

Análisis al Auto sobre la mediación intrajudicial como requisito de procedibilidad

Analysis of the in-court order as a procedural requirement

Oscar Daniel Franco Conforti

Universidad Oberta de Catalunya, España

Manuscrito recibido: 11/10/2016

Manuscrito aceptado: 03/11/2016

Resumen: Bajo la premisa del *ius cogens* y la tutela del interés público, en el presente artículo se estudiarán dos aspectos bien diferenciados: a) la posibilidad de establecer el intento de solucionar la disputa a través de la mediación de conflictos como requisito de procedibilidad al incoar acción judicial; y, b) la necesidad de verificar que, en el acuerdo de mediación se da cumplimiento al principio de la justa composición de la *litis*, la implementación de la mediación no está libre de obstáculos, y aunque la tutela judicial efectiva no sea uno de ellos, hemos de estudiar el impacto que tiene sobre la mediación de conflictos a fin de dotar a su implementación de la seguridad jurídica necesaria concerniente a todo estado de derecho, de forma tal que el resultado final no sea otro que el respeto a los principios y garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Abstract: Under the *ius cogens* and effective judicial protection precepts, this article addresses two different aspects: a) the possibility to attempt solving a dispute through mediation as a procedural requirement when filing a legal action; and b) the need to verify compliance with the principle of *litis* fair composition, and that the implementation of mediation is not free from obstacles; even if effective judicial protection is not an obstacle, it is important to study the impact of conflict mediation in order to guarantee the necessary legal security under the rule of law so that the final result is none respecting the principles and liberties of constitutionally recognized rights.

Palabras clave: Tutela judicial efectiva, requisito de procedibilidad, obligatoriedad de la mediación, acción previa a la jurisdicción, homologación judicial de acuerdos de mediación.

Keywords: Effective judicial protection, procedural requirement, mandatory mediation, action prior to jurisdiction, court approval of mediation agreements.

Oscar Daniel Franco Conforti

Doctor en Derecho. Profesor Universitario en Argumentación Jurídica, Negociación y Solución de Conflictos UOC, España. Árbitro de la Asociación Gallega de Arbitraje y Mediación ASGAME, Galicia, España, y ex-árbitro del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Ex-Director del Servicio de Mediación Social Comunitaria del Ayuntamiento de Alicante, España. Panelista experto en Mediación en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI-WIPO).

La correspondencia sobre este artículo debe enviarse al autor al e-mail: franco@acuerdojusto.com

La mediación de conflictos, como herramienta de autocomposición, viene a ayudar a las partes aportándoles las bases para que se reconozcan con todo el protagonismo y legitimación necesarios, tanto para construir una relación o interrelación futura, sana y armoniosa, como para llegar a un acuerdo que disuelva el vínculo jurídico, cuando así lo desean.

La *Constitución Nacional* de cualquier Estado de Derecho incluye una amplia gama de *derechos fundamentales* a los que brindará una protección particular.

La primera idea que se concibe al hablar de *derechos fundamentales* es que representan los intereses básicos o elementales de los ciudadanos que conforman el Estado. Lo que hace *especiales* a estos derechos es que su modificación y/o eliminación queda fuera del alcance de la voluntad democrática, lo que en principio puede parecer incompatible con la idea del sistema democrático, toda vez que estos derechos no pueden ser modificados o eliminados por los órganos representativos de la soberanía popular.¹

Pero como no solo se trata de reconocer dichos derechos fundamentales sino también de garantizar su eficacia y longevidad, los Estados deben diseñar mecanismos para su protección². De ahí que se hable de *Sistema de Tutela Judicial Efectiva*.

Dicho ello, es fácil advertir que los contenidos de los preceptos constituyentes ni son flexibles ni son mutables, dicho en otros términos, los preceptos fijados por el constituyente no se pueden convertir en algo distinto de lo pensado por este al momento de redactarlos, excepto claro está, que opere una modificación de la Constitución.

La Tutela Judicial Efectiva no es un derecho que se ejerza de forma directa, es decir, el ciudadano no puede ir a un Juzgado o Tribunal y decir algo así como «*me corresponde esto y lo quiero porque estoy en mi derecho a ello*».

La tutela judicial efectiva es un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio que no siendo ejercitable sin más (es decir, directamente a partir de la Constitución), solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece. Es un derecho de prestación.

Para que una persona pueda invocar su derecho a la tutela judicial efectiva ante el Juez o Tribunal que ha de ejercerla deberá acreditar que: a) ha sufrido un perjuicio sobre un derecho o interés legítimo³ por el que se está solicitando la tutela; b) que la actividad jurisdiccional⁴ no ha finalizado en un pronunciamiento sobre el derecho o interés que se persigue; c) que la sentencia no se ha motivado y por ende no responde a las peticiones de las partes, y d) que siempre concurren (es decir, respetando) ciertos presupuestos materiales⁵.

Está suficientemente consolidada la idea de que el contenido del derecho a la tutela judicial (Álvarez Conde, 2006, p. 519) gira en torno a tres derechos fundamentales⁶, a saber:

- El libre acceso a los jueces y tribunales.

- El derecho a obtener un fallo de estos.
- El derecho a que el fallo se cumpla.

Antecedentes del caso

En el marco de un proceso verbal civil⁷ de reclamación de cantidad por la suma de 59,19 €, el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada, en fecha 11 de noviembre de 2015, emite un Auto⁸ en el que refiere:

En la fundamentación de derecho, el considerando segundo del auto en cuestión, justifica la decisión a tomar argumentando la misma en la letra del artículo 247 LEC, el artículo 7.1 Código Civil, el artículo 11.2 LOPJ⁹ y jurisprudencia¹⁰ del STC de 16 de febrero de 2012:

«que supone que se pueden establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos sí, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE) están dirigidas a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarda la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida»¹¹.

En la parte dispositiva, acuerda: «*Con carácter previo a su admisión a trámite se convoca a las partes a una sesión informativa de mediación... debiendo comunicar a este juzgado la decisión adoptada al respecto.*»

De acuerdo a Merelles Pérez:

«La diferente decisión de ambas resoluciones¹² se fundamentan en argumentos normativos, algunos de ellos comunes, en criterios de ética y responsabilidad social, para finalmente utilizar los cauces procesales introducidos por la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil por la Ley 42/2015» y se «condiciona la admisibilidad de una demanda al intento de una solución negociada a través de la mediación». (Merelles Pérez, 2026, pp. 5-7).

Se pregunta el autor si el auto en cuestión «¿*Atenta contra la tutela judicial efectiva?*», aunque ya en la introducción a su artículo expone: «*Este auto, que parecería limitar el acceso a la jurisdicción, supone un paso hacia adelante que traerá poca discusión doctrinal si nos cuestionamos su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, la obligatoriedad de la mediación...*», más luego el artículo no profundiza en el Derecho Constitucional y la Tutela Judicial Efectiva, sino que se centra sobre la mediación de conflictos.

Luego en sus conclusiones, deja una pregunta en el aire a modo de debate servido «¿*Es la mediación la herramienta más apropiada para este tipo de conflictos?*», y aunque no es mi intención entrar en el mismo, he de decir, aún a riesgo de equivocarme, que la mediación de conflictos se presen-

ta como un recurso idóneo para reclamaciones de cantidad, pues otorga un margen muy amplio de acuerdos a los que las partes pudieran llegar cuando la reclamación se traduce en términos de satisfacer necesidades.

Finalmente, por lo demás, es dable comprobar que el autor no se aleja en demasía de las conclusiones a las que se llegase en el artículo «*La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España*» (Conforti, 2015a, pp. 6-12), que data del mes de Febrero de 2015.

El Auto en análisis abre la puerta a otras cuestiones sobre la Tutela Judicial Efectiva, como lo son el derecho al libre acceso a los jueces y tribunales y el derecho a obtener un pronunciamiento o fallo sobre el fondo de las cuestiones sometidas al criterio del juzgador (en el artículo se lo equipara a la homologación judicial de los acuerdos de mediación), cuestiones estas que merecen la pena una reflexión más profunda.

Primera cuestión a considerar: el derecho al libre acceso a los jueces y tribunales

¿El Auto suspende o indamite la demanda?

Mientras en la fundamentación de derecho, dispositivo tercero, párrafo segundo se dice «*Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación...*»; en la parte dispositiva se acuerda: «*Con carácter previo a su admisión a trámite se...*».

Es la parte dispositiva la que induce al error a Merelles Pérez, quien parte del supuesto de que la no admisión equivale a la inadmisión.

Aunque puede parecer evidente, la *inadmisión* (que se traduce en la ineficacia total del acto defectuoso) no tiene el mismo significado jurídico que el *no dar curso a la tramitación* (que conlleva que el acto se admita y surta una serie de efectos aunque se suspenda su tramitación hasta que se subsane un defecto).

Técnicamente, tanto la admisión como la inadmisión deben ser declaradas expresamente. La letra del artículo 404.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, 2000), además establece, de forma clara, que en caso de duda respecto a la admisión, el Secretario judicial dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión o inadmisión de la demanda, ergo, el Secretario Judicial no resuelva sobre la inadmisión de la demanda en ningún caso.

Hay, sin embargo, una objeción que hacer, pues el Auto en cuestión puede ser tachado de contradictorio (y/o falto de claridad) entre la parte dispositiva y la exposición de motivos, lo que puede, como ha sucedido hace muy poco en la Unión Europea, ser motivo para invocar una violación a los principios de Tutela Judicial Efectiva¹³ toda vez que la contradicción señalada impide comprender, como le ha sucedido a Merelles Pérez, el alcance del Auto.

Tomando como punto de partida lo expuesto en la parte dispositiva y ajustando el razonamiento a la letra de mencionado artículo, cabe concluir que estamos ante una *suspensión de tramitación* y no ante una *inadmisión*.

¿Un Auto que suspende la tramitación atenta contra la Tutela Judicial Efectiva?

Tal como he dicho, no dar curso a la tramitación implica, por un lado, que hay que subsanar un *defecto procesal*, y del otro lado, conlleva que el acto sea admitido, vale decir que la demanda (sujeta a la subsanación) ha sido aceptada admitiéndosela a trámite por el Juzgado¹⁴.

Así las cosas, pareciera que el acceso a la Jurisdicción ha operado y que la suspensión podría ser tildada de arbitraria y violatoria de los preceptos constitucionales de tutela judicial efectiva.

Sin embargo, atendiendo a los argumentos esgrimidos en el Auto, cabe reflexionar sobre si el intento¹⁵ por solucionar el conflicto en mediación intrajudicial (y/o extrajudicial) es un *presupuesto* o un *requisito* procesal exigible al momento de presentar demanda.

Creo conveniente sentar la diferencia entre *presupuestos* y *requisitos* procesales. (De la Oliva Santos y Fernández, 1992, p.116).

Presupuestos son las circunstancias, fácticas o jurídicas, independientes, anteriores y externas al acto en sí mismo que deben concurrir a fin de que este produzca, conforme a Derecho, todos sus efectos¹⁶.

Requisitos, son las circunstancias coetáneas al acto y trascendentes en el orden jurídico.

La distinción no siempre es fácil, sin embargo, la diferencia entre los *presupuestos* y los *requisitos* de los actos procesales consiste en que no se refieren a la eficacia de los actos procesales singularmente considerados, sino a la eficacia del procedimiento en su conjunto para que en él pueda dictarse un pronunciamiento de fondo.

Surge aquí otra pregunta, ¿no siendo obligatoria por ley, la mediación previa a incoar acción judicial puede ser considerada un requisito procesal?¹⁷

Que la concurrencia de las partes a una mediación de conflictos devenga en obligatoria antes de iniciar demanda, por ser un *requisito* de procedibilidad de orden público, no es una cuestión baladí, ya que oficiaría de punto de partida para la *mediación privada o extrajudicial* (Conforti, 2015c) antes que para la llamada *mediación intrajudicial*, aunque también se vería reforzada.

Un *requisito* de procedibilidad puede consistir en la realización de un acto que podrá ser de carácter procesal (o no) con anterioridad a incoar la acción, como por ejemplo, la consignación y/o el acto pre-procesal de conciliación para que se tramite un proceso laboral.

La naturaleza jurídica (imperativa o no) de los requisitos procesales no ha sido pacífica. Para superar la polémica sobre la naturaleza, la doctrina y jurisprudencia coinciden en considerar imperativos aquellos requisitos cuya finalidad atiende al orden o interés público. Por interés público se entiende la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado ante los súbditos.

El *ius cogens* (o derecho impositivo) se debe observar necesariamente, en cuanto sus normas tutelan intereses de carácter público o general. De allí que en la finalidad *interés público* (protección de derechos fundamentales de orden general –argumento artículo 53.1 C.E.–) halle limitación, el derecho de los sujetos procesales, al cumplimiento de los *requisitos* (pre-procesales en el caso de la mediación de conflictos) de procedibilidad como lo es, en el caso en análisis, intentar una mediación de conflictos.

Aunque no lo exprese en estos términos y bajo esta línea de razonamiento, resulta evidente que a tenor del considerando segundo de la fundamentación de derecho del Auto del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada, este considera el acto previo de intentar solucionar el conflicto a través de una mediación como un *requisito* de procedibilidad de indiscutible orden público.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional es abundante. (Serrano Hoyo, 1992). Y, siendo ello así, cabe sostener que la exigencia de demostrar el intento de solucionar el conflicto por vía de la mediación tiene carácter irrenunciable y, por tanto, es de obligado cumplimiento si se pretende acceder a la jurisdicción, requisito previo que no afecta a la Tutela Judicial Efectiva.

Segunda cuestión a considerar: el derecho a obtener un pronunciamiento o fallo sobre el fondo de las cuestiones sometidas al criterio del juzgador (en el artículo se lo equipara a la homologación judicial de los acuerdos de mediación)

La conclusión que precede no agota, ni mucho menos, el debate, sino que, por el contrario, me lleva a considerar esta segunda cuestión, pues cabe pensar en la suerte que correrán los acuerdos de mediación alcanzados en el marco extrajudicial (e incluso aquellos intrajudiciales) que se presenten para ser homologados ante un Juez.

Entiendo que el legislador ha favorecido con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, (Ley 5/2012, 2012), la existencia de métodos que posibilitan a las partes elegir una forma, de entre las varias posibles, para solucionar sus diferencias, sin necesidad de convertir todo conflicto en un litigio.

Saludable sería que, tanto el legislador como los órganos judiciales, velasen para que los *requisitos* de procedibilidad

sean los adecuados para la consecución de los fines que justifican su existencia, es decir, *garantizar el cumplimiento en todo momento de los principios de la tutela judicial efectiva* en los dos sentidos propuestos, es decir: respecto del interés público o general y del de las partes.

Entiendo que, aunque como sostengo en el artículo, el intento de solucionar el conflicto a través de la mediación debiera ser considerado un requisito de procedibilidad imperativo y obligatorio sin que ello obste a la tutela judicial efectiva (toda vez que esta habría entrado en juego con la presentación de la demanda que cumpliera con los presupuestos procesales), la eventual homologación de un posible acuerdo de mediación no debería limitarse a un mero control de legalidad.

El Juez, antes de homologar un acuerdo, por imperio de la Tutela Judicial Efectiva, tiene la obligación de comprobar el marco legal y la validez contractual. (Ley 5/2012, 2012, art. 25.4).

Sin embargo, conviene reflexionar sobre algo que he explicado antes que ahora en algunos otros artículos:

«debido a la confidencialidad del proceso de mediación, el Juez no tomará conocimiento de nada de lo que en él ocurra, excepto si ha habido acuerdo y en qué consta el mismo. Ahora supongamos por un momento que ha habido algún tipo de ‘abuso de derecho’¹⁸ (Taruffo, 1999) durante el transcurso del proceso de mediación.» (Conforti, 2015a).

Al plantear este supuesto emergen, cuanto menos, algunas de las siguientes preguntas que necesariamente debemos hacernos:

a) toda vez que la derivación, coloca a las partes (y al caso, –no me refiero al expediente físico evidentemente–) fuera de la esfera de custodia del Juez, ¿qué sucede con la obligación que por imperio de la tutela judicial efectiva recae sobre el Juez respecto a velar que se cumpla con la misma?, ¿qué responsabilidad le cabe al Juez en el hipotético caso de que hubiera algún tipo de «abuso de derecho» durante el transcurso del proceso de mediación?, ¿qué responsabilidad le cabe al Juez en el hipotético caso de que, habiendo habido algún tipo de «abuso de derecho», el acuerdo se presentase para su homologación y sea homologado con «abuso de derecho» incluido?

Habiéndose ya tratado estas cuestiones en el artículo *«La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España»*, a él me remito en honor a la brevedad.

Sin embargo, sí que me voy a detener en el tema del control de legalidad, al que deben someterse los acuerdos de mediación de forma previa a su homologación, en el punto siguiente.

b) ¿el control de legalidad establecido por el legislador, es el idóneo?

En mi opinión, se debe establecer un control de legalidad que evite el riesgo de que el proceso de mediación de conflictos pueda convertirse en una *caja negra* de la que salgan acuerdos teñidos de algún tipo de *abuso de derecho*.

Vale destacar que:

«Debemos tener en cuenta que el conflicto particular deja de serlo desde el momento en que una de las partes acude a tribunales. Mediación y jurisdicción se mezclan cuando un acuerdo de mediación ingresa en la jurisdicción por cualquier motivo (homologación, ejecución, solicitud de nulidad, etc.).»

El análisis del marco de legalidad y validez contractual, no agota el control de legalidad. En el caso del Juez, se advierte con meridiana claridad que, por imperio de la tutela judicial efectiva, está obligado a analizar si el acuerdo es inmoral, en otras palabras, si en él se refleja (o no) el respecto a la justa composición de la litis.

El concepto de moral es más amplio que el Jurídico de ilicitud, al relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidez, recato, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social, y por ello resulta congruente y procedente relacionarlo directamente con el concepto de 'justa composición de la litis' en el que el maestro Carnelutti hace prevalecer los 'intereses sociales relevantes' a los 'intereses particulares' con la finalidad de asegurar y garantizar la 'paz social' que es base del Estado.» (Conforti, 2015b)¹⁹

Como se advierte, incorporo al control de legalidad *«la justa composición del litigio»* (Carnelutti, 2003). Para Francesco Carnelutti, la justa composición de la *litis* es siempre un interés público que estará presente en todo tipo de procesos y de forma independiente a que se trate de derechos disponibles.

Cuando en un litigio las dos pretensiones son legítimas en sentido legal y se encuentran en un pie de igualdad, el Juez ha de decidir el proceso en favor de aquella que asegure la paz social que el Estado debe perseguir y garantizar por encima de los intereses particulares de los contendientes.

Así, *la justa composición del litigio* viene a significar que, en toda disputa, el Juez ha de atender y hacer prevalecer los intereses socialmente relevantes sobre los intereses de los particulares.

Con lo dicho, se podría concluir que: así como se reconoce como imperativo de orden (interés) público y se exige que se cumpla con el intento de solucionar el conflicto en mediación; por la finalidad misma del interés público, el *ius cogens*, y en nombre de ese mismo orden (interés) público, se ha de imponer al Juez la obligación de verificar que en el acuerdo de mediación que ha de homologar se observan:

- La capacidad jurídica e identidad de las partes²⁰. La disponibilidad del objeto, es decir, el acuerdo debe versar sobre materia de derecho disponible, y además, no debe ser un supuesto excluido de la mediación por el art. 2 de la Ley 5/2012 (Ley 5/2012, 2012).
- El contenido, *ab initio* cabe aquí una doble distinción, por un lado c1) desde el punto de vista procedimental o de forma, ha de corroborar que el proceso de mediación se ha ajustado a los principios de la mediación, al tiempo que deberá advertir a las partes de las consecuencias obligacionales (dar, hacer o no hacer), tanto a nivel fiscal como no fiscal y que no hay vicios en el consentimiento de ninguno de los otorgantes; y de otro lado c2), desde el punto de vista del derecho de fondo, corroborará que el contenido del acuerdo, pudiendo ser alegal²¹, no sea antijurídico.
- Y finalmente, que en ese acuerdo de mediación se ha respetado *la justa composición de la litis*.

Conclusión

El intento por solucionar una disputa a través de la mediación de conflictos debería ser considerado un requisito de procedibilidad.

La exigencia de aportar prueba de haber intentado solucionar la disputa por vía de mediación al momento de presentar demanda, a fin de admitir a trámite la misma, no implica vulneración de los principios de la Tutela Judicial Efectiva.

La limitación al ejercicio de los derechos fundamentales es constitucionalmente válida siempre que: a) sea a consecuencia de la tutela del *interés público o general* u otro derecho fundamental reconocido constitucionalmente, y b) guarde adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida por los sujetos procesales.

Todo acuerdo de mediación que se presente para su homologación ante un órgano jurisdiccional, ha de ser sometido a un control de legalidad que, además de velar por la satisfacción de los requisitos previstos en la Ley 5/2012, debe incluir la verificación del cumplimiento de la justa composición de la *litis*.

Referencias

- Álvarez Conde, E. (2006). *Curso de derecho Constitucional*. (Volumen I, 5ª ed. P. 519). El Estado Constitucional. El sistema de fuentes, los derechos y libertades. Madrid, España: Editorial Tecnos.

- Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona de fecha 26 de enero de 2015. Disponible en Internet en <http://bit.ly/2hJHn1a>
- Auto del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada de fecha 11 de noviembre de 2015. Disponible en Internet en <http://bit.ly/2htlozm>
- Carnelutti, F. (2003). *Teoría General del Derecho: metodología del derecho*. Granada, España: Editorial Comares.
- Código Civil. *Boletín Oficial del Estado (España)*, 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.
- Conforti, O. D. F. (2015a). La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España» en *Diario La Ley*, N° 8486, Sección Doctrina, 23 de Febrero de 2015. LA LEY 1013/2015. Madrid; España, Año XXXVI, pp. 6-12.
- Conforti, O. D. F. (2015b). La fe pública notarial en los acuerdos de mediación de conflictos. Incidencia de la Tutela Judicial Efectiva. *Revista Inter Nos*, 72, segundo trimestre.
- Conforti, O. D. F. (2015c). ¿Por qué ir a mediación privada antes de iniciar un juicio? *Law&Trends*. Recuperado de: <http://bit.ly/2hJQ1N3>
- Conforti, O. D. F. (2016). *Tutela Judicial Efectiva y Mediación de Conflictos en España*, Madrid, España: Tecnos.
- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado (España)*, 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A_1978-31229.
- Couture, E. (1994). *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. (p. 104). Buenos Aires, Argentina: Editorial DePalma.
- De la Oliva Santos, A. y Fernández, M.A. (1992). *Derecho procesal civil*, (Vol. II, 3ª Ed., p. 116). Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- De la Oliva Santos, A. y Peitado Mariscal, P. (2009). *Sistema de Tutela Judicial Efectiva*. Madrid, Epaña: Centro de Estudios Financieros.
- Fernández Segado, F. (1997). *El sistema constitucional español*. Madrid, España: Dykinson.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado (España)*, 7, de 8 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Boletín Oficial del Estado (España)*, 162, de 7 de julio de 2012.
- Merelles Pérez, M. (2016). La mediación como requisito previo de admisión de la demanda. *Diario La Ley Legal Management*, 8682(2), 5-7.
- Ortells Ramos, M. (1991). *Derecho Jurisdiccional* (Vol. I Parte general, p.572). Barcelona, España: Editorial Librería Bosch.
- Serrano Hoyo, G. (1992). Formalismo y Tutela Judicial Efectiva Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Dialnet*.
- Taruffo, M. (1999). Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid-AFDUAM*, 3, 61-75.

Notas

1 Una de las explicaciones respecto al alcance de los derechos fundamentales es la que expone la idea de que una sociedad que se dota de tales derechos logra proteger sus intereses básicos sin caer en la tentación de modificarlos o eliminarlos en las ocasiones en que las cambiantes mayorías que gobiernan el Estado puedan perder el juicio reflexivo. Otra de las explicaciones respecto al sentido y justificación de los derechos fundamentales se encuentra en la protección de las minorías frente a las mayorías que en ocasiones, de forma abusiva y/o irreflexiva pueden ir contra los que son o piensan de forma distinta. De allí que el logro de la permanencia e intangibilidad de los intereses protegidos por los derechos fundamentales se alcance al previo de que las generaciones siguientes a la sanción de la Constitución no pueden fácilmente modificar o eliminar dichos derechos.

2 Los tres mecanismos que destacan son: a) la obligatoriedad de respetar los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos y de los poderes públicos, b) los mecanismos de protección por parte de los tribunales (en particular por el Tribunal Constitucional), y c) la exclusión de los mismos de la política ordinaria, de forma tal que su modificación o eliminación requiera de mayores controles que los normales y corrientes.

3 Francisco Fernández Segado dice que «El concepto de «interés legítimo» hace referencia a la idea de un interés protegido por el Derecho, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección.» Segado (1997).

Sin embargo, esta visión de la tutela judicial efectiva ha motivado un gran número de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, el que ya tiene en relación con el contenido del art. 24.1 C.E. una abundante jurisprudencia en la que ha rechazado esta visión o identificación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ver STC 223/2001 mediante la cual se señala que «desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción»; en Sala Primera. Sentencia 223/2001, de 5 de noviembre de 2001 (BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2001) Pleno. Sentencia 37/1995, de 7 de febrero de 1995 (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 1995). Con idéntico sentido encontramos también las STC 73/2004 en Sala Segunda. Sentencia 73/2004, de 22 de abril de 2004. (BOE núm. 120 de 18 de mayo de 2004) 237/2005 en Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre de 2005 (BOE núm. 258 de 28 de octubre de 2005), 119/2008 en Sala Primera. Sentencia 119/2008, de 13 de octubre de 2008 (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2008), 29/2010 en Sala Primera. Sentencia 29/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129 de 27 de mayo de 2010).

4 Aquí nos encontramos con un derecho que requiere para su ejercicio dos requisitos: por un lado, que formulemos nuestras peticiones ante los órganos jurisdiccionales en observancia de ciertas reglas procesales mínimas que condicionan la validez del conjunto de actuaciones dirigidas a obtener una resolución, un pronunciamiento de la jurisdicción sobre el fondo del asunto que se ha llevado a su cono-

cimiento, y de otro lado, es necesario que no concurren simultáneamente otro conjunto de situaciones o supuestos procesales conocidos como óbices procesales (pongamos por ejemplo: los relativos a jurisdicción y competencia o las resoluciones con eficacia de cosa juzgada) que impedirían a la jurisdicción emitir un pronunciamiento del asunto concreto en un proceso determinado.

5 El ejercicio de la acción no es un derecho incondicionado; vale decir que se encuentra sometida a la concurrencia de ciertos presupuestos materiales: a) que el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado sea favorable a lo pretendido por el solicitante dependerá de que sea efectivamente titular del derecho subjetivo que le otorgue, conforme las normas sustantivas un poder respecto de un bien determinado (por ejemplo: que el vendedor que ha entregado el bien, tiene en virtud del contrato privado de compraventa un derecho subjetivo al pago del precio), b) que la obtención de la tutela favorable implique que el contenido de dicha tutela sea precisamente el previsto por las normas sustantivas como consecuencia de la lesión del derecho subjetivo cuya titularidad se ostenta (por ejemplo: el vendedor obtendrá la tutela judicial efectiva siempre que solicite el cumplimiento o resolución del contrato, pero si solicita otra cosa, ya que no se trata de prestaciones que las normas jurídicas anuden al derecho subjetivo lesionado e invocado, esto también se conoce como requisito de accionabilidad), c) el tercer requisito material tiene que ver con la legitimidad tanto activa como pasiva, es decir, que lo que se pide sea solicitado por quien efectivamente está jurídicamente reconocido para ello y frente a quien, a su vez, está jurídicamente reconocido a cumplir con la obligación (por ejemplo el padre del vendedor carece de legitimación activa, así como que el hijo del comprador carece de legitimación pasiva), d) el derecho a obtener una tutela favorable está condicionado a la existencia de interés, entendido este como necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, vale decir que debe existir una controversia real entre las partes del proceso. Véase De la Oliva Santos y Peitado Mariscal (2009).

6 Existen ya algunas Tesis Doctorales de las que he escindido y estudiado diez derechos fundamentales: 1) El derecho de libre acceso a la jurisdicción, 2) El derecho al proceso, 3) El derecho a los recursos, 4) El derecho a la acción, 5) El derecho a la ejecución, 6) El derecho a un Juez ordinario predeterminado por ley, 7) El derecho a la defensa y asistencia de un letrado, 8) El derecho a un proceso público sin dilaciones innecesarias y con todas las garantías, 9) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y 10) Los derechos a ser informado de la acusación formulada contra la parte, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Conforti (2016).

7 Corresponde hacer público mi agradecimiento a Manuel Merelles Pérez por el envío del Auto del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada de fecha 11 de noviembre de 2015.

8 Disponible en Internet en : <http://bit.ly/2htlozm>

9 El auto esgrime que *«Con todo ello lo único que se pretende es ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe como principio informador de todo ordenamiento jurídico... evitando una*

desproporción enorme entre lo que se discute lo que cuesta que se discuta existiendo otra alternativas que no compromete recursos públicos, que no perjudica los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy en día colapsan los tribunales». Auto Juzgado de Granada, Fundamentos de Derecho, Considerando 2, 3er párrafo.

10 Cita un Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona de fecha 26 de enero de 2015.

11 Cita entre otras SSTC 158/1987 de 20 de octubre, FJ 4, 32/1991 de 14 de febrero, FJ 4, 133/2004 de 22 de julio, FJ 4 recaídas precisamente al controlar la constitucionalidad de una norma que limitaba el acceso a la justicia en aras al cumplimiento de deberes tributarios.

12 En alusión al Auto de fecha 26 de enero de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Barcelona (Id Cendoj: 08019420522015200001), que sirve de antecedente al de marras. Disponible en Internet en <http://bit.ly/2hJHn1a> (ví, 20 de Enero de 2016).

13 Por sentencia del 16 de diciembre, la Cámara Primera del Tribunal General de la Unión Europea ha decretado la nulidad de una decisión de la Comisión que había sancionado a varias compañías aéreas por coordinar precios por la prestación de servicios de transporte aéreo de mercancías. El Tribunal General de la Unión Europea ha establecido la existencia de una contradicción entre la parte dispositiva y la exposición de motivos de la decisión. Estimando así los argumentos de las empresas que sostenían que la contradicción señalada les impidió comprender el alcance de las infracciones que se les imputaban. La sentencia remite al «Derecho a la Acción», dentro de los principios de la Tutela Judicial Efectiva, y explicar que la parte dispositiva de una decisión debe ser clara de forma que permita a las partes comprender la responsabilidad que se les atribuye, y en su caso impugnarla; al mismo tiempo debe permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales (los cuales se encuentran vinculados por las decisiones de la Comisión) comprender claramente el alcance de la infracción.

Sobre el particular véase «Fallo Tribunal General UE Tutela Judicial Efectiva en favor de compañías aéreas.» noticia publicada en Acuerdo Justo disponible en Internet en <http://bit.ly/2i2Y2Q1>

Sentencia disponible en idioma Inglés en <http://bit.ly/2hpr2kr>

14 Determinar cuándo se considera que se ha accedido a la Jurisdicción resultará de vital importancia, pues habrá (o no) violación a los principios del sistema de tutela judicial efectiva, según se opte por sostener que: a) se accede a la jurisdicción con la mera presentación de una demanda, –y entonces en este primer supuesto, sí que cabría pensar en que el Auto no ha respetado los principios de la tutela judicial–; y/o, b) se sostenga la segunda hipótesis, que apoya la tesis de que se accede a la jurisdicción única y exclusivamente una vez que la demanda ha sido admitida a trámite, –lo que a priori indicaría que no habría violación a la tutela judicial–.

Va de suyo que si se acuerda la inadmisión, la demanda no habría estado nunca sujeta a los principios de tutela judicial efectiva.

Debo decir que esta segunda hipótesis es mayoritaria entre los abo-

gados. Sostienen que este principio fundamental del derecho, constitucionalmente reconocido, entra en juego una vez que el juzgado, habiendo comprobado una corrección y claridad mínima de la solicitud, de la demanda, la acepta admitiéndola a trámite en el Juzgado y, eso no se produce con la mera presentación en el Decanato de ningún tipo de escrito. Entienden que, de lo contrario, cualquier escrito con defectos procesales, de forma, de fondo, de representación, carente de sentido, sin *petitum*, y cualesquiera otros defectos, subsanables o no, estaría bajo la tutela judicial efectiva.

15 Hago notar que he dicho en varias oportunidades «intentar una mediación de conflictos» en la idea de que las partes han de «buscar solucionar el conflicto», pues en caso contrario, la «mediación intrajudicial» se reduciría a la celebración de una audiencia informativa que la convertiría en un mero trámite sin sentido para ninguno de los involucrados.

16 Estos requisitos formales que necesariamente deben concurrir para poder constituir válidamente un proceso de modo tal de permitir al Juez dictar sentencia y resolver la cuestión de fondo, se dividen tradicionalmente en: a) presupuestos procesales de la acción de las partes –capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y postulación– y del órgano jurisdiccional –jurisdicción, competencia objetiva, competencia funcional y competencia territorial–; b) presupuestos procesales de la pretensión –la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado–; c) presupuestos de validez del proceso –del objeto procesal, litispendencia y cosa juzgada–; d) presupuestos de la sentencia –invocación del derecho y la presencia de prueba–; e) presupuestos de forma o procedimiento –inadecuado por razón de cuantía o materia–; y, f) presupuestos especiales –objetos material que acompañan la demanda–. (Couture, 1994 p. 104).

17 Para el acto procesal es un concepto estricto de forma y consiste en la apariencia externa que ha de revestir un acto para ser eficaz; otros requisitos como las circunstancias de *tiempo* y *lugar* son calificados como requisitos formales cuando técnicamente ello es incorrecto. (Ortells Ramos, 1991, p.572).

18 Por abuso de derecho se entiende el ejercicio del derecho en perjuicio ajeno más que en beneficio propio. El empleo antisocial del derecho. La lesión (por acción u omisión) a un legítimo interés público.

19 El presente artículo ha sido declarado ganador de la V Edición del concurso internacional, bi-anual bajo seudónimo, de artículos jurídicos de la Asociación Estatal de Empleados de Notaría (FEAPEN).

20 En los supuestos de representación jurídica se ha de comprobar la legitimación de los representantes.

21 Los actos alegales son los que tienen lugar en un marco no reglamentado por la ley. Vale decir que, la acción o suceso, no tiene amparo legal, pero al mismo tiempo tampoco condenación explícita. De esta forma, una acción alegale puede estar exenta de responsabilidades civiles, penales, etc.

Hay que tener en cuenta que tanto lo ilegal como lo alegale dependerá del marco jurídico según el cual se examine cada caso. Los supuestos alegales son los que conllevan la posterior reformulación de la ley, con el fin de solventar situaciones similares en el futuro.

Mientras que por otro lado, ilegal es todo lo contrario a la ley o al principio de legalidad. La ley se encarga de tipificar todos los actos ilegales o los que son legales y, por consecuencia, los que son contrarios a la ley.