75</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE de 24/10/2015)

“ Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.”

Es aquí donde deben traducir los 7 elementos de la teoría del PON en los propios elementos de la negociación que van a llevar a cabo; deberán identificar sus verdaderos intereses detrás de la situación en la que se encuentran y priorizarlos además de tratar de averiguar los de la parte contraria; definir los criterios objetivos que desean que guíen su actuación y en los que pueden coincidir con la otra parte; idear las opciones de acuerdo para las distintas cuestiones que se plantearán, evaluar la relación entre las partes y decidir cómo se debe actuar consecuentemente con la misma; analizar el estado de la comunicación entre las partes e idear modos de mejorarla; reflexionar sobre la forma de los posibles acuerdos; e idear la alternativa al acuerdo en caso de que este no prospere<sup>76</sup>.

Esta es una fase clave en la negociación puesto que cuanto más exhaustivo y detallado sea el análisis realizado por la parte más capacitada estará esta para enfrentarse a la parte contraria expresando sus necesidades y adelantándose a los acontecimientos, facilitando así que el acuerdo se llegue a producir.

## **7.2 Fase de inicio y programación de la negociación**

Es en este momento cuando comienza la negociación propiamente puesto que ambas partes se reúnen para establecer las condiciones o reglas que regirán la negociación. Como ya hemos visto el principio que rige la negociación es la autonomía de la voluntad, toda vez que se respeten los límites legales al principio dispositivo, y es por ello que se permite a las partes que sean ellas las que decidan las cuestiones prácticas y formas de actuación; lo que hace que cada negociación sea única y pone de manifiesto la naturaleza multidisciplinar de la negociación puesto que las partes son capaces de adaptar la misma a cada jurisdicción en que se lleve a cabo.

Algunas de las cuestiones que es recomendable tratar serán la forma y lugar de las reuniones, la extensión de la negociación y las reglas básicas de la misma, así como las

---

<sup>76</sup> Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 169.

cuestiones sobre las que se va a debatir y las distintas posibilidades de acuerdo que se barajan inicialmente<sup>77</sup>.

### **7.3 Fase de desarrollo de la negociación**

La fase de negociación se trata de la fase en que se lleva a cabo la negociación en su término más literal, en la que las partes exploran los intereses y las opciones para las cuestiones a negociar<sup>78</sup>.

En ella es donde las partes pueden poner en práctica el método desarrollado por los profesores de la escuela del PON de Harvard, quienes recomiendan el estilo o tipo de negociación integradora para alcanzar un resultado óptimo a través de la misma. Esta táctica o método se basa en cinco pilares para el desarrollo de la táctica de negociación:

#### ***7.3.1 Separar a las personas del problema:***

A lo largo de una negociación no se debe olvidar que se está tratando con personas que tienen una determinada relación entre ellas, además de emociones, sentimientos e intereses distintos, lo que puede llevar a confusiones, malentendidos y tensión entre ellas.

Por esta razón es necesario separar el problema a tratar, de las personas con las que se está tratando, es decir, percibir a la otra parte como alguien con un interés opuesto a quién se debe tratar de comprender y con quién debemos comunicarnos de la forma más efectiva posible, y, de forma más simple, no como un enemigo que está causándonos un problema. Y así atender al problema en sí no a la persona con quien ha surgido el conflicto<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup>Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011, 1ª ed., p. 169.

<sup>78</sup> Cit. Pag 170.

<sup>79</sup>Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000, Centro Libros PAPP, S.L.U , Barcelona, 2011, p. 35 y sigs.

### ***7.3.2 Centrarse en los intereses, no en las posiciones:***

Según los autores de “Obtenga el sí.” el problema básico en una negociación no reside en las posiciones en conflicto, sino en el conflicto entre las necesidades, los deseos, las preocupaciones y los miedos de cada parte.

Por ello el esfuerzo de las partes debe centrarse en conciliar los intereses y no las posiciones; puesto que para cada interés suelen existir varias posibles posiciones que podrían satisfacerlo y porque detrás de cada posición opuesta hay muchos más intereses que los que se encuentran en conflicto que pueden ser compartibles.

Preguntando y debatiendo sobre el porqué de la posición de cada parte éstas pueden llegar a darse cuenta de éstos intereses en común y hacer que prevalezcan para facilitar el acuerdo<sup>80</sup>.

### ***7.3.3 Inventar opciones en beneficio mutuo***

Para llegar a una opción que beneficie a ambas partes es necesario dar paso a la creatividad que queda olvidada cuando las partes se encierran en sus posiciones.

En primer lugar cada parte podrá realizar una sesión en que pueda inventar todas las ideas posibles para después clasificarlas y decidir cuáles son las más aceptables, para trabajar en la mejora de las mismas. Los profesores del PON recomiendan después realizar una sesión similar conjuntamente con la otra parte siempre siendo cautos sobre lo que y cuánto se comunica. En este momento se debe tener en cuenta que no se está buscando un único camino adecuado sino un espacio para negociar sobre el que construir algo más a lo largo de la negociación.

Teniendo en cuenta los intereses comunes o compartidos que se han descubierto se proponen y estudian las opciones que puedan satisfacerlos en mejor medida teniendo en cuenta a su vez los intereses de cada una de las partes y sus preferencias<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Cit. P 59 y sigs.

### **7.3.4 Insistir en utilizar criterios objetivos**

Esta es, en cierta manera, la clave del método más sencilla de llevar a cabo por las partes de una negociación sobre un conflicto jurídico; se propone basar las opciones y el acuerdo final en principios y criterios objetivos. Y es fácil de llevarse a cabo puesto que generalmente el conflicto que se produzca estará regulado en cierta medida en el ordenamiento jurídico y, en caso de no estarlo, sí lo hará una situación similar. Así las partes deberán acordar que criterios objetivos que consideren o que encuentren en el derecho desean que actúen como guía para la solución de su conflicto a través de un acuerdo juicioso e imparcial, y de forma amistosa y eficaz<sup>82</sup>.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, un acuerdo que las partes consideran justo y legítimo facilita su responsabilidad y satisfacción con el mismo permitiendo que sea una solución a largo plazo y estable del conflicto.

### **7.4 Fase de consecución de acuerdos**

Una vez que las partes hayan concluido cuál es la opción más beneficiosa para ambos como solución del conflicto, deberán plasmarla en un acuerdo, que deberá recoger todas las particularidades que suponga así como sus consecuencias, efectos, modos de impugnación... que podrá ser verbal o escrito, y tomar forma de contrato, reglamento, convenio...

La regulación de este tipo de acuerdos depende de la forma que tome el mismo y tanto sus efectos y consecuencias como sus modos de impugnación se observan en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico español, y son desarrollados más adelante en este trabajo.

---

<sup>81</sup> Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000, Centro Libros PAPF, S.L.U , Barcelona, 2011, p. 75 y sigs.

<sup>82</sup> cit. P 101 y sigs.



## **7.5 Fase de monitorización y revisión**

En el caso de que el acuerdo alcanzado, finalizado el desarrollo de la negociación, prospere puede ser que éste genere obligaciones de tracto sucesivo y por ello es habitual que se establezcan formas de monitorización y revisión del mismo que se realizarán en una fase final del procedimiento negociador, que se alargará durante todo el periodo de vigencia del acuerdo en caso de ser pertinente.

Así mismo, es posible que pese a haberse alcanzado un acuerdo con el que, en un principio las partes estuvieran conformes, puede darse el caso de que existan circunstancias que cambien esta situación y por tanto las partes deseen invalidar el acuerdo. En tal caso el ordenamiento jurídico también establece sistemas que permiten a las partes impugnar dicho acuerdo, para tratar de anular su validez. Estos sistemas se desarrollan más adelante en este trabajo.

## **8 EFECTOS DEL ACUERDO NEGOCIADO**

Los efectos del acuerdo al que se ha llegado en la ya explicada “fase de consecución de acuerdos” se regulan principalmente en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y generalmente ésta regulación se puede extrapolar a los acuerdos adoptados en el resto de jurisdicciones.

En caso de que el acuerdo tome forma de contrato el mismo se regirá por lo establecido en el CC en los artículos 1254 y siguientes, en los que se establece entre quiénes produce efectos el contrato, que se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo a su cumplimiento sino también al de las consecuencias del mismo que sean conformes con la buena fe, el uso y la ley.

En cuanto a los efectos del acuerdo como contrato el CC en los artículos 1278 y siguientes establece, por una parte que los contratos serán obligatorios siempre que

cumplan con las condiciones para su validez, y por otro, los casos en que dichos contratos o acuerdos deben constar en documento público<sup>83</sup>.

El contrato, pese a obligar tan sólo a las partes que intervienen en él puede tener efectos con relación a terceros, a quienes no pueden perjudicar, a tenor de lo dispuesto en el art 1195 CC. Sin embargo existen formas contractuales, como el convenio colectivo que obliga a trabajadores que no han intervenido en la creación del mismo; o el contrato en favor de tercero en el que una parte se obliga a realizar una prestación en favor de un tercero.

Por otro lado, el acuerdo, en cuanto se lleva a cabo en el contexto de un proceso judicial, se denomina transacción, la cual está regulada en el artículo 1809 y siguientes del CC estableciendo que: “La transacción es un 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.”

---

<sup>83</sup>CC, Artículo 1278. “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

CC, Artículo 1279. “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

CC, Artículo 1280. “Deberán constar en documento público:

- 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.
- 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.
- 3.º Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.
- 4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.
- 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.
- 6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.”

Tras expresar los objetos sobre los que está permitido transigir el CC establece sobre qué tiene efectos la transacción, que solo comprende los objetos expresados determinadamente en ella o que deban reputarse comprendidos en la misma y señala, en el art. 1816 que tiene para las partes efectos de cosa juzgada.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil que trata la transacción en el artículo 19 y siguientes establece primeramente que “Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior”, es decir, a la buena fe y el ordenamiento jurídico, “será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin”.

Además señala que ésta se puede realizar “en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia”. Incluso señala que a través de la transacción como acuerdo alcanzado para poner solución o fin al conflicto “las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.”<sup>84</sup>

La transacción a su vez puede poner fin al conflicto tomando forma de las figuras establecidas en los artículos 20, 21 y 22 de dicha ley:

Sobre la renuncia, definida previamente como o renuncia, dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello, es decir, dejación de su del derecho que pretende valer con su demanda; establece que cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. Y que, en este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante.

En cuanto al desistimiento que es el abandono del proceso por parte del demandante sin renunciar al derecho subjetivo material o a la pretensión, con conformidad de la parte pasiva; expresa que “el demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la

---

<sup>84</sup> Art. 19. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE 8 de enero de 2000).

demanda o citado para juicio.” En el caso de que el demandado prestare su conformidad al desistimiento o no se opusiere a él dentro del plazo de 10 días, por el Secretario judicial se dictará decreto acordando el sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. Sin embargo, si el demandado se opusiera al desistimiento, el Juez resolverá lo que estime oportuno<sup>85</sup>.

En caso de que la transacción suponga un allanamiento, acto procesal del demandado por el que acepta las pretensiones dirigidas contra él en una demanda, el art. 21 de la LEC señala que “Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.”

Por otro lado, “cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso”<sup>86</sup>.

Finalmente, el artículo 22 trata la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, que en nuestro caso supondría que se ha alcanzado un acuerdo que permite la solución del conflicto en términos nuevos o distintos que posibilitan que se prescinda de la continuación del litigio. En este caso la ley determina que “cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconvinente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario judicial la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas”.

---

<sup>85</sup> Art 20. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE 8 de enero de 2000).

<sup>86</sup> Art. 21. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE 8 de enero de 2000).

Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, es decir no estuviera de acuerdo finalmente con la solución acordada en la negociación, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, el Secretario judicial convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto. Así y pese a haberse llevado a cabo la negociación, terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión. Finalmente, la ley establece que contra el auto que ordene la continuación del juicio no cabrá recurso alguno. Contra el que acuerde su terminación, cabrá recurso de apelación<sup>87</sup>.

Como vemos, y pese a los esfuerzos de las partes cabe la posibilidad que aún conseguido un acuerdo éste no sea finalmente del agrado de las partes no alcanzándose así una solución al conflicto y es por ello que la ley observa la continuación del proceso judicial.

## **9 LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO NEGOCIADO**

Como ya se ha mencionado, en la fase final del procedimiento negociador, “fase de monitorización y revisión” puede darse la posibilidad de que una de las partes o ambas decidan no continuar con el acuerdo alcanzado. La legislación española permite a través de los medios disponibles en distintas disposiciones de su ordenamiento que las partes soliciten la impugnación de dicho acuerdo.

El Código Civil señala como causas que la parte puede alegar para anular la validez de la transacción en su art. 1817 el error, dolo, violencia o falsedad de documentos, por cuanto y según lo dispuesto en el artículo 1265 el consentimiento prestado por estas razones será nulo. Así mismo expresa las condiciones en que no se puede transigir o bajo qué circunstancias exclusivas y que por tanto serían causa de anulación de la transacción cuando señala en su art. 1811 que: “El tutor no puede

---

<sup>87</sup>Art. 22. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE 8 de enero de 2000).

transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código.”; que “las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.” como expresa el art. 1812; o que: “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros” de acuerdo con el art. 1814.

Sin embargo el art. 1818 establece que el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe. Entiendo esta cláusula en el sentido de que para llegar a esa transacción a través de la negociación, las partes han realizado una tarea de descubrimiento y análisis de la información; además de haberse sometido de modo voluntario a dicha negociación de manera que han renunciado a otras posibilidades de resolución.

Por su parte, el art.1819 permite que, estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebre transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, ésta pida que se rescinda la transacción. Aunque también señala que la ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción.

Finalmente, ya que el acuerdo puede tomar forma de contrato, éste podrá ser impugnado por aquellas razones que supongan la invalidez del contrato, es decir, por la ausencia de alguno de los elementos esenciales para la validez del contrato según establece el art. 1261 cuando señala que “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. ° Consentimiento de los contratantes. 2. ° Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. ° Causa de la obligación que se establezca”; y porque su contenido sea contrario al ordenamiento jurídico y el orden público<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> CC, Artículo 1262. “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

CC, Artículo 1263. No pueden prestar consentimiento:

## 10 LA NEGOCIACIÓN EN EL SISTEMA LEGAL ESTADOUNIDENSE

El sistema legal de Estados Unidos difiere en gran medida del sistema español en muchos aspectos, sin embargo ambos se rigen por una norma soberana de toda la legislación, su Constitución. Y, si bien, al igual que en el sistema español no existe una ley específica sobre la negociación, ésta está regulada a través de otras normas de manera más minuciosa que en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la ya mencionada Constitución de los Estados Unidos de América recoge en su primera enmienda la libertad de los ciudadanos y las restricciones

---

“1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”

CC, Artículo 1264. “Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer.”

CC, Artículo 1265. “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

CC, Artículo 1266. “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.”

CC, Artículo 1267. “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.”

CC, Artículo 1268. “La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.”

CC, Artículo 1269. “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.”

CC, Artículo 1270. “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.”

Código Civil Español.

del estado ante la misma en cuanto señala que “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.”<sup>89</sup> Y por lo tanto garantiza el principio de disposición que recoge la Constitución Española y el Código Civil.

Sin embargo, en la legislación estadounidense la negociación, como sistema alternativo de resolución de conflictos, aparece regulada a través de la regulación de los contratos. En E.E.U.U. el derecho de contratos es una disciplina en sí misma que, a pesar de garantizar una gran libertad y autonomía a la hora de crear dichos contratos, regula cada tipo de contrato y sus particularidades con gran detalle. Es aquí donde encontramos la mayor manifestación de la regulación de la negociación, como particularidad de cada tipo de contrato. Algunos ejemplos de dicha regulación son la sección 1104 “*Negotiation of contract*” del título 40 “*Public Buildings, Property, And Works*” del *United States Code*<sup>90</sup>; la Secc. 101.89 “*Negotiations*” sobre telecomunicaciones en el “*Code of Federal Regulations*”<sup>91</sup> o la Secc. 535.609 “*Negotiations*” sobre el envío de mercancías en el mismo código<sup>92</sup>; entre muchos otros.

Así podemos observar cómo la negociación, aunque no regulada como una disciplina independiente, sí está regulada en el sistema estadounidense y de manera muy minuciosa a través de cada tipo de contrato. Es decir, a través de la regulación de los acuerdos a los que se puede llegar a través de la negociación, se establece cómo debe llevarse a cabo la negociación que dé lugar a los mismos. Además, no solo se establece el cómo debe ser negociado un acuerdo sino también qué puede ser negociado a través

---

<sup>89</sup> Enmienda 1, Constitución de los Estados Unidos de América, Ratificada el 15 de diciembre de 1791.

<sup>90</sup>United States Code, 2006 Edition, Supplement 1, Title 40 - PUBLIC BUILDINGS, PROPERTY, AND WORKS, United States Code, de 8 de enero 2008, Pub. L. 107-217, Aug. 21, 2002, 116 Stat. 1130.

<sup>91</sup> *Code of Federal Regulations (annual edition). Title 47: Telecommunication. Subjgrp: Policies Governing Fixed Service Relocation from the 18.58-19.30 Ghz Band. Thursday, October 1, 2015.*

<sup>92</sup> *Code of Federal Regulations (annual edition). Title 46: Shipping. Subpart F: Action on Agreements. Thursday, October 1, 2015.*



de este método, como pone de manifiesto el 49 U.S. Code § 80103 “*Negotiable and nonnegotiable bills*” sobre el transporte de bienes<sup>93</sup>.

Y, si bien, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, no existen normas que regulen la labor del negociador y sus particularidades, a diferencia de la figura del mediador, que sí esta regulada en el *Uniform Mediation Act* 2003, el negociador en un conflicto jurídico se rige por las normas de conducta establecidas en las *ABA Model Rules of Professional Conduct* que son las normas ético-profesionales que deben seguir los abogados en E.E.U.U. Estas normas establecen que el negociador, el abogado, debe poner siempre los intereses de su representado por encima de los propios, actuando siempre al amparo de la ley, estableciendo las consecuencias correspondientes a su actuación.[Rule 4.4(a) y Rule 8.4(d)]<sup>94</sup>.

Incluso en las normas procesales que regulan los distintos tipos de procedimientos disponibles en el sistema legal estadounidense se considera y regula la negociación, como muestra la norma federal de *Evidence* núm, 408 en cuanto establece que las negociaciones acuerdos de finalización de un proceso no pueden ser introducidos como prueba en juicio<sup>95</sup>. Por su parte las normas procesales civiles establecen que todo acuerdo llevado a cabo durante el curso de un procedimiento civil debe ser aprobado, homologado, por el tribunal<sup>96</sup>. De manera que se muestra como las normas procesales, similarmente a las leyes procesales españolas (LEC, LeCrim...) recogen la negociación como una figura a disposición del justiciable, formando parte de los métodos de resolución de conflictos recogidos por el ordenamiento jurídico.

De este modo se pone de manifiesto la diferente regulación sobre negociación existente en estos ordenamientos jurídicos. Mientras ambos carecen de una disposición

---

<sup>93</sup> 49 U.S. Code § 80103 - Negotiable And Nonnegotiable Bills, Pub. L. 103–272, § 1(E), July 5,1994.

<sup>94</sup>Model Rules of Professional Conduct, American Bar Association, Center for Professional Responsibility, Disponible en: [http://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents.html](http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html) (9 de diciembre de 2016)

<sup>95</sup> Rule 408, Compromise Offers and Negotiations, Federal rules of Evidence.

<sup>96</sup> Rule 23, Class Actions, Federal Rules of Civil Procedure.

que regule la negociación de manera independiente y exclusiva, se puede afirmar que en el sistema estadounidense ésta es más numerosa.

Además no solo es numerosa la regulación existente, sino que destacan especialmente los estudios realizados sobre la materia que plasman en obras de gran relevancia en el desarrollo de la negociación a nivel mundial como es “Obtenga el sí”, obra en que se fundamenta en gran medida este trabajo, o “*Attorney's Practice Guide to Negotiations*”<sup>97</sup>, la guía más completa y minuciosa sobre negociación para el abogado estadounidense.

Así la gran variedad de disposiciones que regulan la negociación, unida al hecho de que la teoría y práctica de la negociación estén tan desarrolladas en este país demuestra la diferencia en la relevancia que se le otorga a este método alternativo de solución de conflictos en España y en Estados Unidos.

---

<sup>97</sup> Ted A. Donner (Author), Brian L. Crowe (Author), *Attorney's Practice Guide to Negotiations*, Lexis Nexis. 2011

## CONCLUSIONES

Según se ha expresado a lo largo de este trabajo, la negociación como sistema de resolución alternativa de conflictos es una figura que ofrece una gran variedad de posibilidades para los justiciables y ventajas frente al clásico proceso judicial para mejorar y dar respuestas a los problemas de la situación actual del sistema judicial español.

Teniendo en cuenta la reciente aceptación de los sistemas alternativos de resolución de conflictos como la mediación, conciliación y arbitraje, y dada su naturaleza multidisciplinar y dispositiva, es comprensible el trabajo de regulación que aún es preciso para que la negociación se establezca en nuestro sistema con la misma fuerza y relevancia que ha adquirido en el sistema estadounidense; donde, como ya hemos observado, la teoría de la misma se ha desarrollado con más exhaustividad.

Sin embargo, escuelas tan influyentes como *Harvard Law School* a través del PON se han encargado de extender sus conocimientos sobre negociación y su práctica, haciendo hincapié en su utilidad más allá de los negocios empresariales; llegando a calar en sistemas jurídicos como el español.

Considero que la negociación es una alternativa que, teniendo en cuenta las necesidades de nuestro sistema, ha llegado para quedarse, ya que estas teorías y métodos importados de sistemas como el estadounidense son fácilmente adaptables a las posibilidades que nuestro ordenamiento jurídico ofrece, y regulables de modo que sean capaces de cubrir las necesidades del mismo, respetando a su vez la esencia de la negociación: la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo.

Prueba de este proceso es su aplicación cada vez más frecuente en jurisdicciones tradicionalmente más cerradas a sistemas alternativos por su naturaleza pública, como es la jurisdicción penal y la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y pese a su probada utilidad y ventajas, la negociación en general y hasta ahora ha sido la eterna olvidada en la conversación sobre sistemas alternativos de solución de conflictos puesto que ha sido considerada una fase o elemento del resto de sistemas. Sin

embargo, en mi opinión y como establezco a lo largo del trabajo se trata de una disciplina completamente independiente que permite la creación de opciones novedosas a través de la implicación de la parte, el individuo, en el proceso de solución de conflictos que no surgirían a través de otros sistemas.

Por último, me gustaría señalar que el aspecto más atractivo de esta disciplina, bajo mi punto de vista, y que generalmente no se observa, es su capacidad de acercar el derecho al ciudadano que se desenvuelve en una sociedad regulada por éste. La negociación permite a la persona acercarse al derecho y su funcionamiento, sintiéndose parte del sistema judicial que tutela sus derechos, implicándose más en su conocimiento y desarrollo y, en definitiva, creyendo más en su utilidad, necesidad, y funcionamiento.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LEYES**

Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado* núm.311, de 29 de diciembre de 1978, Secc. I, pp. 29313 a 29424.

Constitución de los Estados Unidos de América. Diciembre de 1791.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, de 8 de enero de 2000, Secc.I, pp 575 a 728.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Boletín Oficial del Estado* núm.11, de 13 de enero de 2000, Secc.I, pp 1422 a 1441.

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. *Boletín Oficial del Estado* núm.58, de 09 de Marzo de 1977, Secc. I, pp 5464 a 5470.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado* núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Boletín Oficial del Estado* núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado* núm. 261 de 31 de octubre de 2015

U.S. CODE.

Code of Federal Regulations.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 136, 24 de mayo de 2008.

## **LIBROS**

Coser, L. The functions of social conflict, Free Press of Glencoe., New York, 1964.

Cross, G., Names, J., & Beck, D., Conflict and human interaction, Kendall/Hunt Pub. Co., Dubuque, Iowa, 1979.

Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder. Gestión 2000, Centro Libros PAPP, S.L.U , Barcelona, 2011.

Llacuna Morera, J., Baraza Sánchez, X., & Bernal Rapela, A. *Formar, comunicar y negociar*. Barcelona: Editorial UOC (UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA). 2014.

Malaret, J. Negociación en acción, Díaz de Santos, Madrid, 2007.

Silva Sánchez J.M., La expansión del Derecho penal, Civitas Ediciones S.L., 2001.

Soletto, H., Carretero Morales, E., & Ruiz López, C., *Mediación y resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2011.

Ted A. Donner (Author), Brian L. Crowe (Author), *Attorney's Practice Guide to Negotiations*, Lexis Nexis. 2011.

## **RECURSOS DE INTERNET**

Diccionario de la Real Academia Española, Definición de negociación, *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMI8pcc>

Diccionario de la Real Academia Española, Definición de negociar, *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMTFYRQ>

Diccionario de la Real Academia Española, Definición de allanamiento. *Diccionario de la Real Academia Española*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=1ustnZQ>

Diccionario de la Real Academia Española, Definición de renuncia, *Diccionario de la Lengua Española*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Vyqz9zm>

Herrera, M., La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal: Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. *Política Criminal*, 11(21), 229-263, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016 disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en)

Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, Ministerio de Justicia, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: [http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009\\_2012.pdf](http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf)

PON, Welcome to the Program on Negotiation (PON), - *PON - Program on Negotiation at Harvard Law School*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.pon.harvard.edu/about/>

Los Siete Elementos De Negociación De Harvard, *Ser Gerente*, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.sergerente.net/los-siete-elementos-de-negociacion-de-harvard>

Técnicas de negociación: el clásico Método de Harvard basado en fuertes principios., *EstuarioSocial*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <https://estuariosocial.wordpress.com/2011/03/24/tecnica-negocial-el-clasico-metodo-de-harvard-basado-en-fuertes-principios/>

Técnicas de negociación: el clásico Método de Harvard basado en fuertes principios., *EstuarioSocial*, 2016, Consultado el 9 de diciembre de 2016, disponible en: <https://estuariosocial.wordpress.com/2011/03/24/tecnica-negocial-el-clasico-metodo-de-harvard-basado-en-fuertes-principios/>

Vera La Torre, J. Conflicto: Una visión integradora. *Revista Cultura*, Vol 19,(No 19), 421 y 422. 1995. Consultado el 9 de diciembre de 2016, Disponible en: [http://www.revistacultura.com.pe/revistas/RCU\\_19\\_1\\_conflicto-una-vision-integradora.pdf](http://www.revistacultura.com.pe/revistas/RCU_19_1_conflicto-una-vision-integradora.pdf)