



CIUDADANÍA Y VALORES  
FUNDACIÓN

DOCUMENTO PARA EL DEBATE:

# **EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

*Joaquín Sánchez Garrido*  
*Abogado*

Noviembre 2012

## EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En primer lugar hemos de diferenciar las figuras de la Mediación y Arbitraje pues muchas personas las relacionan de una manera más o menos equivalente y sin embargo presentan importantes diferencias, que explico brevemente.

El **Árbitro** resuelve el pleito o litigio mediante una decisión (Laudo) que obliga a las partes a pasar por ella; el **Mediador** se limita a acercar las posiciones de éstas favoreciendo un Acuerdo que descansa exclusivamente en la voluntad de los contendientes. Dentro de la conocida canalización de Carnelutti el Arbitraje es un medio de heterocomposición de los intereses en conflicto, porque el Arbitro, un tercero, decide la solución. La Mediación supone que sean las partes, y solo ellas, quienes ponen fin a la controversia de un modo voluntario, mediante el correspondiente Acuerdo, previa una actividad de aproximación del tercero mediador, caracterizándose por su aformalismo y por la variedad de sus tipos, y es lo que hace que sea complicada una noción unitaria de la Mediación.

Hoy en día muchos profesionales, incluidos los Jueces hablan de “bancarrota de la justicia” al 31 de diciembre de 2010 pendían 3.274.732 causas judiciales, en 2011 se dieron cifras similares y como viene señalando el Informe anual del Consejo del Poder Judicial esta cifra irá en aumento progresivo en los próximos años, ante esta realidad incuestionable no acabamos de entender cómo no se hace uso, o no acaban imponiéndose otros métodos de resolución de conflictos jurídicos como los ADRs (Alternative Dispute Resolution) o los med-arb (Mediated-Arbitration) figuras de gran pujanza en los países anglosajones y que han tenido una franca recepción en países de nuestro entorno, Alemania, Holanda y Francia.

Sin perjuicio de resolver los problemas de falta de medios personales y tecnológicos que afectan a la justicia ya sea por una ineficiente distribución de competencias de dirección y control en las diferentes administraciones implicadas (CGP, Ministerio de Justicia y CCAA) o bien porque el sistema organizativo que afecta a la Justicia no incentiva las responsabilidades de sus protagonistas, lo cierto y verdad es que el sistema judicial en España es objeto de una crítica generalizada, y es por lo que creemos que la Mediación y el Arbitraje pueden jugar un papel determinante, no sólo para atender con seguridad y rapidez a las necesidades de los usuarios sino también para fortalecer indirectamente el propio sistema judicial español.

Como se manifiesta en el Editorial de la revista El Notario el fortalecimiento del sistema judicial español a través de la Mediación y el Arbitraje encuentra un importantísimo obstáculo para ello en la “poderosísima vis atractiva que hoy ejerce sobre el sistema en su conjunto la actual jurisdicción secular. Sin embargo, la sospecha frente a todo lo que no sea “el juez natural” no se justifica en la actualidad, ni en términos de seguridad y eficiencia, ni en términos de libertad y garantías. La Administración de Justicia debe de seguir siendo la clave de bóveda del sistema, pero eso no implica que no pueda compartir y delegar muchas de las funciones que hoy asume, limitando su ámbito de actuación en los casos en que o bien no hay propiamente contienda, o bien los propios interesados han convenido referirla a otros procedimientos”.

En Holanda y Alemania se ha potenciado recientemente la ejecutividad de la Escritura Pública como medio de reducir los costes y retraso de la justicia extendiéndola más allá de las obligaciones pecuniarias.

La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo) pese a que el legislador se resiste a romper definitivamente con los prejuicios derivados de esa vis atractiva judicial, constituye un avance respecto de la situación anterior, y entre otras hemos de destacar la reforma que afecta al reconocimiento de la aptitud para arbitrar en derecho a profesionales preparados para ello y que hasta ahora lo tenían vedado, como los Magistrados jubilados, Profesores de Universidades, Procuradores de los Tribunales, Registradores y Notarios.

En esta misma línea el Gobierno remitió a las Cortes, para su aprobación, el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en concordancia con la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, y que ha dado lugar a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, se pretender con ella aumentar el número de conflictos resueltos por las propias partes en España (y no por un Juez o un Arbitro) gracias a la intermediación de un profesional experto (el Mediador) que merced a un conjunto de técnicas y herramientas específicas es capaz de desarrollar una negociación de forma mucho más eficiente de lo que serían capaces las partes dejadas a su libre albedrío.

Como decíamos antes la competencia y cooperación actual entre la judicatura y otros operadores alternativos debe terminar revertiendo en una mejora sustancial de la Administración de Justicia en nuestro país. Y ello no solo por la descongestión de asuntos que los medios alternativos implican, sino también porque las experiencias compartidas derivadas de los nuevos métodos

servirán para nutrir un acervo doctrinal común en beneficio del sistema en su conjunto (Revista Notarios).

Hechas estas precisiones conceptuales en términos generales, vamos a tratar separadamente cada una de estas figuras:

## **A. ARBITRAJE**

Es en el mundo de la justicia donde la lentitud e insatisfacción cobran un protagonismo inconveniente, de ahí que surja la iniciativa privada de: el Arbitraje. Mediante esta institución se intenta huir del marasmo tradicional de la Administración de Justicia, mal endémico reconocido incluso en la misma organización judicial, el que fuera Presidente del Tribunal Supremo, Hernández Gil, llegó a decir: “en España la justicia es independiente pero ineficaz”.

El arbitraje constituye el procedimiento privado para dirimir los conflictos jurídicos ante toda clase de personas y entidades, incluso públicas, siempre que se trata de cuestiones de libre disposición.

Por ello debemos acoger y ensalzar la Recomendación 12/1986 que hizo en su día el Comité de Ministros del Consejo de Ministros del Consejo de Europa que, intentando adoptar medidas encaminadas a prevenir y reducir la sobrecarga de los Tribunales, postuló que los Gobiernos “adopten las disposiciones adecuadas para que en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”.

En aplicación de esta Recomendación el legislador español aprobó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cuyo preámbulo expresamente señala: “se efectúa una reforma en profundidad del Arbitraje para que esta institución resulte apta no sólo para resolver los litigios que se planteen en el marco de las complejas relaciones mercantiles o de aisladas relaciones jurídico-civiles, sino también para eliminar conflictos como los que se producen en el tráfico jurídico en masa mediante la autonomía de la voluntad de las partes”.

Sin ir más lejos, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, se muestra también partidaria del procedimiento arbitral al señalar en su exposición de motivos que con la modificación del art. 11 de la ya citada Ley de Arbitraje se pretende “contribuir a reforzar la eficacia de la Resolución Arbitral, pues será posible, en adelante, que la sumisión a árbitros se haga valer dentro del proceso judicial de modo que el Tribunal se abstenga de conocer al comienzo, y no al final,

de dicho proceso, como ocurría a consecuencia de configurar como excepción dilatoria la alegación de compromiso arbitral”.

La Ley de Arbitraje de 1988 lastrada por rémoras formalistas que tenían que ser superadas para incorporar nuestro ordenamiento jurídico a las nuevas exigencias del arbitraje, dio lugar a la Ley 60/2003, que mereció en su conjunto un juicio crítico muy favorable básicamente porque el legislador se inspiró al configurar el nuevo marco legislativo en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985; con posterioridad el arbitraje ha sufrido nuevas reformas que se contienen en la Ley 11/2011 de 20 de mayo

También nuestro Tribunal Constitucional muestra un inequívoco apoyo cuando al enjuiciar el procedimiento de arbitraje dispone que no se debe calificar a aquel como “la otra justicia sino como la justicia en sí” y lo define como “un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos resultados que con la jurisdicción civil, esto es una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”. Auto del T.C. de 28 de octubre de 1993, y ello enlaza con lo que a continuación queremos exponer sobre:

**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA ARBITRAL EFECTIVA.** Una lectura superficial y apresurada de la CE 1978 podría producir la sorprendente y errónea impresión de que el Arbitraje no es una institución para administrar la Justicia. En efecto el art. 117.1 de la CE dispone que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley”. La dicción literal de esta norma parece reservar la Administración de Justicia a los Jueces y Magistrados. Y esta misma impresión puede obtenerse cuando, en sede de “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”, se configura en el art. 24.1 de la CE el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva de los Derechos e Intereses Legítimos de los Ciudadanos como un Derecho Fundamental que sólo puede obtenerse de “los Jueces y Tribunales”.

De un examen de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre “De Arbitraje” se infiere fácilmente y sin la más mínima duda que el Arbitraje es un medio de solución de controversias jurídicas y que está incardinado en nuestro sistema de Administración de Justicia. La primera pregunta que nos podríamos plantear es si existe alguna vía a través de la cual pueda encajarse el arbitraje en nuestro sistema constitucional de administración de justicia, y esto sucede en la tradición constitucional española como

por ejemplo en la Constitución de Cádiz de 1812 que declaraba en su artículo 4 que “la nación está obligada a conservar y proteger las leyes sabias y justas” y en su artículo 280 se decía que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por las partes, añadiéndose en el artículo 281 que “la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar”.

La segunda cuestión que nos planteamos es de si no cabe hablar, aunque sea de forma indirecta, de un “Derecho Fundamental a la Tutela Arbitral Efectiva”.

El artículo 117.1 de la CE dice con claridad que corresponde a los Jueces y Magistrados ejercer en exclusiva la función jurisdiccional del Estado, lo que no dice es que la función de administrar justicia sólo puede realizarse a través de los Jueces y Magistrados. La vigente Ley de Arbitraje configura el Arbitraje como medio de solución de controversias jurídicas y por lo tanto como una vía legalmente habilitada de Administración de Justicia, y nos obliga a preguntarnos si existe un precepto de la Constitución Española a través del cual se pueda incardinar el arbitraje en nuestro sistema constitucional de administración de justicia.

Y la respuesta es afirmativa pues existe un precepto cual es el art. 1.1 de la CE que declara que la libertad y la justicia son valores supremos del Ordenamiento Jurídico Español. Pues bien, en uso de este valor supremo de la libertad todo ciudadano español puede resolver un conflicto jurídico, o, lo que es lo mismo, solicitar que se le administre justicia a través de un procedimiento privado basado en la autonomía de la libertad y reconocido por la Ley Ordinaria, que es el Arbitraje. Los profesores Cremades, Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, afirman “la Constitución en la cúspide del ordenamiento, aún cuando no contenga una referencia explícita al arbitraje, sí debe habilitar la integración de la función arbitral, de configuración legal, en el seno de una más amplia función jurisdiccional orientada a la defensa de los derechos subjetivos, a la realización de la justicia y, en fin, a la preservación de la Tutela Judicial Efectiva mediante una diversidad de procedimientos de configuración legal que comprende la regulación del arbitraje.

En consecuencia es claro que a pesar de lo que dice el art. 117.1 de la CE todo ciudadano para conseguir que se le administre justicia puede optar por dos caminos: acudir a la jurisdicción del Estado sometiéndose a lo que dicten Jueces y Magistrados o convenir, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que sean uno o más árbitros los que decidan el conflicto. Pero, y esto es lo que conviene subrayar, uno y otro están integrados en el sistema constitucional de Administración de Justicia: el primero, está expresamente contemplado en la Constitución, y el segundo, a través del juego de la

libertad que es uno de los valores supremos de nuestra Constitución; en este sentido se ha pronunciado el TC en la Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre.

Ahora bien, aunque el TC califica el arbitraje como un “equivalente jurisdiccional”, lo cierto es que el hecho de que los árbitros no sean un órgano del Estado tiene al menos dos importantes repercusiones en relación con la propia justicia constitucional. La primera, es que el laudo arbitral tiene cerrado el acceso directo al Recurso de Amparo para dilucidar si el Tribunal Arbitral vulneró los derechos fundamentales (STC 176/1996, de 11 de noviembre). La segunda consecuencia, es que los Tribunales Arbitrales carecen de legitimación para plantear directamente cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC, lo cual competen en exclusiva a los Jueces y Tribunales.

El TC ha declarada en numerosas sentencias que “el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva no es un Derecho de Libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal”. La consecuencia de esta configuración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva como un derecho “prestacional” es que sólo cabría invocar este derecho fundamental del art. 24.1 en el marco de la actividad jurisdiccional del Estado.

Como ha señalado el profesor Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, la postura que excluya el arbitraje del ámbito del derecho fundamental a la tutela efectiva olvida, cuando menos tres cosas. A saber: 1) Que las garantías del artículo 24.1 pueden constituir el contenido del “orden público”, que es una de las vías habilitadas para ejercitar la acción de anulación contra el laudo; 2) Que precisamente esta conexión entre el contenido del artículo 24.1 y la noción de orden público, en la medida en que fundamenta el ejercicio en sede de la jurisdicción estatal, es la que permite, de manera mediata, el control constitucional; y 3) Que si el arbitraje no tuviera que adecuarse a las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución se produciría una quiebra inasumible en el sistema constitucional de la justicia.

Como conclusión, aunque sea obvio, señalaríamos que si la Constitución de 1978 hubiera mencionado expresamente el arbitraje, como hacía la Constitución de Cádiz de 1908 no sería necesario realizar ningún esfuerzo para situar el arbitraje dentro de la Constitución.

Hechas las precisiones anteriores sobre el recorrido legislativo nos detendremos a analizar el Arbitraje en España y las Reformas contenidas en la Ley 11/2011 que modifican sustancialmente la vigente Ley de Arbitraje de 2003.

## EL ARBITRAJE EN ESPAÑA

El profesor Merino Merchán ha analizado con precisión la situación actual del Arbitraje en España, las causas de su retraso en su utilización como técnica o método de solución de conflictos y su futuro.

El Arbitraje ha tenido siempre en los textos legislativos españoles una franca acogida, como se puede apreciar por su reconocimiento en el Breviario de Alarico y en el Liber Iudiciorum en Las Partidas e igualmente en la Constitución de 1812, a la que ya nos hemos referido. En consecuencia no hay razones históricas que alegar para justificar el retraso que el Arbitraje ha padecido en nuestro país. El Profesor Merino Merchán considera que: *“tres han sido los factores por los que el Arbitraje en España no ha acabado de imponerse como sí ha ocurrido en otras sociedades industrializadas avanzadas:*

- *La primera de estas razones es de índole legislativo*
- *La segunda razón de la falta de reconocimiento del Arbitraje en nuestro país ha venido dada por el desconocimiento de la Institución entre los Abogados y profesionales del derecho*
- *El tercer factor que ha lastrado el desarrollo del Arbitraje en España ha sido la doctrina adoptada por los Órganos Jurisdiccionales respecto de cuestiones concretas”.*

**En lo que respecta a las razones de índole legislativo** hemos de hacer notar que la primera Ley especial sobre el Arbitraje que se remonta al año 1953 tuvo un nulo valor práctico ya que no admitía el Arbitraje institucional, existía una prevención contra la disponibilidad arbitral, y no había conexión entre el Arbitraje interno y el internacional, y aquí hemos de resaltar que hasta el año 1981, y gracias a varias Resoluciones del Tribunal Supremo pudieron ejecutarse varios Laudos Arbitrales extranjeros. España ratificó en 1977 el Tratado de Nueva York del año 1958, que a la larga, junto con otras circunstancias unas de índole económico y otras que afectaban al comercio internacional dieron lugar al nacimiento de la Ley 36/1988 que supuso un impulso para el Arbitraje, aunque por adolecer de graves defectos su aplicación práctica fue escasa y de hecho el número de arbitrajes en España, durante la vigencia de dicha Ley, fue mínima; sólo en algunas ciudades de España y fundamentalmente a través de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio y alguna institución arbitral privada llevaron a la práctica algunos arbitrajes de derecho e incluso de equidad.



Fue con la promulgación de la Ley 60/2003, de Arbitraje, que mereció por parte de todos los operadores jurídicos, nacionales e internacionales, un juicio crítico muy favorable, cuando ha empezado a implantarse como un método de solución de conflictos el Arbitraje y resulta importante resaltar que el legislador se inspiró, como ya hemos dicho anteriormente, en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de julio de 1985, destacan como cuestiones novedosas: la falta de formalismo, el reconocimiento del Arbitraje internacional, el establecimiento de reglas precisas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos, regulación de las medidas cautelares, posibilidad de dictar Laudos parciales, entre otras.

**La segunda razón de la falta de reconocimiento del Arbitraje en nuestro país ha venido dada por el desconocimiento de la Institución entre los Abogados y profesionales del derecho,** ha venido dado por el desconocimiento de la institución entre los Abogados y Profesionales del Derecho, mientras que en otros países, como Estados Unidos, el índice de aceptación del Arbitraje y la Mediación es altísimo entre los Abogados resulta curioso resaltar que en nuestro país estos Operadores Jurídicos han sentido una gran desconfianza hacia estos métodos de resolución de conflictos convirtiéndose incluso en grandes detractores de los mismos poniendo en duda la profesionalidad e imparcialidad del Arbitro, lo que nos lleva a afirmar que existe un gran desconocimiento de lo que es el Convenio Arbitral ya que en el mismo las partes deben buscar la solvencia profesional y moral del Arbitro y no olvidar que el Arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos coparticipe de la Administración de Justicia y que en modo alguno puede considerarse como una privatización de ésta.

**El tercer factor que ha lastrado el desarrollo del Arbitraje en España ha sido la doctrina adoptada por los Órganos Jurisdiccionales respecto de cuestiones concretas** ha sido la doctrina adoptada por los Órganos Jurisdiccionales respecto a dos cuestiones concretas. En primer lugar, la creencia de que la atribución imperativa de jurisdicción implicaba la exclusión del convenio, cuestión ésta que fue rechazada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional y, en segundo lugar, la jurisprudencia recaída en orden a considerar que bajo ningún concepto era susceptible de arbitrabilidad el derecho necesario, esta cuestión ha sido igualmente superada ya que sitúa el problema de la arbitrabilidad de esas cuestiones en que el Arbitraje ha de ser de derecho y el árbitro ha de aplicar las normas del *Ius Cogens*.

Con todo, como dice acertadamente el Profesor Merino Merchán, *“el Arbitraje en España tiene un brillante porvenir si los propios Operadores se acaban convenciendo de su utilidad y si se*

*supera la barrera hasta hoy infranqueable de su exclusivismo y elitismo, para que se ofrezca como una Institución creada por el Legislador, respaldada judicialmente y que a bajo coste con plenas garantías en y en breve plazo, constituya una herramienta básica para la resolución de cualquier litigio.”*

Con todo lo manifestado anteriormente la Ley 60/2003, y la Ley de Reforma de dicha Ley 11/2011, de 20 de mayo, no han contemplado el pronunciarse en dos ámbitos muy importantes: el laboral y el administrativo.

El laboral, por no considerarlo como parte del tronco común pues la materia sobre la que recae este tipo de arbitraje no debe ser nunca el criterio para excluirle de la Ley General por mucho que tenga sus propias peculiaridades.

El administrativo, en cuanto que no han sido desarrollados los artículos 87 y 107 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, con el fin de incorporar el Arbitraje al ámbito dispositivo del Derecho Administrativo, cuyo papel en materias tan importantes como los Convenios Urbanísticos, la fijación del Justiprecio en materia expropiatoria, la fijación cuantitativa de las indemnizaciones derivadas de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas y ni la Ley 60/2003 ni la complementaria de su Reforma han incidido en reconocer al Arbitraje como instituto garantista y eficaz para entender este tipo de conflictos.

**La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reformas del Arbitraje**, introdujo algunas modificaciones significativas y que enunciaremos esquemáticamente:

1.- Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad donde tenga lugar el arbitraje.

2.- Para la ejecución forzosa de Laudos o Resoluciones Arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado el Laudo

3.- Para conocer de la acción de anulación del Laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad donde aquél se hubiera dictado

4.- Para el conocimiento de Laudos o Resoluciones Arbitrales extranjeras será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o el domicilio a quien se refieren los efectos de aquéllos.

5.- Para la ejecución o resolución de Laudos o Resoluciones Extranjeras será Juzgado competente el de Primera Instancia

6.- Se instituye el Convenio Arbitral estatutario, la introducción del Convenio Arbitral en los Estatutos Sociales requerirá el voto favorable del al menos dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. El sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral. La anulación por Laudo de Acuerdos Societarios inscribibles, habrán de inscribirse en el Registro Mercantil y se publicará un extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

7.- No se establece ninguna limitación para Notarios, Registradores, Procuradores de los Tribunales, Ex magistrados, etc., al introducirse el concepto de jurista como requisito para ser árbitro de derecho.

8.- Los Árbitros deben resolver dentro de los seis meses siguientes a la fecha de contestación de la demanda o de expiración del plazo para presentarla, este plazo, salvo acuerdo contrario de las partes, podrá ser prorrogado por los Árbitros por un plazo no superior a dos meses mediante decisión motivada.

9.- Se podrá pedir al Tribunal Arbitral la adopción de Medidas Cautelares por quien acredite ser parte de un Convenio Arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales.

10.- El Juez de lo Mercantil es el que está facultado de forma exclusiva y excluyente para la adopción de Medidas Cautelares que afecten al patrimonio del concursado **excepto las adoptadas por los árbitros**, sin perjuicio de la competencia del Juez para acordar la suspensión de las mismas o solicitar su levantamiento.

La declaración de Concurso por sí sola no afecta a los pactos de mediación ni a los Convenios Arbitrales suscritos por el Concurrido, sin perjuicio de que cuando el orden jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, podrá acordar la suspensión de sus efectos

## B. MEDIACION

La Mediación aparece construida entorno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, que son las que adquieren verdadero protagonismo puesto que se convierten en agentes de la resolución de sus propias controversias; el Mediador tiene como función una intervención dirigida a propiciar una solución en la que las partes son sujetos activos.

Los momentos de crisis suelen traer consigo oportunidades de cambio, puesto que ponen de relieve la necesidad de adaptar los esquemas de funcionamiento a las exigencias de las nuevas realidades.

Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, dice con acierto *“frente al impulso a la Mediación se han levantado voces alertando contra lo que denominan la privatización de la justicia, sin entender de lo que se trata es de devolver a la ciudadanía unas facultades que le fueron arrebatadas en épocas autoritarias en las que se han estado utilizando a los Tribunales de Justicia como resorte del poder degradando la función judicial”* y añade: *“para la abogacía es una alternativa al proceso judicial de enorme valor si saben aprovecharla. Para el Notariado es un reto para la consolidación de la profesión, al constituirse en verdaderos agentes de la seguridad jurídica preventiva en campos en los que ahora su intervención era marginal. Para la Judicatura representa, entre otras cosas, la posibilidad de abrir el sistema de justicia a la sociedad civil reservando su intervención para los litigios en los que existen reales controversias jurídicas y no mera contraposición de intereses”*

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, Parlamento Europeo, regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, y en su artículo 1 establece como objetivo de la presente Directiva el facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la Mediación y asegurando una relación equilibrada entre la Mediación y el Proceso Judicial.

El Legislador español tomando como premisa el objetivo de la Directiva comunitaria aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre Mediación en asuntos Civiles y mercantiles y a cuyo contenido nos referimos esquemáticamente a continuación.

## LÍNEAS BÁSICAS DE LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

**Concepto:** A los efectos de la –futura- ley, “se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador.

**Ámbito:** Asuntos civiles o mercantiles con exclusión de la mediación penal, laboral, de consumo y con las Administraciones Públicas

**Principios:**

**Del procedimiento:** Voluntariedad, disponibilidad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad

**De la propia mediación:** igualdad, contradicción, buena fe y respeto mutuo

**Mediadores:**

**Condiciones:** persona natural en pleno disfrute de sus derechos civiles –salvo que una ley se lo impida- que posea el título de grado universitario oficial (o extranjero convalidado) o de Formación Profesional Superior y contar con formación específica para ejercer la mediación

**Obligaciones:**

- Facilitar la comunicación entre las partes y asesorarlas suficientemente
- Desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes
- Revelar las circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad: relación personal, interés en el resultado.
- Responsabilidad: por daños y perjuicios causados por mala fe, imprudencia grave o dolo

**Instituciones de mediación:** Instituciones, públicas o privadas que tengan como fin la mediación, facilitando su acceso y organización, incluyendo la designación de mediadores

**Registro de mediadores y de instituciones de mediación:** registro público con información sobre los inscritos (experiencia, formación...), gestionado por el Ministerio de Justicia. La inscripción –para lo que se exige un seguro de responsabilidad civil- permite ejercer la mediación en toda España

**Relación con el orden procesal:** el comienzo de la mediación suspende la prescripción o la caducidad de acciones hasta la firma del acuerdo de mediación o hasta la finalización del plazo máximo fijado para el procedimiento

**Costes:** salvo pacto en contrario de las partes, se dividirá por igual entre las partes. Tanto los Mediadores como la Institución de Mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la Mediación.

**Procedimiento:**

**Información y sesiones informativas:**

**Solicitud de inicio:** de común acuerdo por las partes (o por una con aceptación posterior de las demás). En la solicitud se consignarán los datos identificativos de las partes y el objeto de la mediación, pudiendo acompañarse aquellos documentos sobre los que se apoye la petición, una vez recibida la solicitud el Mediador o la Institución de Mediación citará a las partes para celebración de la Sesión Informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a dicha sesión se entenderá que desiste de la Mediación solicitada. Antes del inicio, el mediador informará a las partes de las causas que puedan afectar a su imparcialidad y de las características, coste, organización y consecuencias de la mediación

**Designación del mediador:** las partes de mutuo acuerdo o, en caso contrario, una institución de mediación.

**Lugar, lengua y duración:** los pactados por las partes, con un plazo lo más breve posible, para su duración se atenderá a lo pactado entre las partes dentro de la mayor brevedad posible y las actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

**Sesión Constitutiva:** el mediador convoca a las partes a cada sesión con la antelación necesaria, dirige las sesiones y facilita las exposiciones de modo igual y equilibrado. Se dejará constancia de la identificación de las partes, de la designación del mediador, el objeto del conflicto que se somete a mediación, el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, la información del coste de la mediación, la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de la asunción de las obligaciones que de ella se derivan y el lugar del procedimiento.

**Medios electrónicos** las partes podrán acordar que todas o parte de las actuaciones se lleven a cabo electrónicamente, en las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros la mediación se

desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de este medio no sea posible para alguna de las partes.

**Terminación:** con o sin acuerdo, porque todas o alguna de las partes dan por terminada la mediación, por transcurrir el plazo máximo, porque el mediador aprecie, justificadamente, lo irreconciliable de las posturas. En el acta final se determinará la causa de finalización y, en su caso, los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible. El Acta final deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen

### **El acuerdo de mediación**

**Contenido, formalización y efectos:** puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias abordadas, deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a la Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido, el Acuerdo deberá firmarse por las partes o sus representantes. Se entregará un ejemplar original del acuerdo a cada una de las partes –conservando uno el mediador- e informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a Escritura Pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad.

**Ejecución** el acuerdo debidamente formalizado tiene eficacia ejecutiva y es título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos de la LEC, siendo competente el Juzgado de 1ª Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo, o el que homologó el acuerdo si la mediación se inició estando en curso un proceso.

A modo de CONCLUSION podríamos poner de manifiesto que es necesario promover y fomentar el Arbitraje y la Mediación como sistemas alternativos para disminuir la litigiosidad porque los resultados en algunos tipos de conflictos son mejores que los obtenidos mediante el tradicional sistema del pleito judicial.