

## El divorcio a través del proceso colaborativo: ¿esperanza o experiencia de una fórmula mejor?

Gutiérrez Sanz, María Rosa

Diario LA LEY, 3 de Abril de 2023, LA LEY

### ÍNDICE

[El divorcio a través del proceso colaborativo ¿esperanza o experiencia de una fórmula mejor?](#)

[I. Los conflictos de Derecho matrimonial: campo abonado para los ADR](#)

[II. ¿Estamos con el Derecho colaborativo ante una fórmula nueva de resolución de conflictos transformadora?](#)

[III. El proceso colaborativo no es una mediación sin mediadores](#)

[1. La estructura del proceso y el papel del mediador y del abogado como elemento diferenciador](#)

[2. La disqualificación o autoexclusión de los abogados](#)

[3. La intervención de una pluralidad de sujetos](#)

[4. Efectos jurídicos del acuerdo de mediación y del acuerdo al que se puede llegar al finalizar el proceso colaborativo](#)

[5. Los gastos de un proceso colaborativo y los gastos de una mediación un punto importante](#)

[IV. El acuerdo de participación: la primera piedra angular de la fórmula](#)

[V. Efectos de la inclusión de una cláusula de sumisión al proceso colaborativo en un contrato](#)

[VI. La idoneidad de las partes: la segunda piedra angular](#)

[VII. El abogado colaborativo: otra forma de ejercer la abogacía](#)

[VIII. El momento clave: saber elegir la herramienta más adecuada](#)

[IX. Bibliografía](#)

### Normativa comentada

*L 5/2012 de 6 Jul. (mediación en asuntos civiles y mercantiles)*

*L 60/2003 de 23 Dic. (arbitraje)*

*RDL 5/2012 de 5 Mar. (mediación en asuntos civiles y mercantiles)*

### Comentarios

#### Title

Divorce through the collaborative process: hope or experience of a better formula?

#### Resumen

La necesidad de adoptar métodos distintos del jurisdiccional para resolver los conflictos familiares se ha hecho cada vez más patente. Se busca conseguir una gestión positiva y transformadora de los conflictos familiares y para ello se emplean una pluralidad de herramientas, la inmensa mayoría de carácter autocompositivo. Entre ellas encontramos el llamado proceso colaborativo, con características propias que lo hacen válido, pero no para todos ni en todas las situaciones. No existe el procedimiento perfecto, estamos en la búsqueda del procedimiento menos malo y para ello debemos realizar un exhaustivo y sincero examen de las personas y de las situaciones.

#### Palabras clave

Conflictos familiares, ADR, uniones matrimoniales, divorcio. procesos de carácter colaborativo

#### Abstract

The need to adopt non-judicial methods has become more and more evident in the resolution of family conflicts. The aim is to achieving a positive and transformative management of family conflicts. To achieve this, a plurality of instruments are used, the vast majority of a self-compositional nature. Among others, we find the so-called collaborative process with its own characteristics that make it valid. Nevertheless, this collaborative process is not valid for all conflicts or in all situations. There is no perfect procedure. In this paper, I explore the search for the least bad procedure and for this I must carry out an exhaustive and sincere examination of people and situations.

#### Keywords

Family conflicts, ADR, marital unions, divorce, collaborative processes.



M.ª Rosa Gutiérrez Sanz

Catedrática de Derecho procesal

Universidad de Zaragoza. Árbitro



## I. Los conflictos de Derecho matrimonial: campo abonado para los ADR

Según ha señalado el Instituto Nacional de Estadística, el número de rupturas matrimoniales durante 2022 aumentó en un 13,2% respecto al año pasado, alcanzando así los 90.582. Lo cierto es que el número de conflictos que terminan en divorcio no para de crecer. Durante 2021 hubo un total de 86.851 divorcios, que supone a su vez un crecimiento del 32,4% en comparación a los registrados durante 2020. En cifras más palpables podemos decir que casi un 60% de los matrimonios terminan en divorcio y a esta cifra debemos añadir otro dato muy relevante y es que más del 50% de los afectados tiene hijos menores de edad.

Estos números ponen claramente de relieve que el conflicto matrimonial que desencadena un proceso judicial de divorcio estadísticamente es habitual, sin embargo ello no merma el hecho de que el paso por una situación de ruptura sea devastador para la mayoría de las personas. Este escenario provoca, en muchas ocasiones, un trauma emocional sólo superado por el causado por la muerte de un cónyuge e implica un proceso de duelo y recuperación que es paralelo a las etapas de recuperación de la pérdida de un ser querido. El divorcio induce a altos niveles de estrés en las partes y disminuye la capacidad para afrontar la cadena de acontecimientos que sobrevienen. En este complicado momento, cuando las emociones operan como barrera en la toma de medidas lógicas y adecuadas, se espera que los sujetos implicados tomen decisiones de gran trascendencia sobre los hijos y sobre sus bienes, determinaciones que en muchos casos decidirán de forma irreversible su bienestar presente y futuro. Es habitual que la ansiada normalización de las relaciones postconyugales se convierta en un objetivo tan inalcanzable que las partes pierdan la esperanza de poder llegar a él. A esto se une el hecho de que, en este trance, los menores, inmersos en una situación de alteraciones y vicisitudes, demanden una atención que los adultos son incapaces de prestar. La persona en conflicto ya no se reconoce a sí misma y es sustituida temporalmente por un sujeto desconocido. El miedo, la confusión o la ira dificultan de forma extrema la toma de buenas decisiones. La situación más común en el divorcio es que cada miembro de la pareja culpe al otro y por eso puede ser tan difícil para los cónyuges aceptar alguna responsabilidad en el fracaso del matrimonio. Por otra parte, esta situación determina que los cónyuges no negocien realmente sobre lo que necesitan sino sobre lo que emocionalmente quieren, lo que les lleva a negociar acuerdos desequilibrados e irreales de los que luego se arrepienten. A menudo las personas que han convenido pactos motivados por la ira o por la culpa se arrepienten y vuelven a los tribunales para intentar anular acuerdos imprudentes (1).

Aunque nuestro trabajo se centra en las uniones matrimoniales, debemos tener en cuenta que en la actualidad nos encontramos ante una gran pluralidad de uniones que también terminan quebrándose y dando lugar a conflictos casi idénticos a los que se derivan de las relaciones matrimoniales. Así, por poner un ejemplo, las parejas de hecho, registradas o no, si bien en inicio no tienen que solicitar un pronunciamiento judicial que establezca que su relación se ha extinguido (2) no por ello pueden evitar verse alcanzados por la mayoría de los conflictos que surgen como consecuencia de la ruptura de un matrimonio. Es probable que constante esa unión se hayan adquirido bienes que terminan dando lugar a un patrimonio común, y no digamos si han tenido hijos que en el momento de la separación son menores. Si las partes no llegan a un acuerdo, los efectos son idénticos a los que se producen ante la crisis de un matrimonio y es que, al fin, habrá de buscarse una vía para establecer la guarda y custodia, la disolución del patrimonio común, una posible pensión compensatoria, etc.

En la actualidad nos encontramos ante una gran pluralidad de uniones que también terminan quebrándose y dando lugar a conflictos casi idénticos a los que se derivan de las relaciones matrimoniales

La tormenta perfecta ante una situación de crisis se produce cuando la gestión de estos conflictos familiares se lleva ante los tribunales de justicia y el conflicto se intenta resolver mediante un procedimiento judicial. El proceso, que ya de por sí se revela como una herramienta limitada para solventar un buen número de conflictos jurídicos, aparece como la fórmula menos idónea cuando se trata de dar respuesta a los conflictos familiares (3). Los factores que intervienen en los conflictos familiares son propios y exclusivos de esta realidad: los sentimientos, los patrimonios cuyo contenido emocional es, en muchas ocasiones, superior al puramente económico, el ansia de revancha que subyace al enfrentamiento, la existencia de menores

que son las víctimas de las circunstancias, etc. Ante este panorama, lo único adecuado es ofrecer soluciones completas y con una proyección de futuro (4). La aséptica aplicación de la ley no puede dar resultado cuando lo que se están ventilando son materias sensibles y que van a marcar el bienestar de los menores.

Los tribunales funcionan según un modelo adversarial, la necesaria tarea de resolver las cuestiones relacionadas con el divorcio se convierte, en el paradigma judicial, en una competición entre extremos claramente opuestos con respecto a cada cuestión disputada. Aunque los abogados de familia saben que el resultado mejor para su cliente en la mayoría de los casos es un acuerdo, es un dicho común entre los letrados que la mejor manera de prepararse para un acuerdo es prepararse bien para el juicio (5).

El *modus operandi* de los jueces se basa en la adjudicación, esto es, en dar una solución dicotómica al conflicto, de manera que una parte ve afirmada su petición y la otra negada, una parte aparece como vencedora y otra como vencida (6). Tal realidad desemboca necesariamente en la quiebra definitiva de la relación entre los contendientes. La ruptura entre las partes, no deseable en ningún caso, tiene una trascendencia relativa en otros ámbitos, pero en el de las relaciones familiares se topa con el factor de la imposibilidad. La existencia de hijos y, en algunos casos, de intereses materiales comunes que son el sostén de la familia, dificulta la posibilidad de que una parte, tras un proceso, pueda permitirse desvincularse absoluta y definitivamente de la otra.

La sentencia, generalmente, no resuelve la disputa, sino que pone fin a la misma sin gestionar realmente el conflicto, lo que en la misma se recoge es la imposición al caso concreto de lo previsto por el legislador. Con la aplicación del Derecho no se persigue, como meta prioritaria, la resolución de conflictos, sino la afirmación del orden normativo, esto es, el modo en que ha de entenderse una situación o relación social particular. Pero esto raramente, por no decir nunca, satisface a las dos partes. El perdedor se siente la víctima de una supuesta «injusticia» y el vencedor acoge con «normalidad» su papel victorioso en la contienda y se muestra resentido con un sistema judicial que ha tardado, generalmente mucho, en darle la razón que desde siempre tenía. Es habitual asistir a la reacción del progenitor que no consigue obtener una resolución favorable frente a su solicitud de modificación de una medida. El sentimiento de rabia e impotencia es acicate para que el nivel de conflictividad se eleve de manera importante. Además, aparece un fenómeno que proviene de la presencia de personas que, no siendo parte procesal estricta en los procesos, se ven afectados de forma directa por el mismo. No todas las partes del conflicto familiar hablan ni son escuchadas en el proceso. Por eso, los operadores jurídicos intervinientes en este tipo de procesos tienen que partir de unos parámetros totalmente distintos de los habituales. En los conflictos familiares, la evolución que se produce es tal que, cuando por fin se acuerdan unas medidas, la situación ha variado y la medida en cuestión ya no sirve para nada.

El monopolio jurisdiccional para resolver los conflictos de familia tiene numerosos detractores. Los propios jueces encabezan esta línea. Como afirmó R. Fernández Alaya (7) , presidenta de GEMME España:

«En caso de conflicto o disfunción en las relaciones familiares, debe facilitarse a las personas la posibilidad de su autocomposición de forma pacífica, proporcionando a las familias el acceso a herramientas de solución de conflictos por vías distintas a la judicial, siempre que en atención a la realización del valor justicia en el caso concreto fueran idóneas esas fórmulas. Con las herramientas adecuadas, los miembros de la familia pueden realizar una reflexión activa para construir lazos de paz, fraternidad y solidaridad en la sociedad». «El Estado debe establecer políticas públicas de prevención y en evitación de la escalada del conflicto que genera violencia y agresividad».

La necesidad de adoptar otros métodos para encauzar este tipo de conflictos se ha hecho cada vez más patente. Son varios los instrumentos que se han empleado a fin de conseguir una gestión positiva de los conflictos familiares (8) , la inmensa mayoría de ellas de carácter autocompositivo, aunque algunos apuntan al arbitraje como un posible método. Es cierto que tal y como se dijo en la SAP Granada n.º 157/2008, de 8 de abril de 2008 (LA LEY 144846/2008) ( JUR 2008\332385):

En Derecho de Familia las normas que lo regulan, al igual que el Derecho de las Personas, tienen, por lo general, la consideración de orden público, o, en otras palabras, los derechos de familia son, por lo común, inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, lo que significa la no arbitrabilidad de las cuestiones relativas al matrimonio, paternidad, filiación, alimentos, relaciones paterno-filiales, tutela, etc.

No obstante, nada impide a las partes acudir al arbitraje para resolver los conflictos de naturaleza patrimonial derivados de la ruptura de la pareja, siempre que se invoquen exclusivamente derechos subjetivos. En tal sentido, la STS n.º 708/2002 de 8 julio (LA LEY 7194/2002) (9) , admite el acuerdo extrajudicial celebrado por los cónyuges por el que acuerdan la liquidación y adjudicación de los bienes gananciales. Por tanto, la indisponibilidad del objeto del conflicto determina la imposibilidad de utilización del arbitraje más allá de su empleo en aspectos colaterales a la ruptura misma (10) .

No cabe duda de que la mediación ha sido el ADR por excelencia para la gestión de estos conflictos, entre otras razones porque ha sido la técnica por la que se ha apostado desde el ámbito legislativo. Su implementación real, lejos de experimentos o iniciativas seguidas de forma reducida por algunos profesionales, ha dado lugar a un tratamiento pormenorizado de las herramientas a emplear, herramientas que en muchos casos se extrapolan a otros mecanismos. Pero con todo, es necesario mantener una postura realista sobre la mediación. Hablar de mediación familiar es, en palabras de Marlow (11) , hablar de «un procedimiento imperfecto, que emplea a una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto, en un mundo imperfecto». Como el mismo autor sostiene, esta definición pone de relieve una de las características de la mediación y es la imperfección. La mediación no es una panacea, no es el remedio ante cualquier situación de crisis, a pesar de que en la actualidad parece que adquiere esta consideración, y no lo es ni siquiera para esta materia, la familiar, en la que modestamente consideramos que es el campo donde supone un complemento, un instrumento fundamental y muy positivo para al menos intentar paliar los efectos de este tipo de conflicto.

## **II. ¿Estamos con el Derecho colaborativo ante una fórmula nueva de resolución de conflictos transformadora?**

Cuando nos enfrentamos a otro mecanismo de resolución extrajudicial siempre surge en nosotros la misma pregunta ¿de verdad es diferente? y sobre todo ¿de verdad responde a las expectativas que sobre él se ciernen?

Tristemente tenemos la sensación de que en la actualidad estamos ante una especie de catálogo casi infinito de fórmulas en las que básicamente se utilizan los mismos patrones y entre las que no es siempre fácil encontrar las diferencias, tal vez porque quienes las practican no se detienen en requisitos formales, en la detección de si este elemento es específico o no de un mecanismo, sino en conseguir un objetivo concreto: gestionar un conflicto y hacerlo de la mejor forma posible. Por eso, definir la pluralidad de las fórmulas de resolución extrajudicial es tan complicado como posiblemente innecesario.

Enfrentarnos al Derecho Colaborativo, y al proceso colaborativo en concreto, es enfrentarse a una fórmula cuya estructura tenemos que reconocer que suponen un incentivo muy fuerte para que las partes concluyan con un acuerdo. Podríamos definir el proceso colaborativo como aquel mediante el cual las partes intentan resolver un

conflicto excluyendo la intervención de los órganos jurisdiccionales, siendo asistidas por sus abogados colaborativos que intervendrán al amparo del acuerdo de participación suscrito entre partes y letrados (12) . Su creador lo definió como un método de práctica del derecho, en el cual los abogados asisten a sus clientes en la resolución de conflictos y logrando acuerdos, utilizando estrategias cooperativas en lugar de los litigios (13) .

Para muchos profesionales, el proceso colaborativo comparte con la mediación muchas características e incluso algunos afirman que el Derecho Colaborativo tiene su origen en la mediación, no obstante, se trata de una fórmula en la que los abogados asumen un rol radicalmente distinto al que tienen en el proceso de mediación, y en la que desaparece la pieza esencial de la mediación: el mediador. Tal característica, unida a otras que más adelante iremos desgranando, nos lleva a afirmar que efectivamente se trata de otra fórmula, desde luego no muy alejada de la mediación pero cuyas connotaciones y sobre todo la relación que se establece entre el abogado y el cliente, suponen un espacio autónomo.

Algunos afirman que el Derecho Colaborativo tiene su origen en la mediación, no obstante, se trata de una fórmula en la que los abogados asumen un rol radicalmente distinto al que tienen en el proceso de mediación, y en la que desaparece la pieza esencial de la mediación: el mediador

Precisamente fue sensibilidad de un abogado la que provocó el nacimiento de esta peculiar fórmula. Aunque no es en absoluto nuestra intención realizar aquí un repaso histórico sobre el nacimiento del Derecho Colaborativo, creemos que es importante destacar cual fue la intención de su creador, Stuart G. Webb (14) , cuando en Minneapolis (USA), en 1990, ideó este procedimiento y se definió a sí mismo como «abogado colaborativo».

Los abogados de familia son conocedores de la problemática especial que rodea a las pretensiones de sus clientes. Son conscientes del dolor que lleva aparejada cada demanda y cada medida que se solicita y se adopta o se rechaza. Son sabedores de lo inapropiado que es el cauce judicial elegido, y sin embargo también, como profesionales, se ven obligados a intentar conseguir lo que el cliente les pide aun a sabiendas de que posiblemente una vez conseguido no sea sino una piedra más en la que asentar la

escalada del conflicto.

Esto debió de ser lo que Webb percibió y lo que le llevó a plantearse la posibilidad de que los abogados utilizaran sus recursos negociadores no para conseguir el mejor trato para su cliente en detrimento del contrario (15) , sino el mejor trato para su cliente favoreciendo también los intereses del contrario. No se trataba de conseguir acuerdos al estilo de los acuerdos previos al juicio, concertados en muchos casos en vísperas del juicio y bajo la presión de un peor resultado o de un juez que verá con malos ojos la ausencia de un acuerdo entre las partes (16) . De lo que se trataba era de conseguir acuerdos creativos que evitaran que las partes tuvieran que acudir a los tribunales. Pero a esto se añadía una nota diferencial, y es que se exigía además un compromiso por parte de los abogados de que, si la negociación no prosperaba, ellos se retirarían del asunto teniendo el cliente que contratar los servicios de otro abogado que los representara en la vía judicial. A efectos prácticos esta *disqualification* suponía un enorme acicate para los letrados. Naturalmente la proscripción de acudir a los tribunales no afectaba a las partes, las cuales podrían acudir al proceso judicial cuando lo decidieran, sino que la prohibición afectaba exclusivamente a los letrados intervinientes en el proceso colaborativo (17) .

La fórmula ideada por Webb se perfeccionó con las iniciativas de dos psicólogas californianas, Thomson y Nurse, que, a principios de los años 90, buscaban adoptar una perspectiva multidisciplinar a la intervención con parejas en crisis. Fue en el seno de unas jornadas profesionales cuando, en 1993, se combinaron ambas prácticas.

El procedimiento colaborativo fue rápidamente incorporado a su ejercicio diario por otros profesionales y se fueron creando grupos de trabajo que extendieron su práctica por otras zonas de Estados Unidos (18) .

La necesidad de crear un núcleo común y fijar una serie de reglas comunes para la práctica del Derecho Colaborativo determinó que, en 1999, se fundara el *American Institute of Collaborative Professionals* (en adelante, AICP). La práctica colaborativa se extendió a otros países como Canadá, y en 2001, sustituyendo a la AICP, nació la *International Academy of Collaborative Professionals* (en adelante, IACP). Actualmente, la IACP (19) es el referente mundial en cuanto a Derecho Colaborativo se refiere, contando con más de 5.000 miembros de 24 países distintos. Entre las muchas medidas que ha adoptado este organismo se encuentra la creación de estándares, directrices éticas y normas de conducta que rijan la actuación de los profesionales intervinientes en el proceso colaborativo, así como

el impulso en la redacción de la *Uniform Collaborative Law Act* a nivel legislativo (20) . En España, fue en 2013 cuando empieza a ser introducida y en la actualidad se ha constituido la Federación de Derecho y Práctica Colaborativa (FEDECOB) que aglutina a las Asociaciones a nivel nacional como son ADCE-Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi, ADCM-Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid, AGADECO-Asociación Gallega de Derecho Colaborativo, ADECOA-Asociación de Derecho Colaborativo del Principado de Asturias, ADCNA-Asociación de Derecho colaborativo de Navarra, AVDC-Asociación Valenciana de Práctica y Derecho colaborativo.

Llegados a este punto, es necesario valorar si estamos ante un método acertado para gestionar los conflictos de derecho matrimonial y si existe una razón por la que las partes deberían decantarse por él frente a otras fórmulas como la tradicional mediación familiar. Esta cuestión nos lleva a preguntarnos, como lo hace L. Bueno Ochoa (21) , si la apuesta por el Derecho Colaborativo es una especie de secuela rousseauiana del «hombre es bueno por naturaleza» y su rechazo una sombra de la secuela hobbesiana del *homo homini lupus*».

La verdad es que como todas las fórmulas autocompositivas, el proceso colaborativo tiene mucho de esperanza, pero también tiene mucho de experiencia, de la experiencia precisamente de los letrados dedicados al derecho de familia, que son conscientes de su ascendente sobre los clientes, de que esos clientes que llegan a sus despachos habitualmente en un estado de confusión y de baja autoestima, necesitan encontrar un camino que les conduzca a hallar la fórmula idónea para poner fin a esta etapa y, sin solución de continuidad, abrir una nueva. No cabe pensar en tiempos muertos cuando existen menores que padecen situaciones casi de guerra entre los ex cónyuges, no caben periodos de espera cuando existen patrimonios compartidos y en vías de desaparición que son el sustento de la familia. Lo cierto es que la intervención y apoyo permanente de sus letrados a lo largo de todo el procedimiento negociador puede despertar en las partes una sensación de seguridad y de confianza distinta de la que pueden percibir cuando exploran otros mecanismos, pero en cualquier caso habremos de valorar cada caso en particular.

Para nosotros sin duda existe un aspecto que nos parece de especial interés y es el papel de los abogados porque para empezar se necesita afrontar un cambio de mentalidad. Lo cierto es que la base de la resolución alternativa de conflictos, lo queramos o no, no se encuentra tanto en las personas sometidas al conflicto como en los abogados a los que estas personas acuden. Los letrados deben dejar de ver a los clientes y contrapartes como oponentes en un duelo de derechos individuales, y su labor procurar ser la parte más fuerte y por tanto ganar (22) . La modificación del rol del representante de la parte es esencial y al mismo tiempo sorprendente si se consigue. En el Derecho colaborativo, los abogados tienen que aspirar a la consecución de una resolución ajustada de los problemas (23) . El abogado adopta un papel protagonista. No existe tercero que facilite la comunicación como ocurre en la mediación o en la conciliación, el defensor pasa a jugar un papel esencial junto a la parte fusionando con ella sus intereses, entre otras cosas porque todo ello se haya sometido a un hecho que es fundamental para todo este procedimiento: si el letrado no logra resolver así el conflicto en ningún caso podrá participar en un procedimiento subsiguiente.

En el proceso colaborativo asistimos a una especie de progreso, de variación de los papeles que adoptan los intervinientes. Así en tanto, en inicio las partes en conflicto actúan bajo el amparo de los letrados que asumen el rol de «facilitadores de la discusión», cuando las reuniones van tomando un sesgo más profundo, cuando la negociación colaborativa avanza, los abogados pasan a un papel más secundario permitiendo que sean las partes las que se impliquen de forma más activa y fructífera en la resolución de su propio conflicto. Para eso, los letrados adoptan una posición de asesores, pudiendo proponer algunas ideas creativas que favorezcan el acuerdo, pero permitiendo que sean las partes las que protagonicen en todo caso la negociación. Es importante detectar como desde una perspectiva externa estaríamos ante dos tipos de relaciones: una derivada de los abogados con sus representados y otra que sería la relación entre las partes en conflicto propiamente dichas, estas relaciones no deben extinguirse ni dividirse mientras dure el proceso colaborativo. Desde una perspectiva interna, asistimos a un método en el que prima el esfuerzo por cambiar los paradigmas clásicos, la mentalidad adversarial, siendo cada interviniente responsable y tomando un papel activo en el proceso de resolución de conflictos (24) .

Bajo esa perspectiva, el divorcio colaborativo supone algo muy distinto de aquello a lo que estamos acostumbrados. Aunque los abogados, los mediadores e incluso los tribunales suelen animar a los litigantes a llegar a acuerdos en un divorcio tradicional, la estructura y la economía (25) de un divorcio colaborativo crean un incentivo muy fuerte para que las partes lleguen a un acuerdo, de tal forma que llegar a un acuerdo es más factible cuando las partes aceptan acudir a un proceso de colaboración.

### III. El proceso colaborativo no es una mediación sin mediadores

El proceso colaborativo no es una suerte de mediación en la que los abogados asumen el rol de mediador. Es cierto que participan de determinadas características comunes, de hecho ambos son mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos de carácter autocompositivo y en los que se lleva a cabo una negociación asistida basadas en los intereses y necesidades. También coinciden en la utilización de técnicas similares para la facilitación del dialogo y la comunicación. Ambos son voluntarios, como todas las fórmulas extrajudiciales de resolución, y finalizan cuando las partes llegan a un acuerdo o cuando deciden que no es posible llegar a ese acuerdo. Los dos arrancan de un compromiso de las partes y los intervinientes asumen un deber de confidencialidad, pero, a partir de aquí, existen rasgos importantes que los separan, de entre los cuales vamos a destacar los que para nosotros son esenciales.

### **1. La estructura del proceso y el papel del mediador y del abogado como elemento diferenciador**

En la mediación se produce una superación del esquema dual de negociación (dos partes integradas cada una por un abogado y su cliente) que es el propio del proceso colaborativo. El proceso de mediación es un proceso dirigido a tres bandas en el que se introduce un elemento clave que es el mediador, un tercero imparcial y neutral que aporta experiencia profesional y dispone de técnicas y herramientas que, en inicio, no estarían al alcance de las partes.

El mediador diseña, coordina y dirige el proceso, controla y mejora la comunicación entre las partes, y les ayuda a dialogar y a negociar. El mediador, por tanto, asume una actitud proactiva, evitando que se produzcan situaciones de bloqueo y filtrando y dosificando la información y concretando los temas a tratar en cada sesión. Pero, al mismo tiempo, la labor del mediador produce una serie de reacciones en las partes. Esas reacciones provienen del poder (26) que subjetivamente las partes atribuyen al mediador. La reacción que se ocasione será distinta en cada persona y dependerá de muchos factores como la edad, la fortaleza emocional y psicológica de la parte, las circunstancias personales y familiares, etc. En ningún caso afirmamos que esa reacción sea buscada o provocada por el mediador de forma consciente, solo indicamos que la situación estructural del proceso mediador puede provocar esta sinergia.

Existe un poder que proviene de las habilidades o pericia de las personas y de las necesidades que el resto tiene de esas habilidades. En la mediación las partes carecen de las habilidades que el mediador tiene como conocedor no solo de la parte teórica del proceso mediador, sino de las técnicas que se utilizan en su práctica. El mediador desarrolla un papel insustituible en el proceso y las partes así lo perciben y valoran. Esto sin duda coloca al mediador en una posición de preeminencia respecto de las partes que puede influir en su toma de decisiones.

Pero, es más, en el ámbito de la mediación familiar, y más concretamente en el ámbito de la mediación intrajudicial, existe un segundo tipo de poder que las partes observan y es el que se deriva de la situación del mediador dentro de la propia Administración de Justicia. Cuando los cónyuges son derivados a mediación, una vez iniciado ya el proceso judicial, no cabe duda de que el mediador es visto por las partes como una pieza más de ese engranaje y pueden temer que de su comportamiento renuente o poco colaborador, a ojos del mediador, se puedan desprender consecuencias adversas cuando el proceso judicial se retome.

También las partes pueden sucumbir ante lo que se puede denominar «poder de recompensa» (27) del mediador. Esta recompensa no es material sino que se concreta en el hecho de alentar comportamientos dialogantes y premiarlos con la felicitación o el reconocimiento de que el sujeto está haciendo lo correcto, está adoptando la actitud debida para lograr el anhelado acuerdo (28) .

En bastantes ocasiones, puede notarse que existe un cierto deseo de las partes de complacer al mediador respecto del cual sienten afecto, admiración y lealtad. Este poder, que podemos llamar de referencia, aumenta porque el mediador, en el desarrollo de su actividad, se muestra preocupado por las necesidades y sentimientos de los demás.

Además, en el desarrollo del proceso, el mediador adquirirá, aun sin pretenderlo, un cierto poder a partir de la información que las partes, de forma individual y de forma compartida, le suministran. El mediador tiene la oportunidad de interpretar los acontecimientos y, en alguna medida, influir sobre sus percepciones, con la finalidad de facilitar la comunicación y crear un clima adecuado para que se produzca el acuerdo.

Por último, podríamos aludir al poder que podemos denominar contextual y cultural, esto es, el que se deriva para las partes del hecho de que la mediación familiar ha alcanzado una alta reputación como el medio más idóneo para resolver las disputas en este contexto (29) <. La negativa o la actitud contraria a facilitar la negociación puede interpretarse como un comportamiento reaccionario y poco adecuado.

En los diferentes estudios que se han realizado sobre la influencia del mediador en el comportamiento de las partes, se ha observado lo que se ha venido a denominar «efecto Hastening» (30) . Este fenómeno se traduce en que, aunque el mediador carece de autoridad para decidir el conflicto, su sola presencia y la labor que desarrolla funciona psicológicamente creando una cierta presión y la parte asume que debe dar una imagen de poca conflictividad. Esto se traduce en aceptar un elevado número de concesiones, sobre las que, a la larga, mostrará su disconformidad.

En el proceso de mediación la labor del abogado está claramente limitada a la de asesor jurídico. El Consejo General de la Abogacía ha editado una guía del abogado de parte en la mediación (31) , donde se fija como labor del abogado de parte durante el proceso de mediación la asistencia activa al cliente durante todo el procedimiento aconsejándole en cada momento y valorando que el resultado se ajuste a la legalidad supervisando el contenido de los acuerdos con carácter previo a su firma. La presencia física del abogado en una sesión de mediación es una decisión exclusiva de las partes y del mediador, pero el abogado en ningún caso asume en el proceso de mediación la representación de su cliente. La propia Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), establece únicamente la obligación del mediador de velar porque las partes dispongan de la información y el asesoramiento necesarios (art. 13.1º) sin fijar qué tipo de asesoramiento ni cómo asegurarse de ello. En el art. 4.4º de la Ley de mediación aragonesa, el legislador prevé que las partes podrán acudir a la sesión informativa previa asistidas por sus respectivos abogados. Por tanto, planteado el procedimiento mediador, la presencia de los abogados no solo es potestativa sino que ha de ser valorado si su mera presencia puede interferir de forma directa en el desarrollo dialectico propio de la mediación.

Frente a esto, en el proceso colaborativo, el abogado es la pieza clave, es más sin abogados no puede haber práctica colaborativa. Los abogados interactúan con sus representados y con el abogado y la parte contraria, desarrollando toda una suerte de proactividad, tanto en el diseño del procedimiento como en la búsqueda de posibles soluciones y alternativas, pero siempre bajo la óptica de la defensa de los intereses de sus respectivos clientes. Del mediador se exige imparcialidad y neutralidad, del abogado no, ni son ni imparciales ni son neutrales, deben trabajar asesorando a su cliente a fin de conseguir el mejor de los acuerdos para él.

Siendo así, no es previsible que en este caso se produzcan situaciones que puedan influir, aunque sea de forma tangencial, en la voluntad de las partes. El abogado tiene como misión ayudar a su representado a ordenar y expresar sus propias preocupaciones y prioridades a fin de favorecer la consumación de un acuerdo (32) .

Además, y a diferencia del de mediación, ninguna autoridad judicial o administrativa puede imponer o sugerir a las partes la obligación de participar en un proceso colaborativo, lo cual supone también una menor presión sobre las mismas, que podrán abandonar el procedimiento cuando lo deseen sin tener que dar explicación alguna (33) .

## 2. La *disqualification* o autoexclusión de los abogados

La *disqualification* es una característica propia del proceso colaborativo y que supone un cambio de reglas de juego frente a la mediación. Los abogados que hubiesen asesorado a sus clientes en una mediación que no ha llegado a buen término no tendrán por qué renunciar a la defensa de sus clientes en el proceso judicial que se sustancie sobre el mismo objeto; en el proceso colaborativo la exclusión de esta posibilidad es automática.

La razón por la que, desde el inicio, la práctica colaborativa contempla tal tipo de exclusión creemos que podemos encontrarla en el papel que debe representar el abogado colaborativo y que le debe diferenciar del abogado tradicional. El abogado colaborativo se intenta aislar, a ojos del cliente, de su función como *ad vocatus* (llamado para defender) que gestiona la defensa de sus intereses a partir de la insatisfacción de los intereses de la parte contraria.

Descartar la posibilidad de que el mismo abogado desarrolle sus capacidades en la mesa de negociación de un proceso colaborativo y ante un tribunal garantiza que el cliente y el abogado afronten la experiencia colaborativa de forma mucho más comprometida y confiada.

Otra característica que distingue el proceso colaborativo del proceso de mediación es la intervención, en el primero, de una pluralidad de profesionales que pueden suponer

Comprometida, porque ninguno considerara el proceso colaborativo como una suerte de intentona, de mero experimento en el que no se juegan nada. Ser consciente de que si la práctica colaborativa fracasa el cliente habrá de contratar a otro abogado y que el colaborativo quedará excluido, puede servir de acicate a ambos para mostrar una mayor implicación en el desarrollo del procedimiento.

una ayuda importante, no solo para llegar a resolver el conflicto actual sino para evitar conflictos futuros.

Confiada, porque ambos estarán seguros de que todo lo que se diga o se muestre en este ámbito de la práctica no podrá ser utilizado en ningún otro proceso, no solo porque exista un deber de confidencialidad, que también está presente en la mediación, sino porque los abogados colaborativos no podrán acceder a la instancia judicial.

### 3. La intervención de una pluralidad de sujetos

Otra característica que distingue el proceso colaborativo del proceso de mediación es la intervención, en el primero, de una pluralidad de profesionales que pueden suponer una ayuda importante, no solo para llegar a resolver el conflicto actual sino para evitar conflictos futuros. En el proceso colaborativo pueden intervenir especialistas neutrales especializados en psicología, educación infantil, psiquiatría, etc., que pueden encauzar e instruir a las partes para mejorar sus habilidades comunicativas y de relación durante y después del proceso.

Estos profesionales, a diferencia de los abogados, tienen la consideración de profesionales neutrales, ya que no defienden los intereses de ninguna de las partes. En realidad, en muchas ocasiones, estos expertos actuarán apoyando y ayudando en la gestión de sus habilidades, emociones, etc., a las dos partes. Por ejemplo, podrá instarse la colaboración de asesores financieros a fin de evaluar la situación financiera y fiscal de los cónyuges y proponer las fórmulas de reparto que sean más beneficiosas para ambas partes,

Según vaya avanzando el proceso, las partes, junto con sus abogados, decidirán la conformación del equipo de expertos en función de las necesidades que vayan surgiendo (34)

### 4. Efectos jurídicos del acuerdo de mediación y del acuerdo al que se puede llegar al finalizar el proceso colaborativo

El acuerdo de mediación es un contrato al que el legislador en el art. 25 Ley de Mediación, le otorga carácter ejecutivo a través de dos cauces: la elevación a escritura pública y la homologación judicial, reservándose este segundo para el caso de que el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial.

Cuando nos encontramos ante un acuerdo que firman las partes tras un proceso colaborativo, dada la ausencia de legislación al respecto, habremos de recurrir a las categorías generales de los contratos, puesto que, al fin, el acuerdo no es sino un contrato. En este sentido, las partes podrán optar entre elevar a escritura pública el acuerdo o dejar que este se plasme en un documento privado. En el primer supuesto, en caso de incumplimiento, acudir al procedimiento judicial de ejecución de títulos extrajudiciales, al amparo de lo establecido en el art. 517.2.4 LEC. (LA LEY 58/2000) En el segundo caso, habríamos de iniciar un procedimiento judicial declarativo y, en caso de resolución favorable y no cumplimiento durante el período voluntario, iniciar el respectivo procedimiento ejecutivo.

En el caso de un divorcio, el acuerdo serviría como un acuerdo que deberá tramitarse como borrador de convenio regulador, tendrá que adjuntarse después a la demanda de divorcio que se interponga ante los tribunales y será examinado por un juez, que se asegurará de que se respete la ley y de que ninguno de los implicados (cónyuges o hijos, si los hay) haya salido perjudicado. No obstante, si no existen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, ese mismo acuerdo podrá servir como convenio regulador y, de acuerdo con lo previsto en los arts. 82 (LA LEY 1/1889), 83 (LA LEY 1/1889) y 87 Cc (LA LEY 1/1889), las partes podrán instar el divorcio o la separación, formulando el convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio en los términos establecidos en el artículo 90 (35) .

### 5. Los gastos de un proceso colaborativo y los gastos de una mediación un punto importante (36)

Desde luego, está fuera de toda duda que en situaciones de crisis como es una ruptura matrimonial, lo importante es minimizar los daños. Como afirma Amancio Plaza, abogado colaborativo y experto en el Derecho colaborativo:

¡Es tal la dimensión de los daños personales y sociales que puede generar un pleito «a cara de perro», que el coste económico era (y es) la menor de las preocupaciones! Y, en pleno ardor guerrero, no era raro escuchar aquello de «icueste lo que cueste!» (el dinero es el «último» de los problemas).

Pero dicho esto, lo cierto es que es necesario disponer de dinero para que el dinero sea el último de los problemas.

El procedimiento colaborativo, por su propia naturaleza, no puede ser barato ya que estamos ante una fórmula dirigida por unos profesionales a los que se exige una especialización muy alta. Adquirir esa especialización, también tiene un coste que al final habrá de repercutirse en los honorarios.

A ello debe añadirse el coste de los equipos multidisciplinares. Es verdad que la flexibilidad del modelo y la profesionalidad de los abogados colaborativos determina que solo se prescriba la entrada de otros profesionales cuando es necesario.

En definitiva, los servicios jurídicos de alto nivel, como pueden ser estos, son caros, otra cosa es si las partes pueden asumir estos costes y toman la decisión de invertir en un servicio que puede resolver de forma más eficaz y rápida el conflicto familiar que tienen sobre la mesa.

Frente a esta realidad el proceso de mediación también genera unos costes que las partes habrán de asumir pero, en principio, se limitarán básicamente a los honorarios del mediador, no obstante, debemos ser realistas, en casi todos los procesos de mediación familiar las partes son asesoradas por sus abogados, los cuales, obviamente, también presentarán sus minutas.

#### **IV. El acuerdo de participación: la primera piedra angular de la fórmula**

El proceso colaborativo arranca de la firma de un documento: el acuerdo de participación (37) , en el que se refleja un compromiso a cuatro bandas (las partes y sus dos abogados).

Ese acuerdo de participación es un pacto escrito en el que se estipulan las reglas a seguir en el desarrollo del procedimiento y en el que las partes se comprometen a no recurrir a un tribunal y a negociar de buena fe para intentar llegar a un concierto que resuelva el conflicto planteado (38) . Obviamente, estamos ante un contrato de carácter atípico como lo era el compromiso de mediación (39) , para cuya rúbrica será necesario que las partes tengan capacidad general para obligarse. En principio, serán los abogados los responsables de cerciorarse de dicha cualidad ya que, en caso de que alguna de las partes careciera de dicha capacidad, cualquier acuerdo al que se llegase carecería de validez.

Siguiendo la previsión de la *Uniform Collaborative Law Rules*, existen una serie de requisitos que condicionan la validez del acuerdo de participación. Así, deberá constar por escrito y en un soporte que permita su incorporación al expediente creado, deberá estar firmado tanto por las partes como por los abogados colaborativos que los representan y asisten, deberá contener los datos identificativos de todos los intervinientes y también aquellos aspectos necesarios para determinar el conflicto que se somete a dicho procedimiento y, en todo caso, deberá quedar reflejada la voluntad inequívoca de las partes de desear resolver el conflicto a través de un proceso colaborativo y no por ningún otro medio.

Aparte de estos aspectos, el acuerdo podrá contener tantas estipulaciones como las partes y los abogados consideren oportunas que, con carácter general, harán referencia a los principios que rigen este procedimiento: voluntariedad, confidencialidad, buena fe, transparencia, flexibilidad y legalidad.

A título de ejemplo presentamos aquí las cláusulas que podría incorporar un acuerdo de participación tipo:

*1. Propósito.* Se determina que el objetivo principal del proceso de derecho colaborativo es resolver las cuestiones pendientes de una manera no adversa. Las partes acuerdan trabajar para minimizar las consecuencias económicas, sociales y emocionales negativas de un litigio prolongado para ellas y su familia. Las partes, en tal sentido, han contratado a abogados colaboradores para que les ayuden a alcanzar este objetivo.

*2. Comunicación.* Las partes tienen la intención de comunicarse efectivamente entre sí para resolver de manera eficiente y económica la disolución de su relación. Las comunicaciones escritas y verbales serán respetuosas y constructivas y no contendrán acusaciones o reclamaciones no basadas en hechos.

Se acuerda que la comunicación durante las reuniones de conciliación se centrará en las cuestiones económicas y de crianza de los hijos derivadas de la disolución de la relación y en la resolución constructiva de dichas cuestiones.

Se anima a las partes a debatir y explorar los intereses que tienen para lograr un acuerdo mutuo, y se anima a cada una de ellas a hablar libremente y expresar sus necesidades, deseos y opciones sin que la otra las critique o juzgue. Aunque las partes deben ser informadas por sus abogados sobre las alternativas de litigio y los resultados que

podrían alcanzar, y pueden discutirlos entre sí, ninguna de las partes ni sus abogados utilizará las amenazas de retirarse del proceso o de acudir a los Tribunales como medio para lograr un resultado deseado o forzar un acuerdo.

*3. Temas relativos a los menores.* Al resolver las cuestiones relativas al reparto del disfrute y la responsabilidad sobre los hijos, las partes acuerdan hacer todo lo posible para alcanzar soluciones amistosas que promuevan el interés superior de los menores.

Las partes se comprometen a actuar con rapidez para mediar y resolver las diferencias relacionadas con los hijos, con el fin de promover una relación afectuosa, cariñosa y comprometida entre los hijos y ambos progenitores.

Las partes reconocen que las comunicaciones inadecuadas relativas a la disolución de su relación pueden ser perjudiciales para sus hijos. Acuerdan que las cuestiones relativas a la disolución no se discutirán en presencia de sus hijos, o que la comunicación con los hijos en relación con estas cuestiones sólo se producirá si es apropiada y se hace de mutuo acuerdo, o por consejo de un especialista en niños.

Las partes se comprometen a no realizar ningún cambio en la residencia de los niños sin obtener previamente el acuerdo por escrito de la otra parte.

*4. Participación con integridad.* Cada participante mantendrá un alto nivel de integridad y no se aprovechará de las incoherencias o errores de cálculo del otro, sino que los revelará y tratará de que se corrijan.

*5. Negociación de buena fe.* Las partes y sus abogados se comprometen a tratar con la otra parte de buena fe y a proporcionar rápidamente toda la información necesaria y razonable que se les solicite. En el desarrollo del procedimiento cada parte proporcionará la información completa y precisa en la medida de sus posibilidades. Las partes se comprometen a presentar declaraciones juradas en las que revelen de forma completa y justa sus ingresos, bienes y deudas, si así se les solicita.

*6. Precauciones y limitaciones.* Al elegir el proceso de derecho colaborativo, las partes entienden que no hay garantía de que el proceso tenga éxito en la resolución de su caso. Entienden que el proceso no puede eliminar las preocupaciones sobre cualquier incompatibilidad, desconfianza o diferencias irreconciliables que hayan llevado al conflicto actual. Aunque tienen la intención de esforzarse por alcanzar una solución cooperativa, el éxito dependerá en última instancia de su compromiso para que el proceso funcione. Las partes entienden que aún se espera que hagan valer sus respectivas necesidades e intereses y que sus respectivos abogados les ayudarán a hacerlo.

Las partes entienden además que, aunque los abogados colaboradores comparten el compromiso con el proceso descrito en este documento, cada uno de ellos tiene el deber profesional de representar a su propio cliente, y no es el abogado de la otra parte.

*7. Expertos y consultores.* Cuando sea apropiado y según sea necesario, las partes podrán recurrir a expertos neutrales. Estos expertos podrán entablar las conversaciones que sean necesarias con los abogados a fin de coadyuvar en la resolución del caso. Antes de contratar al experto neutral colaborador, las partes acordarán cómo se pagarán sus honorarios y determinarán si el informe del experto estará cubierto o no por la cláusula de confidencialidad.

En el caso de que el proceso llegue a su fin sin que se produzca un acuerdo, se aplicarán al profesional colaborativo las disposiciones de confidencialidad establecidas en el ap. 13 del presente acuerdo.

*8. Sin intervención judicial.* A menos que se acuerde lo contrario, antes de llegar a un acuerdo definitivo sobre todas las cuestiones o antes de que se acuerde dar por terminado el proceso colaborativo por no poder llegar a acuerdo alguno, las partes no podrán acudir a la vía judicial.

*9. Inhabilitación del abogado para intervenir en la vía judicial.* Las partes entienden que la representación de sus abogados colaborativos se limita a la prestación de servicios dentro del proceso colaborativo. Por lo tanto, si bien cada abogado es el asesor de su cliente y actúa como su representante y negociador, las partes reconocen mutuamente que ambos abogados, y cualquier persona del despacho de cada uno de ellos, estarán inhabilitados para representarlos en un procedimiento judicial que se lleve a cabo sobre el mismo objeto del proceso colaborativo.

*10. Retirada de la parte del proceso de derecho colaborativo.* Si una de las partes decide retirarse del proceso colaborativo, deberá notificarlo por escrito a la otra parte a través de su abogado. Al finalizar el proceso colaborativo por una parte o un abogado, habrá un período de espera de treinta días (a menos que haya una causa justificada que

impida dicha espera) antes de cualquier audiencia judicial, para permitir a las partes contratar nuevos abogados y hacer una transición ordenada. Todos los acuerdos temporales permanecerán en plena vigencia durante este período. La intención de esta disposición es evitar la sorpresa y el perjuicio de los derechos de la otra parte. Por lo tanto, se acuerda mutuamente que cualquiera de las partes podrá poner en conocimiento del Tribunal esta disposición para solicitar el aplazamiento de una audiencia.

Si una parte desea continuar en el proceso colaborativo, pero cambiar de abogado colaborativo, podrá hacerlo previa notificación por escrito y sin demora a la otra parte, a través de su abogado. El nuevo abogado deberá firmar el acuerdo de participación vigente o instar la firma de uno nuevo, en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de su designación. Si no lo hace, la otra parte tendrá derecho a proceder como si el proceso colaborativo hubiera terminado a partir de la fecha de la notificación por escrito.

**11. Retirada del abogado del proceso colaborativo.** Si cualquiera de los abogados se retira del caso por cualquier motivo, excepto los establecidos en el ap. 12 del presente documento, se comprometen a hacerlo sin demora mediante una notificación escrita a la otra parte a través de su abogado. La parte cuyo abogado se ha retirado puede optar por continuar en el proceso colaborativo y notificará rápidamente por escrito esta intención a la otra parte a través de su abogado, y designará un nuevo abogado. El nuevo abogado deberá firmar el acuerdo de participación vigente o instar la firma de uno nuevo, en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de su designación. Si no lo hace, la otra parte tendrá derecho a proceder como si el proceso colaborativo hubiera terminado a partir de la fecha de la notificación por escrito.

**12. Terminación del proceso de derecho colaborativo.** El abogado colaborativo debe retirarse del proceso en caso de que se entere de que su cliente ha ocultado o tergiversado información y continúa ocultando y tergiversando dicha información, o ha actuado de otro modo para socavar o sacar ventaja injusta del proceso colaborativo. El abogado que se retira comunicará al otro abogado que se retira y que el proceso colaborativo debe terminar.

**13. Confidencialidad** Todas las informaciones vertidas en el marco del proceso colaborativo serán confidenciales y no podrán ser utilizadas en perjuicio de la otra parte. Si se produce un proceso judicial posterior, arbitraje u otro proceso posterior para la resolución de conflictos, las partes acuerdan mutuamente que:

**A.** Ninguna de las partes presentará como prueba en el Tribunal la información revelada durante el proceso colaborativo con el fin de alcanzar un acuerdo, excepto:

- 1.** Si se trata de los documentos exigibles por ley.
- 2.** Si las partes acordaron que los informes elaborados por los profesionales podrían ser utilizados en un procedimiento posterior a fin de no generar más gastos (por ejemplo, informes psicológicos, médicos, tasaciones etc.).

**B.** Ninguna de las partes presentará como prueba ante el Tribunal la información revelada durante el proceso colaborativo con respecto al comportamiento o la posición legal de cualquiera de las partes con respecto al eventual acuerdo que se pretendía.

**C.** Ninguna de las partes podrá citar a ninguno de los abogados o expertos que intervinieron el proceso colaborativo a los tribunales para testificar en el procedimiento judicial.

**D.** Ninguna de las partes exigirá la presentación en el procedimiento judicial de cualquier nota, registro o documento que esté en posesión del abogado o de expertos intervinientes en el proceso colaborativo.

**E.** Los acuerdos verbales, las concesiones o las declaraciones de cualquier tipo que puedan hacerse durante el proceso colaborativo son confidenciales y no podrán ser utilizadas en perjuicio de la otra parte.

La cláusula de confidencialidad no se aplica en el caso de que alguna de las partes o de los profesionales intervinientes en el proceso colaborativo puedan inferir de la información vertida en el proceso colaborativo que existen motivos razonables para creer que un menor puede necesitar protección.

**14. Derechos y obligaciones pendientes de liquidación.** Durante el desarrollo del proceso colaborativo, ninguna de las partes dispondrá de los activos del patrimonio familiar a no ser que medie acuerdo para ello.

**15. Compensación de in caso de cumplimiento.** El incumplimiento de este acuerdo por alguna de las partes determina que la parte infractora asumirá la totalidad de los gastos que se hubiesen devengado para la parte no

infractora como consecuencia de la preparación o intervención en el proceso colaborativo.

**16. Acuerdo.** Este acuerdo sustituye a todos los acuerdos orales o escritos anteriores entre las partes relativo a la materia objeto del mismo.

**17. Modificaciones.** No podrá realizarse ninguna modificación de este acuerdo, excepto mediante un escrito firmado por las partes y sus abogados

**18. Legislación aplicable.** Los términos de este acuerdo se regirán por la normativa española aplicable.

**19. Copias.** El presente acuerdo se formaliza en 4 ejemplares, todos ellos firmados por las partes y sus abogados.

**20. Voluntariedad y capacidad de las partes.** Las partes entienden los términos de este acuerdo y estiman que sus términos son justos y razonables. Las partes han tenido la oportunidad de ser asesoradas por sus respectivos abogados sobre este acuerdo antes de ejecutarlo y han iniciado el mismo voluntariamente y sin coacción alguna.

Veamos cómo estos principios se reflejan en los diferentes deberes y derechos que la firma de un acuerdo de participación origina, tanto en las partes intervinientes como en sus abogados.

#### **A.** Por lo que respecta a las partes:

**i)** La buena fe: Del acuerdo de participación nace la obligación de negociar de buena fe. Surge, claro está, el problema de determinar qué significa negociar con «buena fe» ya que, en ausencia de una definición clara, las personas justifican el uso de tácticas y técnicas de negociación que podrían ser consideradas como contrarias a la buena fe. Desde luego, no es lugar este para entrar en el análisis del concepto de buena fe (40) ; nos limitaremos a señalar lo que creemos que puede exigirse como un comportamiento regido por la buena fe en el ámbito de un proceso colaborativo. En tal sentido, creemos que podría considerarse que las partes actúan con buena fe cuando su conducta sea conforme a las reglas objetivas de la honradez, la lealtad y el respeto a la confianza suscitada, exigidas por el tráfico jurídico y por la propia moral social (41)

Para evitar actuaciones que puedan generar confusión y malestar, lo mejor es fijar en el acuerdo, de forma clara, las reglas del juego, indicando cuándo se considera que se está vulnerando la buena fe y la confianza depositada en la otra parte (42) .

**ii)** Exclusión temporal de acudir a la vía judicial. El refrendo del acuerdo supone asumir el deber de esperar a que el proceso colaborativo haya finalizado para acudir a la vía judicial. A menos que se convenga lo contrario, antes de llegar a un acuerdo definitivo sobre todas las cuestiones o antes de que se decida dar por terminado el proceso colaborativo por no ser viable acuerdo alguno, las partes no podrán acudir a la vía judicial. Al poner fin al proceso colaborativo de forma anticipada las partes suelen pactar un período de espera antes de acudir a la vía judicial (a menos que haya una causa justificada que impida dicha espera), precisamente, para permitir a las partes contratar nuevos abogados y hacer una transición ordenada. En este sentido, se suele acordar también que cualquiera de las partes podrá poner en conocimiento del tribunal este pacto para solicitar el aplazamiento de una audiencia.

**iii)** La confidencialidad. Las partes asumen la obligación de confidencialidad, de tal forma que todas las informaciones vertidas en el marco del proceso colaborativo serán confidenciales y no podrán ser utilizadas en perjuicio de la otra parte. Si se produce un proceso judicial, arbitral u otro proceso posterior para la resolución de conflictos, las partes no podrán presentar como prueba en el tribunal la información revelada durante el proceso colaborativo, excepto si se trata de los documentos exigibles por ley o si las partes acordaron que los informes elaborados por los profesionales podrían ser utilizados en un procedimiento posterior a fin de no generar más gastos (por ejemplo, informes psicológicos, médicos, tasaciones etc.).

Tampoco las partes podrán utilizar ante el tribunal la información revelada durante el proceso colaborativo con respecto al comportamiento o la posición legal de cualquiera de las partes en relación al eventual acuerdo que se pretendía.

Asimismo, las partes no puedan citar a ninguno de los abogados o expertos que intervinieron en el proceso colaborativo para testificar en el procedimiento judicial, ni les pueden requerir que muestren las notas, informes, etc. obtenidos durante el desarrollo del procedimiento.

Únicamente las partes quedarían liberadas del deber de confidencialidad, al igual que los abogados o los profesionales intervinientes en el proceso, cuando de la información a la que hayan tenido acceso durante el desarrollo del procedimiento se pudiera inferir que existen motivos razonables para creer que un menor o una persona con necesidades especiales pudiesen necesitar protección.

**iv)** Inhabilitación judicial de los profesionales. Del acuerdo de participación nace para las partes también la prohibición de nombrar a los mismos abogados que intervinieron en la práctica colaborativa como representantes en un procedimiento judicial que se llevase a cabo sobre el mismo objeto del proceso colaborativo. Las partes deben tener en cuenta que la representación de sus abogados colaborativos se limita a la prestación de servicios dentro del proceso colaborativo. Por lo tanto, ambos abogados y los integrantes del despacho de cualquiera de ellos, estarán inhabilitados para representarlos en un procedimiento judicial que verse sobre el mismo objeto debatido en la práctica colaborativa realizada.

**v)** El deber de pagar los honorarios de su abogado y del equipo de profesionales. Las partes asumen una obligación de carácter económico, de tal forma que cada uno satisfará los honorarios de su propio abogado y los de los expertos que contratará, asumiendo a medias los gastos que sean comunes. En este contexto, se suele incluir una cláusula según la cual el incumplimiento del acuerdo (no comportarse con buena fe, no entregar la documentación o la información requerida, utilizar tácticas dilatorias o conductas que impidan un posible acuerdo, etc.) por alguna de las partes determina que la infractora asumirá la totalidad de los gastos que se hubiesen devengado para la parte no infractora como consecuencia de la preparación o intervención en el proceso colaborativo.

**vi)** Transparencia. Las partes deberán de revelar cualquier información o entregar cualquier documentación que sea útil para la consecución de acuerdos y deberán hacerlo además de manera rápida. Con esto se intenta evitar que las partes se encuentren en una situación de desigualdad. Si una de ellas dispone de datos que la otra desconoce puede tomar una determinada decisión que no hubiese tomado si hubiese tenido un conocimiento real de la situación.

**B)** Por lo que respecta a los abogados, estos participan de muchos de los derechos y deberes ya indicados para las partes, pero, de forma particular, el acuerdo de participación genera para ellos derechos y deberes propios del rol que detentan en el proceso:

**i)** Deber profesional de representación y defensa de los intereses de su cliente. No podemos olvidar que estamos ante una fórmula que se funda en la negociación basada en intereses y necesidades. Solo cuando las partes asumen la importancia, tanto de sus propias necesidades e intereses como los de la contraparte, podrá ser posible iniciar un camino hacia la gestión y la transformación del conflicto. Los abogados, habitualmente, han partido de un enfoque tradicional, de una negociación basada en posiciones, con la finalidad de conseguir las mejores condiciones personales y económicas para su cliente con total desapego de los intereses de la otra parte. Es claro que tampoco para los abogados ha sido sencillo dar el salto hacia una negociación integradora y que, en algunos casos, desde una óptica exclusivamente crematística, puede no dar el fruto óptimo para el cliente. Desde luego, el abogado colaborativo no podrá permitir que su cliente firme un acuerdo contrario a derecho, pero debe permitir que firme un pacto que, en términos objetivos, no sea el mejor que hubiera podido obtener. Lo mejor para un sujeto será aquello que más feliz le haga, que atenué de manera efectiva el sentimiento de frustración que una ruptura puede causar. Ese acuerdo puede no ser objetivamente el mejor al que se podía llegar, pero será el mejor para él, y el abogado colaborativo deberá aceptarlo y acompañarle en este camino (43).

- ii) Conducta basada en la buena fe y la transparencia. También para los abogados nace el compromiso de tratar con la otra parte de buena fe y proporcionar, con la diligencia posible, toda la información necesaria y razonable que se les solicite.
- iii) La autoexclusión de los tribunales de los abogados colaborativos. Los abogados asumen su inhabilitación para intervenir en la vía judicial en un procedimiento judicial que se llevase a cabo sobre el mismo objeto del proceso colaborativo. De hecho, cuando un abogado propone a un cliente una práctica colaborativa, debe informarle de las características de dicho proceso e insistir en que, si fracasa, ellos no pueden representarle en el ámbito jurisdiccional (44) .
- iv) El deber de confidencialidad. Los abogados asumen el deber de confidencialidad, no solo respecto a su cliente, lo que quedaría cubierto por el deber de secreto profesional, sino respecto a todas las informaciones vertidas en el marco del proceso colaborativo y que no podrán ser utilizadas en perjuicio de la otra parte en ningún caso o instancia.
- v) El derecho a percibir sus honorarios. Los abogados colaborativos tienen derecho a percibir los honorarios a los que las partes se hayan comprometido. En caso de incumplimiento podrán utilizar los mecanismos judiciales previstos para reclamar dichos honorarios.
- vi) Derecho a que la conducta de su cliente esté regida por la buena fe a lo largo de todo el procedimiento. De hecho, se suele pactar en el acuerdo que el abogado colaborativo debe retirarse del proceso en caso de que se entere de que su cliente ha ocultado o tergiversado información y continúa ocultando y tergiversando dicha información, o ha actuado de otro modo para socavar o sacar ventaja injusta del proceso colaborativo.

## V. Efectos de la inclusión de una cláusula de sumisión al proceso colaborativo en un contrato

Nos podríamos plantear si es factible que las partes incluyan como cláusula, dentro de un contrato, la obligación de iniciar una práctica colaborativa como condición previa a acudir a los tribunales. Desde luego, nada impide que tal previsión se incorpore a un contrato, ya como cláusula única o dentro de una escalonada, pero lo que da lugar a estas líneas es intentar determinar cuáles serían los efectos de su incumplimiento.

El art. 6.º Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), establece que cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial y, para articular tal mandato, en su art. 10.º dispone que la parte interesada en impedir que los tribunales conozcan de las controversia sometida a mediación durante el tiempo en que se desarrolle, podrá hacerlo interponiendo la cuestión declinatoria.

Alguna doctrina (45) demanda la inclusión de una previsión similar para el ámbito del proceso colaborativo, naturalmente si este llegará en un futuro a recibir una regulación legal. No obstante, creemos que no sería acertado plantear el uso de la cuestión declinatoria como vía para denunciar la falta de jurisdicción del tribunal cuando exista un compromiso de sometimiento al proceso colaborativo.

En realidad, el tratamiento dado por el legislador al compromiso de mediación es similar al que se confiere al convenio arbitral en sede de procedimiento arbitral en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA LEY 1961/2003). El legislador establece, en el art. 11.1º de esa ley, que *el convenio arbitral* obliga a las partes «a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». Como puede observarse, el legislador consigna una disposición prácticamente igual en el caso de incumplimiento del compromiso de mediación y en el caso de incumplimiento del convenio arbitral, pero parece no tener en cuenta que la finalidad de un compromiso de mediación y de un convenio arbitral son radicalmente diferentes.

Cuando las partes firman un convenio arbitral están manifestando su voluntad de someter su controversia a arbitraje y declaran que conocen la trascendencia de esa decisión, porque asumen con total fijeza que su conflicto no podrá ser resuelto por vía judicial si una de las partes así lo decide (46) . El convenio arbitral tiene carácter obstativo sobre la actuación de los Tribunales; es el efecto negativo del convenio arbitral que surge precisamente de su naturaleza jurisdiccional y de la autonomía de la voluntad (47) . Este efecto permite que el demandado pueda excluir del conocimiento de esa causa al juez ordinario y obtener la inmediata finalización del procedimiento en el que se le

había emplazado. Ante la existencia de un convenio arbitral válido, y siempre y cuando el demandado haga valer en tiempo y forma ese convenio arbitral, se produce la exclusión del juez ordinario y predeterminado por la ley. Para el demandado tal posibilidad se configura como un contraderecho cuyo tratamiento procesal se confía a la declinatoria (48) .

Con el compromiso de sometimiento a mediación, al igual que con el acuerdo de sometimiento al proceso colaborativo, las partes lo único que acuerdan es que intentarán resolver su controversia por esta vía. Claramente sería contrario a la propia naturaleza de la mediación o del Derecho Colaborativo, y se avendría mal con el principio de voluntariedad, el hecho de que el compromiso tuviese como objeto la obligación para las partes de llegar efectivamente a un acuerdo. El propio art. 6.3º de la Ley de Mediación establece que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. Siendo así, el legislador no puede sancionar en forma alguna el incumplimiento del acuerdo de sometimiento a la mediación con la prohibición de resolver su conflicto ante los órganos jurisdiccionales, y tampoco podría hacerlo con el acuerdo de sometimiento a un proceso colaborativo.

Al asesorar a los clientes, los abogados deben examinar cuidadosamente las circunstancias que rodean a las partes y evaluar si estamos ante sujetos idóneos para asumir el proceso de divorcio colaborativo. Si algo debe estar presente en un proceso colaborativo es la buena fe y la lealtad procesal

El mecanismo de la declinatoria tiene un dudoso encaje, tanto en el procedimiento de mediación como en el proceso colaborativo. Lo que en el ámbito del arbitraje tiene un perfecto encuadre, carece de él frente a un compromiso de mediación (49) o frente a un compromiso de sometimiento a un proceso colaborativo porque el acuerdo de las partes mediante un pacto de este tipo no supone la exclusión de la jurisdicción con carácter absoluto e indefinido, tal y como sucede con el convenio arbitral, sino que el compromiso de mediación o de sumisión a un proceso colaborativo, supone la abstención temporal del juez hasta que se cumplan una única condición: intentar de buena fe llegar a un acuerdo. Tal condición contiene, cuando menos, una obligación tan indeterminada e imprecisa que en muchos casos supondrá, en definitiva, una dilación del proceso. Si quien firmó el pacto, llegado el momento, no está dispuesto ni siquiera a intentarlo, obligarle a ello legalmente no parece la mejor forma de iniciar un proceso regido por la

buena fe y por una cierta generosidad de las partes intervinientes. Pero, es más, si la declinatoria pretende que el juez actual se inhíba en favor de aquel que tiene la competencia para conocer del asunto, en este caso, tal y como prevé el art. 65.3º, el tribunal debería señalar a las partes ante qué órganos han de usar de su derecho, pero en este caso la inhibición conlleva el archivo de los autos, ya que en ningún caso el juez va a inhibirse a favor de un mediador o de un equipo de abogados y otros expertos en Derecho colaborativo, que obviamente carece de potestad jurisdiccional (50) .

## VI. La idoneidad de las partes: la segunda piedra angular

Tanto las ventajas como las desventajas del proceso colaborativo apuntan a una cuestión y es la necesidad de actuar de buena fe al tratar de resolver el asunto sin litigio. Al asesorar a los clientes, los abogados deben examinar cuidadosamente las circunstancias que rodean a las partes y evaluar si estamos ante sujetos idóneos para asumir el proceso de divorcio colaborativo. Si algo debe estar presente en un proceso colaborativo es la buena fe y la lealtad procesal. Los cónyuges que firman un acuerdo participación están sujetos a un deber en virtud del cual deben participar activamente en el procedimiento, coadyuvando a que la resolución de las disputas se realice de manera expedita y eficiente en términos emocionales, pero también de costos.

Los letrados deben realizar una labor fundamental determinando si están ante un litigio cuya naturaleza permite acudir a este mecanismo o si deberían considerar que no son candidatos apropiados para el proceso colaborativo. El proceso de selección inicial es fundamental para garantizar un resultado satisfactorio. El abogado tiene que determinar en una reunión previa si se dan los requisitos necesarios para que el Derecho colaborativo sea una solución adecuada, esto es, si las partes están «preparadas» para el procedimiento colaborativo, si se van a beneficiar o si, por el contrario, sería mejor no intentarlo.

Lo cierto es que los letrados deben ser especialmente cuidadosos en esta primera toma de contacto ya que deben presentar esta fórmula como una opción a considerar por el cliente junto con otras como puede ser la mediación o el enfoque tradicional, el litigio. Es necesario ayudar al cliente a tomar una decisión informada sobre la forma de

resolver su caso. Es esencial que el abogado ayude al cliente a identificar las cuestiones que deben resolverse y le presente opciones disponibles para lograr este objetivo, incluidos los beneficios y riesgos de cada alternativa. Este es el comienzo del proceso, en el que el cliente, asistido por el abogado, averigua qué alternativas tiene a su alcance para resolver el litigio. Es especialmente importante obtener el consentimiento informado de los clientes desde el inicio porque solo así se asegurará la existencia de un verdadero compromiso durante el proceso. La gestión de conflictos a través de esta herramienta implica responsabilizar personalmente al cliente del progreso de las negociaciones, por eso es importante que el cónyuge elija el proceso con conocimiento de causa, para que dicha responsabilidad sea una expectativa razonable.

Es primordial apartarnos de argumentaciones que supongan crear falsas expectativas, no se trata de vender o de convencer a la parte que acude en busca de orientación. Ningún método va a suponer un camino de rosas, la ruptura será dura, exigirá renunciaciones, comprensión y generará dolor, y aquellos que inicien el procedimiento colaborativo deben ser conscientes de ello.

A la hora de determinar la idoneidad de las partes se debe tener en cuenta varios aspectos concretos que de forma muy breve vamos a señalar.

En primer lugar, es necesario que se perciba en las partes una serie de rasgos que permitan suponer que ambas van a querer escucharse mutuamente y cooperar respetuosamente en el proceso, que demuestran deseo de llegar a una solución sin que ello suponga obtener una victoria moral sobre el otro, deben mostrar capacidad de comunicación y disposición a compartir toda la información y adoptar posturas razonables sin terquedades que no permitan el avance de las negociaciones.

En segundo lugar, es necesario que no se perciba un desequilibrio de poder entre ambas, porque ello impedirá el desarrollo ponderado del procedimiento (51) . Si existen insultos, amenazas o una de las partes quiere controlarlo todo, naturalmente no cabe este tipo de herramienta (52) . Un recurso utilizado para determinar si realmente existe equilibrio es la realización de preguntas acerca del comportamiento de los cónyuges constante el matrimonio. Se trata de conocer el grado de libertad individual, de comunicación y de interdependencia que tenía la pareja. Así, preguntas sobre quién asumía las decisiones de índole económica o quién fijaba el destino de vacaciones suelen ser datos reveladores del nivel de corresponsabilidad y de confianza entre los cónyuges (53) . Cuando uno de los cónyuges quiere demostrar algo, castigar, controlar al otro o sentar un precedente legal no es apto para este tipo de proceso. Manifestaciones de nula disposición para llegar a un acuerdo se perciben cuando un cliente se niega a hacer arreglos temporales para mantener a un cónyuge dependiente en espera de las negociaciones, o se retrasa injustificadamente el inicio del proceso (54) .

En tercer lugar, tampoco son consideradas apropiadas aquellas personas que se encuentran en las primeras fases del proceso de duelo/recuperación (55) . Un dato relevante es que las partes tienen que haber aceptado el hecho de que el divorcio se va a producir, que no existe marcha atrás en su proceso de ruptura y, en el caso de que haya hijos, tener la consideración de que los hijos deben mantener una relación fuerte y sana con ambos progenitores (56) .

En cuarto lugar, los abogados identifican la fiabilidad como un factor importante a la hora de evaluar la idoneidad del proceso colaborativo como fórmula para el divorcio. En este sentido, uno de los aspectos más interesantes es determinar si las partes están dispuestas a revelar toda la información pertinente, con total honestidad y transparencia de hecho, cuando en la sesión inicial los abogados tienen una sensación incómoda sobre las intenciones de las partes, cuando se duda de que vayan a revelar toda la verdad o vayan a negociar de buena fe, deberían rechazar inmediatamente la posibilidad de iniciar un proceso colaborativo (57) .

En quinto lugar, un aspecto sobre el que debemos detenernos es qué sucede en aquellos casos en que ha habido violencia doméstica en el seno de esa pareja. En este punto los autores difieren sobre si la violencia doméstica debería excluir el uso de esta fórmula o si el Derecho colaborativo podría ser especialmente apropiado si interviene un equipo interdisciplinario competente. En este marco, se afirma que la práctica colaborativa tiene algunos componentes de proceso que la hacen más adecuada que la que la mediación familiar para resolver asuntos en los que ha habido malos tratos previos, siempre que se conozca a fondo la dinámica del maltrato doméstico y se tenga suficiente experiencia en este tema para poder gestionar eficazmente el proceso. Naturalmente, estamos hablando de supuestos en que no existen agresiones físicas graves o abusos sexuales, ya que estas situaciones son extremadamente estresantes y la comunicación entre las partes es prácticamente imposible.

Asimismo, excluye este tipo de fórmulas la existencia de una enfermedad mental grave que pueda hacer dudar sobre la capacidad de una de las partes o los casos en que uno o ambos cónyuges tienen problemas con las drogas o el alcohol.

### VII. El abogado colaborativo: otra forma de ejercer la abogacía

Como decimos, necesariamente el proceso colaborativo parte de la relación abogado-cliente. La parte, para optar por este mecanismo, debe confiar en que su abogado va a trabajar defendiendo sus intereses pero, a la par, tratando de obtener lo mejor no solo para él, sino lo mejor, para la totalidad de los miembros en conflicto porque, en definitiva, tal proceder es el único que garantiza, en el seno de los conflictos familiares, una solución definitiva y satisfactoria.

Esta es, quizás, la característica que eleva el procedimiento colaborativo a la esfera de las fórmulas que no solo buscan la gestión eficaz y positiva del conflicto, sino que buscan la transformación de ese conflicto. Tradicionalmente, estamos acostumbrados a la fórmula «negociación» sin plantearnos que, en muchas ocasiones, el pacto alcanzado tras una negociación puede cerrar en falso heridas abiertas entre las dos partes. Con la negociación, las partes llegan a un punto intermedio de acercamiento, pero también llegan al convencimiento de que la solución alcanzada es la mejor posible, pero no la óptima desde un punto de vista subjetivo, de tal forma que no se verá modificada su actitud cardinal. Alcanzar un acuerdo puede no superara la sensación de agravio frente a la otra parte, no se produce una transformación sino un mero acomodo a una situación que en ese momento es la mejor de las factibles, y especialmente cuando los acuerdos se fraguan en una fase tardía del proceso, a la sombra del juicio, cuando ya se han producido daños irreparables y la mayor parte de los costes del litigio. En muchos casos, los abogados tienen que cambiar de papel y, después de haber preparado a sus clientes para ganar el juicio, deben instarles a aceptar un acuerdo mucho más ajustado. De hecho, la mayoría de los clientes ceden a la considerable presión para llegar a un acuerdo que aumenta a medida que se acerca la fecha del juicio. Estos acuerdos al no haber conseguido transformar la situación conflictual, pueden no ser duraderos.

Cuando lo que buscamos es la transformación del conflicto, buscamos que las partes vean la crisis como la oportunidad para profundizar más en la relación y avanzar en la misma con una visión a largo plazo. A partir de esta auténtica interiorización del cambio, es muy difícil que el conflicto se vuelva a plantear y, si se plantea, las herramientas adquiridas volverán a servir para gestionar satisfactoriamente la disputa.

Pero para que esta transformación tenga lugar, es necesaria una labor, que podríamos denominar «pedagógica», y que se debe llevar a cabo con carácter previo al inicio del procedimiento. El abogado debe intentar que su cliente supere los conceptos clásicos de la posición para adquirir y manejar los conceptos de interés y necesidad. Solo en esta esfera será posible una actuación eficaz y efectiva, superando la tradicional negociación basada en posiciones (58) .

En este punto, el abogado colaborativo se va a servir de dos preguntas que suelen ser útiles a la hora de llegar al conocimiento de los intereses de sus clientes: ¿por qué? y ¿por qué no?

Con la primera se intenta averiguar la razón por la cual la parte defiende de forma inamovible su posición, en tanto con la segunda se intenta descubrir cuál es el interés que se interpone para que no admita variar en absoluto sus posiciones (59) . Como es bien sabido, los clientes se suelen aferrar a sus posiciones, precisamente cuando se ponen de relieve las auténticas necesidades e intereses de las partes es cuando se puede empezar a desempeñar una auténtica función colaborativa. La averiguación de esas zonas no aparentes del conflicto es una tarea que requiere, por parte del abogado, el empleo del tiempo y de recursos psicológicos, lingüísticos, etc. En ocasiones, a la parte le resulta difícil exponer cuál es su necesidad, y no es extraño que cada parte, a la hora de establecer un diálogo, se mantenga en un nivel distinto de exposición. Es forzoso que el abogado parta de la consideración de que las personas insertas en ese conflicto tienen diferentes valores que justifican los actos. Esos valores influyen tanto en los objetivos que se persiguen como en la forma que se utiliza para conseguirlos. Los valores que se relacionan con el comportamiento son unas pautas que nos sirven para juzgar lo que hacemos y lo que deberíamos hacer o no. Pero, por encima de los valores individuales, podemos encontrar otros valores, a los que llamaremos «metavalores», en los cuales a veces coinciden las partes que antes estaban enfrentadas por sus valores. Así, los metavalores de la libertad, el bien de los hijos, la conservación del trabajo, la supervivencia de la empresa, etc., se pueden establecer como metavalores para las partes, antagónicas en inicio (60) .

El abogado colaborativo debe fijarse como meta una negociación enfocada no solo a resolver unos determinados

problemas actuales, sino también a prevenir y a lograr acuerdos eficientes y que dejen abierta las puertas a la solución de las futuras crisis que puedan surgir. Su papel trasciende lo jurídico para adentrarse en las técnicas de la escucha activa, en facilitar la comunicación real entre las partes. Se debe convertir en guía de las negociaciones y gestor del conflicto. De hecho, los abogados se convierten en responsables del proceso, aunque las partes sean los dueños del resultado.

El abogado colaborativo debe fijarse como meta una negociación enfocada no solo a resolver unos determinados problemas actuales, sino también a prevenir y a lograr acuerdos eficientes y que dejen abierta las puertas a la solución de las futuras crisis que puedan surgir

Un requisito indefectible, y que supone un elemento esencial de este mecanismo, es la existencia de un pacto abogado-cliente en el que se acuerda la exclusión del abogado en representación de las mismas partes en cualquier tipo de procedimiento judicial que pueda sustanciarse sobre el mismo conflicto objeto del proceso colaborativo.

Esta cláusula de autoexclusión de los profesionales tiene como finalidad acabar con uno de los grandes escollos con los que se enfrentan generalmente las fórmulas autocompositivas: la posibilidad de que los letrados puedan utilizar la información adquirida en el desarrollo de una negociación o mediación como munición para un eventual procedimiento contencioso. Pero además no cabe duda de que sirve como acicate a los abogados colaborativos tanto elevando el nivel de compromiso a la hora de

conseguir la solución negociada, como desde un punto de vista monetario, ya que desaparece cualquier expectativa sobre unos futuros honorarios como letrados en el proceso subsiguiente.

Únicamente esta regla de inhabilitación tendría su excepción en determinados supuestos en que, aun habiendo consenso entre las partes, dada la naturaleza indisponible de la materia, se hace necesaria la obtención de una resolución judicial. En este caso también la demanda se realizaría de forma colaborativa (por ejemplo, cuando se presenta la demanda de mutuo acuerdo en el divorcio) o con el acuerdo de las partes (61).

### VIII. El momento clave: saber elegir la herramienta más adecuada

El título de este trabajo formulaba una pregunta ¿es el proceso colaborativo realmente una herramienta eficaz? ¿los abogados colaborativos son letrados experimentados o esperanzados por conseguir una fórmula que atenúe los efectos dañinos del divorcio? La respuesta sincera tiene que ser: depende.

Como ya hemos indicado, de lo que se trata, en definitiva, es de conseguir gestionar positivamente el conflicto y, en la medida de lo posible, transformarlo. El mecanismo que utilicemos es secundario, lo único que debemos valorar es la eficiencia y la eficacia de la herramienta utilizada. En el ámbito del derecho de familia, esa eficiencia pasa también por procurar que el procedimiento utilizado sea el menos nocivo para todos los integrantes de la familia, tanto para los cónyuges que deben superar su duelo, para los menores, si los hay, y para el resto de los miembros de la familia (abuelos, tíos, etc.) que son, en muchos casos, víctimas invisibles.

El proceso colaborativo tiene características que lo hacen muy válido, pero no para todos y en todas las situaciones. No existe el procedimiento perfecto, estamos en la búsqueda del procedimiento menos malo y determinar si este lo es, pasará por que las partes implicadas realicen un exhaustivo y sincero examen de las personas y de las situaciones. ¿Quién debe hacer ese examen? Seremos sinceros, creemos que debe ser el letrado. Es cierto que son las partes las que al fin deben dar su conformidad, firmar un pacto en el que anuncian su voluntad de acoger un camino y no otro, pero las partes, y más en momentos de gran tribulación, como es el de la ruptura, son claramente influenciables y es relativamente sencillo convencerles del acogimiento de una fórmula como el proceso colaborativo. El amparo del abogado al que acuden, la promesa de un procedimiento más «íntimo» y menos agresivo, sin duda puede determinar que los clientes terminen convencidos de la bondad de la fórmula sin saber realmente a que se van a enfrentar. Antes de plantear como alternativa un medio extrajudicial, el abogado debe realizar un análisis de su cliente y del conflicto. Desde luego, ni la mediación ni el divorcio colaborativo serán una opción cuando uno o ambos miembros de la pareja tienen una enfermedad mental grave o problemas de alcoholismo o drogadicción que no están controlados, cuando se produzcan episodios de violencia doméstica, cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad de participar plena y libremente en las discusiones que llevarán a la resolución, cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad de mantener compromisos o de tener un comportamiento adecuado incluso con la ayuda de los abogados y miembros del equipo de profesionales, cuando uno o ambos

miembros de la pareja mienten desde el inicio sobre su situación económica o su patrimonio, cuando lo que pretenden es utilizar el procedimiento para perder tiempo o para obtener determinada información que desconocen. Estamos ante procedimientos regidos por el principio de buena fe, y en ese sentido, la sospecha de que una o ambas partes no están dispuestos a respetar las reglas del juego pactadas debe llevar a desechar cualquier procedimiento que no sea la judicial.

Pero además hay que analizar otro elemento, no emocional sino de índole pragmática como pueden ser si el coste de un proceso colaborativo, con la intervención de un equipo más o menos grande de profesionales, es asumible no. En nuestra opinión, es un aspecto fundamental que en algunos casos cercenará la posibilidad de que el proceso colaborativo sea elegido por la parte. Económicamente, el proceso de mediación es más accesible para las partes que el colaborativo. Es verdad que las fórmulas extrajudiciales son habitualmente más costosas para las partes que un proceso judicial, entre otras razones porque no existe una cobertura al estilo de la asistencia jurídica gratuita que las cubra. Sin embargo, la mediación, y básicamente la intrajudicial en el ámbito familiar, sí ha sido objeto de un tratamiento que la hace accesible prácticamente a todos los sujetos.

Pero existen más motivos que las partes valorarán antes de decantarse por un método: el grado de confianza y seguridad que les confieren sus abogados, la fortaleza con la que pueden afrontar la negociación, el efecto ejecutivo o no que buscan en el acuerdo que eventualmente se firme, su capacidad para explorar vías novedosas y poco conocidas en nuestro panorama jurídico.

El procedimiento colaborativo supone una nueva fórmula de resolución en la que las partes mantienen el protagonismo, pero en el que, en todo momento, se sienten acompañados, asesorados y, por qué no decirlo, protegidos por el abogado. En el discurrir de la práctica colaborativa, los abogados suelen guiar la negociación de forma mucho más estructurada, algunos hablan de «guionizada», en el sentido de que las partes se ven abocadas a negociar sobre los puntos esenciales para llegar a un convenio tal y como el legislador lo exige. En un proceso de mediación, existe una sensación de absoluta libertad de pactos, sin otro límite que los principios naturales que habrán de regir el proceso y la legalidad de lo acordado. Las cuestiones sobre las que es necesario pactar se espera que surjan de manera natural en el discurrir de las sesiones sin que exista una estructura rigurosa.

A día de hoy, a pesar de los años transcurridos desde su implantación en España, sigue existiendo un gran desconocimiento, tanto sobre el procedimiento colaborativo como sobre los abogados colaborativos. Este es un factor que a la postre influirá sobre las partes a la hora de decantarse por un sistema del que, en muchas ocasiones, no habrán oído hablar.

Aunque un proceso colaborativo puede ser un buen método, debemos ser sinceros: no puede hacer milagros, y hay que conocer tanto sus límites como sus puntos fuertes. Al igual que con la mediación, las parejas no pueden esperar en el momento de la ruptura el altruismo y la generosidad que no fueron capaces de encontrar en su matrimonio.

## IX. Bibliografía

- APPELMAN, L., «Specific Concerns for Collaborative Attorneys», *Collaborative law: a new model for dispute resolution* (S. M. Gutterman ed), 2004.
- BUENO OCHOA, L., «Cruce y descruce de miradas al Derecho Colaborativo», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 95, 2015.
- CABALLO ANGELATS, L., *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona, 1997.
- CAMERON, N. J. *Collaborative practice: deepening the dialogue*, 2014.
- CALCATERRA, R., *Mediación estratégica*. Barcelona, 2006.
- COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona 1991.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pág. 135.
- ESTEVE ESTEVE, P., «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2016-1.
- FISHER, R., URY W., PATTON B, *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*, Barcelona, 2004.
- FLAQUER, L., BECERRIL, D., «La ruptura de parejas en cifras; la realidad española», en FARÍÑA, F.; ORTUÑO, P., *La*

*gestión positiva de la ruptura de la pareja con hijos*, Madrid, 2020.

GISBERT POMATA, M y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. Pamplona, Aranzadi, 2014.

GUTIÉRREZ SANZ, M.R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo (LA LEY 3708/2012), de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n.º. 7871, 2011.

LAUROBA LACASA, E., «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 4, 2018.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, J., «Comentario al art 9.1 a 5 LA», *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003)* (V. Guilarte Gutierrez, dir.), Valladolid, 2004.

MARLOW, L., *Mediación. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Barcelona, 1999.

MORENO GARCÍA A., «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 38, 1993.

NIETO, R., Paradojas y reflexiones acerca de la mediación institucional prejudicial y judicial: poder contextual, cultura y efecto «Hastening». *Revista Confluencia*, Año 1, N° 1, 2013.

PARAMIO JUNQUERA, N., «Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica», *Academia Vasca de Derecho Boletín JADO*. Bilbao. Año XV. n.º 28. enero-Diciembre 2017-2018.

PAZ PEÑUELAS BENEDÉ, M. P., *Conflicto y Técnicas de Gestión. En Especial, la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y su Versión Electrónica*, Valencia, 2017,

PLAZA, A., ¿Es caro el «proceso colaborativo»? Derecho Colaborativo y ahorro en costes «económicos, personales y sociales», *LawAndTrends*.

RIFA SOLER, J.L., «Encaje constitucional del arbitraje como sistema de resolución de conflictos», *Estudios sobre arbitraje de consumo* (M. Richard González, I. Riaño Brun y J.M. Rifa Soler, Jcoords.) Cizur Menor, 2011.

SERRANO MARTÍNEZ, G., MÉNDEZ VALDIVIA, M.T., CUESTA IZQUIERDO, M., «El comportamiento de los negociadores ante la capacidad de presión del mediador», *Psicothema*, vol. 11, n.º. 3, 1999.

SHIELDS, R. W., *Collaborative family law: another way to resolve family disputes*, 2003.

SOLETO MUÑOZ, H., «El derecho colaborativo como una nueva forma de resolución adecuada de conflictos», *Derecho de familia: nuevos retos y realidades: Estudios jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo* (M. de Peralta y Carrasco, dir., Á. Acedo Penco. coord. y A. Silva Sánchez, coord.). Madrid: Dykinson, 2016, p. 345-359.

TESLER, P. H., «Collaborative Family Law», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. vol.4. n.º 3, 2004.

TESLER, P.H., Collaborative Law: A New Paradigm for Divorce Lawyers, Collaborative law: A new paradigm for divorce lawyers, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 5, n.º 4, 1999.

TESLER, P., «Can this relationship be saved? The legal profession and families in transition». *Family Court Review*, Vol. 55, n.º 1, enero, 2017

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., «La mediación familiar», *Revista Baylio*.

VARGAS PAVEZ, M., «Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación», *Revista de derecho Valdivia*. vol. 21, n.º.2.

VILELLA LLOP, P., «La ley del divorcio, 40 años después; otra forma de abordar el conflicto familiar», *Otrosí Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 2021, 7º Época 9.

VIOLA DEMESTRE, I., «Arbitraje y derecho de familia». *Arbitraje. El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (J.L. Collantes González, dir.), 2ª parte, vol. 4, Perú, 2007.

WEBB, S. G. y OUSKY, R. D., *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less estrés, lower costs, and happier kids without going to court*, 2006.

- (1) P. H. Tesler, «Collaborative Family Law», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, 3, 2004, p.321.
- (2) Dependiendo de cada comunidad autónoma, en el caso de las parejas de hecho inscritas basta con que las partes hagan constar la disolución en escritura pública ante notario y se comunique al registro donde estaban inscritas. Poner fin a la relación con escritura pública ante notario en la que se haga constar dicha disolución.
- (3) J.L. Utrera Gutiérrez, «La mediación familiar», *Revista Baylio*, p. 2 ss.
- (4) *Vid.* al respecto L. Flaquer y D. Becerril, «La ruptura de parejas en cifras; la realidad española», en F.Fariña y P. Ortuño, *La gestión positiva de la ruptura de la pareja con hijos*, Madrid, 2020.
- (5) P. H. Tesler, «Collaborative...», *loc. cit.*, p.323.
- (6) R.Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona 1991, p. 182.
- (7) <https://mediacionesjusticia.com/biblioteca/mediacion-familiar>
- (8) *Vid.* E. Lauroba Lacasa, «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2018.
- (9) Al tratarse de una transacción, negocio en el que las partes por definición (art. 1809 Cc (LA LEY 1/1889)), dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, ponen término al pleito que habían comenzado, los litigantes cónyuges separados judicialmente y, tratan de liquidar la sociedad de gananciales, en el que además establecen una estipulación a favor de los hijos comunes, estipulación que se refiere a unos de esos bienes gananciales, ambas partes contratantes, son por consiguiente, a la vez, estipulantes y promitentes, ya que con su participación en la sociedad de gananciales en los que están integrados los bienes inmuebles sobre los que recae la cláusula en beneficio de los hijos, sirve a la vez de relación de cobertura entre los dos contratantes y de relación de valuta entre éstos y los beneficiarios o terceros, por lo que no hay duda alguna que la aceptación por los favorecidos por la estipulación, ha de hacerse a los dos padres, y no como argumenta la parte recurrida solamente a la madre, pero en todo caso es un hecho, la falta de aceptación por los hijos, que ambas sentencias entienden acreditado, y por consiguiente esta cuestión que alumbra el recurrido en su escrito de impugnación al recurso, carece de trascendencia.
- Cuestión distinta es el efecto que la nulidad de la estipulación a favor de tercero ha de tener respecto a la totalidad del contrato de transacción, que se corresponde al motivo tercero del recurso en el que se invoca la violación del art. 1809 Cc (LA LEY 1/1889), que en alegación de la parte recurrente «determina las mutuas y recíprocas prestaciones entre las partes en el contrato de transacción», y que versando el contrato sobre la división y distribución de los bienes de la sociedad de gananciales, habiéndose adjudicado como único derecho, el usufructo vitalicio de las dos fincas rústicas de la sociedad al señor S. P., cuya nuda propiedad había sido objeto de la estipulación a favor de los cuatro hijos (por consiguiente a la madre no le correspondía participación alguna en esa nuda propiedad), y a la recurrida señora A. la propiedad de la vivienda y los dos mesones en el término municipal de Cartagena, se rompería el equilibrio de las contraprestaciones entre ambos contratantes, si se declarase la nulidad de la estipulación y se dejase subsistente el resto de las estipulaciones, lo que lleva a la declaración de nulidad del contrato, como se razona en la sentencia de primera instancia en su fundamento de derecho segundo.
- (10) En este sentido *Vid.* I., Viola Demestre, «Arbitraje y derecho de familia», *Arbitraje. El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (J.L. Collantes González, dir.), 2ª parte, vol. 4, Perú, 2007, pp. 43-72.
- (11) L. Marlow, *Mediación. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Barcelona, 1999, p.31.
- (12) P. Esteve Esteve, «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2016-1, p. 73
- (13) S. Webb, «Collaborative law: a practitioner's perspective on its history and current practice», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, USA, vol. 21, 2008, p. 155.
- (14) S. Webb y R. D. Ousky, *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less estrés, lower costs, and happier kids without going to court*, 2007, p. xv.
- (15) R. Fisher, W.Ury, B. Patton, *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*, Barcelona, 2004, p.59.
- (16) P. H. Tesler, «Collaborative...», *loc. cit.*, p.323.
- (17) E. Lauroba Lacasa, «Instrumentos para...», *loc. cit.*, p. 38.
- (18) P. H. Tesler, «Collaborative...», *loc. cit.*, p.325.
- (19) <https://www.collaborativepractice.com>.
- (20) P. Esteve Esteve, «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2016-1, p. 72.
- (21) L. Bueno Ochoa, «Cruce y descruce de miradas al Derecho Colaborativo», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 95, 2015, p. 119.
- (22) P. Tesler, «Can this relationship be saved? The legal profession and families in transition». *Family Court Review*, vol. 55, n.º 1, enero, 2017, p. 43.

- (23) D. Lavi, «Can the leopard change his spots? Reflections on the "collaborative law" revolution and collaborative advocacy», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 13, n.º 1, 2011, p. 67. Disponible en: <https://cardozoocr.com/vol13no1/Lavi.pdf>.
- (24) *Ibíd.*, p. 61.
- (25) Debe pensarse que si las partes no llegan a un acuerdo ambos abogados deben dimitir y esto significa que los clientes deben correr con los gastos y el esfuerzo de contratar a nuevos abogados y los abogados colaborativos pierden el encargo.
- (26) Los psicólogos sociales John French y Bertram Raven comenzaron a esbozar un modelo teórico psicosociológico para explicar las relaciones de poder en la sociedad. No tenemos intención de profundizar en esta materia, simplemente tomamos prestados algunos conceptos para realizar nuestra exposición.
- (27) El poder de recompensa se basa en el derecho de algunos a ofrecer o negar recompensas tangibles, sociales, emocionales o espirituales a otros por hacer lo que se desea o se espera de ellos.
- (28) R. Calcaterra, *Mediación estratégica*, Barcelona, 2006.
- (29) R. Nieto, «Paradojas y reflexiones acerca de la mediación institucional prejudicial y judicial: poder contextual, cultura y efecto Hastening», *Revista Confluencia*, Año 1, n.º 1, 2013, p. 29.
- (30) G. Serrano Martínez, M.T. Méndez Valdivia y M. Cuesta Izquierdo, «El comportamiento de los negociadores ante la capacidad de presión del mediador», *Psicothema*, vol. 11, n.º. 3, 1999, p. 573.
- (31) <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/01/MEDIACION3.pdf> (última consulta 23 de noviembre 2021)-
- (32) P. H. Tesler, «Collaborative...», *loc. cit.*, p. 324.
- (33) P. Esteve Esteve, «Abogado colaborativo...», *loc. cit.*, p. 74.
- (34) *Ibíd.*, p. 78.
- (35) *Ibíd.*, p. 93.
- (36) A. Plaza, «¿Es caro el "proceso colaborativo"? Derecho Colaborativo y ahorro en costes económicos, personales y sociales», *LawAndTrends*, Disponible en <https://www.lawandtrends.com/noticias/despachos/es-carro-el-proceso-colaborativo-derecho.html>.
- (37) Se trata de un acuerdo totalmente distinto de la hoja de encargo que une al cliente con su abogado y que se habrá firmado previamente o simultáneamente al acuerdo de participación.
- (38) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (2009) «Uniform Collaborative Law Act», *Hofstra Law Review*, vol. 38: n.º. 2, Article 2, pg. 425.
- (39) Sobre el particular *vid.* M. Gisbert Pomata y S. Díez Riaza, *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. Pamplona, Aranzadi, 2014.
- (40) Para L. Díez Picazo estamos ante uno de los conceptos «más difíciles de aprehender dentro del Derecho civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que han dado lugar a una más larga y apasionante polémica, L. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 135.
- (41) A. Moreno García, «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 38, 1993, pp. 266.
- (42) R. Fisher y W. B. Ury Patton, *Obtenga el sí...*, *op. cit.*, p. 117.
- (43) N. Paramio Junquera, «Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica», *Academia Vasca de Derecho Boletín JADO*. Bilbao. Año XV. n.º 28, enero-diciembre 2017-2018, p. 493.
- (44) E. Lauroba Lacasa, «Instrumentos para...», *loc. cit.*, p. 38.
- (45) P. Esteve Esteve, «Abogado colaborativo...», *loc. cit.*, p. 93.
- (46) J. Maluquer De Motes I Bernet, «Comentario al art 9.1 a 5 LA» en VVAA, *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003)* (V. Guilarte Gutiérrez dir.), Valladolid, 2004, p. 178.
- (47) L. Caballol Angelats, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997, p. 37.
- (48) J.L. Rifa Soler, «Encaje constitucional del arbitraje como sistema de resolución de conflictos» *Estudios sobre arbitraje de consumo* (M. Richard Gonzalez, I. Riaño Brun, y J.M.Rifa Soler, coords.), Cizur Menor, 2011, p.62.
- (49) En tal sentido M.R.Gutiérrez Sanz, «La cuestión declinatoria en el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo (LA LEY 3708/2012), de mediación en

- (50) M.P. Paz Peñuelas Benedé, *Conflicto y Técnicas de Gestión. En Especial, la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y su Versión Electrónica*, Valencia, 2017, p. 113.
- (51) Vid.. L. Appelman, «Specific Concerns for Collaborative Attorneys», *Collaborative law: a new model for dispute resolution* (S. M. Gutterman ed), 2004, p. 124.
- (52) S. G. Webb, y R. D., Ousky, *The collaborative way to divorce...*, *op. cit.*, p.45 ss.
- (53) Vid.. N. J. Cameron, *Collaborative practice: deepening the dialogue*, 2014, p.157.
- (54) Vid.. R. W. Shields, *Collaborative family law: another way to resolve family disputes*, 2003, p. 55.
- (55) P.H. Tesler, «Collaborative Law: A New Paradigm for Divorce Lawyers, Collaborative law: A new paradigm for divorce lawyers», *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 5, n.º 4, 1999, pp.993 ss.
- (56) S.G. Webb y R. D. Ousky, *The Collaborative Way to Divorce: The Revolutionary Method That Results in Less Stress, Lower Costs, and Happier Kids Without Going to Court*, 2006, p. 35 ss.
- (57) Vid.. N.J. Cameron, *Collaborative practice:..., op. cit.*, p.153 ss.
- (58) Como acertadamente afirma Montoya Vargas: «al hablar de derecho colaborativo se continúa bajo el estereotipo de comprensión y estudio de la ciencias o materias que conformen el plan de estudios de la carrera de abogado. El Derecho colaborativo convendría al gremio educativo. Al momento del desarrollo del programa, pronto se darían cuenta de que lo que se busca es la preparación de los abogados, no para el litigio o la confrontación legal, sino para aprender a construir acuerdos mutuamente satisfactorios y buscar que los clientes se encuentren satisfechos por la asesoría o representación que les fue dada, al apreciar que sus antagonistas, los que no serán más adversarios, también serán vencidos». R.H., Montoya Vargas, «Derecho colaborativo. el conocimiento que todo abogado debe adquirir para lograr una labor más eficiente», *Iuris tantum*, n.º. 29, 2019. p. 61.
- (59) R. Fisher y W. B. Ury Patton, *Obtenga el sí...*, *op. cit.*, p.63.
- (60) *Ibíd.*, p. 68.
- (61) H. Soleto Muñoz, «El derecho colaborativo como una nueva forma de resolución adecuada de conflictos», *Derecho de familia. Nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo* (M. Peralta Carrasco, dir.), Madrid, 2016, p. 350.