

Mediacion y Consumidores

Marta Blanco Carrasco



MINISTERIO
DE SANIDAD
Y CONSUMO



INC
INSTITUTO
NACIONAL
DEL CONSUMO

MEDIACIÓN Y CONSUMIDORES

MARTA BLANCO CARRASCO

EDITA:



© INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
MADRID, DICIEMBRE 2005

ISBN: 84-96450-01-5

NIPO: 353-05-006-6

DEPÓSITO LEGAL M-51252-2005

IMPRIME: VDA. DE LUIS CASTRILLO

ACUERDO, 17 - 28015 MADRID (ESPAÑA)

ÍNDICE

Págs.

ABREVIATURAS UTILIZADAS	15
--------------------------------------	----

PRIMERA PARTE: LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

CAPÍTULO 1º:

CONCEPTO DE LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ...	19
--	----

Introducción	19
---------------------------	----

I. Gran variedad de figuras: problemática en su determinación ... 23

1. La relación de los ADR con el sistema jurisdiccional: sistemas alternativos	25
1.1. Su carácter extrajurisdiccional	25
1.1.1. Medios jurisdiccionales	25
1.1.2. Medios extrajurisdiccionales	27
1.2. Su carácter extrajudicial	32
2. La intervención de un tercero	33
3. El alcance de la intervención del tercero	34
3.1. Sistemas autocompositivos	35
3.2. Sistemas heterocompositivos	35

II. Los diversos sistemas alternativos de resolución de conflictos ... 36

1. ADR con intervención de un tercero no vinculante	36
1.1. La mediación	36
1.1.1. Concepto de mediación	36
1.1.2. La intervención de una tercera persona: el mediador ...	38
1.1.3. Es un procedimiento autocompositivo	39
1.1.4. La mediación requiere la existencia de un proceso ...	41
1.1.5. Ventajas de la mediación	42

1.1.6. Desventajas de la mediación	44
1.1.7. Propuesta de lege ferenda del concepto de mediación ...	44
1.2. La conciliación	45
1.2.1. Concepto	45
1.2.2. Clases	48
1.2.3. La función del conciliador	49
1.2.4. Eficacia de la conciliación	54
1.2.5. Semejanzas y diferencias con la mediación	54
2. ADR con intervención de un tercero vinculante: el arbitraje ...	58
2.1. La naturaleza jurídica del arbitraje	59
2.1.1. Teoría contractualista	59
2.1.2. Teoría jurisdiccionalista	61
2.1.3. Teoría mixta	63
2.2. Semejanzas y diferencias con la mediación	66
3. Figuras que no pueden calificarse como ADR en sentido estricto ...	70
3.1. Las técnicas de las ADR: la negociación	70
3.2. La eficacia de los ADR: La transacción	72
3.2.1 La transacción es un contrato	72
3.2.2 Semejanzas y diferencias con la mediación	75

CAPÍTULO 2º:

BREVE APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN LOS ESTADOS DE LA U.E. Y EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS	79
--	-----------

I. Situación de los ADR y la mediación en los estados de la unión

 europea	79
1. Estados Unidos como referente	79
2. Gran Bretaña	81
3. Italia	82
4. Francia	84
5. Portugal	86
6. Países escandinavos	87
7. Conclusión	89

II. Situación de los ADR y la mediación en los países

latinoamericanos	90
1. Argentina	90
2. Paraguay	95
3. Otros países	97
3.1. Bolivia	97
3.2. Colombia	98
3.3. Costa Rica	98
3.4. Ecuador	100
3.5. Panamá	101
4. Conclusión	101

CAPÍTULO 3º:

SITUACIÓN DE LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA ...107

Introducción ... 107

I. La mediación familiar ... 109

1. Recomendación nº R(98) 1 sobre la mediación familiar	109
2. La regulación de la mediación familiar en España	114
2.1. Cataluña	114
2.2. Otras Comunidades Autónomas	118

II. La mediación penal ... 124

1. Recomendación nº R(99)19 sobre la mediación en materia penal	125
2. Marco legal en España	127
3. Límites	133

III. La mediación laboral ... 135

1. Evolución de la normativa	136
2. Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de conflictos Laborales (ASEC).	140

IV. La mediación en salud ... 150

1. Mediadores de hospital	150
2. Mediación ciudadana en el hospital	151

SEGUNDA PARTE: LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

CAPITULO 1º:

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO. FUNDAMENTACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA 157

Introducción 157

I. El acceso a la justicia: condición necesaria de una política de protección del consumidor 159

1. Los nuevos objetivos europeos en la protección del consumidor ... 159
2. El objeto del derecho de acceso a la justicia: el vínculo necesario
entre el derecho subjetivo y las vías de recurso 162
 - 2.1. Límite del principio de subsidiariedad 163
 - 2.2. Necesidad de armonización 166
3. Algunas circunstancias que afectan al ejercicio efectivo de este
derecho 169
 - 3.1. La desprotección del consumidor frente al profesional ... 169
 - 3.2. Los litigios transfronterizos 170
4. Principales medios para mejorar el acceso a la justicia 172
 - 4.1. Simplificación de los procedimientos judiciales existentes ... 173
 - 4.2. Creación de nuevos procedimientos extrajudiciales 175
 - 4.3. Últimas iniciativas europeas para el desarrollo de los
sistemas extrajudiciales de solución de conflictos 180

II. Análisis legislativo de la mediación de consumo en España 188

CAPÍTULO 2º:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO 203

Introducción: La informalidad de la práctica de la mediación es compatible con una naturaleza contractual 203

I. Fase anterior al conflicto: La posibilidad del sometimiento a la mediación antes de que surja el conflicto	209
1. La vinculación entre la mediación y el arbitraje en el ámbito del consumo	209
2. El convenio de mediación no es un convenio arbitral.	211

II. La mediación del conflicto: El contrato de mediación una vez surgido el conflicto	217
1. La función del mediador: ¿obligación de medios o de resultado?	220
2. El mediador no actúa por cuenta de las partes en conflicto	223
3. La gratuidad de la mediación de consumo	229
4. El carácter profesional de la actividad de mediación	232
5. El carácter administrativo o no del contrato de mediación	233
6. Derechos y obligaciones de las partes en el contrato de mediación	239
7. Conclusiones	241

III. La solución del conflicto: el acuerdo de las partes	243
1. La eficacia de la transacción en la conciliación	244
2. La eficacia de la transacción en el arbitraje informal	246
3. La eficacia de la transacción en determinados sectores de la mediación	256

CAPÍTULO 3º:

ELEMENTOS, SUJETOS Y OBJETO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO ... 257

I. Elementos de la mediación	257
1. El consentimiento: la formalización del convenio de mediación	257
1.1. El objeto del consentimiento	257
1.2. Las formas de manifestación del consentimiento	261
2. El objeto: El conflicto	270
2.1. La eliminación de un conflicto manifestado al exterior	270
2.2. Límites	273
3. La causa en el contrato de mediación	284
3.1 La función económico-social del contrato de mediación	284
3.2 El contrato de mediación es un contrato atípico	286

II. Los sujetos de la mediación de consumo	291
1. Las partes en conflicto	291
1.1. Concepto de consumidor	291
1.2. Concepto de empresa	297
1.3. Desigualdad entre el consumidor y la empresa	304
1.4. Motivaciones del consumidor y la empresa	309
2. El mediador	312
3. Los terceros en la mediación	316
3.1. Terceros, abogados y peritos	316
3.2. El papel del juez y el árbitro en el proceso de mediación ...	318

CAPITULO 4º:

MEDIACIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES	321
--	-----

I. Figuras jurídicas de naturaleza exclusivamente procesal	321
1. Diligencias Preliminares	321
2. Audiencia Previa	328
3. Modos anormales de terminación del proceso: el desistimiento, la renuncia y el allanamiento	329
3.1. El desistimiento	330
3.2. La renuncia	331
3.3. El allanamiento	332
II. Figuras jurídicas de naturaleza mercantil	334
1. El contrato de comisión	335
2. El contrato de agencia	338
3. El contrato de mediación o corretaje	341
4. Conclusiones	344
III. Figuras jurídicas de naturaleza civil	346
1. Figuras afines al arbitraje	346
1.1. La integración de una relación jurídica incompleta: el “arbitrador”	346
1.2. Los peritos dirimentes o pericia contractual	352
1.3. El arbitraje informal	354
1.4. Árbitros y amigables componedores	354

1.5. La cláusula Med-Arb	357
2. La novación	360
3. El minitrial	361

CAPITULO 5°:

PROCESO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO 363

I. Los órganos que desarrollan el proceso de mediación 363

1. Autoridades administrativas y órganos supervisores de la legislación de consumo	363
2. Respecto al arbitraje	365
3. Respecto a la mediación: especial atención a las OMICS	370

II. Los principios generales del proceso de mediación 372

1. Especialidad	372
2. Administrativización	373
3. Vinculación al principio dispositivo	375
4. Complemento jurisdiccional y arbitral	376
5. Gratuidad	384
6. Celeridad	386

III. La elección del mediador 390

1. La designación del mediador	390
2. Prohibición y recusación del mediador	392
3. Inicio del proceso de mediación	397

IV. Principios que rigen la actuación del mediador 401

1. Principio de independencia	406
2. Principio de transparencia	410
3. Principio de contradicción	412
4. Principio de eficacia	412
5. Principio de legalidad	413
6. Principio de libertad	414
7. Principio de representación	414
8. Principio de equidad	417
9. Otros aspectos a tener en cuenta en el proceso de mediación	418

V. La responsabilidad del mediador	428
--	-----

VI. Las etapas en el proceso de mediación	435
---	-----

1. Las etapas del proceso en la mediación familiar	435
---	-----

2. Las etapas del proceso en la mediación de consumo	438
---	-----

CAPÍTULO 6º:

EFICACIA DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS	445
---	-----

I. La eficacia de los acuerdos de mediación antes de alcanzar la solución al conflicto	445
--	-----

1. ¿Existe la excepción de mediación?	445
--	-----

1.1. La excepción de arbitraje	445
---------------------------------------	-----

1.2. La excepción en mediación	447
---------------------------------------	-----

2. Ineficacia del convenio o contrato de mediación	450
---	-----

3. Incumplimiento por una de las partes del convenio o contrato de mediación: la problemática de la voluntariedad	455
--	-----

4. El desistimiento del convenio de mediación	465
--	-----

II. La eficacia del acuerdo alcanzado por las partes después del proceso de mediación	469
---	-----

1. El resultado de la mediación: el acuerdo de las partes	470
--	-----

1.1. El resultado del arbitraje	470
--	-----

1.2. El resultado de la transacción	472
--	-----

1.3. El resultado de la mediación	474
--	-----

2. El efecto de cosa juzgada	475
-------------------------------------	-----

2.1. En que consiste el efecto de cosa juzgada	475
---	-----

2.2. El efecto de cosa juzgada en el arbitraje	476
---	-----

2.3. El efecto de cosa juzgada en la transacción	477
---	-----

2.4.. El efecto de cosa juzgada en la mediación	482
--	-----

3. La ejecución	485
------------------------	-----

3.1. La ejecución del laudo arbitral	485
---	-----

3.2. La ejecución del contrato de transacción	488
--	-----

3.3. La ejecución del acuerdo alcanzado por las partes en mediación	493
--	-----

3.3.1 La homologación judicial de los acuerdos	493
---	-----

3.3.2 La homologación arbitral de los acuerdos	498
3.3.3 Dificultades y ventajas en la ejecución del acuerdo alcanzado por las partes	500
CONCLUSIONES	503
ANEXO 1:	
ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA FUTURA REGULACIÓN DE LOS ADR	535
ANEXO 2:	
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL, NACIONAL Y AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONSUMO Y MEDIACIÓN	551
BIBLIOGRAFÍA	563

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADR	Alternative Dispute Resolution o Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos.
ASEC	Acuerdo sobre la Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales.
CEIM	Confederación Empresarial de Madrid.
CEMICAL	Consortio de Estudios, Mediación Y Conciliación en la Administración Local.
CEPYME	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
IMAC	Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
JAC	Junta Arbitral de Consumo.
LA 1988	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.
LA 2003	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.
LVPBM	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles
OMIC	Oficinas Municipales de Información al consumidor.
RDSAC	Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de consumo.
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

VwGO	Verwaltungsgerichtshof (Ley de la Jurisdicción Administrativa).
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley de Procedimiento Administrativo).
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo Administrativo).
SAC	Sistema Arbitral de Consumo.
SECC	Comunicación de la Comisión sobre la Solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo, de 27 de febrero de 1998.

PRIMERA PARTE:
LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA
ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

PRIMERA PARTE: LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Capítulo 1º:

CONCEPTO DE LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años, y cada vez de forma mas insistente, surgen continuas referencias a la labor mediadora que desempeñan determinadas personas, instituciones, organizaciones e incluso Estados.

Esta actividad mediadora ha surgido como consecuencia de la inevitable evolución social. Actualmente, dado el vertiginoso ritmo de vida, la eliminación de las barreras jurídicas, económicas y sociales, la ingente información y la especialización de los sectores económicos y jurídicos, es muy frecuente que, a la hora de desarrollar cualquier tipo de actividad (comprar, vender, arrendar, etc) acudamos a otra para que supla nuestras carencias. Estas carencias pueden ser tanto de información, de conocimientos, de habilidad, como simplemente de tiempo.

Podemos, por tanto, afirmar que la mediación es un fenómeno socioeconómico puesto que ha surgido como respuesta a las nuevas necesidades sociales. Ahora bien, **mediación** es un término muy amplio y muy variable, lo que nos permite encontrar muchas y muy variadas formas de entender este tipo de actividad, dependiendo del ámbito en el que nos encontremos. Algunas de estas “actuaciones mediadoras” han sido recogidas por nuestro ordenamiento jurídico, dándoles forma y delimitando sus caracteres. La mayoría de estas instituciones jurídicas se conocen como *contratos de colaboración o de gestión*.

Observaremos que a través del mandato una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por otra. Esta actuación del mandatario a favor del mandante encierra cierta actividad mediadora, por cuanto es el mandatario quien intermediará frente a terceros con los que el mandante pretende contratar.

Incluso podemos hablar de mediación cuando una persona se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin un acuerdo previo de voluntades, como en la *gestión de negocios ajenos*.

Por lo tanto, fruto de esta delimitación jurídica podemos distinguir diferentes instituciones que si bien todas ellas contienen algún tipo de actividad mediadora, cada una tiene su propia autonomía y notables diferencias respecto a las demás.

Dentro de estos contratos destaca especialmente el **contrato de corretaje**, dado que podemos decir que es el contrato donde de forma más pura encontramos la actividad mediadora; no en vano es conocido también como **contrato de mediación**.

Este contrato es aquel por el cual una persona (oferente) encarga a otra (mediador o corredor) que le informe sobre la oportunidad de celebrar o no un determinado contrato con un tercero o que realice las oportunas gestiones con este fin, a cambio de una contraprestación.

Esta es la esencia de la mediación desde el punto de vista civil, *facilitar la contratación sin participar en ella*.

Junto a esta configuración de la mediación como actividad a través de la cual una persona colabora, desarrolla o gestiona los negocios de otra, surge con gran fuerza en nuestra sociedad la mediación como **Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos (Alternative Dispute Resolution, ADR)**.

Estos sistemas han surgido como medio de garantizar el acceso a la justicia de un modo más fácil y efectivo. La preocupación manifestada desde distintos sectores sociales, asociaciones, corporaciones y colegios profesionales, incluidos abogados y miembros del Poder Judicial, ante lo que ha venido a llamarse la “crisis de la justicia” ha propiciado la aparición de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Entre dichos sistemas se encuentra la *mediación*. Es muy habitual que se ensalcen las bonanzas o las dificultades que la mediación de la ONU ha tenido en determinados conflictos. También es conocida la mediación que realizan los sindicatos en los conflictos con las empresas más importantes. Asimismo observamos cómo cada vez es más frecuente y conocida la mediación como sistema de solución de conflictos familiares siendo éste el ámbito donde se están produciendo los avances más importantes y desarrollando las primeras iniciativas legislativas a nivel comunitario.

Sin embargo, un importante campo para la mediación como sistema de resolución de conflictos lo encontramos en el ámbito del consumo. Desde hace años las OMIC (Oficinas Municipales de Información al consumidor) y las Juntas arbitrales vienen desarrollando una actividad denominada “mediación” dentro del Sistema Arbitral de Consumo.

Este trabajo de investigación se ha centrado en este nuevo significado dado a la función de mediación, principalmente por dos razones:

En primer lugar porque se trata de una figura novedosa a pesar de que su existencia es exigida por nuestro ordenamiento jurídico. Los artículos 51 y 54 de la Constitución Española recogen el mandato constitucional de ofrecer al ciudadano, junto con el proceso jurisdiccional, otros procedimientos *eficaces y adecuados* para la tutela de los intereses legítimos, siempre que no obstaculicen el acceso a la jurisdicción.

En segundo lugar porque la Unión Europea, sensible a las nuevas necesidades sociales, ha promulgado una amplia normativa en relación a los ADR que nuestro ordenamiento ha de incorporar de la forma más adecuada a la realidad social y cultural española, para lo cual es necesario conocer profundamente estos sistemas.

El objeto de este trabajo es conocer y delimitar qué es la **mediación como ADR en los conflictos de consumo**, su naturaleza jurídica y su aportación frente a otras “mediaciones”.

Veremos que la aproximación a dicho concepto es complicada puesto que empezarán a despuntar las diferencias en el propio concepto de mediación dependiendo del ámbito en el que nos encontremos.

I. GRAN VARIEDAD DE FIGURAS: PROBLEMÁTICA EN SU DETERMINACIÓN

Han sido muchos los conceptos utilizados para referirnos a todos aquellos mecanismos que permiten obtener la resolución de un conflicto al margen de la vía jurisdiccional.

Así encontramos el término *MESC*, “El término *MESC* (Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos) describe cualquier *proceso* diseñado para resolver una *disputa sin el concurso de los tribunales de justicia*. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes deben o desean mantener su relación después del procedimiento o en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico)”¹.

También hay autores como HUERGO LORA que se refieren a ellas *como medios de resolución extrajudicial de conflictos* considerando que son “aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica, de tal forma que se impida a las partes plantearla en vía judicial o se ponga término a un proceso ya comenzado”².

También podemos encontrar *TARC* haciendo referencia a las Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos.

¹ PAZ LLOVERAS. E. y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (coord. Científico). *Libro Blanco Sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre, 2002, ob. cit., pág. 10.

² HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 2000, pág. 15. El autor matiza que “en la definición se incluyen aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar la controversia. Ello se debe a que algunas de las técnicas de resolución de conflictos, como la conciliación o la mediación, son simplemente procedimientos en los que se intenta alcanzar un acuerdo, pero sin que su tramitación garantice el logro del mismo. En otros casos, como la transacción o el arbitraje, la mera utilización de la figura (la celebración del contrato de transacción o del convenio arbitral) excluye por sí sola el planteamiento de la controversia en sede judicial, siempre que se respeten, naturalmente, los requisitos de validez exigidos en cada caso”.

Sin embargo el término más utilizado es *ADR, Alternative Dispute Resolution*, que en español se ha traducido como *Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos*.

Es precisamente el término ADR, o su traducción española, el que vamos a manejar en este trabajo, no solo porque es el más utilizado en la bibliografía sobre esta materia, sino porque es la terminología utilizada por toda la reglamentación de la Unión Europea.

Con la expresión ADR se integran una **gran variedad de figuras**. Esta variedad presenta no pocas dificultades:

- Dependiendo del *organismo o entidad* que haga referencia a las ADR, considera incluidas unas u otras figuras.
- Algunas de estas figuras presentan *límites* muy débiles en relación con otras ADR, lo cual favorece su confusión y hace difícil su determinación.
- La *falta de regulación* de algunas ADR permite que cada institución desarrolle y practique las mismas de la forma que más se adecua a sus necesidades.

Vamos a centrar nuestro estudio en alguna de las ADR más importantes, que podríamos dividir las de la siguiente manera:

SIN INTERVENCIÓN DE TERCERO	CON INTERVENCIÓN DE TERCERO		
	Sin opinión consultiva	Con opinión consultiva	Con opinión vinculante
-Negociación no asistida - Transacción - Novación	-Mediación familiar - Conciliación -Negociación asistida	- Mediación consumo y laboral - Ombudsman privados - Complaints Boards	- Arbitraje - Ombudsman bancos (profesional)

Las principales preguntas que nos planteamos ante esta gran variedad son tres:

- La vinculación de los ADR al proceso jurisdiccional.

- Si la intervención de un tercero es necesaria para ser considerado un ADR o no.
- El alcance de la intervención del tercero, concretamente si ésta intervención convierte al ADR en un sistema autocompositivo o heterocompositivo de resolución de conflictos.

1.- LA RELACIÓN DE LOS ADR CON EL SISTEMA JURISDICCIONAL: SISTEMAS ALTERNATIVOS

Al referirnos a estos sistemas como “*alternativos*” es precisamente por que se plantean como una forma de solución o gestión (parece que ahora los profesionales tienden más a utilizar esta última expresión) de conflictos *distinta al proceso judicial*.

Pero esta afirmación puede ser objeto de múltiples matizaciones que nos resultarán útiles a la hora de determinar las características que diferencian la mediación de otros ADR.

1.1.- SU CARÁCTER EXTRAJURISDICCIONAL

El sistema jurídico español se caracteriza por su tendencia judicial, lo que supone que se basa fundamentalmente en la *jurisdicción* para la solución de las controversias. Pero esto no supone que sea la única fórmula para solucionar los conflictos.

Existen diversos medios para la solución de las controversias:

- Los medios jurisdiccionales.
- Los medios extrajurisdiccionales.

1.1.1.- Medios jurisdiccionales

Se corresponden con lo que se conoce como *justicia formal*, en el sentido de métodos institucionalizados y basados en la intervención de los órganos jurisdiccionales. Entre ellos destaca fundamentalmente el *proceso*.

En principio el derecho procesal reconocía como objeto de su disciplina el *proceso*, admitiendo únicamente la protección de los intereses legítimos de los ciudadanos a través de éste.

El proceso se puede entender en una doble vertiente:

- Como reconocimiento de un interés jurídico y socialmente prevalente.
- Como “realizador de la verdad de la Constitución”³, como esencial e indispensable instrumento de articulación de los imperativos jurídicos fundamentales (9.2 C.E, participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social) condicionante del desarrollo jurisdiccional y de la satisfacción del principio de tutela judicial efectiva.

El proceso se presenta como el medio de reconocimiento de los derechos jurídicos fundamentales recogidos en la Constitución. Entre estos principios se encuentra el reconocido en el artículo 24 de la Constitución, que establece la necesidad de eliminar los obstáculos para el acceso a la justicia y la obligación del Estado de dar respuesta a los conflictos jurídicos existentes en consonancia con su marco jurídico constitucional, tanto orgánica como procesalmente⁴.

La evolución posterior supuso la aceptación de la existencia de sistemas extrajurisdiccionales para la solución de los litigios y por lo tanto la superación del proceso como único objeto de estudio.

Este deber de garantizar a los ciudadanos un derecho al debido proceso no es contrario a la existencia de otras opciones a éste. Así lo establecen los artículos 51 y 54 de la Constitución española, que exigen:

- Procedimientos para satisfacer los intereses legítimos.
- Ofrecer al ciudadano equivalentes que han de respetar siempre los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes (art. 24 LA 2003 y 10.1 RD 636/1993 de 3 de mayo de sistema arbitral de consumo).

³ PEDRAZ PEÑALVA, E.: *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. Pág. 11.

⁴ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995. Pág. 19 “El arbitraje aparece pues como una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes y su constitucionalidad ha sido resaltada por el Tribunal Supremo: “El artículo 24.1 CE, que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial –arbitraje en este caso– como aquí han hecho” (STS de 9 de octubre de 1989 [RJ 1989,6899] “.

Es evidente que el instrumento que se elija para cumplir con esta exigencia constitucional, es decir, el instrumento elegido para la solución de las controversias debe ser **justo** (observado desde las exigencias procesales y fundamentos constitucionales) y **apto** (para satisfacer sus objetivos de forma eficaz).

Esta afirmación implica la posibilidad de que junto con el proceso surjan otra serie de sistemas de resolución de conflictos. El legislador puede y debe establecer procedimientos eficaces para la tutela de los intereses legítimos siempre que no se obstaculice el acceso a la jurisdicción.

1.1.2.- Medios extrajudiciales

Junto con la justicia estatal, y ante su incapacidad para dar respuesta a ciertos conflictos, surgen una serie de mecanismos que escapan al Poder Judicial del Estado y que tratan no solo de facilitar el descongestionamiento de los tribunales sino también de asegurar el acceso efectivo a la justicia, una justicia que puede alcanzarse a través de otros sistemas de solución de conflictos.

Aparecen una serie de cauces privados o cuasiprivados que se caracterizan, en primer lugar por *no responder a los principios y criterios generales del Poder Judicial* y en segundo lugar porque se asientan fundamentalmente sobre las notas de *economía y autonomía de la voluntad*.

Precisamente por la circunstancia de no cumplir dichos principios generales y para no vulnerar el referido artículo 24 de la CE convirtiéndose en un *sucedáneo de tutela*,⁵ es necesario que *no excluyan* la posibilidad de acudir a la tutela judicial a través de los órganos jurisdiccionales⁶.

⁵ BARONA VILAR, S. (VV. AA.). *La tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. pág. 30 “Lo peyorativo se halla en la posible conversión en sucedáneo de poder de tutela, con menos garantías para el justiciable que, al fin y al cabo, es el elemento subjetivo imprescindible en el acceso a la justicia, y ello por cuanto se dirija a dar más respuesta a una opción económica, llámesele estatal o supraestatal, pero que en cualquier caso, genera un abandono del concepto de individuo en cuanto sujeto digno de tutela. El equilibrio entre la necesidad de normar todos estos nuevos cauces, y el peligro de burocratización y reglamentación al límite no debe escapar a las instancias nacionales o supranacionales que otorgan el marco de realidad jurídica adecuado para su desarrollo”.

⁶ BARONA VILAR, S.: *Solución Extrajudicial de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1999, pág. 169. “Nada impide que el legislador prevea procedimientos eficaces para la tutela de los intereses legítimos: lo que el Estado debe evitar es que los mismos impliquen un obstáculo de acceso a la justicia ante los órganos jurisdiccionales del Estado”.

En este sentido se pronuncia el Consejo de Europa⁷ cuando establece “Considerando que, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones; que cuando el Derecho comunitario garantiza la libre circulación de mercancías y servicios en el mercado interior, el corolario de estas libertades es que los agentes económicos, incluidos los consumidores, pueden recurrir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para solventar los litigios a los que pueden dar lugar sus actividades económicas, por las mismas razones que los ciudadanos de dicho Estado; que *los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial; que, por lo tanto, la utilización de la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio*”.

También autores como HUERGO LORA se refieren a este aspecto cuando afirman que “lo que parece claro es que, manteniendo la actual redacción de los arts. 24.1 y 106.1 CE, la implantación de medios extrajudiciales de resolución de conflictos no puede servir para limitar el acceso al contencioso (convirtiéndolo en una especie de «casación» frente a los acuerdos de las instancias arbitrales, con lo habríamos vuelto a una nueva versión del «principio revisor»), ni para penalizarlo, exigiendo una justificación especial a quien, una vez agotada la instancia arbitral o extrajudicial, desee acudir a la vía judicial”⁸.

También BARONA afirma que esta asunción de una tutela extrajurisdiccional no supone “una alternativa antagónica o excluyente a los tribunales sino que comporta, en muchos casos, como claramente se ve en los sistemas occidentales, un comportamiento desde los tribunales o para que los tribunales puedan cumplir su función de manera más efectiva”⁹.

Es necesaria, por tanto, una colaboración con los tribunales para que los sistemas extrajurisdiccionales puedan desplegar toda su virtualidad y que no

⁷ Recomendación de la Comisión 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. D.O. L 115 de 17.04.1998. (98/257/CE), pág. 3.

⁸ HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pág. 21.

⁹ BARONA VILAR, S.: *Solución extrajurisdiccional...* ob. cit., pág. 17.

se conviertan en mecanismos más rápidos pero menos seguros y efectivos en lo que a la protección de los derechos de los ciudadanos se refiere. Pero junto con ésta, es también necesaria la colaboración de la Administración, ya sea proporcionando ella misma estos mecanismos ya sea facilitando su establecimiento.

Esta colaboración necesaria no supone que los sistemas alternativos de solución de conflictos sean una amenaza para los sistemas judiciales. Más bien al contrario, deben entenderse como un *complemento necesario* para que el objetivo, la solución de los conflictos de una forma eficaz, pueda alcanzarse. Los sistemas alternativos son muy adecuados en ciertos conflictos, como aquellos de escasa cuantía, los transfronterizos y los que se desarrollen en el ámbito del comercio electrónico o Internet. Pero serán muy inadecuados en muchos otros en los que la mejor solución será la que llegue a través de un procedimiento judicial¹⁰.

Vemos por lo tanto que existe una *coexistencia* del proceso con otros sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. *¿Cual es la relación entre ambos?*

Según PEDRAZ el proceso “añade” lo siguiente a los sistemas alternativos¹¹:

¹⁰ BARONA VILAR, S. (VV. AA). *La tutela de los consumidores...* ob. cit., págs. 31 y 32. “En todo caso, los cauces de las ADRs no pueden plantearse como una fórmula contra los tribunales, ni puede pensarse en las mismas como cauces exclusivamente privados de solución de los conflictos. La colaboración de los tribunales es un punto esencial en aras a esa efectiva tutela pretendida, y la configuración desde o en la Administración puede ser un punto esencial para que efectivamente el sistema de las ADR funcione. En consecuencia, el mejor sistema consiste en la coexistencia pacífica de ambas vías de tutela, la judicial y las ADRs, de modo que ante un conflicto jurídico en el consumo las opciones son plurales, pudiendo en determinados aspectos y debido a la proyección subjetiva del litigio, resultar en ciertos casos más conveniente la tutela judicial, mientras que, en otros, por ejemplo, cuando se trata de solventar los litigios de un consumidor individual, o aquellos en los que las relaciones jurídicas lo hayan sido transfronterizas o se haya culminado a través de medios informáticos con intervención del Internet, quizás se requiera una búsqueda de soluciones mucho menos formales, rígidas y, en suma, más ágiles, lo que permitiría adentrarse en el mundo jurídico de los medios de solución extrajudicial de conflictos”.

¹¹ PEDRAZ PEÑALVA, E.: *Arbitraje...* ob. cit., pág. 12.

- El proceso *no* es un *simple método de solución de controversias*, sino que es “uno de los insustituibles imperativos para lograr el fin de la Suprema Ley que no puede ser otro que la libertad individual”.
- El derecho al proceso es una *garantía fundamental* que debe ser observada imperativamente por la potestad jurisdiccional. Según este autor solo a través del proceso una persona puede ver reconocidos sus propios intereses y derechos legítimos. Este monopolio jurisdiccional supone que es deber estatal poner a disposición de todos los justiciables los órganos judiciales y el proceso para la protección eficaz de sus discutidos intereses.

Frente a estas afirmaciones podemos decir que consideramos que los ADR tampoco son un simple método, puesto que surgen precisamente para cumplir con un principio fundamental de nuestro ordenamiento, asegurar que todos puedan acceder a la justicia de una forma eficaz. Asimismo, si bien los ADR no son la garantía fundamental de la protección de los derechos e intereses legítimos, debemos tener en cuenta que los sistemas alternativos no excluyen esta garantía fundamental, sino que la complementan.

Es más, se reconocen algunas ventajas a los sistemas alternativos frente al proceso:

1. Aquellos que carecen de recursos no tiene un verdadero acceso a la justicia porque no pueden costearse una buena defensa. “la discriminación es más evidente en las contiendas de escasa cuantía que, desmotiva al justiciable a acudir a la justicia, de un lado, por el dinero que en todo caso habrá que “adelantar” y, por otro, ante el temor de sumergirse en el proceloso laberinto judicial en el que se encuentra desvalido y que le supondrá una notable inversión de tiempo”¹². Los ADR surgen precisamente para paliar este efecto.
2. El respaldo de la voluntad de las partes a la solución del conflicto¹³. La solución alcanzada a través del acuerdo, ya sea

¹² PEDRAZ PEÑALVA, E.: *Arbitraje...* ob. cit., pág. 45.

¹³ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho español: interno...* ob. cit., pág. 21. “Quienes se someten al arbitraje aceptan previamente la resolución del conflicto por el árbitro o árbitros que eligen de común acuerdo y establecen, también de común acuerdo, el procedimiento a seguir, que puede incluir incluso medidas tendentes a facilitar el cumplimiento voluntario del laudo. No debe extrañar, por eso, que las ejecuciones voluntarias de laudos arbitrales sean mucho más numerosas que las sentencias judiciales”.

para el sometimiento al arbitraje ya sea el acuerdo en la propia solución del conflicto, es respetada en mayor medida que las decisiones impuestas por un juez, dado que existe un ámbito de la autonomía de la voluntad que se ha ejercido y que presta cierta consistencia a lo acordado.

3. El costo y duración del proceso son excesivos surgiendo los ADR como mecanismos correctores de estas circunstancias.
4. La vía contenciosa no es la óptima para algunos conflictos donde es necesario tener en consideración los aspectos sociales que subyacen en el fondo.
5. Necesidad de disminuir la saturación de los tribunales, los cuales se han convertido en el foro para la solución de todo tipo de conflictos.
6. La aparición de los ADR supone una manifestación de la actitud crítica y de la insatisfacción por lo que “[L]os ciudadanos españoles han de recuperar su conciencia social y participativa accediendo al desempeño de un más activo papel de decisión acerca de cuestiones decisivas en su vida: jurado”¹⁴. A ello podríamos añadir que esta actitud crítica debe plasmarse también en una mayor participación en la solución de los propios conflictos, y no en una delegación de la capacidad resolutoria en terceros decisores. La actitud crítica debe realizarse también a través de una autoresponsabilización de los propios conflictos.

Creemos que es posible hacer una distinción, en función de la relación con el proceso, entre los ADR **previos o complementarios** al proceso, como la conciliación o la mediación, o **alternativos**, como el arbitraje. Por lo tanto no todos los sistemas alternativos son realmente alternativos.

La elección del arbitraje como sistema de resolución de conflictos sustituye la protección a través de los órganos jurisdiccionales, salvo en lo relativo a la control y la ejecución del laudo. En este sentido el arbitraje es un sistema *alternativo*, puesto que se trata de elegir o bien la jurisdicción o bien el arbitraje. Desde el momento en el que se formalice la sumisión al arbitraje ya no podremos acudir a los juzgados para solucionar el conflicto

¹⁴ PEDRAZ PEÑALVA, E.: *Arbitraje...* ob. cit., pág. 46.

en cuestión. Para que esto sea posible el arbitraje debe cumplir con las garantías que se consideran indispensables para obtener una tutela judicial efectiva, por ello consideramos que el arbitraje realmente sustituye al proceso (no así el resto de los ADR) y que tiene una naturaleza *jurisdiccional* o *cuasijurisdiccional* (como veremos más adelante).

Otros ADR, entre ellos la mediación, no sustituyen al proceso, sino que lo *complementan*. No son alternativos porque la elección de éstos no supone la renuncia a la protección jurisdiccional. Se tratan de sistemas que no recogen principios procesales que garanticen la tutela judicial efectiva, de forma que su utilización no debe suponer que ya se ha obtenido dicha tutela. Son sistemas que permiten conseguir una solución consensuada, que, si satisface a ambas partes en conflicto, evita acudir a proceso judicial, pero si no las satisface siempre tienen abierta la posibilidad de acudir a ella. Son una forma de realizar ese principio constitucional del artículo 24 referido a la tutela judicial efectiva, dado que esta tutela efectiva supone que el sistema de resolución de conflicto debe ser justo y adecuado, pero no pueden suponer en ningún momento una renuncia a la jurisdicción dado que no tiene las garantías necesarias para asegurar que la solución al conflicto se ha tomado con todas las garantías procesales, quedando esta vía abierta.

1.2.- SU CARÁCTER EXTRAJUDICIAL

Otra importante distinción es la que establece que los ADR pueden ser **judiciales o extrajudiciales**, en el sentido de que pueden ser desarrollados por los propios órganos jurisdiccionales en el seno de un proceso, el juez, (encargado de la decisión de la controversia en última instancia) o por órganos no judiciales, que no tendrán que decidir la controversia en última instancia. No debemos confundir esta distinción con la que analizaremos más adelante acerca de la mediación intrajudicial y extrajudicial.

Según esto podemos considerar que el **arbitraje** es un sistema de resolución de conflictos de carácter *jurisdiccional* (el sometimiento de la controversia a éste elimina la posibilidad de acudir a un proceso judicial posterior sobre el mismo objeto) y *alternativo* al proceso, llevado a cabo por un órgano *no judicial* (no es un juez, sino un árbitro).

La **conciliación** es *extrajurisdiccional* (su utilización en principio no elimina la posibilidad de acudir a un proceso) o *intrajurisdiccional* (cuando

se realiza como parte de un proceso judicial, como en la audiencia previa). Cuando es extrajudicial es también *complementario* (del proceso). Puede desarrollarse tanto por un órgano *judicial* (se puede realizar por el Juez) como *extrajudicial*.

La **mediación** sería un sistema *extrajudicial, complementario y extrajudicial* (consideramos que el juez nunca puede desarrollar la mediación, como veremos detenidamente más adelante).

2.- LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO

¿Es necesaria la intervención de una tercera persona que no sea parte en el conflicto para ser considerado como ADR?

Según observamos en el cuadro anterior, se integran como Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos la negociación no asistida y la transacción, en los cuales no participa un tercero.

En las definiciones apuntadas de los ADR no se hace referencia a la necesidad de la participación de un tercero, lo que podría hacernos pensar que es posible que estas figuras se consideren como sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Sin embargo, la Unión Europea solo presta atención a aquellos que requieren la intervención de una tercera persona:

- La *recomendación de la comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE)*, y la *recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE)*, se refieren a los procedimientos que “conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona”.
- Más restrictivo aún es el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002*, que considera que con la noción de modalidad alternativa de solución de

conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, “de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido”.

Desde nuestro punto de vista, tenemos que distinguir si estamos utilizando los ADR en un sentido *amplio*, incluyendo por lo tanto figuras que no requieren la intervención de una tercera persona ajena al conflicto, o si por el contrario hacemos referencia a los ADR en un sentido *estricto*, en cuyo caso deben limitarse a los sistemas que requieran la participación de una tercera persona.

Desde nuestro punto de vista es más acertada una visión estricta de los ADR, por la propia consideración de los ADR como “*sistemas*”.

Un sistema podría definirse como un conjunto de reglas y principios sobre una materia enlazadas entre sí o conjunto de cosas que, ordenadamente relacionadas entre sí, contribuyen a determinado objeto.

El objeto sería la evitación de un pleito, pero estas figuras requieren una serie de reglas y de principios para la consecución de dicho objetivo.

Para poder hablar de ADR, hacemos referencia a aquellos sistemas de resolución de conflictos que no suponen la simple dejación de un espacio o un tiempo para la conciliación o la superación de una controversia, sino que se trata de aquellos sistemas que:

1. Surgen para la solución de conflictos en los que las partes están de acuerdo en no acudir a la jurisdicción,
2. Pero no pueden alcanzar la solución por si mismas, para lo cual requieren la intervención de otra persona.

No se debe confundir los ADR con las técnicas (negociación) o el efecto (transacción) de dichas ADR.

3.- EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO

Nos referimos a la problemática de la determinación de si estos ADR se encuadran dentro de los sistemas autocompositivos o heterocompositivos de resolución de conflictos.

Para ello debemos empezar distinguiéndolos, de forma que los *heterocompositivos* son aquellos en los que el conflicto es resuelto por un

tercero, mientras que los *autocompositivos* son aquellos que se resuelven por los propios contendientes.

3.1.- SISTEMAS AUTOCOMPOSITIVOS

Los sistemas autocompositivos, en los que la solución al conflicto viene dada por las propias partes, se distinguen a su vez los sistemas basados en la *autocomposición*, es decir, la solución se alcanza como consecuencia del sacrificio de parte del interés de uno o de todos los contendientes, y los sistemas basados en la *autodefensa*, consistente en la búsqueda de la solución del conflicto a través del sacrificio del interés ajeno.

Se diferencian en que mientras que la primera en principio está permitida por nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto está dentro de la juridicidad, salvo que expresamente se excluya, la segunda está en principio excluida y por lo tanto es ajurídica, salvo que expresamente se habilite.

Asimismo, mientras que el primero puede tener lugar antes o después de la vía judicial, el segundo normalmente requiere un proceso posterior que lo convalide.

Tanto la autocomposición como la autodefensa pueden ser unilaterales (allanamiento, legítima defensa) o bilaterales (transacción o duelo).

A pesar de que las fórmulas autocompositivas tienen como ventaja el menor costo, plantean problemas en relación al equilibrio de poderes, en el sentido de que pueden llegar a ser, no tanto un sacrificio, sino una capitulación del litigante de menor resistencia o bien ser consecuencia de una mala representación. PEDRAZ establece que estas situaciones podrían resolverse con la intervención de un tercero que garantice ese equilibrio, que es precisamente una de las funciones del mediador¹⁵.

3.2.- SISTEMAS HETEROCOMPOSITIVOS

Suponen, según hemos manifestado anteriormente, la intervención de un tercero para resolver el conflicto. Esta intervención puede ser *espontánea* (mediación internacional o buenos oficios) o *provocada*, bien por *las partes*

¹⁵ Esta problemática respecto al equilibrio de poderes ha sido muy criticado en la mediación de consumo, en el sentido de que el desequilibrio es un aspecto consustancial a la propia relación de consumo, pero debe realizarse una negociación en igualdad de condiciones y sustentada en el principio de legalidad. Estas cuestiones las vamos a analizar más adelante.

(reservándose la acción, como la composición, o comprometiéndose a aceptar la intervención de un tercero, como el arbitraje), bien por un *tercero ajeno al conflicto*: el proceso.

La heterocomposición, a su vez, admite dos modalidades:

- el arbitraje.
- el proceso.

La diferencia fundamental es que en el arbitraje, el tercero que resuelve es un particular; en el proceso es un órgano del Estado, un órgano jurisdiccional.

Pero también encontramos que el acceso al arbitraje está sometido a los mismos requisitos de disponibilidad que la autocomposición mientras que el acceso al proceso es totalmente libre.

El *proceso* se puede definir como un sistema heterocompositivo para la resolución de conflictos intersubjetivos, que se caracteriza porque el tercero que resuelve es un órgano estatal, jurisdiccional.

Una vez establecidas las diferencias entre uno y otro sistema, la pregunta que podemos hacer en este momento es en cual de estos sistemas incluiríamos la mediación. Es decir, ¿la mediación es un sistema heterocompositivo o autocompositivo de solución de conflictos?

Para poder contestar a esta pregunta debemos hacer un breve análisis de qué es la mediación y que funciones cumple el tercero mediador.

II.- LOS DIVERSOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.- ADR CON INTERVENCIÓN DE UN TERCERO NO VINCULANTE

1.1. LA MEDIACIÓN

1.1.1.- Concepto de mediación

Son muchas las definiciones que se han dado acerca del concepto de mediación, casi tantas como autores interesados en su estudio. Se pueden citar, entre ellas, las siguientes:

- Proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de

manera que permita la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en un conflicto. (J. M. HAYNES).

- Proceso en el que un tercero neutral, sin poder para imponer una resolución, ayuda a las partes en disputa a alcanzar un arreglo mutuamente aceptable. Esta formulación común incorpora algunos de los rasgos principales del proceso, sobre todo su informalidad y su carácter consensual. (BUSH Y FOLGER).
- Sistema que se caracteriza por crear un contexto más flexible para la conducción de disputas. Tiene una práctica generalmente formalizada en varias etapas, según las escuelas de mediación, las cuales se adscriben a diferentes fundamentaciones teóricas y crean sus propios modelos. Lo característico de los procesos de mediación es la inclusión de una tercera parte, “el mediador”, que actúa para ayudar a las otras dos partes “disputantes” a alcanzar un acuerdo, pero cuyas intervenciones no tienen obligatoriedad de ser aceptadas por los disputantes. La decisión de entrar en este tipo de procesos es voluntaria, así como también es voluntaria la decisión de continuar en él. Tienen derecho a retirarse en cualquier momento y nadie puede obligarlos a retomarlo (MARINES SUARES).
- Intervención en un conflicto de una tercera parte neutral e imparcial: el mediador, que orienta y guía a las partes opuestas, mediante la utilización de diversas técnicas, para que puedan manejar y/o resolver su disputa y llegar a un acuerdo consensuado con el fin de resolver su conflicto, sin forzar ni imponer la resolución, propiciando el diálogo cara a cara, resolviendo el problema y desarrollando soluciones alternativas. (ESTEBAN SOTO).^{*16}
- Proceso voluntario de resolución de conflictos, donde las partes en disputa participan voluntariamente asistidas por un tercero neutral con la finalidad de construir sus propias decisiones¹⁷.

¹⁶ * Definiciones ofrecidas por ESTEBAN SOTO, Y.: *Teoría general de la Mediación. Diferentes escuelas de mediación*, en la documentación del Curso de Experto en Mediación de la UCM, 1999-2000.

¹⁷ REDORTA LORENTE, J.: *Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica*, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar en Valencia, abril de 1999.

¹⁸ Recomendación nº R(98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar.

- “Proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que ellos mismos, por medio de la negociación lleguen a acuerdos comunes”¹⁸.
- “Se trata de un procedimiento voluntario, informal y confidencial por el cual una tercera parte neutral (una o más personas), con una formación profesional adaptada a las necesidades del conflicto, asiste a las partes con el objeto de que éstas lleguen a un acuerdo por sí mismas. Las partes buscan en ese experto a un guía que escuche a los interesados y les ayude a llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso”¹⁹.

Todas estas definiciones tienen algunas notas en común:

- Es un ADR que requiere la intervención de una tercera persona.
- Esta tercera persona es neutral e imparcial.
- Son las partes las que deciden la controversia.
- Se refieren a la necesidad de un proceso o procedimiento.

1.1.2.- La intervención de una tercera persona: el mediador

La mediación se caracteriza por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial cuya principal característica es que nunca decide la solución a la controversia, no tiene poder de imponer la solución a las partes.

¹⁹ PAZ LLOVERAS. E. y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (coord. Científico). *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España. Proyecto i+Confianza: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales Off-Line y On-Line de Solución de conflictos para Entornos de Comercio Electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria*, AENOR, Madrid, diciembre 2002, pág. 16. También define los ADR de la siguiente manera: “El término MESC (Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos) describe cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes debe o desean mantener su relación después del procedimiento o en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico)”.

El mediador debe **facilitar activamente** un acuerdo aceptable por ambas partes. Si las partes no están conformes con los acuerdos, pueden acudir al arbitraje o a los tribunales.

Entre las funciones del mediador destacan:

- Conseguir una comunicación efectiva y cooperativa de las partes en conflicto.
- Identificar los intereses reales que sustentan las posiciones de las partes.
- Ayudar a ver el problema desde el punto de vista del oponente y está presente en las negociaciones cara a cara.
- Actuar con diplomacia, ya que debe conseguir de esta forma difuminar las hostilidades entre las partes y llegar a un común acuerdo.
- Ofrecer una visión de futuro al acuerdo alcanzado por las partes, adelantando los posibles problemas que pueden afectar a dicha situación.
- En algunos sectores pueden emitir una propuesta formal de solución al conflicto.

1.1.3.- Es un procedimiento autocompositivo

Así definido nos encontramos con un problema y es el diferente alcance de la intervención del mediador según el ámbito en el que nos encontremos.

En la mediación familiar, la intervención del mediador esta dirigida fundamentalmente a ayudar a las partes a alcanzar el acuerdo a través de diálogo sin que este pueda emitir un dictamen o una propuesta de solución formal del conflicto.

La intervención de ese tercero es simplemente como director del proceso de negociación, como guardián de las reglas del juego o de las buenas costumbres, así como protector de la igualdad de las partes, pero en ningún momento tiene facultades decisorias de la cuestión litigiosa.

Es precisamente este limitado grado de intervención del tercero en la solución del conflicto lo que diferencia la mediación de otros ADR.

Por todo esto, existe unanimidad en el ámbito familiar en calificar la mediación como un *sistema autocompositivo* de solución de conflictos, dado

que aunque interviene un tercero (mediador) son las partes las que llegan a la solución del conflicto.

En otros sectores como la mediación laboral, la sanitaria o la de consumo, la situación no es tan clara.

La reglamentación dada por el Colegio de Abogados de Madrid²⁰ respecto a la mediación en salud parece que se corresponde más con esta última acepción dado que la mediación es considerada como un paso previo al arbitraje (y posterior a la conciliación) en el que el conciliador debe realizar una serie de actuaciones dirigidas a la consecución del acuerdo, fundamentalmente tratando que las partes renuncien a parte de su interés en el conflicto (en la fase de conciliación), y una vez conocidas las posiciones, el *mediador propone una solución* (fase de mediación) que las partes son libres de aceptar o no²¹.

De la misma manera, el mediador laboral ofrecerá una propuesta de solución del conflicto que se somete a la voluntad de las partes y que en caso de no ser aceptada se tendrá por no puesta²². Y lo mismo ocurre, como vamos a ver más adelante, en el ámbito del consumo.

La posibilidad de que el mediador sea el que ofrezca la solución ha llevado a determinados sectores a considerar que la mediación es un *sistema heterocompositivo*, puesto que la solución se da por el tercero.

²⁰ Revista del ICAM, OTROSÍ, Servicios y Actividades. Pág. 69.

²¹ Artículo 3.3 “Para el caso de lograrse un acuerdo y conciliarse las partes, o en el caso de llegarse a un acuerdo sobre la mediación del letrado conciliador, o sobre el sometimiento de la contienda a arbitraje, se levantará acta, suscrita por todas las partes para su obligado cumplimiento”. Artículo 4.1 “Cuando las partes, en la comparecencia de conciliación prevista en el artículo anterior, hayan mostrado su conformidad a que la Corte de Arbitraje, a través del letrado conciliador, medie en el conflicto y así se haya recogido en el acta en los términos previstos en el último párrafo del citado artículo, el letrado conciliador, en el plazo que a tal efecto le hayan concedido las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a 10 días hábiles, redactará un borrador de texto de acuerdo que remitirá de inmediato a las partes”.

²² Artículo 10.3 del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I 1996). Artículo 10.7 del ASEC II de 2001, “El mediador o mediadores formularán propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Las partes aceptarán o rechazarán de manera expresa la propuesta formulada”. También en este sentido el artículo 17 del Reglamento de Aplicación del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos laborales.

El que las partes puedan *aceptar o rechazar* la propuesta realizada supone un reconocimiento de la autonomía de la voluntad que ha permitido a algunos matizar su postura y considerar la mediación como un sistema *heterocompositivo* de “menor medida” o de “bajo riesgo”²³, considerándolo como una “intervención espontánea”²⁴ en la que las partes pueden rechazar, aceptar o modificar la solución propuesta.

Ciertamente, en estos ámbitos, al mediador se le está dando una cierta facultad decisoria del conflicto. Sin embargo, a pesar de que puede llevar a confusión, consideramos que sigue siendo más adecuada la calificación como sistema *autocompositivo*, puesto que aunque se reconozca al mediador la facultad proponer una solución (la que él considera más adecuada teniendo en cuenta los intereses y posiciones de las partes, de forma que sería una función muy similar a la decisoria que realizan los jueces o árbitros) lo cierto es que la posibilidad de que las partes se desvinculen de ésta impide su consideración como *órgano decisor* de la controversia.

Por ello es más adecuado considerar que la mediación es, en general, un sistema **autocompositivo** de solución de conflictos, dado que son las partes las que deciden en última instancia como se soluciona la controversia, pero que encuentra distintos grados de intervención del tercero, llegando a alcanzar en ciertos ámbitos un grado muy próximo a la función de decisión, pero, al menos en nuestra opinión, sin llegar a serlo.

1.1.4.- La mediación requiere la existencia de un proceso

Este proceso estará regido por una serie de principios básicos que veremos más adelante²⁵, pero que se caracteriza entre otros por su flexibilidad, su voluntariedad, administrativización y celeridad.

²³ PAZ LLOVERAS y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (coord, científico). Libro Blanco... ob. cit., pág. 16. “Es un procedimiento heterocompositivo de bajo riesgo, ya que las decisiones son no vinculantes y las partes, incluso el mediador, puede retirarse del procedimiento en cualquier momento”.

²⁴ CALVO SÁNCHEZ, M. C.: *El Proceso Penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral*. En (VV. AA.) *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995. Pág. 216.

²⁵ Vid infra. Segunda parte, capítulo 5.

Este proceso ha de tener ciertas etapas, si bien son diferentes según el ámbito en el que se desarrolla.

En *mediación familiar* no se establece un número de sesiones ni tampoco la obligatoriedad de que sean conjuntas (caucus) pero sí se limita el tiempo a un periodo de 3 meses prorrogables por acuerdo de las partes. Según el modelo tendrá mas o menos fases, pero casi todos coinciden con un periodo de premediación y otro de mediación.

En mediación en consumo no existe una normativa al respecto, solo el Estatuto del Consumidor Vasco establece una fase de alegación y otra de información al menos.

El proceso puede concluir sin resolución del conflicto, con aproximación a través de un acuerdo parcial, o con acuerdo total.

En cualquiera de los casos, el mediador es un *testigo cualificado* de los acuerdos o desacuerdos.

1.1.5.- Ventajas de la mediación

1. El alto grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

En la mayoría de casos el cumplimiento de las obligaciones acordadas es *total*, salvo en los casos en los que una de las partes asumió obligaciones excesivas y complicadas siendo en estos casos un incumplimiento *parcial*.

¿Por qué se consigue este grado de cumplimiento? Se debe principalmente al aspecto consensual de la mediación, en el sentido de que es una solución en la cual han participado las propias partes en conflicto, y no una decisión impuesta por un tercero. Las partes se obligan desde su propio fuero interno de forma que, quizás, por el principio de no ir contra los propios actos, el cumplimiento de las obligaciones es mayor.

2. La rapidez.

Sin embargo esta ventaja de la mediación va a depender de la solidez que llegue a alcanzar este sistema de resolución de conflictos.

En Turku (Finlandia) la solución llega en un espacio de tiempo muy corto: un día o dos, o una semana o dos en los casos más complicados. En España es más lento, con una media de dos meses.

Sin embargo esos dos meses podrían llegar a complicarse si se asimila lo establecido para el arbitraje en relación a la prueba, los peritos, la toma de decisiones de los árbitros, etc. De forma que es necesario adoptar un proceso de mediación que respete la flexibilidad de este sistema de forma que garantice la protección de los ciudadanos sin perderse en la burocracia.

3. *Bajo coste.*

Esta afirmación es evidente en el ámbito del consumo, donde, como hemos dicho es, o al menos debería serlo, gratuito. Pero cuando nos encontremos en otros ámbitos de la mediación, donde el servicio sea remunerado, también puede ser objeto de matización.

El coste del proceso de mediación será ciertamente menor al del proceso judicial, sin embargo se verá muy incrementado dicho coste si hay que aportar peritos, realizar pruebas costosas, actuar a través de representantes, etc., puesto que deberán ser costeados por aquella parte que los propone.

A ello debemos añadir que el coste será menor que el proceso judicial siempre que la mediación sea un éxito, es decir, que se llegue a un cierto consenso o al menos a una satisfacción moral o personal, ya que si luego se deben acudir a otros métodos puede suponer quizás más un encarecimiento.

4. *La contribución a la descongestión de los tribunales:*

Sin embargo, consideramos que esta supuesta ventaja es la que menos se ha plasmado en la práctica, puesto que:

1. Los casos que se llevan a mediación u otros sistemas alternativos de resolución de conflictos no se habrían llevado a los Juzgados (aunque esto en realidad puede considerarse un éxito si supone que los consumidores son más conscientes de sus derechos y los ejercitan ante cualquier vulneración de ellos y no exclusivamente en los daños realmente importantes).
2. Los casos que no llegan a acuerdo van igualmente a juicio (aunque pueden haber conseguido al menos escucharse y sentirse escuchados).
3. La mediación es rechazada por uno o dos tercios de las personas a quienes es ofrecida (aunque esto puede deberse a la falta de información o de asentamiento de esta figura en la sociedad).

Otra de las ventajas de la mediación, es que deja siempre abierta la posibilidad de concurrir a la vía jurisdiccional si las partes no están conformes o no se cumplen los acuerdos alcanzados.

Al tratarse de un procedimiento que permite una solución global o parcial de los conflictos, en este último caso, se consigue que no se reabran en los tribunales aspectos sobre los puntos que ya se han decidido en conformidad, considerándose simplemente aquellos aspectos que han quedado fuera del acuerdo. Así, se busca una decisión de los aspectos más conflictivos a través del arbitraje o bien ante los tribunales.

Resumiendo, podría decirse que mientras que en los procedimientos judiciales no puede escogerse al juez, no existe confidencialidad, la flexibilidad del proceso es muy pequeña y las resoluciones son obligatorias aunque con costes del tribunal sean gratuitos, la mediación no está sujeta a las reglas que rigen la controversia judicial. Son los participantes los protagonistas que diseñan y aprueban la solución más cercana a sus expectativas e intereses, sin estar sujetos a precedentes anteriores.

1.1.6.- Desventajas de la mediación

Al tratarse de un procedimiento voluntario, cualquiera de las partes puede abandonar en cualquier momento la mediación. Asimismo, el acuerdo al que se llega no constituye cosa juzgada como si ocurre con el laudo arbitral, lo que impide su ejecución.

Tampoco se reconoce para el acuerdo particular la existencia de los convenios y tratados internacionales de reconocimiento de laudos extranjeros, como ocurre con el arbitraje. Esto hace que los resultados de una mediación realizada en otro país no puedan tener efectos obligatorios en otro.

1.1.7.- Propuesta de lege ferenda de concepto de mediación

Con todos los elementos analizados hasta ahora aportamos nuestra propia definición:

“Sistema extrajudicial, no judicial y autocompositivo de solución de conflictos, de carácter voluntario, a través del cual un tercero neutral e

imparcial, el mediador, ayuda y guía a las partes involucradas en una situación conflictiva para que, a través de un proceso, sean éstas quienes alcancen un acuerdo mutuamente aceptable en un contexto más flexible e informal que el que se encuentra en los espacios clásicos de resolución de conflictos”

Esta sería la definición que desde nuestro punto de vista engloba todas las características esenciales de la mediación. Pero hemos visto que en determinados ámbitos, como el del consumo, el penal o el laboral, la mediación tiene otras muchas características que la individualizan frente al resto. Desde nuestro punto de vista se debería añadir a esta definición, en determinados sectores, como el de los conflictos de consumo, que:

“para alcanzar dicha solución el mediador podrá proponer la solución que considera más adecuada sin que ésta vincule a las partes, pudiendo ser aceptada o rechazada por cualquiera de ellas”.

1.2.- LA CONCILIACIÓN

No existe un concepto legal de la conciliación, sino que éste se ha ido fraguando gracias a la doctrina y a la jurisprudencia.

1.2.1.- Concepto

Si utilizamos el concepto de conciliación en un sentido **amplio**, se utiliza como sinónimo de avenencia. En este sentido la conciliación sería la avenencia conseguida de cualquier forma. Por lo tanto la conciliación es un **efecto jurídico** que puede conseguirse **a través de muy diversos medios**, entre ellos la mediación, pero no por esto deben confundirse.

Los medios para conseguir la conciliación, o autocomposición de los intereses en conflicto, son varios: la transacción, el allanamiento y el desistimiento, y añadimos, la mediación.

“El que la avenencia se logre utilizando diversos medios negociales, no quiere decir que se identifique con ellos, de lo contrario negaríamos su propia entidad contractual a la avenencia, convirtiéndola en un puro nomen iuris vacío de propio contenido; contenido –valga la redundancia– que ocuparían algunos de los negocios ya mencionados. Lo que ocurre es que, la

conciliación aparece como una categoría general con límites propios, y al llevarse a la práctica haciendo uso de los diferentes medios instrumentales, se confunde con él. Así la avenencia lograda mediante recíprocas prestaciones tiene todas las características de una transacción, aunque a nivel teórico podamos diferenciar claramente ambas instituciones: para que exista una transacción, es indispensable que haya sacrificios recíprocos (art. 1.809 C-c) de las dos partes, mientras que la conciliación tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de la contraria, unilateralmente, por ejemplo allanándose²⁶.

Sin embargo, en un sentido más **estricto**, la conciliación debe identificarse con la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona para la solución del conflicto que las enfrenta evitando así la provocación de un pleito.

Podemos destacar entre otras definiciones de la conciliación la ofrecida por ALBERT EMBUENA, que considera como tal la “comparecencia facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado ya sea ante órganos judiciales (juez) como no judiciales (organismos Administrativos) para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico, que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido (Montero Aroca)”²⁷.

También se define por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS como “un procedimiento judicial, que los interesados “pueden” utilizar, con el fin de llegar a un acuerdo sobre sus diferencias evitando el litigio”²⁸.

Respecto a su naturaleza jurídica²⁹, no existe un consenso, de forma que unos piensan que es un *acto procesal* pero de sustancia jurisdiccional

²⁶ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 233.

²⁷ ALBERT EMBUENA, V.: *El acto de Conciliación Civil. Procedimiento y Jurisprudencia (Referencia a la Conciliación Laboral)*, Ediciones Tro, Valencia, 1999.

²⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIROS. El arbitraje, la conciliación, los modos anormales de terminación del proceso (el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción la caducidad. Textos legales, comentarios y formularios, Comares, Granada, 1991, pág. 103.

²⁹ Pasamos a analizar las características más importantes de esta figura, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil LEC 1/2000 de 7 de enero, en su apartado 2º “El Título I del Libro II, así como el artículo 11, sobre la conciliación y la Sección segunda del Título IX del Libro II, sobre declaración de herederos, abintestado, que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la *Ley sobre Jurisdicción Voluntaria*”.

(CARNELUTTI), otros piensan que es un *procedimiento especial* y por lo tanto no debe recogerse en la LEC, y gran parte de la doctrina considera que *no es un procedimiento jurisdiccional* puesto que aunque se desarrolla ante un juez éste no tiene carácter decisorio, de forma que se le atribuye una naturaleza similar a la transacción³⁰.

“Para algunos es un verdadero proceso cuyo objeto sería evitar otro proceso. El que a la conciliación se considere un proceso depende de la amplitud con que se de al concepto de proceso. El juez en la conciliación no dirime las discordias que las partes presentan, simplemente, facilita la ocasión y anima a los interesados para el arreglo. El Juez no decide, *actúa de mediador* (la cursiva es nuestra), por esto algunos autores asimilan la conciliación a los actos de Jurisdicción Voluntaria”³¹. Es evidente que en el texto se confunde el papel del mediador con el del conciliador³².

Los medios para conseguir la conciliación, o autocomposición de los intereses en conflicto, son varios: la transacción, el allanamiento y el desistimiento, y añadimos, la mediación. Por lo tanto la conciliación es un **efecto jurídico** que puede conseguirse **a través de muy diversos medios**, entre ellos la mediación, pero no por esto deben confundirse.

³⁰ ALBERT EMBUENA, V.: *El acto de Conciliación Civil...* ob. cit., pág. 10. “pues si bien se desarrolla ante un Juez, la intervención de éste se reduce más bien a razones de oportunidad y no tiene carácter decisorio (...) más que un auténtico acto procesal, como un negocio jurídico particular, semejante en cuanto a sus efectos a una transacción, cuya validez intrínseca estará condicionada a los requisitos exigidos para todo contrato o convenio en el artículo 1.261 en relación con el 1.300 del Código Civil (...)”

³¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit., 104. vid CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (VV. AA.). *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Madrid. Colex. 4ª edición. 2001. p 164. PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit.

³² MONTERO: *El proceso laboral*, Barcelona, 1979. pág. 178. en PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 231. También “Por conciliación entendemos la actividad desplegada ante un tercero por las partes en litigio, dirigida a lograr una composición justa que ponga fin al conflicto de intereses jurídicos. Esta actividad puede desarrollarse tanto ante un particular como ante un órgano público, pero el ordenamiento positivo no puede descender a regular la conciliación ante personas privadas y se limita a prever la actividad conciliadora cuando puede o debe realizarse ante órganos de carácter público. En sentido estricto definimos la conciliación como la comparecencia obligada o facultativa de las partes ante una autoridad designada por el Estado, para que con su presencia traten de solucionar el conflicto de intereses que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye efectos, asimismo jurídicos a lo en ella convenido”

“El que la avenencia se logre utilizando diversos medios negociales, no quiere decir que se identifique con ellos, de lo contrario negaríamos su propia entidad contractual a la avenencia, convirtiéndola en un puro nomen iuris vacío de propio contenido; contenido –valga la redundancia– que ocuparían algunos de los negocios ya mencionados. Lo que ocurre es que, la conciliación aparece como una categoría general con límites propios, y al llevarse a la práctica haciendo uso de los diferentes medios instrumentales, se confunde con él. Así la avenencia lograda mediante recíprocas prestaciones tiene todas las características de una transacción, aunque a nivel teórico podamos diferenciar claramente ambas instituciones: para que exista una transacción, es indispensable que haya sacrificios recíprocos (art. 1.809 C-c) de las dos partes, mientras que la conciliación tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de la contraria, unilateralmente, por ejemplo allanándose”³³.

Hay que tener en cuenta que la conciliación que sirve como título de ejecución es la que ha terminado satisfactoriamente con la avenencia de las partes. Si no se logra esta avenencia es simplemente un intento fallido de autocomposición.

Sin embargo, la avenencia lograda, solo tendrá el valor de título ejecutivo cuando obtenga la aprobación judicial. Es decir, que solo cuando el acuerdo alcanzado obtenga la homologación judicial podrá tener la misma eficacia que si hubiera sido tomada la decisión por el órgano judicial³⁴.

1.2.2.- Clases

Esta comparecencia puede ser anterior al juicio o durante el juicio, por ello podemos afirmar que existe una:

³³ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 233.

³⁴ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 234. “El órgano jurisdiccional homologa la avenencia a la que han llegado las partes, comprobando la regularidad de las exigencias formales (para realizar la conciliación) y que el contenido de la misma no atente contra la moral y las buenas costumbres. El acuerdo obtenido es el presupuesto de hecho de un título ejecutivo. (...) Pero lo que el documento prueba no es el derecho a la tutela, sino la realidad del supuesto de hecho del que depende el derecho al despacho de la ejecución; es decir, la existencia de la avenencia judicial. El acuerdo obtenido en conciliación sustituye a la decisión que hubiera adoptado el órgano jurisdiccional para solucionar un conflicto concreto. El juez al aprobar y autorizar la solución le da una fuerza similar a la que tienen sus resoluciones ordinarias de fondo (las sentencias)”.

- **Conciliación extrajudicial:** realizada por un órgano, colegiado o no, establecido por la ley o la costumbre. También se la conoce como conciliación preventiva o preprocesal.
 - Por lo tanto se lleva a cabo cuando el litigio no se ha iniciado y ante otro juez del que deberá resolverlo.
 - Está directamente vinculada con la transacción en el art. 460,II.4º LEC dado que no se puede conciliar sobre lo que no se puede transigir.
 - La conciliación realizada con éxito se rige por las reglas generales de interpretación de los contratos y su eficacia no es mayor a la de un acuerdo privado entre las partes.
- **Conciliación judicial:** es la comparecencia que se produce ante el juez u órgano jurisdiccional que está conociendo ya el litigio.

1.2.3.- La función del conciliador

Para conocer la función del tercero en la conciliación nos vamos a centrar en lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la conciliación judicial o audiencia previa.

Fue introducida con la reforma de la LEC en 1984 y se regulaba en los artículos 691-693 de la LEC. Actualmente se denomina Audiencia previa al juicio y se encuentra en los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000.

Esta comparecencia tiene cuatro objetivos (artículo 414 LEC 1/2000):

- Intentar el acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso. Es decir, llevar a cabo la conciliación.
- Examinar las cuestiones procesales, es decir, se permite una posibilidad de subsanar los errores procesales que pudieran afectar el desarrollo normal de éste,
- Fijar con precisión el objeto de la controversia, (esto quiere decir que aparte de la posibilidad dialéctica, discutir los hechos, se permite transformar o modificar el objeto del proceso)
- Y en su caso, proponer y admitir prueba.

La finalidad originaria de la audiencia previa parece ser la segunda de las indicadas.

La conciliación de la Audiencia Previa se desarrolla en **dos momentos**:

- Primera conciliación: El artículo 415 LEC: “comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado”.

- Segunda conciliación: El artículo 428 LEC: “A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio”.

1.- ¿La conciliación es obligatoria?

La Ley 94/1984 recogía el carácter obligatorio de la conciliación (audiencia previa). La reforma urgente de 1984 establecía el carácter obligatorio de la conciliación intraprocesal pero consideraba facultativa la conciliación preprocesal (art. 460 LEC).

Actualmente, en la Ley 1/2000 se establece como bligatoria la primera conciliación (art. 415), salvo rebeldía de una de las partes, y como facultativa la segunda conciliación (art. 428), puesto que dice que “el tribunal podrá”.

2.- Partes intervinientes:

- Las partes y sus procuradores:

La audiencia previa tiene carácter obligatorio, y se establece que “las partes habrán de comparecer en la audiencia por sí o por sus apoderados (art. 414.2).

La presencia personal de las partes no es una obligación sino una carga, de forma que la ley hace derivar consecuencias muy desfavorables a su falta de asistencia. Pero se considera necesario admitir la presencia de los representantes de las partes (también sus procuradores). Para ello se exige un poder especial para allanarse, renunciar o transigir.

A pesar de que parece que en principio la intención del legislador fue asegurar la presencia de las partes, coincidiendo con la mediación en este caso, se diferencian en el hecho de que estos pueden ser representados por sus procuradores, cosa que no ocurre en mediación (pueden acudir a la

mediación y aportar su opinión pero no pueden sustituir o representar a las partes directamente enfrentadas por el conflicto).

Otra importante diferencia con la mediación se relaciona con la *incomparecencia* de alguna de las partes. En mediación, si alguna de ellas no se presenta el día en que fue citado, no podrá continuar la mediación (salvo que el mediador considere que puede realizarse en entrevistas separadas y en circunstancias determinadas). Sin embargo, en la audiencia previa:

- Si no comparece ninguna, se dictará auto de sobreseimiento del proceso y se ordenará el archivo de las actuaciones.
- Si no comparece el demandante, se sobreseerá el proceso a no ser que el demandado alegue un interés legítimo en que continúe el proceso.
- Si no comparece el demandado continúa la audiencia en lo que resulte procedente con el demandante.

Algunos autores consideran que estos efectos son demasiado duros.

- Los abogados:

La presencia de los abogados es *obligatoria*. No solo eso, sino que se otorga una especial importancia a su participación (llegando en la práctica a ser realizada exclusivamente por éstos y el juez) estableciendo las mismas consecuencias que en caso de faltar las propias partes:

- Si no compareciese el abogado de la parte demandante se sobreseerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento, artículo 414.3 LEC 1/2000.
- Si no compareciese el abogado de la parte demandada continuará la audiencia con el demandante en lo que resultare procedente.

Esta es la principal diferencia con la mediación, donde la presencia de los abogados no es obligatoria, solo optativa y con un papel muy secundario.

3.- *La función del tercero (el juez):*

El tercero ante el cual se va a desarrollar la mediación es un juez, lo que supone:

- Que es la misma persona que en caso de no alcanzarse el acuerdo, conocerá el conflicto con poderes decisorios.
- Su fuerza en la conciliación deriva precisamente de un poder decisorio que no ejerce.

¿Cuál es la función que el juez desempeña en la conciliación?:

- En la *primera conciliación*: el juez solo “comprobará” si subsiste el litigio entre las partes.

La doctrina se muestra dividida respecto a la actitud que el juez debe mostrar en este momento, aunque la mayoría considera que debe *limitarse a preguntar a las partes sobre la subsistencia o no del conflicto*. Debe abstenerse por tanto de cualquier actividad.

Sin embargo otra parte de la doctrina (Barona Vila) considera que puede tomar una *actitud favorable para propiciar el acuerdo*, indagando sobre las posibilidades reales de alcanzar el mismo. Algunos creen que debe incluso realizar una actividad tendente a aproximar posiciones de las partes, lo cual puede suponer que el juez puede “mediar” en la consecución del acuerdo.

- En la *segunda conciliación*: el juez podrá exhortar a las partes y a los abogados para que lleguen al acuerdo.

Se trata de una actividad de carácter facultativo.

Se produce después de haber resuelto las cuestiones procesales que puedan plantearse, por lo que el conocimiento del litigio es mayor para todos: aclaraciones alegaciones, verificación de posiciones, dictámenes presentados. Han quedado fijados los hechos sobre los que existe conformidad o disconformidad

Quizás el hecho de retrasar una intervención activa por parte del juez a la hora de compeler a las partes a un acuerdo se deba a la posibilidad de que las partes se vean influidas mediante el exhorto en la tramitación de los distintos actos de la comparecencia.

¿Cómo debe ser ese exhorto?

Es una intervención activa, dirigida a promover o facilitar el acuerdo. Si el legislador ha querido que se exhorte a las partes es porque se espera que vaya

más allá de la invitación o consejo paternal o de la concesión de un receso en el curso de los autos.

Sin embargo se trata de una intervención meramente formal, es decir, limitada a recordar la posibilidad abstracta de alcanzar el acuerdo.

Se trata de realizar una labor constructiva y positiva: perfilar las propuestas de las partes. Solicita un papel activo y con contenido jurídico en la comparecencia que no supone que el juez tenga que explicar y fundamentar sus manifestaciones, sino simplemente contribuir a perfilar o matizar las propuestas de las partes.

Entre las actuaciones *no aceptadas* en el exhorto, encontramos:

- Aquellas que pueden tener un mínimo asomo de coacción.
- Aventurar ni insinuar el posible resultado del juicio posterior ni del contenido del acuerdo.
- No puede formular propuestas que las partes acepten o rechacen.
- No es una mediación: “evidentemente lo que ni previene ni autoriza el precepto es la mediación en la obtención del mencionado acuerdo, y menos aún realizar proposiciones para lograr éste, pues en el supuesto de mediar o proponer fórmulas de acuerdo entre las partes antedataría contra el principio de imparcialidad al prejuzgar como consecuencia de las propuestas solutorias el fin del procedimiento” (HOYA COROMINA).

El exhorto supone un riesgo para el juez, el de que pueda ser influido y adquirir ciertos prejuicios (o al menos sea percibido por las partes como una posibilidad). Por ello la neutralidad y la imparcialidad del juez pueden verse en entredicho:

- Por el hecho de que el juez que concilia es el mismo que el juez que resuelve el conflicto posteriormente. La presión psicológica bajo la que pueden actuar los litigantes, aumenta según vaya avanzando el pleito, de manera que las partes estarán cada vez más pendientes de averiguar la idea que el juez se vaya formando, lo que gravitará necesariamente sobre su decisión.
- Si su exhorto va más allá de una invitación formal puede ser causa de recusación.

1.2.4.- Eficacia de la conciliación

En función de lo acordado las partes pueden:

- o bien simplemente *desistir de proceso*
- o bien *solicitar del tribunal que homologue lo acordado* en cuyo caso tendrá la *eficacia de una transacción judicial*, (artículo 415.2 LEC 1/2000) .

Solo en el caso de que se solicite del juez la homologación el acuerdo tendrá los efectos que se atribuyen “por ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados”.

Esto mismo se recoge en el artículo 476 de la LEC de 1881, aún vigente, que establece “Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de competencia del propio juez. En los demás casos tendrá el valor y la eficacia de un convenio consignado en documento público”.

Hay que tener en cuenta que la conciliación que sirve como título de ejecución es la que ha terminado satisfactoriamente con la avenencia de las partes. Si no se logra esta avenencia es simplemente un intento fallido de autocomposición.

Sin embargo, la avenencia lograda, solo tendrá el valor de título ejecutivo cuando obtenga la aprobación judicial. Es decir, que solo cuando el acuerdo alcanzado obtenga la homologación judicial podrá tener la misma eficacia que si hubiera sido tomada la decisión por el órgano judicial.

1.2.5.- Semejanzas y diferencias con la mediación

Partiendo de este concepto podemos establecer algunas semejanzas y diferencias con la mediación:

Semejanzas:

- A) La *finalidad* de ambas es evitar el litigio, llegando a un acuerdo ante el Juez sobre las diferencias entre los interesados.

B) Ambos son *sistemas autocompositivos* de solución de conflictos. Mientras que en el arbitraje la diferencia está muy clara entre la actuación del mediador y del arbitro, en relación con la conciliación coincide “en cuanto que facilita la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo sin que éste resulte impuesto por el tercero, sea juez o mediador”³⁵.

Sin embargo, a pesar de esta aparente semejanza en la forma de actuar de ambos, encontramos diferencias que permiten distinguir ambas figuras.

Diferencias:

A) *La actuación de ambos terceros:*

- Mientras la conciliación puede realizarse tanto por el juez como por un órgano no judicial, la mediación no podrá realizarse nunca por el mismo juez (y yo añadiría por ningún organismo con capacidad decisoria del asunto en etapas posteriores).
- En este sentido, mientras al conciliador, el poder le es atribuido por una *capacidad decisoria que no ejerce*³⁶, al mediador se le atribuye por *su imparcialidad y neutralidad*.

Otra diferencia importante es el modo de actuación durante el procedimiento

El conciliador se limita a exhortar a las partes para que intenten llegar al acuerdo aperebiéndoles de las consecuencias que puede tener un juicio, por lo que no tiene una actitud activa e incentivadora del acuerdo más allá de la constatación de las posibles consecuencias. Sin embargo el mediador tiene más funciones, en el sentido de escucha de las distintas posiciones, comprensión de los intereses de cada parte y reformulación de nuevas posiciones, propuesta de alternativas y otras técnicas que nos permiten afirmar que el mediador es un conciliador *activo*.

La diferencia entre ambas, conciliación y mediación, estriba según LORCA NAVARRETE en hasta donde llega la actuación de ambos:

³⁵ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: “La mediación Empresarial” en RDP, 2000, pág. 961.

³⁶ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 961. “En la conciliación, el conciliador no tiene poder para administrar justicia, las partes no están obligadas a aceptar el arreglo propuesto y la resolución no constituye título ejecutivo”.

“La distinción consiste en que el *conciliador* asume, como objetivo, dar a conocer a las partes las ventajas que implica la resolución extrajudicial y extraarbitralmente en el modo que estime más oportuno, en cambio el mediador asume un objetivo más concreto, consistente en inducir a cada sujeto a renunciar a una parte de la propia pretensión, para alcanzar, de este modo, una solución mediante un *aliquid datum* y un *aliquid retentum*, en el que el mediador sólo propone una fórmula de composición, a diferencia del conciliador que resuelve pero no impone como el árbitro o árbitros”.

No estamos de acuerdo con lo manifestado por LORCA NAVARRETE. Desde nuestro punto de vista la principal diferencia en la actuación del conciliador y el mediador estriba en que la actuación del mediador es mucho más activa, ciertamente, pero no consiste en inducir a las partes a renunciar a sus posturas de forma que se permita un acercamiento, sino que se trata de que ambas renuncien a ella por la escucha de la postura de la otra.

Así mismo el autor añade que la diferencia consiste en que el conciliador resuelve sin imponer y el mediador propone una fórmula que luego pueden o no aceptar. Según lo manifestado realmente tanto el mediador como el conciliador resolverían el conflicto sin imponer una solución, si bien uno “adelantando” las consecuencias de un eventual juicio y el otro “ofreciendo” una solución.

C) La conciliación puede cumplir otras funciones dentro del proceso judicial

Así lo establece PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS³⁷ cuando afirma que además de evitar el proceso, la conciliación puede cumplir otras funciones, como tiene reconocida la jurisprudencia:

- servir de requerimiento judicial,
- servir de prueba de la conducta de las partes (a efectos de la condena en costas) y de los hechos y manifestaciones que contenga el acta,
- así como lograr los demás efectos que la Ley y la jurisprudencia atribuyen a la conciliación.

Esta función no debe ser cumplida por la mediación. Es imprescindible separar lo que acontezca durante la mediación del posible juicio o arbitraje posterior. Por ello en mediación tiene una especial importancia el principio de confidencialidad al que hemos dedicado especial atención en los temas posteriores.

³⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit., pág. 105.

CONCILIACIÓN	MEDIACIÓN
<p><i>Similitudes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Finalidad: eliminar el litigio. - Sistemas autocompositivos, no jurisdiccionales. - Requiere la intervención de un tercero. <p>Eficacia, para ser título ejecutivo necesita la homologación judicial.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Intraprocesal: (Audiencia previa) igual que la transacción judicial (es título ejecutivo por la homologación del juez). - Extraprocesal: igual que un acuerdo privado entre las partes. 	
<p><i>Diferencias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Las partes acuden por sí mismos o representados por procurador, pero siempre deben acudir los abogados (en la práctica se realiza exclusivamente por los abogados, por lo que no es preceptiva la intervención de las partes). - Judicial o no: el tercero puede ser el juez. - Función del tercero: Exhorto Consiste en tratar de influir en las partes para que lleguen al acuerdo abandonando el posicionamiento adversarial. Se trata de buscar un cambio de actitud. No puede suponer una intervención activa del juez en la solución puesto que contaminaría su imparcialidad, no hay propuesta de solución - El conciliador tiene una capacidad decisoria que no ejerce. - Actitud pasiva. - No requiere un proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es necesaria la participación de las partes. Pueden acudir abogados pero su intervención no será nunca directa en la negociación. Mero asesor e informador. - No judicial: nunca el juez. - Función del tercero: Facilitador de la comunicación. No consiste en influir en ellas para que traten de llegar al acuerdo. Las partes que acuden a mediación es porque ya saben que quieren llegar al acuerdo, pero no saben como. No es necesario buscar un cambio de actitud, ésta ya la tienen, hay que buscar el medio. Puede consistir, como en consumo, en el ofrecimiento de una propuesta de solución. - No tiene capacidad decisoria, su “poder” viene dado por la neutralidad y la imparcialidad. - Actitud activa. - Necesaria existencia de un proceso de mediación.

2.- ADR CON INTERVENCIÓN DE UN TERCERO VINCULANTE: EL ARBITRAJE

El arbitraje es un ADR con unas **características muy especiales**, tanto es así que el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil **excluye** el arbitraje de su regulación puesto que “el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la mediada en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia”.

El arbitraje puede definirse como una *institución* a través de la cual las personas naturales o jurídicas someten mediante una declaración de voluntad las cuestiones litigiosas actuales o futuras que surjan en una materia de libre disposición a la decisión de uno o varios árbitros, vinculándose a dicha resolución.

La sumisión al arbitraje requiere:

1.- Una *declaración de voluntad de las partes* de someterse a dicho sistema:

Esta declaración de voluntad se ha denominado **convenio arbitral** y puede formalizarse tanto antes como después de que surja el conflicto.

Sin embargo hay que poner de manifiesto que si bien el recurso al arbitraje es de carácter rogado, puesto que está vinculado a las materias de libre disposición de las partes de forma que la solución arbitral solo se inicia a petición de éstas. Dicho carácter rogado no se mantiene durante todo el proceso. Una vez vinculadas las partes al proceso de arbitraje éste seguirá de oficio, a pesar de la inactividad de las partes (art. 31 LA de 2003).

Sin embargo esto no ocurre en mediación. El inicio del proceso de mediación ha de ser también solicitado por las partes y de carácter voluntario. Sin embargo la sumisión a la mediación ha de ser *constante* dado que es necesaria la actividad de las partes para que el proceso siga adelante. La inactividad de alguna de ellas después de haber iniciado el proceso conlleva la suspensión del procedimiento.

2.- Se pueden someter los *conflictos actuales o futuros*.

3.- Supone la *vinculación a la decisión del árbitro o árbitros*.

2.1.- LA NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, establecía que mediante el arbitraje “las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”. El contenido de éste artículo ha sido recogido de forma similar en el artículo 9.1 de la LA 2003.

El arbitraje puede definirse como una institución a través de la cual las personas naturales o jurídicas someten mediante una declaración de voluntad las cuestiones litigiosas actuales o futuras que surjan en una materia de libre disposición a la decisión de uno o varios árbitros, vinculándose a dicha resolución³⁸.

No existe un consenso en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, habiéndose desarrollado distintas teorías que podríamos resumir de la siguiente forma:

2.1.1.- Teoría contractualista

En esta corriente se destaca la teoría del arbitraje como un contrato de Derecho privado, siendo apoyada fundamentalmente por GUASP³⁹.

Ponen el acento en la voluntad de las partes y parten del momento inicial del arbitraje, en ese momento el *contrato de compromiso o cláusula compromisoria* (actualmente esta distinción ha desaparecido y se denomina convenio arbitral⁴⁰). Las partes pueden, en virtud de la autonomía de voluntad, disponer de su propio derecho, pudiendo por lo tanto renunciarlo o transigirlo, y pueden resolver los conflictos de la forma que más adecuada les parezca. “La resolución arbitral es equivalente a un contrato, aunque el Estado le conceda unos determinados efectos jurídicos similares a los

³⁸ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 960 “La institución mediante la cual, las personas naturales o jurídicas someten, por medio de una declaración de voluntad (convenio o testamento) a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición, comprometiéndose a acatar su resolución (el laudo arbitral)”.

³⁹ GUASP DELGADO, J.: *El arbitraje...* ob. cit., pág. 20 y ss.

⁴⁰ Vid infra Capítulo 2. Segunda parte, 2.2.1.2.

jurisdiccionales, que no se producen empero, por la mera intervención del arbitro, sino más bien por concesión del Estado”⁴¹.

Establece esta postura las diferencias existentes entre el juez y el árbitro, estableciendo que si bien la sentencia obliga por ser emitida por un órgano de carácter público independientemente de la voluntad de las partes en conflicto, el laudo obliga porque las partes así lo han querido. Es cierto que una vez aceptado el arbitraje no cabe después retractarse de esta sumisión a éste, pero en un principio la vinculación al mismo sí es voluntaria. Por lo tanto la fuerza del árbitro deviene directamente de la voluntad de las partes.

Así lo afirma MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO cuando manifiesta que “mientras la sentencia del Juez vale en cuanto órgano del Poder público que liba al súbdito con o contra su voluntad, si el arbitro puede imponer su parecer a las partes es porque estas han aceptado previamente su decisión: el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su sujeción, porque si el resultado no es libre in effectum, ha sido libre in causa y tiene por tanto, fuerza para obligar, porque ellos quisieron que se les obligara. De ahí que el arbitro no sea un Juez, ni el arbitraje un fenómeno procesal, sino material y sustantivo, que por su estructura es un contrato de tracto procedimental”⁴².

Asimismo distingue esta teoría dos contratos: uno, el principal, es el *contrato de compromiso*, y el otro es el contrato de cambio, que oscila entre el *mandato* y el *arrendamiento de servicios*, aunque se inclinan más bien por el primero. “En el procedimiento arbitral no hay demandante ni demandado, sino partes en conflicto; no existiendo tampoco una verdadera pretensión, sino tan solo peticiones y reclamaciones”⁴³.

⁴¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria en el arbitraje civil*, Civitas Monografías, Civitas, Madrid, 1991. Pág. 16.

⁴² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., págs. 16-17.

⁴³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 17.

2.1.2.- Teoría jurisdiccionalista

Según esta teoría lo que realmente es determinante es la *atribución a los árbitros de funciones jurisdiccionales* y no tanto cómo se designan o la forma en que se recibe este poder⁴⁴.

Basada en la idea de un desplazamiento convencional de la jurisdicción a través de la resolución del conflicto por el laudo, al que se atribuye la misma eficacia que la sentencia. En este sentido se considera que el árbitro tiene una potestad de *iuris dictio* (ATC 326/1993, de 28 de octubre) por lo tanto sus decisiones están investidas de autoritas por imperativo de la ley.

Es un sustitutivo del procedimiento civil destinado a evitar las dilaciones y complicaciones de éste, así como a descargar a la Administración de Justicia de la enorme tarea que pesa sobre ella, sin que esto suponga renuncia a su derecho constitucional a la tutela judicial⁴⁵.

Los partidarios de esta teoría se basan en los efectos que el laudo produce, similares a los de las sentencias.

FENECH⁴⁶ destaca tres características de las sentencias: la obligatoriedad, la ejecutoriedad incondicional y la imperatividad frente a los demás jueces o cosa juzgada. Establece que la teoría contractualista solo explica el carácter

⁴⁴ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., págs. 29-30. “me parece que la naturaleza jurisdiccional se compagina mucho mejor con el contenido y eficacia del laudo, así como con las garantías (constitucionales) de que dota al procedimiento arbitral, que no pueden ser traspasadas por la voluntad de las partes.” Las razones en las que se apoya son tres: a) la voluntad de las partes no es la causa del poder decisorio de los árbitros sino la condición para que éstos tengan ese poder, “los particulares ciertamente pueden transaccionar sus diferencias o encomendar su resolución a un tercero creando directamente, a través de su voluntad, el poder decisorio del mismo. Pero, en el primer caso, no cabe reconocer al acuerdo la eficacia que la ley reconoce al laudo”. b) No es obstáculo el que el árbitro no tenga potestas para ejecutar el laudo, puesto que considera que la ejecución no es contenido esencial de la jurisdicción. c) Tampoco es obstáculo que los árbitros puedan decidir conforme a la equidad puesto que los órganos jurisdiccionales también pueden acudir a ella aunque sea excepcionalmente.

⁴⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, C.: *El arbitraje, la conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Textos Legales, Comentarios y formularios, Editorial Comares, 1991. Es un sustitutivo del procedimiento civil destinado a evitar las dilaciones y complicaciones de éste, así como a descargar a la Administración de Justicia de la enorme tarea que pesa sobre ella, sin que esto suponga renuncia a su derecho constitucional a la tutela judicial.

⁴⁶ FENECH CARRERAS: *Estudios de Derecho Procesal*. Pág. 417.

obligatorio del laudo pero no su ejecutoriedad o su imperatividad, características que no vienen atribuidas por las partes puesto que no pueden conceder a los árbitros un poder que no tienen. El autor llega a su vez a tres conclusiones: “no se opone a la jurisdiccionalidad el que los árbitros carezcan de poder coercitivo, el compromiso es contrato de *Derecho publico* (la cursiva es nuestra), lo mismo por su efecto positivo que por el negativo, o sea, es una prorrogación de jurisdicción; y aunque sea discutible, incluso el arbitraje extranjero debe reputarse jurisdiccional”⁴⁷.

Estas conclusiones se apoyan fundamentalmente en la distinción entre Autoridad y Potestad. La Autoridad es ajerárquica y aterritorial, por lo que puede ser atribuida a los árbitros, no funcionarios del Estado, por medio de un acuerdo; pero la potestas es publica y territorial y no puede ser atribuida a los sujetos privados y solo puede ser ejercida por quienes forman parte del Estado.

Más claramente establece MARTINEZ VAZQUEZ que “la función jurisdiccional del Estado se escinde en dos aspectos: la función de declaración que se ejerce a través del conocimiento que adquiere el Juez en el curso del proceso y que se plasma en la sentencia, y la función de ejecución, en la que el Juez, en virtud de la potestad pública de que esta investido como miembro del Estado, sustituye la voluntad del particular condenado en la sentencia y realiza coercitivamente los actos jurídicos necesarios para que se cumpla la sentencia cuando la parte afectada no los realiza voluntariamente”⁴⁸.

Lo que los jueces atribuyen a los árbitros es la Autoridad, como función jurisdiccional de declaración o de resolución de conflictos, pero no les atribuye la Potestad, como función jurisdiccional de ejecutar lo decidido, puesto que solo puede ser ejecutado por los jueces.

⁴⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 17. El autor llega a su vez a tres conclusiones: “no se opone a la jurisdiccionalidad el que los árbitros carezcan de poder coercitivo, el compromiso es contrato de *Derecho publico* (la cursiva es nuestra), lo mismo por su efecto positivo que por el negativo, o sea, es una prorrogación de jurisdicción; y aunque sea discutible, incluso el arbitraje extranjero debe reputarse jurisdiccional.”

⁴⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 20.

Esto es lo que permitiría entender porque los laudos solo tienen el carácter obligatorio, no compartiendo el carácter ejecutivo o la imperatividad que solo pueden tener las resoluciones dadas por los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional en toda su amplitud, de forma que los árbitros deben buscar el complemento a su función decisoria en los jueces, que la ejecutarán cuando esa decisión no sea acatada por las partes voluntariamente.

2.1.3.- Teoría mixta

Estas posiciones han sido superadas por una tercera teoría que engloba ambas y que considera que el arbitraje tiene los dos efectos anteriormente nombrados, a lo que debemos añadir otros elementos. Consideran que se excluye la jurisdicción por un contrato, pero es un contrato con eficacia procesal, en el sentido de que el laudo o decisión que soluciona el conflicto, y que es el objeto de dicho contrato, tiene los mismos efectos que una sentencia (ejecutoriedad incondicional y cosa juzgada). Si no se quisiera que tuviera esos efectos, tanto el contrato de sometimiento al arbitraje como el laudo final que de solución al mismo, serían simplemente un contrato (esto es precisamente lo que ocurre en mediación, que salvo homologación del juez o del árbitro según el artículo 36 LA 2003, lo acordado es simplemente un contrato entre las partes)⁴⁹.

Encontramos posturas que ofrecen matizaciones a dicha afirmación, como la S.T.C 62/1991 de 22 de marzo que considera el arbitraje como un **equivalente jurisdiccional**⁵⁰. Equivalente en el sentido de que se consiguen *efectos similares* a los de la sentencia judicial. En este sentido afirma BONET NAVARRO que se trata de un procedimiento “mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil -una decisión que ponga término al conflicto con todo los efectos de cosas

⁴⁹ CALVO SÁNCHEZ, M. C.: *El proceso penal...* ob. cit., págs. 219-220. “creo por el contrario que la denominada teoría mixta se ajusta quizás más a la realidad no obviando el origen contractual de la figura ni el predominio de la voluntad de las partes en materias procesales consideradas indisponibles, ni relegando la importancia de la irrevocabilidad del laudo, efecto propio de las resoluciones jurisdiccionales, o la labor que la jurisdicción cumple en el terreno arbitral en cuanto coopera, suple, actúa como garante y guardiana de su normal desenvolvimiento”.

⁵⁰ STC 288/1993, de 4 de octubre. El arbitraje es “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.

juzgada- por eso la creación de órgano de naturaleza arbitral y el establecimiento del procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de justicia”⁵¹.

Parte de la doctrina, sin embargo, establece que es un equivalente jurisdiccional porque el artículo 117 de la CE *reserva la jurisdicción* a jueces y tribunales. De forma que a pesar de tener las mismas características, solo los jueces pueden ser considerados órganos que desempeñan las funciones propias de la jurisdicción. El árbitro otorga una decisión equivalente a la sentencia judicial, pero no es ejecutable por sí misma, sino que necesita de la organización judicial para ello⁵². Sin embargo, frente a esto se alega que el hecho de que el artículo 117.3 CE se refiera a “juzgar y ejecutar lo juzgado”, no significa que la ejecución sea esencial para calificar una labor como jurisdiccional, sino que es un elemento más⁵³.

Otros consideran el arbitraje como una institución **parajurisdiccional o cuasijurisdiccional**, refiriéndose al hecho de que el árbitro *no es un órgano estatal*, porque en primer lugar no está legitimado para plantear cuestiones de inconstitucionalidad y en segundo lugar el arbitraje de equidad no está vinculado al ordenamiento jurídico y por lo tanto no es objeto de revisión sobre el fondo. A ello hay que añadir que no es un órgano jurisdiccional predeterminado por la ley⁵⁴.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ concluye que el arbitraje “es jurisdicción convencional”. Con esta expresión se quiere decir dos cosas:

- a. “Es *convencional* el arbitraje desde aquel momento en que las partes perfeccionan un contrato de compromiso, que es negocio de

⁵¹ BONET NAVARRO, A.: (VV. AA) *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, Pamplona, 1997. Pág. 57.

⁵² Por esta razón se afirma por parte de la doctrina que es una jurisdicción privada, pero no supone que no sea jurisdicción.

⁵³ el arbitraje en este sentido es una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional del artículo 117.3 y 4 de la CE, 21.3.1 y 9.1 de la LOPJ y 51 de la CE. Asimismo afecta al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción (artículo 9.6 LOPJ) y al principio de indisponibilidad de la competencia objetiva y funcional.

⁵⁴ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 31. “Por el convenio arbitral las partes renuncian a la tutela jurisdiccional sobre la cuestión litigiosa así como determinan los órganos jurisdiccionales que pueden colaborar con el arbitraje o conocer de la impugnación del laudo”.

Derecho privado; asimismo es convencional en aquel otro acto, el engendrar un vínculo jurídico entre litigantes y árbitros y que crea una relación de servicio desde el instante en que se da la aceptación por los terceros llamados a dirimir. En cuanto al procedimiento o tramitación arbitral, estamos ante un contrato de tracto procedimental, en que cada uno de los elementos que lo componen funciona como requisito de admisión del siguiente, como condición de eficacia del anterior”⁵⁵.

- b. “Es *jurisdiccional* la institución que nos ocupa, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o privado y se trastocan en procesales, al otorgarles la ley la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas”⁵⁶.

Hemos visto como los diversos autores, y en especial MARTINEZ VAZQUEZ distinguen en el arbitraje una naturaleza contractual y procesal, de la misma forma que nosotros, siguiendo a ÁLVAREZ MORENO⁵⁷, hacíamos respecto a la mediación. Sin embargo no podemos afirmar que la

⁵⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 22.

⁵⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 22.

⁵⁷ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 971 y ss. El arbitraje *como contrato*: donde distingue el contrato de compromiso y el contrato, que califica de servicio, una vez que el árbitro ha aceptado el encargo. En mediación se distinguían también dos contratos y por lo tanto dos momentos distintos: la perfección del contrato de compromiso que nosotros hemos denominado convenio de mediación para los conflictos futuros, y el contrato de mediación o acuerdo de confidencialidad, que tiene por objeto también iniciar el proceso de mediación propiamente dicho y la aceptación por parte del mediador a través de la firma del que hemos llamado contrato de mediación. En este aspecto ÁLVAREZ MORENO considera que el vínculo que se establece es más acorde al de un arrendamiento de servicios que a un mandato. Esta cuestión la analizaremos más adelante.

El arbitraje *como proceso*; siendo aquí donde podemos encontrar las principales diferencias con la mediación, puesto que, independientemente de la teoría que adoptemos (ya sea contractualista, jurisdiccionalista o mixta) lo cierto es que la forma de resolver el conflicto a través del arbitraje y de la mediación es distinta. El acuerdo que pone fin al conflicto alcanzado a través de la mediación no tendrá nunca la consideración de un laudo, es decir, no se le reconoce un efecto excluyente de la jurisdicción a través de la excepción de arbitraje, un efecto de cosa juzgada (dado que no se ha juzgado nada) y tampoco supone que el proceso de mediación tenga las mismas garantías establecidas para el arbitraje.

naturaleza procesal de la mediación sea jurisdiccional, de forma que la problemática suscitada respecto a la similitud entre el laudo y las sentencias no se predicará, en principio, respecto al acuerdo de mediación, porque los efectos son diferentes en uno y en otro caso. A este tema nos referiremos más adelante⁵⁸.

2.2.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA MEDIACIÓN

Una vez analizadas las distintas posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje así como las similitudes en la problemática con la mediación, debemos concluir que ambas figuras tienen varias cuestiones **en común**:

- La misma naturaleza, puesto que ambos son *sistemas alternativos de resolución* de conflictos. “que tienen la virtud de funcionar como *sustitutivo del procedimiento civil*”⁵⁹.

- Ambos se basan en el *principio de autonomía de la voluntad*, es decir, el sometimiento por las partes a ambos sistemas es totalmente voluntario⁶⁰.

Respecto a las **diferencias**:

- *El arbitraje es la base de una excepción procesal*. A pesar de que ambas son un sustitutivo del procedimiento civil y a pesar de que ambas dejan abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, debemos hacer una distinción. En el arbitraje si alguna de las partes puede acude a la jurisdicción para que conozca un conflicto que se había remitido al arbitraje existe la excepción de arbitraje. El conocimiento por los tribunales de las cuestiones sometidas a arbitraje está limitada por esta excepción procesal que en caso de plantearse impide al juez conocer dicho litigio, salvo lo relativo a la acción de anulación del laudo, que vamos a ver más adelante. Esto supone que solo determinadas cuestiones podrán plantearse ante la jurisdicción respecto a un conflicto sometido al arbitraje. Sin embargo en mediación esa posibilidad de acudir a la jurisdicción para que conozca algún conflicto

⁵⁸ Vid infra Tercera parte. Capítulo 6º, II.

⁵⁹ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 960.

⁶⁰ Siguiendo a GUASP DELGADO, J.: *El arbitraje en Derecho Español*, Barcelona, 1956. y CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit.

sometido al sistema arbitral está siempre abierta, sin que se pueda hablar de excepción de mediación en el sentido anteriormente expuesto⁶¹.

- Otra diferencia viene dada por la propia actuación del tercero, dado que mientras que el árbitro debe *ofrecer la solución de la controversia*, el mediador es un mero *facilitador de la comunicación* entre las partes ofreciendo además alternativas en ningún momento vinculantes, de forma que nunca decidirá la solución del conflicto puesto que ésta será alcanzada por las propias partes.

- En relación con el punto anterior, afirmamos que el arbitraje es un sistema *heterocompositivo* de solución de controversias puesto que es el tercero quien establece la solución al conflicto, mientras que la mediación es un sistema *autocompositivo* puesto que la solución es siempre dada, o al menos adoptada, por las partes⁶². Como ya manifestamos anteriormente, desde nuestro punto de vista, no resta peso a su carácter autocompositivo puesto que al fin y al cabo el mediador no decide la solución del conflicto, sino que son las partes las que haciendo suya la propuesta del mediador ponen fin al conflicto.

⁶¹ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 960. Nota al pie nº 10. “no obstante existe una diferencia entre mediación y arbitraje. Aunque ambos coinciden en dejar abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial para resolver el conflicto: en todo momento en la mediación y mediante la renuncia mutua pactada por convenio entre las partes (...); en el arbitraje (cosa que no puede hacerse en la mediación), se puede invocar por vía de la excepción procesal, la imposibilidad de los Jueces de entrar a conocer un asunto cuando la cuestión litigiosa estuviese sometida a arbitraje mediante el correspondiente convenio arbitral (art. 11.1 LA)”.

⁶² GIMENO SENDRA, V.(VV. AA.): *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Colex, 2ª Edición, 2.000. pág. 443. “Dentro de los distintos medios de composición de los conflictos (autodefensa, autocomposición y heterocomposición), el arbitraje constituye una fórmula heterocompositiva. A diferencia de la autocomposición y de la autodefensa, en el arbitraje ninguna de las partes en conflicto soluciona el litigio que queda encomendado a la actividad de un tercero. Pero, a diferencia también de la mediación y de la conciliación, en los que la labor del tercero, de una manera espontánea o provocada, se limita a aproximar a las partes, en el arbitraje es el tercero quien impone la solución del litigio. El arbitraje, pues, al igual que el proceso, ha de enmarcarse dentro de la heterocomposición, distinguiéndose de este último método de solución de conflictos en que el tercero, aunque se encuentre como el juez situado supra partes, no ostente potestad jurisdiccional alguna, puesto que su encargo no proviene de la soberanía popular, sino de la autonomía de la voluntad de las propias partes en conflicto”.

- A estas diferencias podríamos añadir lo que ya apuntábamos en páginas anteriores, cuando hablábamos del arbitraje como un *sistema jurisdiccional*⁶³ (dado que se reconoce el derecho al debido proceso arbitral que asegura las garantías de los derechos constitucionales, fundamentalmente la tutela judicial efectiva, de forma que el laudo produce efecto de cosa juzgada y la excepción de arbitraje) y *alternativo al proceso*, llevado a cabo por un órgano *no judicial o extrajudicial*. Mientras que la mediación la definíamos como un sistema *extrajurisdiccional y extrajudicial*, dado que el juez nunca puede desarrollar la mediación.

La peculiaridad del arbitraje reside en que su fuerza vinculante proviene de la conjunción de la voluntad de las partes y de la ley⁶⁴, de forma que se fundamenta tanto en la autonomía de la voluntad (de las partes de someter la cuestión al arbitraje) como en que la ley autorice su arbitrabilidad alcanzando los efectos que tiene, equivalentes a los de una sentencia jurisdiccional. *Es quizás este sistema de garantías procesales lo que falta al procedimiento de mediación*. Pero esta falta de garantías tiene su razón de ser: el mediador no va a resolver un conflicto de forma vinculante sino que

⁶³ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares: régimen jurídico*, Universitat de les Illes Balears, Assaigs Jurídics, 7, Pamplona, 2002, pág.12, sobre el arbitraje y la mediación laboral “el T.A.M.I.B. [Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares] puede llevara cabo dos procedimientos: una conciliación-mediación y un arbitraje. Si bien ambos constituyen mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, no hay que olvidar que son procedimientos distintos y que en la práctica tienen una funcionalidad diversa. Por un lado, las conciliaciones y las mediaciones persiguen que las propias partes en conflicto de forma voluntaria, adopten un acuerdo que ponga fin al mismo, lo que provoca que sean procedimientos convenientes como previos a la vía judicial. Por otro, los arbitrajes pretenden dar solución a una controversia recurriendo a una tercera persona, que es el árbitro; de manera que una vez se haya dictado el laudo, ya no cabe la posibilidad de someter la misma controversia ante el juez, puesto que el conflicto ha quedado solucionado. En este sentido, el arbitraje está más próximo al proceso judicial que la conciliación o la mediación, puesto que la solución arbitral, al igual que la sentencia, se impone a las partes”.

⁶⁴ Exposición de Motivos II, en relación al artículo 4 de la LA de 2003 que establece “Así, esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo”.

van a ser las propias partes quienes acordarán la solución más adecuada, de forma que el proceso de mediación se desenvuelve dentro del principio de autonomía para resolver sus propios conflictos, o mejor dicho, dentro de los sistemas autocompositivos de resolución de conflictos, de forma que le son aplicables todas las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico para evitar situaciones de desprotección.

- Por último y también en relación con lo anterior, debemos apuntar que ambos procesos *terminan de diferente* manera. Mientras el arbitraje concluye con un *laudo* al que se le reconocen efectos similares a la sentencia, la mediación concluye con un *acuerdo de las partes*, al cual no podremos reconocer efectos similares a los del laudo o sentencia.

ARBITRAJE	MEDIACIÓN
<p>Semejanzas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sustitutivo del procedimiento civil - Principio de autonomía de la voluntad. 	<p>Semejanzas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sustitutivo del procedimiento civil - Principio de autonomía de la voluntad.
<p>Diferencias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Heterocompositivo (arbitro poder de decisión). - Jurisdiccional, alternativo y extrajudicial. - Excepción de arbitraje (se sustrae su conocimiento a la jurisdicción ordinaria). - Naturaleza jurídica: puede ser contractual, jurisdiccional o mixta 	<p>Diferencias</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autocompositivo (facilitador de la comunicación, no poder de decisión) - Extrajurisdiccional y extrajudicial. - No excepción de mediación (no se sustrae su conocimiento a la jurisdicción ordinaria). - Naturaleza jurídica: puede ser contractual o procesal

3. FIGURAS QUE NO PUEDEN CALIFICARSE COMO ADR EN SENTIDO ESTRICTO

3.1.- LAS TÉCNICAS DE LAS ADR: LA NEGOCIACIÓN

La negociación es una actividad que si bien se encuentra muy difundida en el sector de la abogacía, no puede ser entendida como un proceso de solución de conflictos sino como una técnica que se utiliza en algunas actuaciones, procesales o no.

La negociación puede ser de diferentes formas en función del tipo de comunicación que se establezca.

Según la forma de comunicación entre las partes:

- *Negociación indirecta o por intermediario*: las partes en conflicto se reúnen por separado con una tercera persona quien se presta voluntariamente a ayudarles a resolver los puntos de fricción entre ellos.

Esta figura se diferencia de la mediación principalmente en que el tercero se reúne individualmente con cada una de las partes, transmitiendo la información obtenida de uno a otro. Es más un intermediario que un mediador. En ocasiones, en la mediación de consumo, se llama mediación a la actuación que realizan las Asociaciones de Consumidores y las OMICs como transmisoras de los mensajes (bien telefónicamente, bien a través de mensajes) de una parte del conflicto a la otra. Nosotros consideramos que este tipo de comunicación no constituye una mediación.

Se parte, en mediación, de la necesidad de asistencia de ambas partes, dejando las reuniones individuales o caucus para determinadas situaciones, muy concretas. Ello es debido a que la mediación debe ofrecer un plus frente a otras figuras, como la conciliación o la negociación, este plus es precisamente el ofrecimiento de un espacio neutral donde las partes se sientan legitimadas y habilitadas para manifestar directamente su posición en el conflicto frente a la otra parte. No se trata tanto

de conseguir el acuerdo, que es importante, sino más bien de ofrecer un espacio, sin formalidades excesivas pero con ciertas seguridades para que éste diálogo se permita y además sea eficaz⁶⁵.

- *Negociación por representante*: las partes en conflicto se reúnen, voluntariamente o no, cada uno de forma individual y por separado con terceros cualificados que representan sus intereses.

Es evidente la diferencia entre esta figura y la mediación ya que no son las partes implicadas en el conflicto las que toman las decisiones, son más bien los representantes los que negocian los acuerdos. Es decir, no son dos las partes en conflicto, sino que intervienen cuatro personas siendo los representantes los que llegan al acuerdo final y las partes iniciales tienen escaso o ningún contacto entre ellas, produciéndose la situación descrita en el modelo anterior.

Hay que destacar que en este tipo de negociaciones además se corre el riesgo importante de que la información no circule directamente entre las partes lo que supone un importante riesgo en cuanto a interpretaciones, malos entendidos y diversas situaciones que pudieran darse.

Sin embargo existe una forma de negociación en la que no interviene una tercera persona, no existe una figura neutral sino que son las propias partes las que participan directamente. Se trata de un intento de acuerdo entre las partes a través de la cesión de las posturas de ambos.

Según la actitud de las partes:

- *Negociación competitiva*: donde se trata de obtener el acuerdo más ventajoso
- *Negociación colaborativa*: donde se parte de que la ventaja es el acuerdo mismo.

⁶⁵ En Mediación familiar esto se fundamenta además en la consideración de la mediación como un proceso enfocado al futuro donde no solo se permita llegar al acuerdo, sino que las partes adquieran ciertas habilidades que les permita resolver sus conflictos en el futuro y que les permita responsabilizarse del cumplimiento de los acuerdos a los que lleguen.

3.2.- LA EFICACIA DE LOS ADR: LA TRANSACCIÓN

Como veremos más adelante, al acuerdo alcanzado a través de un ADR suele reconocerse la eficacia de una transacción, pero ambos, ADR y transacción, no deben ser confundidos.

3.2.1.- La transacción es un contrato

LACRUZ incluye la transacción dentro de los *contratos sobre decisión de una controversia jurídica o contratos de superación de una controversia*⁶⁶.

A pesar de que también la doctrina ha discutido sobre si la transacción tiene carácter procesal o contractual, la mayoría apoya la segunda opción. ALBALADEJO establece que “la transacción es el *contrato*⁶⁷, regulado en el artículo 1809 y ss del C.c., por el que las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica (haya provocado o no ya el comienzo del pleito) existente entre ellas, estableciendo al respecto un estado de cosas que, en adelante, reconocen y admiten”⁶⁸.

El artículo 2044 del C.c francés define la transacción como “el contrato por el cual las partes ponen término al litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer”⁶⁹.

⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Elementos de Derecho Civil II. Volumen segundo...* ob. cit., pág. 355. “Al logro de estos intentos convencionales de la superación de las controversias orillando a la Administración de Justicia atienden los contratos de compromiso y de transacción, a los que con frecuencia, teniendo en cuenta su alcance y su virtualidad, se les denomina *contratos de superación de una controversia*”.

⁶⁷ PELÁEZ, F. J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial. S.A., Barcelona, 1987. Pág. 6, “el *contrato* por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado”. Continúa el autor estableciendo que la “verdadera característica, la esencia de la transacción estriba en abandonar las dudas o controversias *con sacrificios mutuos...*”. Considera exigencia ineludible para calificar un acto como procesal el que sus efectos se produzcan directa o inmediatamente en un proceso actual porque utilizar como único elemento delimitador el campo –material o procesal– donde se produzcan los efectos, podría dar lugar a equívocos o contradicciones.

⁶⁸ ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...* ob. cit., págs. 845 Y 846.

⁶⁹ Nuestro C.c trató de hacer referencia al medio de conseguirlo tanto en el artículo 1.635 del C.c de 1936, que establecía “Entendiéndose por transacción un convenio por el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que hay está pendiente”, así como el proyecto de 1851, en el artículo 1713 que establece que es “el convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o después de haberse promovido el pleito sobre ellas”.

CARNELUTTI⁷⁰ se opone a la mayoría considerando que falta un elemento esencial para poder ser considerado como un negocio, la bilateralidad. Es una combinación de dos negocios recíprocamente condicionados: la renuncia y el reconocimiento (ambos de la misma pretensión).

Frente a esta afirmación GULLÓN BALLESTEROS determina que efectivamente estas dos figuras existen en la transacción, pero no por ello puede decirse que esta figura no tenga un único objeto, puesto que éste es la composición del litigio, de la controversia. Según el autor, “la tesis de CARNELUTTI, es exacta en lo que respecta a la disección que hace del interior de la transacción. En ella, efectivamente, hay renuncia y reconocimiento de pretensiones, y en algunos casos, creación de otros contratos. ¿Pero puede ello servirnos para negar que exista un *contrato de transacción*, porque falta la identidad de objeto que persiguen las partes? De ningún modo. En toda transacción la causa dijimos que se hallaba en la composición de un litigio o controversia. Pero el presupuesto u objeto lo constituye la realidad de una *relación jurídica* que encuentra obstáculos para desenvolverse por el hecho de la controversia. ¿Qué pretenden las partes transigiendo? Eliminar ese obstáculo, *hacer la relación jurídica cierta y segura*. He aquí el “*duorum in idem placitum consensus*”. El medio con el que se logra aquella finalidad puede ser variadísimo; desde simples negocios unilaterales a contratos bilaterales (venta de una cosa perteneciente a la parte a quien se ha reconocido su pretensión). Si esa relación jurídica innova a la precedente, o coexiste con ella dándole, o fijando, su exacta configuración, es cosa que aquí no interesa determinar. Nos basta sólo con destacar cómo las partes quieren un mismo objeto (relación jurídica cierta), para alcanzar una misma causa (eliminación de la controversia)”⁷¹.

En este sentido también se afirma⁷² que en la transacción, como en la venta, hay promesa y aceptación de cosa y promesa y aceptación del precio, por lo que ciertamente existen dos renunciaciones y dos correspondientes aceptaciones. Pero no se trata de que se den dos negocios ligados y no fundidos, sino que la transacción es un contrato conmutativo (recíprocas

⁷⁰ CARNELUTTI: «La transazione e un contrato?», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1953. tomo VIII. Pág. 13 y ss.

⁷¹ GULLÓN BALLESTEROS: *La transacción*. En *Tratado práctico y crítico del Derecho Civil*, Tomo43, vol II, Madrid, 1964. pág. 46.

⁷² DÓNOFRIO: «La trasazione e il contratto», en *Rivista del diritto Commerciale*, I, 1953. págs. 490-493, en PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 9, nota 5.

concesiones) ligado a un negocio (composición de la litis). Ese negocio se califica como de renuncia a la pretensión.

Podemos afirmar, por lo tanto, que la transacción es un auténtico contrato, cuya *causa* se encuentra en la *composición o eliminación de la controversia*. Pero el presupuesto u objeto lo constituye una *relación jurídica preexistente* que por alguna circunstancia se vuelve incierta e insegura y provoca el conflicto. Según PELAEZ las partes “quieren un mismo objeto (relación jurídica cierta), para alcanzar una misma causa (eliminación de la controversia)”.

El medio con el que se consigue eliminar la controversia puede ser variado, tanto a través de negocios unilaterales como bilaterales (venta de una cosa, etc). Esos dos negocios jurídicos (la renuncia y el reconocimiento) se unen con una *finalidad*; conseguir la CERTEZA de la relación jurídica de las partes⁷³.

Todas estas cuestiones serán objeto de un análisis más profundo cuando analicemos la naturaleza jurídica de la mediación⁷⁴, por lo que nos remitimos a lo manifestado en él dejando en este aparatado solo apuntada la naturaleza eminentemente contractual de la transacción.

Según esta definición debemos tener en cuenta que la transacción:

- Se incluye dentro de los *contratos sobre decisión de una controversia jurídica o contratos de superación de una controversia*, por lo tanto su causa es la composición del litigio o la eliminación de la controversia.

⁷³ SANTORO PASSARELLI: *La transazione*, Nápoles, 1959. pág. 91, nota 7, en PELÁEZ F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág 10, nota 7. “El negocio, todo negocio, todo contrato, se caracteriza por una unidad de voluntad, aunque las declaraciones sean varias y se refieran a diversas partes. La postulación de los contratos en uno es intrínsecamente contradictoria, las dos promesas, una correspondiente y simétrica a la otra, de las cuales con sus respectivas aceptaciones, constaría el contrato bilateral, no se pueden considerar como negocios jurídicos distintos, ya que no tienen individualidad por sí, sino que están destinados a encontrarse y a fundirse en una voluntad común y unitaria: son momentos de un negocio único, que es un contrato por la disposición contrapuesta de las voluntades que se encuentran (...). La composición transativa de la litis sobre una situación jurídica anterior no determina dos nuevas situaciones jurídicas, entre sí complementarias, las cuales serán consecuencia de dos negocios distintos, si bien coligados, sino una situación única, creada por el encuentro de voluntad, la cual tiene lugar en el contrato. Las recíprocas concesiones son mutuamente propuestas y aceptadas y soportadas, momentos de una única voluntad, en la cual participan ambos sujetos de la transacción. En virtud de la unidad del querer, típica del contrato, se asegura la función unitaria de la composición de la litis”

⁷⁴ Vid infra, Segunda parte, capítulo 2.

- La forma de poner fin a la controversia es mediante las recíprocas concesiones de las partes, estableciendo al respecto un estado de cosas que, en adelante, reconocen y admiten.

3.2.2.- Semejanzas y diferencias con la mediación

Según esto, podríamos decir que la mediación y la transacción tienen *semejanzas*:

- Parten de la existencia de una relación jurídica controvertida.
- Tienen una misma causa: eliminar la controversia evitando así la vía judicial o arbitral. Es más, ambas figuras se diferencian del arbitraje en que éste solo evita la vía judicial, mientras que la mediación y la transacción evitan la vía judicial y además las vías que no sean judiciales⁷⁵.
- El objeto fundamental de ambas es evitar la incertidumbre que ha provocado el conflicto y establecer una situación jurídica segura para el futuro,
- Y el medio fundamental para conseguir este objeto es el acercamiento de posiciones enfrentadas, para que sean las propias partes en conflicto quienes determinen la solución que mejor se adapte a éstas. Por lo tanto ambas son sistemas autocompositivos de solución de la controversia.
- La solución no tiene porque estar fundamentada necesariamente en derecho, existe flexibilidad a la hora de encontrar la solución adecuada⁷⁶.

⁷⁵ BARDENASBADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., págs. 46-47."En el convenio arbitral los contratantes quieren poner fin a un conflicto presente o futuro sin acudir a la jurisdicción ordinaria, mediante el sometimiento a la decisión de una persona ajena a la relación jurídica litigiosa. Mientras que en la transacción, las partes quieren evitar o poner término a la controversia sin acudir a la justicia ordinaria, y sin que tampoco intervenga ningún sujeto ajeno al propio conflicto, siendo ellas, por sí mismas, las que logren la solución. En cuanto a la forma, porque, si el arbitraje es un contrato solemne que necesariamente debe ser celebrado por escrito (art. 6 La), la transacción es un contrato consensual que se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, sin que sea preciso observar ninguna forma solemne".

⁷⁶ BARDENASBADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 48. "Las partes, al transigir, buscan una solución que sea aceptada por todas, con independencia de si esta decisión es más o menos conforme a derecho. Es más, si tratasen de lograr una decisión ajustada a Derecho, posiblemente nunca la obtendrían porque siempre habría una parte que se sintiera más perjudicada que las otras. Lo que caracteriza a la mayoría de las transacciones, frente a otro tipo de soluciones, son las recíprocas concesiones que se otorgan las partes en aras a la consecución de una decisión aceptable para su conflicto".

- No son contratos que puedan dar lugar a recursos procesales como el arbitraje puesto que están sometidos a las reglas generales de los contratos⁷⁷.

Algunas *diferencias* entre ambas figuras:

1. La transacción requiere que la controversia sea resuelta a través de *las recíprocas concesiones*⁷⁸.

Las recíprocas concesiones de las partes, hace referencia a que las partes sacrifican las pretensiones mantenidas en el conflicto para poder alcanzar la solución al mismo adoptando una nueva relación que satisfaga a ambas. Sería la diferencia entre lo mantenido en el conflicto y lo que las partes convengan al alcanzar la solución.

Pero esto no supone que el sacrificio deba ser el mismo para ambas partes.

Desde nuestro punto de vista, con esta afirmación lo que se pretende es reforzar la idea de que ambas partes deben pasar de un estado conflictivo a otro sin conflicto en el que ambas partes participen y estén de acuerdo.

Mediante la transacción se reconocen unos efectos muy específicos a la composición de las partes. Sin embargo la transacción no hace referencia a como se alcanza la composición del litigio. Esto supone que la transacción requiere una previa composición del litigio, que puede alcanzarse mediante una negociación, mediante una mediación, mediante una conciliación. Es indiferente el como, pero es necesario que ambas partes se pongan de acuerdo en que la controversia ha sido eliminada y por lo tanto que se evita el posible pleito que dicha cuestión haya podido plantear.

Es indiferente si el acuerdo se alcanzó o no mediante la participación de una tercera persona o directamente por las partes. La transacción no es un contrato para la intervención de una tercera persona que ponga fin al

⁷⁷ BARDENASBADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 49. “Solamente existe un motivo contra la ejecución forzosa del laudo arbitral: la pendencia del recurso de anulación regulado en el artículo 45 LA. Para combatir la transacción no existe ningún recurso tasado regulado por la ley, pues está sujeta al régimen general de los contratos, pudiéndose revisar, únicamente, en un juicio declarativo ordinario posterior”.

⁷⁸ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 964. “En la transacción es un elemento configurador esencial la necesidad de que la controversia se resuelva mediante concesiones recíprocas de las partes, que deben sacrificar algo para ganar algo, es decir, en parte pierden y en parte ganan”

conflicto, sino que es un contrato por el cual se da eficacia a lo acordado por las partes en conflicto.

En la mediación es imprescindible la participación del tercero en la mediación. La mediación tiene por objeto precisamente la “contratación” del tercero para la solución del conflicto, dejando a la voluntad de las partes (en la mayoría de los casos) el alcance que deseen dar a dicho acuerdo.

Estas partes pueden decidir dar al acuerdo alcanzado la fuerza de una transacción o puede tenerla reconocida por ley o por otra regulación.

2. *La necesaria participación de un tercero, el mediador.* “En la mediación es un elemento configurador la participación junto a las partes del mediador, que con su presencia y mediante el empleo de determinadas técnicas crea el clima adecuado para que las partes puedan negociar y solventar su controversia. Por el contrario, la transacción se concibe como un contrato bilateral, en el que sólo intervienen las partes afectadas por la controversia”⁷⁹. En la transacción suele participar un abogado, pero el mediador es una figura distinta dado que utiliza técnicas propias y su función no es representar a ninguna de las partes en conflicto. Debemos matizar sin embargo que esta necesaria participación del mediador no es en el contrato final por el cual se recoge el acuerdo alcanzado por las partes, sino durante el proceso de mediación, puesto que para que las partes realicen esas *reciprocas concesiones* que permiten alcanzar el acuerdo necesitan la intervención de un tercero dado que ellas solas no pueden hacerlo. En el contrato final de mediación la participación del mediador no es tanto como parte del contrato sino más bien como un testigo cualificado de lo acontecido durante el proceso de mediación. Su firma aparecerá junto a la de las partes en conflicto y dicho acuerdo se recoge en un acta. Sin embargo, insistimos, la necesaria participación del mediador es en el contrato de mediación, no en el contrato final que alcancen las partes sobre el fondo del conflicto.

3. La necesidad de atravesar por un *proceso de mediación* para la consecución del acuerdo.

El contrato de transacción supone la evitación de un proceso “dando, prometiendo o reteniendo” alguna cosa. Es un acuerdo que se perfecciona una vez realizadas las recíprocas concesiones. Solo una vez realizadas estas

⁷⁹ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 964. La autora considera que el mediador participa en este último contrato no como parte sino como testigo cualificado.

concesiones y consideradas suficientes las partes excluyen el proceso judicial (o mejor dicho jurisdiccional).

En mediación, para que surjan esas concesiones recíprocas que satisfagan los distintos intereses es necesario atravesar un procedimiento en sí mismo con la intervención de una tercera persona, puesto que las partes no son capaces de alcanzarlo por sí mismas). Y para iniciar ese proceso del que se obtendrán esas recíprocas concesiones es necesario firmar otro acuerdo de sometimiento al mismo. Es decir, requiere un acuerdo previo de sometimiento al proceso de mediación para alcanzar un eventual acuerdo posterior. En el caso de que el proceso de mediación concluya con un acuerdo se excluiría la vía jurisdiccional, pero mientras se está en el proceso de mediación también se excluye la vía jurisdiccional, puesto que cuando las partes se someten a mediación deben suspender cualquier tipo de iniciativa o actuación judicial.

4. La transacción y la mediación pueden tener *efectos diferentes*:

La transacción es un contrato que tiene una eficacia especial y que en ocasiones se reconoce la misma fuerza a los distintos sistemas alternativos de resolución de conflictos (salvo el arbitraje):

El artículo 1816 establece: “La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”.

El Código civil atribuye dos efectos a la transacción:

- la autoridad de cosa juzgada
- y la ejecutividad.

Estos efectos no pueden predicarse de la mediación, según vamos a ver más adelante⁸⁰, salvo que se le atribuya de forma específica, como ha sido realizado en determinados ámbitos o reglamentaciones, la eficacia de una transacción. Solo en este caso de atribución expresa la mediación tendrá el efecto de una transacción.

De no ser así, el acuerdo alcanzado en mediación tendrá el mismo alcance que un acuerdo privado entre las partes, si bien la participación del mediador en el proceso le convierte en testigo cualificado de lo ocurrido.

⁸⁰ Vid infra, Segunda parte, capítulo 6.

Capítulo 2º:

BREVE APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN LOS ESTADOS DE LA U.E. Y EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

I. SITUACIÓN DE LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

1.- ESTADOS UNIDOS COMO REFERENTE

A pesar de que el objeto de nuestro estudio son los países de la Unión Europea, consideramos más adecuado comenzar por la situación que presentan los ADR en EEUU dado que es el país pionero en la utilización de estos sistemas y su influencia ha sido fundamental en toda Europa.

Existen dos circunstancias que han de ser tomadas en cuenta a la hora de analizar la situación privilegiada de EEUU en el desarrollo de los ADR.

La primera de ellas es la conocida como *Critical legal studies*, una línea filosófico-jurídica que surge en Harvard en la década de los años 30 y que ofrece una visión crítica del sistema legal americano poniendo de manifiesto el aumento de las causas incoadas, de la complejidad y de la regulación de todo lo que implique protección de los derechos civiles, las empresas, y recientemente de los consumidores frente a productos nocivos y ambientes o aguas contaminadas (línea filosófica que, a la luz de lo expuesto en el capítulo anterior, podríamos afirmar que también se ha producido en Europa, aunque con un poco de retraso).

La segunda es el denominado *movimiento de libre acceso a la justicia*, cuya idea principal es que todos tengan posibilidad de acceder a algún medio que permita conseguir efectivamente una solución a su controversia. Los ADR surgen hace unos 30 años vinculados a este movimiento.

El primer escenario en que la mediación fue formalmente institucionalizada en los Estados Unidos se enmarca en las relaciones obrero-patronales. Mediante la *Ley de Relaciones Obrero-Patronales de 1947* se pretendía promover los procedimientos de mediación en el sector industrial para impulsar una paz industrial sólida y estable y el arreglo de las diferencias entre el empleador y los empleados mediante la negociación colectiva. Se esperaba que con ello se impedirían huelgas o paros patronales y que mejorarían la seguridad, el bienestar y la riqueza.

También desde el sector privado se promovió la mediación entre el capital y el trabajo y las relaciones comerciales. En 1926 se crea la *Asociación Norteamericana de Arbitraje*.

Desde *mediados de los sesenta* el uso de la mediación se ha difundido de modo significativo. En los *años 80* se amplían a prácticamente todos los ámbitos y se incorporan a los procedimientos intrajudiciales.

De esta forma se abandona la principal característica de los ADR, la voluntariedad, *para pasar a formar parte del sistema judicial*. Ya no son alternativas al sistema público, sino que se incorporan a éste como parte del sistema, aunque hayan surgido en un ámbito puramente privado. Se caracterizan por aportar vías menos formales que el proceso judicial, como consecuencia, precisamente, de una posición privatista e individualizada del conflicto planteado. En este sentido cabe preguntarse si es esto lo que puede llegar a ocurrir en nuestro país o si por el contrario la práctica de mediación surge directamente vinculada al sector público, como es nuestra opinión y veremos mas adelante.

A partir de los años 80 comienza una labor legislativa federal donde destacan: *Federal Rules of Civil Procedure 1983*, donde la Rule C favorece los métodos extrajudiciales de solución de conflictos. *Act of 1990* que introduce una serie de mandatos para expandir el uso de los ADR. *Administrative Dispute Resolution Act 1990* y *Civil Rights Act of 1991* y el *Proyecto de Alternative Dispute Resolution Act 1998*.

El escenario donde aumenta con mayor rapidez se centra en las contiendas de familia, fundamentalmente en el procedimiento de divorcio, pero también en los conflictos entre padres e hijos, en la adopción, violencia doméstica,

etc. Los modelos de práctica en este área incluyen: programas obligatorios, programas judiciales voluntarios y práctica privada.

Como vemos los EEUU tiene una gran experiencia en ADR dado el gran apoyo que han tenido por las instituciones judiciales. La mayoría de los Estados dispone de una ley de mediación en distintos ámbitos, lo que ha supuesto que dada la proliferación de leyes se celebre una Conferencia nacional de los comisarios responsables de la normalización de las legislaciones de los Estados que ha supuesto la elaboración de una ley uniforme sobre la mediación. El proyecto de ley se terminó el 16 de agosto de 2001⁸¹.

2.- GRAN BRETAÑA

Existen algunas características de los sistemas imperantes en Europa que han supuesto un importante freno al desarrollo de los ADR en comparación con la situación en EEUU. El primero de ellos consistiría en la *tradición de justicia togada* que se ha instaurado en Europa desde hace siglos. En segundo lugar el *principio de unidad de jurisdicción*, que se ve en peligro por la existencia de estos medios de solución de conflictos que ponen en tela de juicio el monopolio de los jueces. En último lugar por el *formalismo* característico de los sistemas de la Civil law.

En Inglaterra, sin embargo, la incorporación de estos mecanismos extrajudiciales ha sido más fácil, debido fundamentalmente a la similitud de la sociedad y del sistema americano e inglés, lo que supone una mirada constante del uno hacia el otro y una influencia recíproca.

A finales de la década de los años 70 un pequeño número de abogados independientes comienza a implantar el sistema de mediación en Inglaterra y en 1989 se crea la primera compañía británica privada dedicada a la solución alternativa de disputas.

En Inglaterra y Gales La *Family Law Act de 1996* establece la Mediación Familiar como pieza clave para llevar a cabo los nuevos objetivos y principios de dicha ley, que son principalmente que la separación conyugal debe hacerse con el menor sufrimiento de los padres e hijos, orientado a

⁸¹ <http://www.nccusl.org>

continuar las relaciones en la medida de lo posible y sin elevados costes (Sec. 1º (c) FLA).

En Inglaterra existen dos tipos de mediación:

1.- *Mediación del sector público*: suple el trabajo de los trabajadores sociales⁸² para apoyar el trabajo de los tribunales, pero no como una instancia obligatoria previa a la instancia formal.

2.- *Mediación del sector voluntario*, menos desarrollada.

Asimismo también encontramos otros sistemas alternativos, como la conciliación, el arbitraje⁸³ o el ombudsman⁸⁴.

3.- ITALIA

Es uno de los países, junto con Francia, que más pueden orientarnos en nuestro estudio sobre la situación de la mediación en España, debido fundamentalmente a la proximidad no solo de sus ordenamientos jurídicos sino también de su sociedad y tradiciones.

⁸² En Inglaterra la mediación está en su mayor parte a cargo de los trabajadores sociales y se basa en sus teorías

⁸³ El arbitraje se introdujo por la Ley de convenios de arbitraje en materia de consumidores de 1988 (*Consumer Arbitration Agreements Act 1988*) para organizar la libertad de elección. La ley estableció que una disposición de un contrato no puede privar a los consumidores de un derecho a acudir a los tribunales. Los arbitrajes de consumo son normalmente introducidos por códigos de buena conducta en las asociaciones comerciales (desde 1974). La OFT (Oficina de Defensa de Competencia) ha establecido un procedimiento modelo para solución litigios. Aparte del de la OFT se han creado otros sistemas de arbitraje a bajo costo, el principal problema de éstos es el gran desconocimiento de estos sistemas. Estos procedimientos suelen ir precedidos de una conciliación.

⁸⁴ **República Federal Alemana.** En lo que a mediación se refiere, se ha desarrollado fundamentalmente en el derecho familiar. Así en 1990 se realizó un proyecto piloto del Ministerio de Justicia para promover la mediación fundamentalmente en los länder de Erlanger y Jena. En 1992 se funda la *Comunidad Laboral alemana para la Mediación Familiar* en la Academia Evangelista de Bad Boll. Sin embargo debemos destacar que una ley federal de 15 de diciembre de 1999 establece que la acción judicial solo es posible si previamente se ha intentado un "schlichtung". Tres estados hicieron obligatorio el procedimiento de ADR que se designa con dicho nombre. En 1992 la Asociación Federal de Bancos Alemanes introdujo un sistema de ombudsman, cuando las reclamaciones en las oficinas de consumidores no se hayan solucionado en un mes y la cantidad sea inferior a 10.000DM. La decisión es vinculante para el Banco. Respecto al arbitraje, se adoptó de forma prácticamente literal la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de junio de 1985*, no diferencia el arbitraje comercial del arbitraje de consumo. A través de sistemas de autorregulación, fundamentalmente en materias de publicidad y competencia se han creado sistemas que combinan la

No existe ninguna normativa específica sobre la mediación, pero el legislador italiano ha mostrado a partir de la promulgación de la *L 285/1997* de 28 de agosto un creciente interés por la mediación, como testimonian las numerosas propuestas de ley en el Parlamento.

Esta ley surge para la promoción del derecho y oportunidad para la infancia y adolescencia, cuyo objetivo es mejorar la condición del menor.

El legislador italiano, en sintonía con la mas reciente normativa europea contempla la mediación como instrumento de resolución de conflictos en el *ámbito familiar*, pero éste no limitado al ámbito conyugal sino también a los padres e hijos e incluso a *la escuela* (como lugar socializador e instrumento del rol educacional que está relacionado con el interés del menor).

La ley, desde la óptica de una promoción e intensa participación del menor (art. 6.1), consiente implícitamente en el surgimiento de la mediación como instrumento de sensibilización e información de la enseñanza y la familia pero también deviene en instrumento de formación del alumno alternativo al disciplinario punitivo tradicional.

Pero, a pesar de estos apoyos, lo cierto es que falta una disciplina legislativa de la mediación. *El proyecto de ley de 14 de Mayo de 1998* propuesto por la comisión de justicia titulado *Nueva norma en materia de separación personal del cónyuge y disolución del matrimonio*, a pesar de que sintetiza una serie de proyectos de reforma del derecho de familia, no nombra la mediación familiar ni se refiere a una específica institución pública o privada que la practique. El *artículo 712 titulado "tentativa de mediación"* es la única referencia que encontramos y se refiere exclusivamente al derecho familiar, parecida a la que se produce en el Código de familia catalán que comentaremos más adelante.⁸⁵

Fuera del ámbito familiar se ha presentado un *proyecto de ley de mediación penal*, para el año 2000/2001 que denomina la intervención como mediación entre agente de custodia y detenido.

⁸⁵ L'art. 712 intitolato "Tentativo di mediazione" prevede infatti che "In ogni stato e grado dei giudizi di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di successiva modifica delle relative condizioni, in presenza di figli minori, nonché nei procedimenti di competenza del Tribunale per i minorenni o del Giudice Tutelare, qualora ne ravvisi la necessità il giudice, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, può disporre un rinvio non superiore ai tre mesi onde consentire che i coniugi, anche avvalendosi di esperti, tentino una mediazione i ordine alle condizioni di separazione, con particolare riferimento alla migliore tutela dell'interesse morale e materiale dei figli".

Se pretende que se realicen las mediaciones en la Casa Circondariale di Cagliari. La finalidad es mejorar el ambiente carcelario, de forma que se establece la mediación como mecanismo de solución de los conflictos que surjan entre los agentes encargados de la custodia y los detenidos en la convivencia carcelaria.

Por último debemos destacar el proyecto de ley italiano de la primavera de 2000 *schema di disegno di legge recnate norme per l'accesso alla giustizia civile, per la risoluzione consensuale delle controversia e per lábbreviazione dei tempi del processo civile*.

4.- FRANCIA

Francia es otro de los países con especial influencia en España, por ello es interesante analizar la evolución experimentada por los sistemas alternativos de resolución de conflictos en este país.

Es destacable la labor realizada respecto a la regulación de la mediación. El legislador francés, con tres leyes, del 4 de enero de 1993, el 8 de febrero de 1995 y del 18 de febrero 1998, ha consagrado la mediación judicial relativa a los siguientes aspectos: la mediación familiar civil o penal, la mediación penal para los mayores o la mediación reparación para los menores.

· *La mediación familiar penal*

En virtud del *principio de oportunidad* que rige la actuación del fiscal, cuando éste conoce un delito, puede perseguir y ejercer la acción pública y transmitírselo a los Jueces, o a un Juez de Instrucción, o a un Juzgado, que se pronunciará sobre los actos de una persona.

Es el Fiscal quien decide recurrir a una mediación penal pudiendo designar una persona física o moral habilitada

Cuando la mediación se acaba, la persona física, el servicio o la asociación, entrega un informe al Fiscal, y si la mediación ha sido un éxito, el Fiscal no continúa con la acción ante el tribunal, es lo que se conoce con el nombre de "*classement sans suite*" (Clasificación sin continuación).

· *La mediación familiar civil*

En justicia civil existen tres modos de resolución alternativa de conflictos: el conciliador de justicia, los mediadores de justicia y la transacción⁸⁶.

El conciliador de justicia es una persona física que posee una experiencia jurídica de al menos tres años y cuyas actividades pasadas lo califican particularmente para ejercer dicha función.

El *artículo 21 del nuevo Código de Procedimiento Civil* dice que, el juez, después de haber obtenido el consentimiento de las partes, puede designar a una tercera persona para proceder, a los intentos previos de conciliación que prescribe la ley, al menos en materia de divorcio o de separación de hecho, o a una mediación para conseguir un acuerdo entre las partes.

En relación a la mediación, el *artículo 131-4 del nuevo código de procedimiento civil* establece que la mediación puede ser conferida a una persona física o a una asociación. El mediador designado por una asociación tiene que someterse al consentimiento del juez informado mediante el nombre de la o las personas que harán la ejecución de la medida. El mediador, puede ser designado también por el juez, pero la mediación no es gratuita. El juez fijará una suma de dinero que deberá consignar una de las partes o bien las dos. Si una de las partes se beneficia de la ayuda jurisdiccional, los gastos serán pagados por el estado. El juez homologa la petición de acuerdo al que las partes se someten.

En Francia se están realizando distintas experiencias respecto a la mediación que han tratado de armonizarse en la *ley sobre “el acceso al derecho y a la resolución alternativa de los conflictos” adoptada el 18 de diciembre 1998*. El C.D.A.J. (Consejo Departamental de Ayuda Jurídica) tiene como objetivo coordinar estas experiencias de resolución alternativa de conflictos.

Así mismo existen autoridades consultivas en materia de mediación como por ejemplo el *Conseil naional consultatif de la médiation familiale*, creado por el decreto de 8 de octubre de 2001 que tiene como misión “proponer cualquier medida de utilidad para facilitar la organización de la mediación

⁸⁶ Se han producido tres modificaciones importantes: *el decreto del 25 de febrero 1993, la ley del 8 de febrero 1995 y la del 18 de diciembre 1998*, que reglamentan la conciliación y la mediación. A ello debemos añadir un decreto del 22 de julio de 1996 precisa como se aplica el procedimiento para el conciliador y el *decreto del 13 de diciembre del 1996* modifica también el decreto del 20 de marzo del 1978 que inicialmente había creado los conciliadores.

familiar y fomentar su desarrollo. A estos efectos se estudia en particular el ámbito de aplicación de la mediación familiar, la formación de mediadores familiares y las reglas de la deontología, la evaluación de la práctica y los efectos de la mediación, especialmente en cuanto a mantener los vínculos familiares”⁸⁷.

5.- PORTUGAL

Como procedimientos extrajudiciales se ha previsto la figura del Defensor del Pueblo para las grandes empresas y organismos públicos. Tiene especial importancia la figura del arbitraje, desarrollado en Centros de Arbitraje e Información distribuidos por todo el territorio que son competentes para las reclamaciones de los consumidores definidas por el artículo 2 de la ley 24/96 de 31 de julio, si son inferiores a una determinada cantidad⁸⁸. “El 11 de marzo de 1992 se firmó un acuerdo entre los ayuntamientos de Lisboa y Madrid. Según los términos del acuerdo, el consumidor podrá presentar una reclamación por las compras efectuadas en Madrid o en Lisboa, en la ciudad donde resida: la reclamación se remitirá a la instancia competente (junta arbitral de Madrid, Centro de Arbitraje de Lisboa) en función del lugar en el que se haya efectuado la compra y el consumidor (para evitar los gastos de desplazamientos), podrá hacerse representar por una organización de consumidores”⁸⁹.

Refiriéndonos concretamente al ámbito de la mediación, es destacable la diferenciación en la regulación dada a la mediación respecto al arbitraje. Como consecuencia de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades europeas de 4 de abril de 2001 (2001/310/CE) y al abrigo del protocolo celebrado el 6 de marzo de 2001 entre el Instituto del Consumidor y la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa, se ha creado la Unidad de Mediación y Acompañamiento de los conflictos de consumo.

Esta unidad no interviene en la mediación de conflictos que en función del territorio, del valor o de la materia pertenezcan a los Centros de Arbitraje de

⁸⁷ <http://www.justice.gouv.fr/presse/com091001.htm>

⁸⁸ 50.000 a 750.000 escudos.

⁸⁹ Página 61 del Libro Verde. El proyecto Coimbra es parecido al de Lisboa aunque con algunas diferencias en el ámbito de competencias.

Consumo o a los Servicios de información Autárquicos del Instituto de Consumo⁹⁰.

La estructura del servicio de mediación está formada por un profesor de la universidad ayudado por un asesor (licenciado en derecho) y por mediadores, que pueden ser licenciados o estudiantes del curso de licenciatura de dicha Universidad⁹¹.

Asimismo nos parece destacable que se reconoce la posibilidad de que el mediador realice una propuesta de solución, que como veremos más adelante es una cuestión importante y una de las características más destacables de la mediación en el ámbito del consumo, así como la posibilidad de que la mediación se realice incluso sin la presencia física de las partes en conflicto⁹².

Es destacable también que con motivo de la consulta pública del Ministerio de Justicia portugués sobre la resolución alternativa de litigios dio lugar a la *ley n° 78/2001 de 13 de julio sobre jueces de paz y mediadores*.

6.- PAISES ESCANDINAVOS

Podemos afirmar que estos países (Dinamarca, Suecia, Finlandia y Noruega) cuentan con sistemas procesales muy avanzados en relación a la defensa de los intereses de los consumidores. MENDEZ PINEDO afirma que el norte de Europa es donde más se ha desarrollado la teoría del acceso a la justicia en relación a los consumidores afirmando que “existe un modelo nórdico de prevención y solución de litigios de consumo mediante la negociación y los acuerdos entre la autoridad competente (Ombudsman) y los empresarios y comerciantes”⁹³.

El procedimiento es informal y gratuito y puede terminarse por conciliación previa o por decisión del Consejo, si bien es destacable que no tiene fuerza jurídica vinculante.

⁹⁰ Art. 4 del reglamento de la unidad de Mediación y acompañamiento de Conflictos de Consumo, que se refiere a la competencia residual.

⁹¹ Art. 5 del Reglamento de la Unidad de Mediación y Acompañamiento de Conflictos de Consumo.

⁹² Art. 6 del Reglamento de la Unidad de Mediación y Acompañamiento de Conflictos de Consumo.

⁹³ MENDEZ PINEDO, E.: *La solución de litigios de consumo...* ob. cit, pág. 121.

En **Dinamarca** no se ha regulado la mediación en el marco legislativo, sin embargo existe el Instituto Danés para el Arbitraje (DIA) que ha establecido un reglamento propio donde regula la mediación. Establece en su artículo 1⁹⁴ que cualquier disputa que considere éste instituto susceptible de ser solventada a través de la mediación deberá seguir el procedimiento establecido en dicho reglamento. Los litigios en materia de consumo se suelen solventar por normas generales del proceso civil, normalmente ante el “*Byret*” (tribunal de subdistrito). El artículo 361 de la Ley de Administración de Justicia establece que el conflicto se puede solventar por un Consejo (procedimiento extrajudicial), y el tribunal debe informar de este derecho. Entre los procedimientos extrajudiciales destacamos que en 1975 se crea *el Consejo de Reclamaciones de Consumidores*. Es un órgano administrativo, para determinados bienes y servicios hasta un límite de precio, cuya decisión no es de ejecución obligatoria, pero si no se cumple puede llevarse el caso ante un Tribunal. Actualmente el consejo del procedimiento civil (*Retsplejeradet*) está valorando una reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil con el objetivo de mejorar la coordinación entre los ADR y los procedimientos ante los tribunales.

Finlandia posee una comisión de demandas de consumo muy similar al danés. Se subdivide en dos ámbitos, uno con carácter general y otro especializado en los conflictos relativos a las casas prefabricadas. La Asociación Finlandesa de Abogados tiene sus propias reglas de la mediación y establece un registro de mediadores. Respecto al arbitraje está vigente la Ley de arbitraje de 23 de octubre de 1992.

En **Suecia** se creó The National Board for Consumer Complaints como centro estatal para la solución de disputas en materia de consumo.

Aparte de las experiencias que hemos puesto de manifiesto, en la mayor parte de los países europeos se ha producido una importante modificación de los procedimientos existentes así como la inclusión de nuevos procedimientos extrajudiciales como consecuencia de las directrices dadas por la Comunidad Europea.

⁹⁴ “Article 1: Any dispute which the DIA considers to be appropriate for settlement by Mediation can be subject to settlement by Mediation under the auspices of one or more Mediators to be appointed by the DIA. Article 2: The party who wishes Mediation shall submit a request to this effect to the DIA Secretariat, The request shall include a short description of the issue in dispute”.

7.- CONCLUSIÓN

Ninguno de los Estados miembros tiene una normativa global detallada sobre los ADR, sin embargo encontramos algunos países como Dinamarca, Italia, Austria y sobretodo Portugal donde se está produciendo algunas iniciativas normativas.

Si existen algunas iniciativas sectoriales que permiten constatar la promoción de los sistemas alternativos sobretodo en sectores como el familiar y el de consumo.

Así encontramos países como Francia donde se han creado autoridades consultivas en el ámbito familiar, otros países como Dinamarca, Suecia o Finlandia han creado estructuras como el Consumer Complaint Boards financiadas directamente por el Estado, y también existen programas de formación profesional de jueces o abogados, como en Portugal. Se trata en definitiva de buscar en el ordenamiento jurídico un resquicio que permita introducir y tener en consideración los ADR.

Debemos distinguir los ADR en función de que estos se desarrollen en el marco de los procedimientos judiciales, bien sea a cargo de un juez o que éste delegue en un tercero, y los ADR que denominamos convencionales, en el sentido de que son requeridos voluntariamente por las partes en conflicto.

Respecto a los primeros, *los que se desarrollan en el marco de un procedimiento judicial*, destacamos que cuando los ADR se llevan a cabo por un juez es porque la ley de enjuiciamiento civil (o del procedimiento civil) del Estado en cuestión así lo ha previsto, bien sea como posibilidad de intentar una conciliación (Italia, Grecia, Bélgica o España), bien como una fase obligatoria del proceso (Finlandia) o bien como un intento activo por parte del juez de buscar la solución amistosa del acuerdo (Alemania).

Cuando el juez remite a un tercero para la realización del ADR puede ser establecida como una *posibilidad*, como en Bélgica donde se permite designar a un mediador a petición conjunta de las partes o a iniciativa del juez, o Francia donde existe a mediación judicial desarrollada por un mediador; también puede ser un medio de llevar a cabo un *intento de conciliación* (España, Italia, Suecia, Inglaterra y País de Gales); pero también puede ser establecido con carácter *obligatorio*, como en Alemania (Schlichtung), Bélgica (en las materias contencioso laborales o de

arrendamiento rústico) y Grecia (en el que el intento de conciliación en los litigios en Primera Instancia es obligatorio).

Respecto a los ADR *convencionales*, los solicitados de mutuo acuerdo por las partes, no han sido objeto de una normativa específica en los Estados miembros. A ellos se les aplican las disposiciones generales de los contratos privados y la eficacia normalmente de un acuerdo transaccional. En los cuestionarios remitidos a los Estados miembros estos manifiestan que la práctica contractual y las normas de deontología de los terceros que participan en los ADR están más o menos desarrolladas⁹⁵.

Algunos Estados miembros han adoptado legislaciones sectoriales que establecían la creación de organismos donde se desarrollan los ADR, como Dinamarca (donde destacamos el Forbrugerklagenævnet o comisión de mediación del consumidor) en Irlanda (comisión de conciliación de la comisión de relaciones laborales) Finlandia (oficina de litigios relacionados con el consumo) y Suecia (oficina nacional de reclamaciones del consumidor y la oficina de daños imputables a la circulación por carretera).

II. SITUACIÓN DE LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

1.- ARGENTINA

En relación con el arbitraje, Argentina cuenta con la ley 23.619 que aprueba la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales extranjeras y con la Ley 24.322 que aprueba la Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Argentina se ha convertido en el referente de la implantación de la mediación en Latinoamérica. El despliegue de medios e instituciones dedicadas a este sistema de solución de conflictos no tiene nada que envidiar a países pioneros como Estados Unidos, aunque las diferencias entre unos y otros son evidentes. Por lo tanto, no solo ha alcanzado un nivel de desarrollo muy importante instalándose prácticamente en todos los ámbitos sino que

⁹⁵ Libro Verde 2002, COM (2002) 196 final de 19.4.2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, pág. 17.

tiene una serie de señas de identidad que la diferencian de la mediación ejercida en otros países.

El 19 de agosto de 1992 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el *decreto n° 1480/92*, por el que se declara de interés nacional la *institucionalización y desarrollo* de la mediación como un método alternativo para la solución de controversias, y por *resolución de 8 de septiembre de 1992*, el Ministerio de Justicia reglamentó la creación de un Cuerpo de Mediadores, perteneciente al sistema judicial.

Pero sin duda, el hito más destacable es la *ley 24.573 de mediación y conciliación* promulgada el 25 de octubre de 1995.

La característica más importante de esta ley es que instituye con carácter obligatorio y previo la mediación a todo juicio, con una regulación exhaustiva de la figura de la mediación, incluyendo disposiciones generales, procedimiento, registro de mediadores, causas de excusación y recusación, comisión de selección, retribución del mediador, fondo de financiamiento, honorarios de los letrados de las partes, cláusulas transitorias y modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de Argentina.

Una de esas señas de identidad a las que hacíamos referencia anteriormente se encuentra en las disposiciones generales al establecer el artículo 1 el *carácter obligatorio* de la mediación:

“Art. 1.- Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaran que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.”

Este carácter obligatorio de la mediación se ha establecido en muy pocas ocasiones, concretamente en el Estado de California y en Noruega, pero ni siquiera en estos dos países se estableció este carácter para todo tipo de juicio, lo cual hace que lo establecido en esta ley sea realmente novedoso. Si bien es cierto que esta obligatoriedad se ha establecido con carácter transitorio hasta el día 23 de abril del 2.001, dado que es el periodo que se considera necesario para producir un cambio en la cultura del país que permita la incorporación de estos procedimientos.

Asimismo el artículo 2 establece una enumeración de los ámbitos que excluyen la aplicación de la mediación donde son destacables dos puntos:

- Establece la mediación con carácter previo y para todo tipo de procedimiento, enumerando los casos en los que se excluye su aplicación. Es decir, la regla es la mediación, la excepción es la no aplicación de ésta. Esto es una gran novedad respecto a la mayoría de los países donde la mediación se regula, en el caso de que se regule, con carácter sectorial, en determinados ámbitos del sistema jurídico.
- Es destacable el hecho de que en el ámbito del derecho de familia, ámbito que suele ser el más desarrollado en el resto de los países, la mediación queda restringida a los aspectos patrimoniales, y no a las obligaciones paternofiliales o a las obligaciones de los cónyuges.⁹⁶

Respecto al procedimiento de la mediación podemos destacar los siguientes aspectos:

- El formulario se presenta en la mesa general de recepción de expedientes que corresponda y se procede por sorteo a la designación del mediador y a la *asignación del juzgado que eventualmente conocerá la litis*. Por lo tanto ya se prevé que pasará cuando fracase la mediación evitando así la dilación de tiempo.
- Desde el momento del conocimiento de su designación, el mediador tiene un plazo de 10 días para fijar la audiencia (art. 6). A esta audiencia podrán asistir terceros que el mediador o las partes consideren necesarios.

⁹⁶ Art. 2.- El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1.- Causas penales. 2.- Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador. 3.- Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación. 4.- Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte. 5.- Amparo, habeas corpus e interdictos. 6.- Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas la instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación. 7.- Diligencias preliminares y prueba anticipada. 8.- Juicios sucesorios y voluntarios. 9.- Concursos preventivos y quiebras. 10.- Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo. Art. 3.- En el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia.

- En caso de incomparecencia de alguna de las partes se podrá sancionar con multas (art. 8) que ascienden a dos veces la retribución básica del mediador (art. 10).
- La mediación tiene establecido un plazo de 60 días corridos desde la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso, aunque prorrogable por acuerdo de las partes.
- Establece la necesidad de la asistencia personal de las partes no pudiendo acudir mediante apoderado salvo las personas jurídicas y los domiciliados en extraña jurisdicción (art. 11).
- Si la mediación es exitosa, el acuerdo podrá ejecutarse ante el juez asignado, pudiendo aplicarse una multa por tener que acudir a la ejecución regulada en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial.
- Si no se alcanza el acuerdo se dará una copia del acta a cada una de las partes, pero solo el reclamante podrá iniciar la vía judicial (art. 14). Esta situación no parece muy ajustada al principio de la tutela judicial efectiva puesto que el recurso a la mediación podría suponer la imposibilidad de que el demandado acuda a la vía jurisdiccional respecto al conflicto en cuestión.
- La asistencia letrada es obligatoria.

Otra de las señas de identidad se encuentra en el hecho de que se considera que mediador puede ser *exclusivamente una persona con formación en leyes*, es decir un abogado, de forma que se dejan fuera profesiones como los psicólogos y trabajadores sociales, que suelen incluirse, sobre todo en la mediación familiar⁹⁷.

Respecto a las causas de inhabilidad y recusación, se remite a lo establecido para los jueces, que será decidida por el juez designado. Lo único establecido es que el mediador no podrá asesorar ni patrocinar a ninguna de las partes durante un año desde que cesó su inscripción en el registro de mediadores (art. 18).

Se crea una comisión de selección y control de la inscripción de los mediadores y del funcionamiento del Sistema de Mediación.

⁹⁷ Es posible que la exclusión de éstos se deba al hecho de que en Argentina se excluye de la mediación familiar aspectos que no sean patrimoniales y se haya considerado que estos temas se incluyen dentro de las materias tradicionalmente tratadas por los abogados

Es interesante también que los honorarios de los mediadores serán abonados por las partes cuando sea exitosa, y por el Fondo de Financiamiento, cuando no sea exitosa (art. 21).

La reglamentación que desarrolla la ley anterior se produjo por el *Decreto 91/98 que aprueba la Reglamentación de la Ley N° 24.573 de mediación obligatoria*, cuya publicación se produjo el 29/11/1998.

El Ministerio de Justicia de la nación cuenta con un centro de formación de mediadores y un Registro de Mediadores (instaurado por la ley 24.573). Además existen varias instituciones privadas que se especializan en los ADR, en el ámbito del Colegio de Abogados de Capital Federal, en la Asociación de Abogados de Buenos Aires y en el Colegio de Escribanos.

Centrándonos en el ámbito del consumo, se puso de manifiesto por SARAVIA en su trabajo titulado *Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo*⁹⁸ que además del Arbitraje⁹⁹ existen otros medios alternativos de resolución de conflicto como son el de la Conciliación (ley 24.635) o los de mediación o amigables componedores, que si bien tienen distinta naturaleza jurídica en función de su alcance, todos surgen como consecuencia del evidente marco de crisis judicial¹⁰⁰.

El art. 59 de la ley de Defensa del Consumidor de Argentina (ley 24.240) consagra expresamente la necesidad de crear Tribunales arbitrales de Consumo, pero la elección ha sido fundamentalmente dejar de lado el

⁹⁸ <http://inter-mediación.com/arbitrajeconsumo.htm>

⁹⁹ Referido autor estableció en las consideraciones finales del referido documento “Diremos pues, que recibimos a los Tribunales arbitrales de Consumo con expectativas, aunque remotas aparentemente en Córdoba, debido a los impedimentos propios del financiamiento que, en actividades dependientes del Estado, son constantes y no permitirían gozar de esta posibilidad en nuestra provincia. También lo recibimos como un medio alternativo de resolución de conflictos más expeditivo y con carácter menos sancionatorio que las actividades desarrolladas por la autoridad de aplicación en relación su intervención conciliatoria, aunque también como señaláramos anteriormente los proyectos en materia de mediación han sido sistemáticamente vetados. Encontramos pues que el arbitraje en esta materia, permitirá a la autoridad de aplicación oxigenar su creciente demanda de intervención con un mecanismo alternativo y más participativo de las entidades que tienen injerencia en el tema (consumidores y empresarios).”

¹⁰⁰ Existen normativas que avalan estos extremos reconocidas por el Estado Nacional, como por ejemplo: Decretos del PÁG.E.N. 958/91 (se refiere en algunos tramos a la morosidad de los procesos civiles y comerciales) el Decreto 820/92, Decreto 1480/92 (para el fomento de legislación en materia de mediación).

sistema arbitral, aunque toma principios comunes de ambos, los de mediación y conciliación.

A pesar del escaso apoyo dado a la mediación de consumo se puede observar que los medios alternativos de resolución de conflictos van cobrando cada vez una importancia mayor en el ámbito del consumo, como lo demuestran la ley de mediación 8858 y decreto reglamentario 1773/00, de la Provincia de Córdoba del año 2000.

2.- PARAGUAY

En Paraguay encontramos la *Ley 1879/02 de 24 de abril de 2002 “De arbitraje y Mediación”* que se ajusta a la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Esta ley ofrece al ciudadano paraguayo la posibilidad de acceder a distintas figuras legales mediante la administración de justicia: el arbitraje, la conciliación y la mediación.

Por Acordada 198/00 se crea el Servicio de mediación dependiente de la Corte Suprema de Justicia. Este servicio, es ofrecido a través de la Oficina de Mediación del Poder Judicial y promueve la utilización de la mediación en diversas materias, fundamentalmente de carácter civil y comercial.

Debemos destacar que esta ley, junto con la Argentina, es la que de forma más detallada regula la mediación en los países consultados, dedicando todo el Título II de esta ley a la mediación.

El artículo 55 de dicha ley establece los efectos procesales que puede tener la audiencia de mediación de forma que “Si antes de sustanciarse la audiencia de conciliación prevista en las normas procesales las partes decidieran recurrir a la mediación, el informe escrito del mediador o del Centro de Mediación en el que se exprese que las partes han concurrido al menos a una audiencia de mediación tendrá los mismos efectos legales que la audiencia de conciliación establecida en dichas normas procesales.

La audiencia de mediación podrá realizarse en cualquier momento antes de la promoción de una demanda, o en cualquier estado del juicio antes de dictada sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada”.

Por lo tanto es un sustitutivo de la conciliación establecida en las normas procesales y también se puede recurrir a ella en cualquier momento.

Se recoge la importancia de la confidencialidad del proceso así como la obligación de las partes de buena fe durante el mismo.

El proceso se inicia con la presentación de la solicitud directamente ante el mediador o ante el Centro de mediación.

Desde dicha solicitud, existe un plazo de 5 días hábiles para que se nombre al mediador y para fijar el día de la sesión de mediación.

También es interesante como deja fijada la función del mediador, que debe limitarse a ser un mero facilitador pero que parece que puede ofrecer solución a la controversia. Así el artículo 60 establece “En el transcurso de las audiencias el mediador colaborará con las partes para determinar con claridad los hechos alegados, así como las posiciones y los intereses en que se fundan, para elaborar conjuntamente las fórmulas de avenimiento que podrán ser o no aprobadas por las partes interesadas”.

En cuanto a los efectos que tienen el acuerdo firmados por las partes, se recoge que tendrá efectos de cosa juzgada y por lo tanto vinculará a las partes solo desde el momento de la homologación por el juez. Así lo establece el artículo 61 que establece que “el acuerdo de mediación obliga a las partes desde el momento que ellas y el mediador suscriban el acta de mediación que lo documente, y tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en que el juez competente lo homologue”¹⁰¹.

Se refiere esta ley a los centros de mediación (art. 63) y a los mediadores (art. 65) que deben ser personas de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad así como tener un curso de capacitación especial dictado por un Centro de Mediación. Sin embargo la Exposición de Motivos de esta ley reconoce la posibilidad de ser mediador preferentemente a los abogados, psicólogos y técnicos de la comunicación.

¹⁰¹ Continúa el artículo diciendo que “si el acuerdo de mediación tuviera lugar existiendo un juicio pendiente, será competente para homologarlo el juez de la causa, y la homologación producirá además el efecto de terminar el proceso.

Si el acuerdo de mediación fuera parcial, se dejará constancia de ello en el acto de mediación y las partes podrán discutir en juicio las diferencias no mencionadas”.

También regula esta ley las causas de inhabilidad (art. 66) que se producirán cuando exista algún tipo de vinculación con el objeto o las partes de la mediación, así como las causas de excusación y recusación de los mediadores (artículo 67), siendo destacable que no se remite a las normas de recusación de los jueces y que decide sobre la misma, si el mediador no renuncia a su cargo, el Centro de Mediación¹⁰².

A parte de los ya mencionados, se reconocen como centros de mediación el Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay de la Cámara y Bolsa de comercio de Asunción y Servicios de Paraguay y el Centro de Mediación de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

3.- OTROS PAÍSES

A pesar de que en otros países encontramos muchas otras leyes denominadas “de mediación” lo cierto es que ninguna regula claramente los distintos aspectos del proceso de mediación, la actuación del mediador o los efectos del acuerdo alcanzado.

3.1.- BOLIVIA

La regulación de los sistemas alternativos de resolución de conflictos se ha realizado exclusivamente respecto de la conciliación y el arbitraje. La *ley de arbitraje y conciliación n° 1770*, establece en su artículo 1.- (Ámbito normativo) “Esta Ley establece la normativa jurídica del arbitraje y la conciliación *como medios alternativos de solución de controversias*, que facultativamente pueden adoptar los sujetos jurídicos antes de someter sus litigios a los tribunales ordinarios e inclusive durante su tramitación judicial”. Sin embargo en el título IV, referido a las disposiciones finales, el *artículo 94.-* (mediación) se refiere específicamente a esta figura como

¹⁰² “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como mediador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El mediador, desde el momento de nombramiento y durante la mediación, revelará si demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. Un mediador podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia. La parte que desee recusar a un mediador enviará al Centro de Mediación, dentro de los tres días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del nombramiento del mediador, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el mediador recusado renuncie a su cargo o que la atraparte acepte la recusación, corresponderá al Centro de Mediación decidir sobre ésta. El Director del Centro decidirá sobre ellas”.

medio alternativo de solución de controversias, estableciendo “La Mediación como medio alternativo para la solución de común acuerdo de cualquiera controversia susceptible de transacción, podrá adoptarse por las personas naturales o jurídicas, como procedimiento independiente o integrado a una iniciativa de conciliación.”

Esto nos hace preguntarnos porqué no se ha incluido la mediación como uno de esos sistemas junto al arbitraje y a la conciliación. Parece que después de su reconocimiento como sistema alternativo de resolución de conflictos (igual que las otras dos instituciones), al que también se reconoce con posibilidad de ejercitarse independientemente de la conciliación, lo lógico habría sido regularlo en esta ley, aunque fuera someramente. Sin embargo se ha dejado a la mediación más bien como un estadio anterior y complementario de la conciliación, sin entrar a establecer las características que la hacen diferente e independiente.

3.2.- COLOMBIA

En Colombia no se regula la mediación como un método de solución alterna de conflictos independiente sino que se deja esta figura en un lugar secundario, no solo por esta falta de regulación (es una práctica muy desarrollada que se viene realizando sin base jurídica alguna) sino por la gran confusión terminológica respecto a otras figuras del ordenamiento. Así por ejemplo, *la Ley 446 Descongestión, Acceso y Eficiencia en la Justicia de julio de 1998* únicamente se refiere a la conciliación como sistema alternativo de solución de conflictos¹⁰³.

3.3.- COSTA RICA

La Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727, de 26 de noviembre de 1997 se refiere a la mediación, conciliación y arbitraje. Es importante como se regula de forma conjunta la conciliación y la mediación (capítulos 1 y 2) pero siempre distinguiendo ambos conceptos.

¹⁰³ Establece además una importante distinción entre la conciliación judicial y extrajudicial que puede llevarnos a pensar que se está refiriendo a la mediación. En último lugar, esta ley también se refiere a la amigable composición, comparándola con la transacción. El *Decreto 1818 de 1998* ha señalado que la conciliación es uno de los métodos de solución alternativa de conflicto y la define como “ un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado

EL *Artículo 2*, al referirse a la solución de diferencias patrimoniales establece “Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”. De forma que este artículo reconoce el derecho de cualquier persona a recurrir a los ADR, pero también reconoce esta ley la facultad de los tribunales judiciales de promover audiencias de conciliación o mediación en cualquier etapa del proceso judicial.

Sin embargo la ley limita la utilización de los ADR a las controversias sobre cuestiones patrimoniales de naturaleza disponible.

El Capítulo II de dicha ley se refiere exclusivamente a ambas figuras, estableciendo: Artículo 4.- Aplicación de principios y reglas “Los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial”. Artículo 5.- Libertad para mediación y conciliación “La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores”.

Asimismo se refiere a la mediación el *reglamento de arbitraje* aprobado en sesión de Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Costa Rica, el 1 de abril de 1998, en su artículo 41, cuando establece en relación a los “procesos alternos”:

“1.Si antes de que se dicte el laudo las partes decidieren acudir a una mediación, conciliación, transacción u otro proceso de solución de conflictos, el Tribunal dictará una resolución que suspenda el procedimiento.

“Conciliador”. Las normas citadas no se refieren a la mediación como otro método de solución alternativa del conflicto. Sin embargo la realidad impone la inversión de las posiciones. “Se destaca en Colombia, en el orden práctico, la carencia de formación profesional de mediadores y la falta de una pedagogía que permita llegar a la comunidad para explicar el fenómeno con el objetivo de que se capte su esencia y se aproveche sus efectos. Hay un gran vacío en la comunidad jurídica porque apenas ahora comienza a estructurarse un programa pedagógico a todos los niveles, apenas ahora comienza a comprenderse la importancia de la mediación. A pesar de estos aspectos negativos el Gobierno Nacional adelanta una campaña educativa en pro de los mediadores alternos de solución de conflictos”. MONTOYA PEREZ, G.: *La mediación en la legislación colombiana*, Documentación del Congreso Internacional de Mediación, Italia, 2.000. En este sentido también se manifiesta AEILLO DE ALMEIDA, M^a. A.: *Mediación: formación...*ob.cit., págs. 53 y 54.

El tiempo que dure la suspensión no se considerará para efectos del plazo establecido en el artículo 21 inciso 5¹⁰⁴.

Los acuerdos de mediación y conciliación tienen eficacia de cosa juzgada material y son ejecutorios de forma inmediata.

3.4.- ECUADOR

En Ecuador la regulación de la mediación se basa en la *Ley de Arbitraje y Mediación*, norma que tiene vigencia desde el 4 de septiembre de 1997. La mayor parte del articulado está dedicado al arbitraje, pero distingue dentro del procedimiento la realización de una audiencia de mediación una vez contestada la demanda o reconvención.

A través de esta ley adquirió la Mediación fuerza de ley, es decir, que aquel que se someta a un proceso mediatorio asume la responsabilidad, y de firmarse un acuerdo, éste tiene fuerza de cosa juzgada y sentencia ejecutoria.

De esta forma su artículo 43 establece “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. En esta ley se prevé que las personas jurídicas puedan someterse a mediación.

Es interesante lo manifestado por AIELLO DE ALMEIDA respecto a la eficacia de la mediación y la participación del mediador en Ecuador. “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias, requiriendo un procedimiento especial en los casos de alimentos y menores. Es de interés la disposición que prevé que por la sola firma del mediador, se

¹⁰⁴ Si de este proceso alterno resultare un acuerdo total o parcial, el Tribunal lo registrará en forma de laudo, en los términos convenidos por las partes. 3. Si de éste no resultare acuerdo alguno, las partes entregarán al Tribunal constancia de haber acudido a otra instancia para que dicte una resolución de continuación del procedimiento. 4. Si antes de que se dicte el laudo se hace innecesaria o imposible la continuación del procedimiento arbitral por cualquier razón no mencionada en el inciso 1 anterior, el Tribunal Arbitral comunicará a las partes su propósito de dictar una orden de conclusión del procedimiento. El Tribunal Arbitral estará facultado para dictar dicha orden, excepto que alguna de las partes se oponga a ello, con razones fundadas a criterio del Tribunal. 5. El Tribunal Arbitral comunicará a las partes copias de la orden de conclusión del procedimiento o del laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, debidamente firmadas por los árbitros.

presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas. Es decir, que le da el carácter de instrumento público al acta rubricada por el mediador”¹⁰⁵.

3.5.- PANAMÁ

En Panamá destaca el Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999 por el cual se establece el régimen de Arbitraje, de la Conciliación y la Mediación¹⁰⁶.

Este decreto recoge en su Título II, Capítulos I y II los mecanismos de la conciliación y la Mediación. El recurso a ambos sistemas se considera voluntario y por lo tanto no es de carácter obligatorio. Asimismo son aplicables a las controversias comerciales.

Se establece que cuando el conflicto sea planteado judicialmente la mediación puede darse en cualquier momento o etapa procesal.

El artículo 56 de este decreto señala que al iniciarse la mediación, el mediador y las partes suscribirán un convenio de confidencialidad que garantice:

- Que el contenido de las actividades preparatorias, conversaciones y convenios parciales del acuerdo sean absolutamente confidenciales. En ese sentido, el mediador no podrá revelar el contenido de las discusiones ni de los acuerdos parciales de estas partes y, en consecuencia, al mediador le asiste el secreto profesional.

- Que las partes no pueden revelar al mediador su deber de confidencialidad ni tendrá valor probatorio el testimonio o la confesión de ellas ni de los mediadores, sobre lo ocurrido o expresado en la audiencia o audiencias de mediación.

4.- CONCLUSIÓN

Solamente encontramos una regulación global y específica de la mediación en Argentina y Paraguay, que según hemos visto muestran un gran número de diferencias.

¹⁰⁵ AEILLO DE ALMEIDA, M^a. A.: *Mediación: formación...* ob.cit., pág. 57.

¹⁰⁶ Vid. www.panacamara.com/centro-conciliacion/leyes.html.

Mientras para Argentina es obligatoria a todo juicio en Paraguay se pone énfasis en su carácter voluntario. Mientras en Argentina se establece un plazo para iniciar el proceso de 10 días, desde que el mediador conozca su designación, en Paraguay es de 5. En Argentina solo pueden ser mediadores los abogados mientras que en Paraguay lo puede ser cualquier persona de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad. Por último solo señalar que mientras para Argentina las causas de recusación serán las mismas que para los jueces, en Paraguay se establece como causas de recusación todas aquellas situaciones del mediador que pongan en peligro la neutralidad e imparcialidad del proceso.

Como conclusión del desarrollo de los ADR en los países latinoamericanos, es cierto que en comparación con los países de la Unión Europea encontramos más leyes dedicadas a la solución alternativa de conflictos, sin embargo, cuando analizamos dichas leyes encontramos que en la mayoría de los casos se refieren en realidad a la conciliación, al arbitraje o la transacción, quedando la mediación relegada a un puesto muy inferior¹⁰⁷.

Si tenemos en cuenta lo visto en relación a los países latinoamericanos en conjunción con los países del entorno de la Unión Europea, consideramos necesario resaltar:

En primer lugar, una evidente *tendencia a la implantación de sistemas menos formales y mas flexibles*, basados en la mayor parte de los casos en intentos conciliadores que buscan la avenencia entre las partes y una mayor participación de éstas en la solución del conflicto. Lo que varía de un país a otro es fundamentalmente el grado, tanto de la intervención del tercero en la

¹⁰⁷ **Chile.** La *Ley 19.496 de 7.2. 1997 sobre los Derechos del Consumidor* establece en su artículo 3 que son derechos y deberes básicos del consumidor “e. la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea”. El artículo establece: “Artículo 50.- Será competente para conocer de las acciones a que de lugar la aplicación de la presente ley el juez de policía local de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, o en su caso, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que los consumidores que se consideren lesionados en sus derechos puedan reclamar de ello ante el servicio Nacional del Consumidor, quien dará a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un *entendimiento voluntario* entre las partes. El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de *transacción extrajudicial* y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor”. Ese entendimiento voluntario ha sido denominado por el propio SERNAC como mediación.

resolución del conflicto como de regulación por parte del legislador (encontrándose en algunos en sus etapas iniciales con simples referencias en leyes o reglamentos y en otros con un gran despliegue legislativo). Los ADR

Guatemala. En Guatemala tampoco existe una regulación a nivel nacional de la mediación, pero esta se practica y ha sido objeto de una reglamentación sectorial. Destaca la regulación dada por la Cámara de comercio de Guatemala, refiriéndose su reglamento en el capítulo I. a la conciliación y la mediación. Es destacable también el hecho de que ésta Cámara ha establecido un código ético aplicable a los árbitros, conciliadores y mediadores con independencia de otras normas éticas que les fueran aplicables según su profesión de origen.

Méjico. Los ADR que han tenido más repercusión son el arbitraje y la conciliación, si bien la mediación comienza a ser contemplado de forma incipiente. Algunas iniciativas respecto a la mediación son también destacables, como por ejemplo el *Centro de Mediación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro*. A efecto de incorporar los medios alternativos de resolución de conflictos al marco legal local, se trabaja en la elaboración de un *proyecto de adecuación a la Constitución Política del Estado, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimientos Penal y Civil*, así como la creación de una *Ley de Medios Alternos de Resolución de Conflictos para el Estado de Querétaro*. Incluso, el Poder Legislativo local actual considera que es muy importante impulsar un Código Familiar en el que se incorpore a la mediación como un instrumento jurídico para solucionar los conflictos familiares.

Perú promulgó la *Ley n° 26572 General de Arbitraje el 5 de enero de 1996*, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI o UNICTRAL. Esta ley promueve la conciliación y la transacción a la que deben incentivar a las partes en conflicto los propios árbitros. Respecto a otros ADR cuenta con la *Ley de Conciliación Extrajudicial* de 13 de noviembre de 1997 y su reglamento (Decreto Supremo 001-98-JUS de 14 de enero de 1998). Tiene carácter obligatorio desde el mes de enero del 2001. Desde esa fecha la conciliación extrajudicial se constituye como un requisito de procedibilidad *previo y obligatorio* al proceso judicial en las materias estipuladas por la misma, entre las que se encuentra como nota distintiva respecto a otros países la violencia familiar.

Puerto Rico. En 1993 se creó el Comité Asesor de Medios Alternos de Resolución de Disputas que elaboró un Reglamento de Métodos Alternos de Resolución de Disputas aprobado el 25 de Junio de 1998, que recoge en su regla 101 la posibilidad de que se fomente la utilización de estos mecanismos a través de políticas públicas. Las alternativas que se recogieron fueron la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral.

Uruguay. En este país el arbitraje se encuentra regulado en el decreto-Ley n° 15229 de 11 de diciembre de 1981 que aprueba la Convención de Nueva York y en el decreto-ley n° 14534 de 22 de junio de 1976. En Uruguay las referencias de derecho positivo a la mediación son escasas, pero podemos encontrar algunas. Una de las pocas normas que se refieren a la mediación expresamente es la *ley 16.995 de 26 de agosto de 1998* que estableció la necesidad de la presencia de un abogado, es decir, la asistencia letrada, en todo procedimiento de conciliación, judicial o administrativa, mediación o arbitraje cuya cuantía sea superior a 20 unidades reajustables (mas o menos 250 dólares). En concreto, en materia de consumo, la *ley 17.250 de 11 de junio de 2000* y su *Decreto Reglamentario n° 244 de 21 de junio de 2000*, que establece que la Dirección del Área de Defensa del Consumidor intente alcanzar acuerdos entre los consumidores y usuarios a través de audiencias administrativas (en caso de que el proveedor no comparezca se toma como presunción simple en contra en procesos posteriores) o a través de los mecanismos de conciliación o mediación. En el ámbito del trabajo el *decreto ley 14.188* en su artículo 10 consagra la conciliación administrativa previa al juicio laboral que es obligatoria ante el Centro de Asistencia y Asesoramiento Jurídico del Trabajador del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Montevideo. No será necesario llenar el requisito de la previa conciliación judicial del art. 255 de la Constitución. En el ámbito penal se están desarrollando algunas iniciativas para utilizar la mediación en el resarcimiento víctima-ofensor.

más desarrollados son la conciliación y el arbitraje, con las diferencias normales entre los diferentes países según su tradición jurídica.

En segundo lugar, respecto a la *mediación*, en una gran parte de los países se está introduciendo esta figura en su marco jurídico, bien sea como respuesta a una práctica que venía realizándose desde hace tiempo, bien como consecuencia de la buena experiencia exportada de países vecinos. Sin embargo son pocos los que desarrollan esta figura de forma independiente (como Argentina), con una legislación específica y completa en un marco determinado. Las iniciativas legislativas más importantes se están produciendo fundamentalmente en el ámbito de la mediación familiar. En el ámbito de consumo su regulación es escasa, aunque si es frecuente la figura del ombudsman. De la escasa regulación observada podemos sin embargo afirmar que la mediación se desarrolla desde instituciones muy diversas, incluso desde la propia universidad (Portugal y Paraguay).

Dada esta situación, consideramos necesario tener en cuenta una serie de circunstancias a la hora de analizar la evolución de los ADR y en concreto de la mediación.

En primer lugar, la implantación de estos sistemas alternativos se ha considerado *necesaria*, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por los distintos países, como método que permitirá dar respuesta a una demanda que se basa en la búsqueda de nuevos mecanismos de resolución de conflictos.

Del análisis realizado observamos además que esta implantación *es posible*, dado que la mayor parte de los países ha encontrado la forma de, al menos, introducir someramente estos sistemas en su ordenamiento jurídico (otra cosa es la forma en que se ha llevado esto a cabo y la gran variedad de propuestas que conlleva una gran inseguridad respecto a los límites y ámbitos de aplicación).

En segundo lugar, consideramos que para que estos sistemas sean capaces de desplegar todos sus efectos será necesaria una importante *labor de información, educación y concienciación* de las características, ventajas y desventajas de la utilización de estos procedimientos. Las nuevas necesidades sociales demandan nuevas respuestas jurídicas, pero lo que no se sabe exactamente es qué están demandando. Si se sabe que se requieren nuevos sistemas efectivos, ágiles, mas rápidos y menos costosos que permita

una mayor participación. Lo que no se sabe es que uno de esos mecanismos puede ser la mediación. Por ello es necesario un importante despliegue de información y concienciación respecto a la diferencia entre los distintos ADR y sus posibilidades de aplicación. Una labor que debe comenzar desde la propia universidad, impulsando estudios sobre los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de forma que comience a fraguarse esa necesaria convicción social desde los propios profesionales, para que este tipo de mecanismos comience a desplegar todos sus efectos.

Capítulo 3º:

SITUACIÓN DE LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN

Una de las afirmaciones que consideramos importantes en el desarrollo de los ADR es aquella que establece que para que una norma sea efectiva es necesario que responda a una demanda social, a una conciencia social que permita que la nueva institución sea asimilada por el ordenamiento jurídico.

Es posible que este tipo de prácticas encuentren un importante apoyo en la propia razón de ser de la norma. El Derecho, no debe ser considerado como una ciencia, sino como un instrumento que nos permite actuar y vivir en sociedad, fundamentalmente resolviendo los conflictos de intereses que necesariamente se producen como consecuencia de esta convivencia. Puesto que la sociedad está en continuo cambio (sobretudo en estos últimos años donde los avances en la tecnología, salud y ciencias son mucho más rápidos), la norma jurídica no debe considerarse como una norma estanca, que limita la realidad de forma irrevocable, sino como *un instrumento* que permite consensuar por un lado el caso concreto al que ha de darse respuesta y por otro los valores o fines que se trata de alcanzar con ésta respuesta. Es decir, *la ley que realmente es efectiva no es aquella que “encorseta” la realidad en la que se aplica, sino aquella que nace de la convicción social dominante.*

Hemos observado como en algunos países esa tradición conciliadora se venía practicando desde antaño y como se ha traducido ésta en su ordenamiento jurídico. Pero cuando trasladamos la pregunta a la situación en España la respuesta es complicada.

Por un lado es cierto que en determinados sectores existían prácticas como la conciliación y el arbitraje (fundamentalmente en laboral y de consumo, así como una tradición conciliadora en el ámbito familiar). Sin embargo, por otro lado, es muy complicado despegarse de la línea de actuación marcada por las leyes tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimental. Consideramos que lo que actualmente puede ser necesario para que los ADR puedan desplegar todos sus efectos es una importante labor de información

y concienciación social que evite recelos, desconfianzas y reticencias en la utilización de estos sistemas.

A esta falta de convicción social, respecto a qué es exactamente lo que se está demandando, debemos añadir la falta de convicción jurídica, que ha producido un ligero retraso con respecto a otros países debido a la falta de una adecuada regulación legal de la figura, de mecanismos de control y de una sólida formación de los mediadores.

Aún así, en el marco legislativo español se están produciendo algunas iniciativas legislativas importantes en relación a la mediación. Vamos a tratar de realizar un breve repaso a estos ámbitos donde se está introduciendo esta figura, de forma que nos permita observar algunas similitudes y diferencias entre ellos y así poder abordar la situación de la mediación de consumo con una visión más general de esta institución en España.

I. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Sin duda, el ámbito donde más desarrollo está teniendo la mediación en nuestro país es en el ámbito familiar, donde se están produciendo las primeras iniciativas legislativas.

Como antecedente a este desarrollo encontramos la *Family Law Act de 1996* inglesa que recoge la mediación como pieza clave para el desarrollo de los principios recogidos en dicha ley, así como lo establecido en Francia mediante la *ley nº 95-125 de 8 de febrero* (relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo) y el decreto *96-652 de 22 de julio* (sobre la conciliación y mediación judiciales), a los que hemos hecho referencia anteriormente.

A pesar de que la regulación que se está produciendo en España es mucho más detallada que la referida en Francia e Inglaterra, puesto que se pretende recoger la figura de la mediación con carácter general, también es cierto que no se reconoce una intención decidida del legislador español a introducir esta figura en nuestro ordenamiento. A ello debemos añadir la peculiaridad de nuestro marco legislativo donde el sistema de distribución de competencias está produciendo una variedad de propuestas de ley para regular la mediación familiar, de forma que se intuye una situación similar a la que se ha producido en otros ámbitos, como por ejemplo las parejas de hecho.

El verdadero impulso a la introducción de la mediación familiar en nuestro país se produjo con la *Recomendación R(98) 1 del comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar*.

1.- RECOMENDACIÓN Nº R (98) 1 DEL COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.¹⁰⁸

En la Recomendación se distinguen varios apartados:

1. La fundamentación de la necesidad o las ventajas de instituir la mediación familiar en los Estados miembros.

¹⁰⁸ Como antecedente encontramos el Tercer Congreso Europeo de Derecho de familia sobre el "Derecho de familia en el futuro", que tuvo lugar en Cádiz los días 20 a 22 de abril de 1995, se recomendó al consejo que analizara la mediación familiar y que estudiara la preparación de un instrumento a nivel internacional que recogiera las diferentes propuestas. Se constituyó un Comité de expertos sobre Derecho de familia. El trabajo elaborado por éste se revisó por el Comité europeo de cooperación jurídica y finalmente fue adoptado en la recomendación a la que estamos haciendo referencia.

2. Los principios que deben regir la mediación familiar (campo de aplicación, organización de la mediación, el proceso de mediación, acuerdos de mediación).
3. Mención especial a la relación entre la mediación y los procedimientos entre la autoridad judicial u otra autoridad competente.
4. Promoción y acceso a la mediación.
5. Mediación y los aspectos internacionales.

En lo que se refiere al **primer apartado** que se ha señalado, cabría distinguir tres partes:

En la *primera* se ponen de relieve dos aspectos fundamentales:

- a. El número creciente de los conflictos familiares, fundamentalmente los referidos a separaciones y divorcios, supone no sólo un coste social y económico para los Estados miembros, sino que el contexto en el que se desarrollan se reviste de unas características muy particulares:
 - En los conflictos familiares están implicadas personas que mantendrán relaciones interdependientes y que van a prolongarse en el tiempo.
 - Son conflictos que surgen en un contexto emocional que los refuerza.
 - Sus consecuencias afectan a los miembros de la familia, pero especialmente a los niños.

Éstas características no pueden pronunciarse en el ámbito del consumo, salvo en lo que se refiere al posible interés por las dos partes en mantener una relación comercial satisfactoria hasta el momento o en la necesidad de no perder clientes por parte del profesional.

- b. Se ha de garantizar la protección de los intereses superiores del menor y su bienestar. Se hace referencia, incluso, al artículo 13 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del menor (establecimiento de la mediación o de otros métodos de resolución de conflictos que afecten a los menores).

En el ámbito de consumo se trataría de la necesidad de garantizar la protección de los consumidores y usuarios, pero aquí encontramos una gran paradoja.

Entendemos que el objetivo de un sistema neutral sea la protección de un interés superior al conflicto: el del menor. En la mediación familiar el mediador se erige prácticamente como un defensor del menor.

Sin embargo no entendemos que esta neutralidad pueda mantenerse cuando lo que se protege es el interés de una de las partes en el conflicto; no entendemos que el mediador pueda considerarse como un defensor del consumidor porque la otra parte nunca podría considerar este procedimiento como neutral.

Únicamente podría entenderse si dicha protección es referida a su dimensión social, como protección del consumariado. O también si se considera que la mediación es un proceso neutral que *encuentra su razón de ser* en una de las manifestaciones de esta necesidad de protección de los consumidores: *la posibilidad de participar por ellos mismos en la solución de sus controversias a través de mecanismos ágiles y rápidos*.

Es decir, que la protección del interés del consumidor *no sea el objetivo* del proceso sino que sea ésta necesidad de protección lo que justifique la existencia de este tipo de procedimientos, como *medios* para conseguirla.

En la *segunda* parte: se señalan las ventajas que puede suponer el recurrir a la mediación familiar (mejora la comunicación, reduce los conflictos, da lugar a acuerdos amigables, garantiza el mantenimiento de las relaciones personales entre padres e hijos, reduce los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y para los Estados, reduce el tiempo necesario para reglamentar los conflictos) y se subraya la internacionalización de las relaciones familiares.

Asimismo se ofrece una definición de mediación familiar: *“proceso en el que una tercera persona, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que ellos mismos, por medio de la negociación lleguen a acuerdos comunes”*.

En el **segundo apartado** (los principios sobre la mediación) se señala:

1. El campo de aplicación se circunscribe a aquellos litigios que surgen entre los miembros de una misma familia (unidos por sangre o por matrimonio) y entre las personas que han tenido o tienen relaciones familiares. De cualquier modo, los Estados podrán determinar qué aspectos puede cubrir la mediación.
2. Se establece que, en principio, no debería ser obligatoria, y que los Estados son libres de organizarla y establecerla a través del sector público o privado. Se puntualiza así mismo que deberían existir mecanismos que garanticen:
 - Procedimientos para la selección, formación y calificación de los mediadores
 - Normas de práctica adecuada elaboradas y cumplidas por mediadores
3. Se señalan los principios que deberían regir el proceso de mediación.¹⁰⁹
4. Los Estados deberían facilitar la aprobación de acuerdos de Mediación por la autoridad judicial u otra autoridad competente cuando las partes lo solicitan y facilitar mecanismos de ejecución de esos acuerdos conforme a la legislación nacional.

¹⁰⁹ Principios del proceso de mediación:

- El mediador es imparcial en sus relaciones con las partes
- El mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su igualdad durante la negociación
- El mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes
- Se ha de garantizar el respeto a la vida privada
- Las discusiones son confidenciales, por tanto, no pueden ser utilizadas posteriormente salvo si hay acuerdos de las partes o en el caso permitido por el Derecho nacional
- El mediador tiene que informar de la posibilidad que tienen de recurrir a la orientación familiar o a otras formas de orientación por ser modos de solución de problemas conyugales o familiares
- Sobre todo, se ha de tener en mente el bienestar y el interés superior del niño; alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y recordar a los padres su responsabilidad primordial al tratarse del bienestar de sus hijos y la necesidad de que les informen y les consulten
- Hay que prestar una atención particular al aspecto de saber si tuvo lugar algún tipo de violencia entre las partes o si son susceptibles de producirse en el futuro, y a los efectos que podrían tener sobre las partes durante la negociación. Habrá que examinar si el proceso de mediación es adecuado en esos casos
- El mediador puede dar informaciones jurídicas pero no dispensar orientación jurídica. Debería informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar con un abogado o cualquier otro profesional competente

En el **tercer apartado** de la Recomendación, el Comité de Ministros apunta dos ideas esenciales que afectan de modo determinante al futuro de la mediación: el reconocimiento de la autonomía de la mediación y la posibilidad de que tenga lugar antes, durante o después del procedimiento judicial.

Para ello se recomienda la instauración de mecanismos que:

- a) Permitan la interrupción del procedimiento judicial pendiente para instaurar la mediación.
- b) Garanticen que la autoridad judicial u otra autoridad competente conserve el poder de toma de decisiones urgentes sobre la protección de las partes o de sus hijos, o de su patrimonio.
- c) Informen a la autoridad judicial u otra autoridad competente de si las partes siguen o no con la mediación, de si han llegado o no a un acuerdo.

En el que se ha llamado **apartado cuarto** no se olvida mencionar la importancia de promover el desarrollo de la mediación familiar, especialmente mediante programas de información al público con el fin de mejorar la comprensión que de ella se tiene. Se recomienda, asimismo, tomar las medidas necesarias que permitan a las partes acudir a la mediación familiar para contribuir al desarrollo de este tipo de resolución de conflictos.

En el **apartado cinco** se reconoce la posibilidad de establecer la mediación en aquellos casos en que se presente algún elemento de extranjería, prioritariamente en cuestiones relativas a los hijos y en particular, los aspectos referidos a la guarda y el derecho de visita.

Se habla de esta forma de la mediación internacional, con la excepción de dos casos: desplazamiento sin derecho y retención del hijo.

De los apartados 2 al 5 se podrían hacer muchos comentarios si lo trasladamos al ámbito del consumo, pero este análisis lo dejamos para un momento posterior, cuando analicemos con más detalle la situación de la mediación de consumo en España.

Queremos destacar también que la Unión Europea ha destacado la conveniencia de la mediación en el ámbito familiar para los conflictos familiares de alcance internacional, fundamentalmente en los problemas

relativos al ejercicio de la autoridad parental (derechos de custodia y visita de los hijos), de división del patrimonio familiar o pensiones de alimentos.

Por ello el 29 de mayo de 2000 el Consejo Adoptó el Reglamento (CE) nº 1347/2000 relativo a la competencia reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental de los hijos comunes, es el Reglamento “Bruselas II”¹¹⁰. A través de éste se permite reconocer en toda la Comunidad las decisiones adoptadas en su ámbito de competencia. Sin embargo, incitaba a acudir cuanto antes a la jurisdicción sin permitir acudir a los ADR, puesto que se establecía que la competencia para conocer la apelación la tendrá el tribunal del Estado ante el que primero se haya apelado. Por este motivo el 6 de septiembre de 2001 la Comisión adoptó el reglamento “Bruselas II bis”¹¹¹ que amplía el ámbito del reglamento a cualquier decisión en materia de responsabilidad parental prestando especial interés al fomento de los ADR a través de unas normas de competencia que establecieran claramente la jurisdicción competente en cada situación y a través del establecimiento de un sistema de cooperación entre las autoridades centrales.

2.- LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

Una vez analizados los aspectos más importantes de la Recomendación pasamos a determinar como se ha materializado lo establecido en ésta en España.

2.1.- CATALUÑA

El motor de la introducción de la mediación en España ha sido Cataluña, pionera en el establecimiento instituciones mediadoras tanto independientes como parte del procedimiento judicial (fue el primer lugar donde los servicios psicosociales de los Juzgados de familia practicaron la mediación familiar como parte de un procedimiento judicial)

La inclusión de la mediación familiar en el Codi de Família se produce por la *Ley 9/1998 de 15 de juli*, que entró en vigor el 23 de octubre de 2.000. Se

¹¹⁰ DO L 160 de 30 de junio de 2000, pág. 19.

¹¹¹ COM (2001) 505 final, DO C 332 E de 27 de noviembre de 2001, pág. 269.

pretendió no una regulación exhaustiva de la mediación, sino una simple llamada o “anotación” reconociendo la existencia de esta figura.

- El artículo 79.2 establece “*Si ateses les circumstànces del cas, láutoritat judicial considera que els aspectes indicats a lárticle 76 (resumen de los efectos civiles de la separación o divorcio) encara poden ésser resolts mitjançant acord, pot remetre les parts a una persona o entitat mediadora amb la finalitat de que intentin resoldre diferènces i que presentin una proposta de conveni regulador*”. Por lo tanto se contempla una mediación derivada por el juez, siempre de forma voluntaria¹¹².
- La Disposición Adicional Tercera, establece los principios de la mediación familiar: voluntariedad, confidencialidad, necesidad de aprobación judicial y plazo máximo de tres meses prorrogables por otros tres.

Se concedía un plazo de seis meses para la presentación de una ley. Justo cuando estaba a punto de aprobarse se disolvió el Parlamento, dado que se iban a celebrar elecciones, y este proyecto de 1999 quedó paralizado. Se realizó un nuevo proyecto de ley, el *proyecto de Ley de Mediación Familiar de Catalunya*, BOE nº 83 de 12 de junio de 2.000, donde se tienen en cuenta las objeciones que se presentaron al proyecto anterior desde los colegios profesionales y asociaciones.

El 16 de abril de 2001 se publicó la ley 1/2000 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña.

Esta ley establece la creación de un *centro de Mediación Familiar de Catalunya*, adscrito al Departamento de Justicia de la Generalitat, que tendrá por objeto promover la mediación familiar, administrarla y facilitar el acceso, para evitar los procedimientos judiciales contenciosos.

El centro es el encargado de designar el mediador para cada caso, aunque las partes pueden dirigirse a los *colegios profesionales* que también ofrecerán servicios de mediación de acuerdo con dicha ley. Con esta ley los Colegios tienen un mayor protagonismo en la mediación familiar, fundamentalmente en la formación y capacitación de la persona mediadora.

¹¹² La posibilidad de una mediación privada extrajudicial ya estaba recogida dada la posibilidad de convertir el proceso contencioso en mutuo acuerdo con la presentación del Convenio Regulador.

Uno de los aspectos más conflictivos es el referente a las *personas legitimadas* para acceder a la mediación. El artículo 5 establece que están legitimadas para instar la mediación familiar “las personas unidas por vínculo matrimonial o que forman una unión estable de pareja y las que, sin formar una unión estable de pareja, tienen hijos comunes, para la solución de conflictos en las situaciones que se indican”.

Desde distintos sectores se criticaron algunos aspectos de los anteriores Proyectos de ley. Éstos establecían una distinción: las personas unidas por vínculo matrimonial no encuentran limitación alguna para acudir a la mediación (pudiendo tratar tanto aspectos patrimoniales como personales). Sin embargo las uniones no matrimoniales (tanto si se sujetan a la ley de parejas de uniones estables como si no) únicamente pueden acudir a la mediación para los aspectos que se refieran a los hijos comunes, menores o discapacitados (art. 3.2 y 3.3 de PL 1999 y 5.1.2 y 3 del PL 2.000). Por lo tanto se producía una evidente discriminación.

Con la actual ley, se ha tratado de superar esta situación. Se pretende equiparar más las uniones de hecho y los matrimonios, permitiendo que éstos dialoguen sobre temas patrimoniales, pero sigue habiendo una distinción.

El preámbulo de esta ley se refiere a las parejas de hecho estableciendo la mediación como un instrumento válido para reducir también parte de la nueva conflictividad judicial que se pueda derivar de la aplicación de la Ley de Uniones Estables de Pareja (10/1998, de 15 de julio).

Así encontramos:

- las *personas unidas por vínculo matrimonial* pueden remitir prácticamente todas las cuestiones que les afecten a mediación: crisis de convivencia antes de cualquier proceso judicial para la consecución de acuerdos y simplificar el proceso posterior, los acuerdos relativos al Convenio Regulador, las medidas de ejecución de sentencias de nulidad del matrimonio, el cumplimiento de las sentencias en procesos de separación o divorcio, y la modificación de medidas por cambio esencial en las circunstancias que lo motivaron (art. 5.1.primer.)
- Las personas que constituyen una *unión estable según la Ley 10/1998 de 15 de julio* se encuentran limitadas a: las crisis de

convivencia antes de cualquier proceso judicial, las cuestiones que hacen referencia a los hijos comunes, menores o discapacitados, las medidas de ejecución de las sentencias relativas al pago de compensaciones económicas o pensiones y modificación de medidas aprobadas por resolución judicial firme (art. 5.1.segundo).

- Las personas que *no se encuentren en ninguna de las situaciones anteriores* solo podrán remitir las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes.

También se puede solicitar la mediación para casos relativos a la *pensión de alimentos entre parientes e instituciones tutelares*.

Las personas que no se incluyan en los supuestos establecidos anteriormente podrán dirigirse a los colegios profesionales para solicitar una mediación, pero a esta mediación no será de aplicación la ley excepto el capítulo V relativo al mediador. Es decir, que la mediación pública se reserva a lo establecido en la ley, el resto serán mediaciones privadas¹¹³.

Debemos hacer alusión a algunos cambios que se han introducido en esta ley respecto a los anteriores proyectos de ley, que nos parecen interesantes:

- En primer lugar, los anteriores proyectos de ley solo contemplaban como interés superior objeto de la protección en mediación el del menor. En cambio ahora se establece, con carácter subsidiario para

¹¹³ Este aspecto ha sido muy criticado. Mientras el Proyecto de 1999 no delimitaba claramente la mediación pública de la privada pero sí era evidente que, a pesar de recoger un modelo de mediación pública tutelada por la administración, no impedía el ejercicio de la mediación privada y podría deducirse su sujeción a los principios de esta ley. El proyecto de 2.000 se excluye expresamente del ámbito de aplicación de la ley, dejando las mediaciones que se realicen fuera de este ámbito a su suerte. Sin embargo, según estableció MARTÍN CASALS, la exclusión de estos supuestos de la aplicación de la ley, salvo lo establecido en el Capítulo V referido a la persona mediadora (relaciones o supuestos no previstos en el artículo 5 o mediación extrajudicial o sin beneficio de justicia gratuita) y más concretamente al régimen sancionador. “Ahora bien: todas esas sanciones se imponen por infracción de los deberes que pesan sobre el mediador previstos por el capítulo II, titulado “características de la mediación familiar”, con lo que no puede ser cierto en absoluto lo que la ley proclama: que sólo se aplique siempre y en todo caso el Capítulo V, referido a las sanciones, porque la aplicación de ese capítulo presupone también el sometimiento a lo establecido en el Capítulo II respecto a los deberes de la persona mediadora” MARTÍN CASALS, M.: *La Mediación Familiar en el Derecho comparado: algunas propuestas de regulación en España a la luz de las tendencias Europeas*, documentación entregada por la UNAF en las jornadas de noviembre de 2.000. Pág. 8.

el caso de que no haya hijos, que el interés superior será el del miembro de la pareja que esté más necesitado de protección.

- Asimismo llama la atención que en la Exposición de Motivos del proyecto de 1999 se señala la mediación como *instrumento de reconciliación*, hecho que no se corresponde ni con el propio concepto de lo que es la mediación ni con la inclusión de la mediación en el Código Catalán en el Título II relativo a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial. En el proyecto de 2.000 se matizó esta afirmación pero seguía estableciendo como primer objetivo de la mediación la reconciliación de las partes. Es por lo tanto uno de los errores más importantes, que también se ha repetido en otras Comunidades Autónomas. En la actual ley se ha corregido este hecho, como se recoge en su Exposición de motivos¹¹⁴.
- Los anteriores proyectos de ley permitían desarrollar las funciones de mediación a personas formadas en una gran variedad de ámbitos. La actual ley sin embargo los limita a abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales o pedagogos, los cuales deben al mismo tiempo estar colegiados en sus respectivos Colegios profesionales.
- La presente ley regula más minuciosamente el régimen sancionador y el registro de los mediadores.

2.2.- OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Aparte del proyecto de ley catalán, se han promulgado posteriormente la *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*¹¹⁵, la *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia*¹¹⁶ y la *Ley 15/2003, de 8 de abril de la Mediación Familiar de Canarias*¹¹⁷.

¹¹⁴ “si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura (...)”

¹¹⁵ BOE nº 303, de 19 de diciembre de 2001.

¹¹⁶ BOE nº 157, de 2 julio de 2001.

¹¹⁷ BOE nº 134, de 5 de junio de 2003.

2.2.1. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana¹¹⁸

Cubre un espacio mucho más amplio que el establecido en la ley catalana, puesto que recoge la posibilidad de aplicar la mediación al campo de la adopción. Así en su artículo 3 establece que será objeto de mediación:

- La solución de aquellos conflictos que surjan entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad;
- La facilitación del encuentro entre hijos adoptados y familia biológica cuando el ordenamiento jurídico lo permita;
- Y por último facilitar el acuerdo en las situaciones en las que el interés del menor o discapacitado pueda verse perjudicado como consecuencia del ejercicio de la patria potestad.

Como vemos se incluyen situaciones no contempladas en la ley Catalana que son la posibilidad de mediar en conflictos entre familiares hasta un límite del cuarto grado y en los encuentros entre familia biológica y adoptado.

Así mismo se establece la creación de un centro de mediación familiar de la Comunidad Valenciana, dependiente de la Consellería competente en materia de familia e infancia, que será la encargada de llevar un registro de las entidades o personas mediadoras que puedan desarrollar la función de mediación familiar. En concreto, son las personas jurídicas contempladas en el art. 13.2 de la Ley 5/1997 de 25 de junio y los colegios profesionales de aquellos a los que se permite ser mediadores (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales o graduados sociales según el art. 7, si bien podrán ser otras personas que sean licenciados superiores con una formación específica de postgrado específica en mediación como mínimo de especialista).

Nos parece del mismo modo relevante el hecho de que existe un reconocimiento específico a la exigencia de la buena fe por parte de todos los implicados en la mediación (art. 5). La falta de buena fe entre las partes

¹¹⁸ Es interesante como en su Exposición de Motivos establece que la mediación se constituye como un sistema complementario o alternativo a la vía judicial. Utiliza ambas expresiones indistintamente, sin embargo nosotros, el capítulo 1 de esta parte hemos tratado de distinguir cuando un sistema es alternativo a la vía judicial (como el arbitraje) y cuando es complementario (como la mediación).

tiene efectos en relación a los pactos que puedan alcanzarse entre ellos, mientras que dicha falta en el mediador es objeto de sanción.

También es interesante el reconocimiento de que la mediación puede ser gratuita cuando las condiciones económicas de los interesados así lo requieran (art. 8).

2.2.2. Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia¹¹⁹

Establece una definición un tanto confusa de lo que se entiende por mediación. En su artículo 2 establece que los mediadores “actuarán en funciones de cooperación y auxilio de aquella personas que tiene o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja”. La mediación no debe ser entendida en el ámbito familiar como un ofrecimiento de una solución dada por el mediador (y hablo de la mediación familiar puesto que como vamos a ver más adelante en el ámbito del consumo lo normal es precisamente el ofrecimiento de una solución por el mediador), son las partes las que llegan a dicha solución. Si bien puede ofrecer algunas alternativas el mediador no da la solución que el cree correcta para una problemática familiar¹²⁰.

Asimismo establece como finalidad de la mediación en su artículo 3 que una de las funciones del mediador es el asesoramiento de las partes en conflicto. Sin embargo esto no parece muy adecuado con la propia esencia de la mediación.

En lo que se refiere a los sujetos que pueden acudir a la mediación, la ley gallega establece que podrán acudir las personas unidas por vínculo matrimonial o parejas de hecho que formen una unión estable; no hace referencia por tanto al ámbito de la adopción como la ley valenciana. Se establece la creación de un Centro de Mediación dependiente de Dirección General de Familia de la Xunta.

¹¹⁹ BOE nº 157, de 2 julio de 2001.

¹²⁰ Esto se reitera en el artículo 7, donde establece en el punto 2 que “La actividad mediadora tendrá pr objeto la presentación de una función de auxilio o apoyo en la negociación entre las partes, concretándose, en su caso, en la facultad de la persona mediadora de proponer soluciones, a aceptar o no libremente por los sujetos en conflicto. (...)”

Destaca que no concreta la formación que debe ser exigida a los profesionales, dejando su determinación para una regulación reglamentaria posterior, si bien exige que serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares. Esta reglamentación se ha ofrecido en el *Decreto 159/2003 de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita*¹²¹.

2.2.3.- Ley 15/2003, de 8 de abril de la Mediación Familiar de Canarias¹²²

Esta ley aporta una seguridad de conceptos y de matices que no tiene ninguna de las otras leyes analizadas. Las razones de esta mejora se deben sin duda al ejercicio de la mediación durante todos estos años y a que la Comunidad canaria ha sabido recoger la experiencia de sus antecesoras y solucionar los errores de las leyes anteriores.

Para esta ley se concibe la mediación como “un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos” (artículo 2).

Nos parece especialmente interesante el amplio criterio delimitador de los conflictos que son susceptibles de acudir a la mediación familiar dado que puede ser cualquier conflicto familiar y que verse sobre materias de libre disposición “o, en su caso, la posibilidad de ser homologados judicialmente” (art. 3). Asimismo define el conflicto familiar como aquel que surja entre cónyuges, parejas de hecho (estables o no), padres e hijos, hijos o los que surjan entre familias biológicas o adoptivas.

¹²¹ La gratuidad de la mediación se recoge en el artículo 9 estableciendo que tendrán derecho a la mediación gratuita cuando se trate de personas que pueden acceder al beneficio de asistencia jurídica gratuita según la ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

¹²² BOE nº 134, de 5 de junio de 2003.

Establece un criterio de preferencia respecto a los conflictos “derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y relación de padres con menores y de éstos entre sí, los relativos a las pensiones, al uso del domicilio familiar, a la disolución de bienes gananciales o en copropiedad, así como en general aquellos otros que se deriven o sean consecuencia de relaciones paterno filiales” (art. 3).

Respecto a los principios informadores de la mediación, destacan el reconocimiento del principio de flexibilidad y antiformalismo “en el sentido de que la mediación familiar se ha de desarrollar sin sujeción a procedimiento reglado alguna, a excepción de los mínimos requisitos de esta ley”. Por lo tanto es partidaria de la falta de regulación limitada a los aspectos esenciales que dicha ley recoge muy acertadamente en su Título II. Es destacable respecto al procedimiento, que se establece un plazo máximo para el proceso de mediación de 3 meses, siendo prorrogable por un periodo similar (art. 13). También establece la necesidad de que después de una sesión que podemos denominar de premediación con el objeto de informar del proceso y sus características similares, se requiere que se levante acta inicial que debe ser firmada por el mediador y las partes en conflicto (art. 12). Por último, debemos destacar la cuidada elaboración del régimen sancionador.

Se establece también el principio de reserva de las partes, considerando que estas se obligan a guardar reserva de los datos, hechos o documentos de los que hayan tenido conocimiento en el curso de la mediación (art. 4.6).

Esta ley, a diferencia de las anteriores, no crea, pero tampoco excluye el establecimiento de un órgano público de mediación, aunque sí contempla la posibilidad de que los usuarios puedan acceder a un sistema similar al de la justicia gratuita (art. 21).

Como **conclusión** del análisis legislativo realizado podemos afirmar que las diferentes normas mencionadas tienen aspectos que las individualizan del resto, pero en general suelen regular con similares características los límites y principios de la mediación, por lo que no realizaremos un estudio exhaustivo de dichas diferencias dado que la mediación familiar no es el objeto de nuestro trabajo.

Podemos destacar que la solución en aspectos tan controvertidos como si la mediación tiene o no carácter preceptivo ha sido resuelta de forma similar en las distintas comunidades, optando por dotar a la mediación familiar de un carácter eminentemente *voluntario*.

Del mismo modo todas las leyes se refieren a la importancia de la *confidencialidad* aunque con diferencias. El deber de confidencialidad del mediador en orden a no poder ser utilizado como testigo en un proceso posterior tiene limitaciones, y puede ser dejado sin efecto si:

- Ambas partes lo consienten expresamente.
- Si existe un peligro para la integridad física o psicológica del menor (art. 11 ley gallega).
- Si la legislación nacional lo requiere; es decir, si comporta una amenaza para la vida, integridad física o psíquica de una persona (art. 12.3 ley catalana; 11.3 ley gallega y 9.e ley valenciana), si la información puede constituir un posible hecho delictivo (art. 9.e ley valenciana).
- Se ha discutido mucho si existe deber de informar si el juez requiere la información relativa a un procedimiento de mediación en curso. La ley gallega así lo ha reconocido en su artículo 11.2.a. Sin embargo es sorprendente que se recoja esta posibilidad puesto que entonces resulta que en Galicia la confidencialidad del mediador respecto a un eventual proceso judicial está limitada a si dicho proceso judicial se inicia antes o después de la mediación, puesto que si el proceso está en curso el juez podrá solicitar al mediador la información necesaria respecto a dicho proceso. ¿Por qué esa diferencia de trato?
- Si la información se utiliza de forma no personalizada para fines estadísticos, de investigación o formación (art. 13 ley catalana y artículo 9 ley valenciana).

La ley que menos atención ha prestado a la confidencialidad podríamos decir que es la ley de Canarias.

También debemos destacar que ninguno de ellos establece mecanismos concretos para la ejecución de los acuerdos alcanzados ni mecanismos que

permitan la paralización o interrupción del proceso judicial a fin de intentar la mediación.

A parte de estas leyes que acabamos de analizar, existen en otras Comunidades Autónomas proyectos de ley que aún no han sido aprobados o bien iniciativas que recogen la mediación familiar dentro del articulado de una ley que no versa sobre la mediación familiar en exclusiva sino que regula algún aspecto relacionado con el ámbito familiar. Así encontramos la **Ley Foral de Navarra de modificación de la Ley foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de mediadas integrales contra la violencia sexista**, en cuyo artículo 8 adiciona a la ley modificada el artículo 12 ter que se refiere a la mediación familiar¹²³. De la misma manera en **Castilla la Mancha la Ley de Prevención de Malos Tratos** ha recogido dentro del Título dedicado a las medidas de acción preventiva en su artículo 10 que “la Administración Regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto”.

En **Madrid**, a pesar de que se está planteando desde hace varios años la regulación de la mediación familiar, lo cierto es que aún no existe ninguna norma que la desarrolle.

II. LA MEDIACIÓN PENAL

En el caso de un conflicto de índole penal, la mediación consistiría en la búsqueda, con la intervención de un tercero, de una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción penal así como de la responsabilidad civil derivada del delito. En este ámbito, la mediación tiende, por lo general, a una conciliación extrajudicial entre el autor de la infracción y la víctima en el marco de un encuentro, a una

¹²³ B.O. del Parlamento de Navarra nº 25 de 11 de marzo de 2003 que establece en su artículo 8 “1. El Departamento competente en materia de familia ofrecerá gratuitamente programas de mediación para la solución de los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja. 2 Por mediación familiar se entenderá, a estos efectos, la actuación de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico, dirigida a la búsqueda de puntos de acuerdo en los aspectos relacionados con la separación, divorcio o nulidad matrimonial o ruptura de la unión de pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes.”

despenalización y a lograr una reparación libremente consentida por ambas partes.

1.- RECOMENDACIÓN N° R (99) 19 SOBRE LA MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL.

Fue adoptada el 15 de septiembre de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el comentario a su apéndice, se define la mediación penal como un proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un crimen a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador. La referencia exclusiva a la víctima y ofensor no excluye a otras personas (expertos o especialistas tanto legales como psíquicos) de la posibilidad de participar en la mediación¹²⁴.

Dicha recomendación analiza los aspectos fundamentales de la mediación, muchos de los cuales coinciden con lo establecido en R (98) 1 sobre la mediación familiar, sin embargo algunos son destacables.

Establece los *principios* que deben regir la mediación en los Estados miembros en el ámbito penal. Según el apéndice, la mediación: se llevará a cabo cuando las partes consienten, es confidencial, salvo que se cometa un “serio crimen” (artículo 30), debe ser un servicio accesible, debe existir en todos los estados del proceso judicial penal, debe tener la suficiente autonomía. (Como podemos observar recoge prácticamente los mismos principios que la mediación familiar).

Asimismo, el apartado III del apéndice establece en el punto 6 que la *legislación debe facilitar la mediación en estas materias*, debiendo existir una guía del uso de la mediación y contener las garantías legales fundamentales de los procedimientos¹²⁵.

La participación en mediación *no podrá ser usada como reconocimiento de culpabilidad* en el procedimiento legal subsiguiente

¹²⁴ “a process whereby the victim and the offender can be enabled, voluntarily, to practice actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party or mediator. The reference only to the victim and the offender as parties does not exclude other persons (legal and physical) participating in the mediation”.

¹²⁵ Aunque se refiere exclusivamente a la asistencia legal y la traducción; en el caso de los menores también se recoge la asistencia paterna.

(Apartado IV punto 14) y las decisiones tomadas en función de acuerdos de mediación *tendrá el mismo estatus que la decisión judicial* y por lo tanto precluyen la persecución de los mismos hechos (non bis in idem. Punto 17 apartado IV).

Debemos destacar algunas actuaciones finales de la UE respecto al desarrollo de la mediación en materias penales. Entre éstas hacemos referencia a la reciente **Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa el estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)**.

Considera que es necesario concebir la protección de la víctima de forma integrada y articulada evitando soluciones parciales e incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria. Por ello en dicha Decisión Marco no se limitan a atender las necesidades de la víctima en el procedimiento penal, sino que incluyen medidas de asistencia a la víctima tanto antes como después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito. Entre ellas se encuentra la mediación por causas penales, que es definida en el artículo 1.e como *“la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”*.

El considerando 7 establece que *“las medidas de ayuda a las víctimas de los delitos, y en particular las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil”*.

El artículo 10 es el que se centra en esta medida estableciendo *“1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”*.

Por lo tanto se trata no solo de impulsar la utilización de estas medidas sino también de que los Estados aseguren su eficacia dentro del proceso, sin que la consecución de un acuerdo suponga la finalización de éste.

El artículo 17, referente a la aplicación establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la

presente Decisión marco. En lo que a mediación se refiere establece como fecha límite el 22 de marzo del 2006.

El desarrollo de este tipo de mediación es muy desigual y en algunos países aún se encuentra en su periodo inicial. En el escenario europeo, al contrario que en el Reino Unido donde hay un gran desarrollo, la justicia criminal es más reticente a estos modelos y normalmente los existentes están muy vinculados al sistema judicial y a su legislación. Por ejemplo en Austria, Francia y Alemania existen programas de mediación penal promovidos desde la legislación como método de descargo en la causa. En Noruega se combinan programas de mediación con otros de foro comunitario (es decir, reuniones de la comunidad que toman una decisión respecto a la reparación del daño producido por el crimen), mientras que en España se han desarrollado los programas desde los servicios sociales, como veremos a continuación.

2.- MARCO LEGAL EN ESPAÑA

Las experiencias llevadas a cabo en España en el ámbito de la mediación y reparación penal juvenil, en un primer momento, no tenían un marco legal en el que apoyarse de forma que se basaban en la legislación internacional contando con la colaboración de los jueces de menores y con la amplia discrecionalidad de la *Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948*.

El papel represor del Estado, estrictamente vinculado al *principio de legalidad* que establece que no puede haber delito que no sea castigado conforme lo establecido en la ley, ha venido dando paso al *principio de oportunidad*, importado de otros sistemas que como el anglosajón no cuenta con la limitación garantista de los textos legales¹²⁶.

¹²⁶ SEBASTIÁN CHENA, V. J.: «Mediación y Justicia penal», *Otrosí*, Mayo, 1999. Pág. 80. Establece que “la mediación resulta posible en nuestro ordenamiento desde el enfoque de integración en el sistema de justicia como búsqueda de alternativas más ágiles y soluciones más satisfactorias para todos los implicados. El problema que se plantea es la dificultad técnica de aceptar la aplicación del principio de oportunidad, por medio del cual se atribuiría al Ministerio Fiscal la facultad de no ejercitar la acción penal aun existiendo el delito. Se señalan como obstáculos el principio de legalidad la sujeción del ministerio fiscal, reflejada en su estatuto orgánico, a tal principio. Cuando se ponen tales objeciones debe recordarse que el Comité de Ministros del consejo de Europa, en su recomendación 18 (1987), ya aconsejaba a los estados miembros que acogieran en sus ordenamientos jurídicos el principio de oportunidad. El ejercicio del principio de oportunidad podría someterse, como han hecho otros países de nuestro entorno, a la concurrencia de determinados requisitos legalmente establecidos”.

El primer apoyo vino de la mano de la *Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio*, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. Su ámbito de aplicación son los hechos tipificados como delito o falta en el Código Penal por mayores de 12 años y menores de 16 años, recogiendo la reparación a la víctima en dos momentos diferentes:

- Como alternativa al proceso judicial: Artículo 2.6.a dice “atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, *o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima*, el Juez, a propuesta a del fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.” Centra la reparación en una acción del menor infractor dirigida a la víctima concreta que ha recibido el daño, es la puerta abierta a la mediación penal.
- Como suspensión de la medida judicial impuesta: El artículo 2.3.3 dice “En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, *siempre que de común acuerdo, el menor debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial*. Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, *desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta*. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez”. Esta posibilidad es mucho menos utilizada porque se considera conveniente iniciar la intervención lo mas pronto posible.

En palabras de BERIÁN “por las características de la modalidad de mediación, dentro de las posibles variedades de reparaciones extrajudiciales, es más aconsejable la ubicación en el primer momento que permite la ley. Partiendo de esta concepción, en la práctica totalidad de las mediaciones es

competencia del Ministerio Fiscal la selección y control de las intervenciones”¹²⁷.

El *Código Penal de 1995* introdujo con carácter general para todos los delitos, entre las circunstancias que atenúan la pena que pueda corresponder al autor “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral” (art. 21.5). Esto abre la posibilidad a establecer mecanismos como la mediación que ofrezcan una mayor atención a la víctima y traten de compensarla¹²⁸.

Según manifestó DEL BARRIO I GAUXACHS¹²⁹ “todo lo anterior, no obstante, no dejan de ser indicios de que lentamente ciertos presupuestos se van transformando, dando paso a posibles intervenciones de sistemas alternativos de resolución de conflictos, que en el caso de que nos ocupa no se puede sustraer hoy por hoy a la estricta regulación judicial que rige durante todo el trámite del proceso penal”.

La actual **ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor**, consolida los cambios introducidos, desarrollando de forma explícita los programas de mediación y reparación.

La Exposición de motivos de esta ley se establece “La Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento en su caso de los daños y perjuicios, dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentos y testimonios relevantes de la causa principal”.

¹²⁷ BERIÁN, R.: *Intervención en la C.A.M. con menores en conflicto*. Documentación entregada para la clase del día 28 de marzo de 2.000 del Curso de Experto en Mediación. U.C.M. Pág. 2.

¹²⁸ El art. 88 CPÁG. Prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal puedan sustituir las penas de prisión que no excedan de un año, excepcionalmente dos años, por arresto de fines de semana o multa, cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del reo, su conducta y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado, así lo aconsejen. También en este sentido, rebajando las penas, encontramos el artículo 340 (voluntariamente a reparar el daño causado), el artículo 214 (cuando se retracten de las injurias y calumnias), el artículo 244 (cuando se produzca la devolución del vehículo dentro de 48 horas) el 480 (cuando se revelare la rebelión a tiempo para evitar consecuencias) o el 462 (cuando se retracte del falso testimonio a tiempo).

¹²⁹ DEL BARRIO I GAUXACH, J. A.: *La mediación en el ámbito del Derecho Penal*, Jornadas Internacionales de Mediación Familiar, Madrid 23, 24 y 25 de noviembre de 2.000. Pág. 3. Es Director General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña.

La *responsabilidad civil* de los menores y guardadores derivada de un ilícito dañoso tiene ciertas características: que el criterio de imputación es la culpa¹³⁰, la acción se ejercitará por el Ministerio Fiscal (salvo que el perjudicado decida ejercitarla por sí mismo, renuncie a ella o la ejercite posteriormente ante la jurisdicción civil o contencioso administrativa), se tramita en un procedimiento especial en pieza separada, la sentencia dada en este proceso no tendrá efecto de cosa juzgada quedando a salvo la posibilidad de promover juicio ordinario sobre la cuestión donde se tomarán como hechos probados los que se considerasen acreditados en el proceso en pieza separada.

Se recogen ciertas actuaciones que benefician a los menores en determinadas circunstancias, como son el desistimiento de la incoación del procedimiento o el sobreseimiento del expediente.

Respecto al *desistimiento de la incoación del procedimiento* (art. 16), se produce cuando el menor se encuentra en ciertas circunstancias: como son que los hechos no sean constitutivos de delitos graves, que no haya existido violencia o intimidación a las personas, y que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza. Cuando se encuentre en estas circunstancias el Ministerio Fiscal puede desistir de la incoación del expediente, si bien deberán tomarse medidas de protección y corrección por la entidad pública de protección a los menores.

Sin embargo el artículo 18 establece que el desistimiento de la incoación del procedimiento especial de la LOPJM no impide que la responsabilidad civil que haya podido nacer del ilícito se sustancie a través de la correspondiente pieza de responsabilidad civil o el ejercicio de las acciones civiles ordinarias según el art. 1902 y ss C.c.¹³¹.

¹³⁰ DIAZ ALABART, S.: “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el art. 19 de la LORPM”, en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina y Dykinson, S.L., Madrid, 2001, pág. 80.

¹³¹ DIAZ ALABART, S.: “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores...ob. cit., pág. 83. “Sin embargo, mientras que con respecto a los menores de 14 años el art. 3 de la Ley no dice nada sobre su responsabilidad civil-quizás por entender que, tratándose de menores inimputables, la responsabilidad corresponde exclusivamente a sus guardadores, aplicándoseles a éstos lo dispuesto en el art. 1903 Cc-, el art. 18, aún previendo que se den las circunstancias para el desistimiento del Ministerio Fiscal de incoar el procedimiento, añade: “Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil”. Aún no llegándose a incoar el procedimiento especial de la LORPM, no hay obstáculo, en interés del perjudicado, en que la responsabilidad civil que haya podido nacer del ilícito cometido por el menor se sustancie conforme a lo dispuesto en el art. 61,3 LOPJM, y con el procedimiento regulado en ese mismo precepto y los demás del título VIII de la Ley”.

Respecto al *sobreseimiento del expediente* (art. 19) es también una facultad del Ministerio fiscal cuando se encuentre en ciertas circunstancias: no exista violencia o intimidación grave en la acción ilícita, atendiendo a la gravedad¹³² y circunstancias de los hechos y del propio menor, *y que el menor haya conciliado o asumido el compromiso de reparar a la víctima o perjudicad por el delito o asumido la obligación de cumplir una actividad educativa propuesta por el equipo técnico en el informe.*

En este artículo se definen como se entienden los conceptos de conciliación y reparación:

- Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas.
- Se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. La reparación del daño tiene en los menores un efecto diferente que en los adultos, ya que mientras que a estos puede suponer una reducción de la pena, a aquéllos puede suponer la terminación con el conflicto jurídico.

Es en la conciliación y reparación de la víctima donde la mediación juega un importante papel. Llevar a cabo esta conciliación o conocer si existe intención de reparar a la víctima es labor del equipo técnico formado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, que realizarán un informe para el Ministerio Fiscal sobre la situación.

Si bien, el artículo 19 concluye estableciendo “todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley”.

Esto supone que el efecto de dicha conciliación se produce cuando el ofensor pide perdón a la víctima y esta acepta las excusas. Desde este momento queda enervada la acción penal pero sigue vigente la acción civil puesto que no se ha producido ninguna reparación.

Sin embargo con el compromiso de reparación asumido por el ofensor, se puede desde eliminar totalmente la sanción penal y cualquier

¹³² En función de que se atribuyan penas graves, menos graves y leves (art. 33 CP).

responsabilidad civil hasta eliminar solo la sanción penal y parte de la responsabilidad civil. En palabras de DIAZ ALABART “siempre que se acuerde la reparación a través de actividades del menor infractor a favor de su víctima, existirá, al menos, una parte de la responsabilidad civil nacida que quede satisfecha con esa actuación”¹³³. Quedarán a salvo las acciones civiles solo en la parte de responsabilidad civil que no haya sido satisfecha por dicha reparación.

El compromiso de realizar la reparación tiene el efecto de suspender la tramitación del expediente, pero el sobreseimiento del expediente solo se producirá cuando dicha reparación sea efectiva (así lo establece el propio artículo 19 LOPJM). El equipo técnico por tanto deberá hacer un seguimiento de dicho compromiso e informar al M.F.

La reparación puede venir dada de muy diferentes formas: desde la reposición de las cosas o bienes dañados hasta la realización de ciertas actuaciones a favor de la víctima cuando dicha reparación in natura no sea posible.

El artículo 19.4 establece que cuando el cumplimiento de lo pactado no sea posible por causas ajenas a la voluntad del menor se producirá igualmente el sobreseimiento del expediente. Compartimos con DIAZ ALABART que puesto que se busca no solo la mera restitución sino también una acción educativa parece excesivo “que, sin más, la imposibilidad de cumplir lo pactado permita solicitar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Desde el punto de vista de la víctima porque vería defraudado automáticamente su legítimo interés a que se le indemnice la totalidad de los daños causados. Desde el punto de vista del interés del propio menor, porque lo que resulta educativo no es el mero compromiso, sin su cumplimiento”¹³⁴. Parece mas adecuado que en caso de incumplimiento pudiera acordarse una nueva forma de reparación.

Desde el sobreseimiento se elimina cualquier tipo de responsabilidad penal. Respecto a la responsabilidad civil, dependerá si ha sido total o parcialmente reparada, teniendo que estar en este último caso que estar a lo

¹³³ DIAZ ALABART, S.: “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores...ob. cit., pág. 89.

¹³⁴ DIAZ ALABART, S.: “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores...ob. cit., pág. 92.

establecido en sentencia por el Juez de Menores y pudiendo haberse reservado la víctima el ejercicio de las acciones civiles correspondientes.

Es importante dejar claro que si bien la sentencia del Juez de Menores no tiene efecto de cosa juzgada, el acuerdo es ley entre las partes y no admite reclamación posterior.

La pregunta relativa si el menor tiene capacidad para realizar este tipo de actos y el papel de los guardadores en el mismo, solo vamos a apuntar que el acuerdo es un compromiso entre víctima e infractor. Los menores no emancipados pueden realizar actos por sí mismos siempre que sean adecuados a su capacidad natural (que puedan entender lo que hacen) y de acuerdo con los usos sociales. La LOPJM considera al menor de 14 años capaz de realizar estas actuaciones pero también el C.c. en su artículo 162.1 excluye la asistencia o representación paterna en los actos personalísimos (como lo son el admitir la culpa y la reparación de un delito). Solo cuando dicha reparación incluya alguna atribución patrimonial del menor se requerirá el consentimiento de los guardadores.

Por último decir que los guardadores responderán de los actos realizados por los menores cuando exista culpa o negligencia por parte del guardador (art. 118 CP), por lo que cuando prueben que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia quedarán exonerados (art. 1903 C.c).

Si no obró con esa diligencia serán responsables solidarios con el menor de los daños causados por este. Ahora bien, si con la realización de compromiso cumplido por el menor la víctima queda satisfecha totalmente, no se pueden acudir al guardador para que cumpla su responsabilidad puesto que ésta ha sido cubierta totalmente por el menor.

3.- LÍMITES

Una de las principales objeciones que se establecen frente a la mediación penal consiste en *la posible contradicción con la misma esencia del Derecho Penal*, como materias que se sustrajeron de la voluntad de los sujetos para dejarlas en manos del Estado, evitando así la venganza y otorgando a las penas valores mas acordes con el bienestar social.

“Con la mediación se dice que se obtiene una intervención mínima que es el objetivo deseable desde el ámbito penal, se devuelve la intervención al

entorno próximo del menor y se resitúa el conflicto en las partes, se plantea la responsabilidad de la sociedad frente a los jóvenes y se permite a la víctima tener una intervención activa en la resolución del conflicto, pero no olvidaremos que el gran logro del actual Derecho Penal proviene de la creación de un cuerpo de profesionales como fueron los jueces a los que en su día se recibió como máxima garantía que alejaba la idea del mero resarcimiento para atribuirle a las penas otra finalidad diferente. Los defectos del sistema requieren un análisis cauteloso y parece indicada la vigilancia a fin de que el péndulo no oscile de forma descontrolada hacia el otro extremo”¹³⁵.

Esto está siendo criticado desde ciertos sectores dado que supone que la intervención del Estado se limita a corroborar lo acordado por los particulares.

Según SEBASTIÁN CHENA “la reconciliación entre las partes, que es el objetivo de la mediación redundará en beneficio de la comunidad, reduciendo el nivel del miedo y tensión: la solución de conflictos a través de la mediación puede, además, suponer un alivio al saturado sistema judicial”¹³⁶.

En el ámbito familiar sin embargo, está consensuado que el objetivo final de la mediación nunca puede ser la reconciliación de la pareja, pues el proceso solo continúa cuando la decisión de la separación esté confirmada por ambos miembros de ésta¹³⁷. Por ello conocer las diferencias entre los distintos ámbitos en los que la mediación puede actuar y cuales son los objetivos de ésta según las necesidades que debe cubrir este sistema de resolución de conflictos, es una cuestión no solo importante sino también necesaria a la hora de determinar cuales son las características de la mediación en un ámbito determinado, por ejemplo el consumo, que es el objeto de nuestro trabajo.

¹³⁵ DEL BARRIO I GAUXACH, J. A.: *La mediación en...* ob. cit., pág. 7. Respecto a esto nos parece interesante la afirmación realizada en el caso Deweer (European Court of Human Rights, Judgment of 27 february 1980, Series A, nº 35) respecto al derecho a un tribunal (artículo 6.1) estableciendo que no es más absoluto este derecho en materias civiles que criminales. (Por ejemplo: la decisión de no persecución). (Furthermore, according to the same judgment, such a right could be waived by the parties, as long as a high degree of vigilance is provided for such a waiver. Agree to mediation, in the context of a diversion procedure, may constitute a waiver of the “right of access to a court”. The crucial consideration would thus be whether the waiver was made under proper circumstances”)

¹³⁶ SEBASTIÁN CHENA, V. J.: “*Mediación y...*” ob. cit., pág. 81.

¹³⁷ A pesar de lo establecido en el proyecto catalán que como hemos puesto de manifiesto anteriormente ha sido muy criticado (Mediación familiar. 2. La regulación en España)

Según SEBASTIÁN CHENA, “la mediación es posible en nuestro Ordenamiento jurídico, el Código penal de 1995 pretende incentivar los procesos de conciliación y reparación. No obstante, queda un largo camino, no sólo legal sin también cultural, para que la mediación penal sea asumible por nuestra sociedad como vía para la resolución de conflictos”¹³⁸.

III. LA MEDIACIÓN LABORAL

A pesar de que desde los años 40 nuestra cultura ha sido adversa a los sistemas alternativos de resolución de conflictos (principalmente motivado por el poder que históricamente tenía atribuida la Administración al respecto así como por la eficacia que ha tenido el Convenio Colectivo tradicionalmente, cuya fuerza normativa ha impedido el desarrollo de procedimientos autónomos de solución de conflictos), lo cierto es que en los últimos años se ha producido una evolución muy positiva en la cual ha tenido una especial incidencia el reconocimiento de su necesidad institucional y la regulación legal de alguno de sus aspectos mas importantes¹³⁹.

El principio en el que se basa cualquier sistema democrático de relaciones laborales es el de la *autonomía colectiva*, el cual tiene múltiples manifestaciones institucionales. Actualmente la expresión mas generalizada de este principio es *la negociación colectiva*. El desarrollo de este principio ha supuesto un freno al intervencionismo público como imponedor de vías de solución del conflicto social dado que se pretende precisamente que esta vía sea innecesaria o al menos se vea reducida lo máximo posible en materia laboral.

Esta afirmación se desprende de la propia evolución experimentada en la normativa laboral respecto a los sistemas alternativos de resolución de conflictos que vamos a repasar someramente. Para ello antes debemos hacer una distinción importante entre los conflictos jurídicos y los conflictos de intereses.

Los *jurídicos* son aquellos que se refieren a una discrepancia en la interpretación correcta y la aplicación adecuada de una norma vigente a un caso concreto. Los *de intereses* se refieren a una discrepancia al margen del

¹³⁸ SEBASTIÁN CHENA, V. J.: “Mediación y...” ob. cit., pág. 81.

¹³⁹ CASA BAAMONTE, M. E.: *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el derecho español*. En (VV. AA.) *Solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Fundación SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, Madrid, 1999. pág. 16.

dato jurídico positivo, conforme al cual las exigencias de las partes en conflicto son ajenas a la norma vigente (es decir, sus pretensiones no tienen nada que ver con lo establecido por la norma de forma que lo que pretenden es precisamente una alteración de la situación jurídica existente hasta ese momento).

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E) opera sobre los conflictos jurídicos, individuales o colectivos, pero no sobre los conflictos de intereses, estableciendo el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones que el marco adecuado para su solución no es la vía judicial sino la negociación colectiva y los instrumentos de autotutela.

1.- EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA

1ª Etapa: ausencia de un marco legal regulador

Después de la Constitución el marco legislativo relativo a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos era muy pobre¹⁴⁰.

El *Real Decreto Ley 17/1977* además de prever la actividad mediadora de la Inspección de Trabajo, establece un procedimiento administrativo, el Conflicto Colectivo, como cauce para solventar las discrepancias colectivas, tanto jurídicas como económicas. En el caso de los conflictos colectivos la actividad administrativa no es resolutoria, sino de conciliación, puesto que la solución final se obtiene a través de sentencias judiciales¹⁴¹.

Esta etapa se caracteriza, de este modo, por *una fuerte presencia de la Administración en la resolución de conflictos*, especialmente en los de carácter económico, tanto por la existencia de instituciones jurídicas

¹⁴⁰ No puede considerarse como tal los artículos del Código Civil relativo a las reclamaciones extrajudiciales y las transacciones (artículo 1973 sobre la interrupción del plazo de prescripción de cualquier reclamación extrajudicial y el artículo 1816 que reconoce eficacia de cosa juzgada a las transacciones).

¹⁴¹ En los conflictos colectivos económicos se atribuía a la Autoridad Laboral no sólo funciones de conciliación o mediación, sino también de solución de conflicto, a través de una resolución administrativa, denominada Laudo, de obligado cumplimiento. En 1979 se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), al que le correspondía tanto la conciliación previa a todo tipo de procesos judiciales, individuales o colectivos en los conflictos jurídicos, como la realización de mediaciones o arbitrajes cuando las partes así lo solicitasen, aunque en realidad únicamente realizaba conciliaciones. El 10 de marzo de 1980 se aprueba el *Estatuto de los Trabajadores*. Acerca del mismo es significativo destacar que no contiene regulación alguna de la solución de conflictos colectivos, si bien en el Artículo 89.4 se hace referencia a la posibilidad de intervención de un mediador en la negociación de los Convenios Colectivos.

netamente administrativas, como por la creación de órganos administrativos destinados a la solución de los conflictos (IMAC¹⁴²).

2ª Etapa: desde la Constitución hasta la reforma laboral de 1994

Según la interpretación del Tribunal Constitucional, el artículo 24 de la Constitución, referente a la tutela judicial efectiva solo opera respecto a los conflictos jurídicos, individuales y colectivos, pero no respecto a los conflictos individuales, respecto a los cuales el marco de solución adecuado no es el judicial sino el de la negociación colectiva o los sistemas autónomos de solución de conflictos¹⁴³.

Dentro de estos sistemas autónomos tiene un especial desarrollo la conciliación. Sin embargo su regulación ha experimentado un importante cambio. En un primer momento se estableció la conciliación como un trámite procesal obligatorio para el proceso laboral en los conflictos jurídicos. Es más, se consideraba aplicable el artículo 24 de la Constitución a estos trámites previos y preparatorios al proceso¹⁴⁴, de forma que su no celebración recortaba los derechos constitucionales de los trabajadores.

Poco a poco se fue matizando esta postura, considerando que la conciliación no era una instancia preprocesal, de forma que la no celebración no influía en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores¹⁴⁵. La sentencia 217/1991 del Tribunal Constitucional marcó un hito importante en el sentido de que recomendaba la utilización de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales como beneficiosos para las partes, despejando así las dudas sobre la inconstitucionalidad del establecimiento por la negociación colectiva de procedimientos autónomos de carácter voluntario y previo al judicial.

Respecto al arbitraje, solo destacar que la ley 36/1988 de 5 de diciembre sobre arbitraje excluye de su regulación los arbitrajes laborales puesto que considera que no se encuentra dentro de las materias disponibles por las partes en el contrato de compromiso. Si bien si se reconoce que el arbitraje es un medio posible para la resolución de conflictos laborales.

¹⁴² Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, creado por el RDL 5/1979 de 26 de enero.

¹⁴³ STC 145/1992; 208/1993; 11/1981.

¹⁴⁴ STC 2/1983.

¹⁴⁵ STC 22/1987.

Sin embargo, a pesar de estos avances, el panorama legislativo era muy pobre en relación a los procedimientos autónomos de solución de conflictos después de la Constitución. A pesar de la creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y conciliación en 1979 en la práctica solo se desarrollaban labores de conciliación y con las características anteriormente apuntadas.

La LPL de 1990 fue el precedente de la introducción de éstos procedimientos alternativos puesto que promovió la creación de órganos de conciliación a través de acuerdos interprofesionales y convenios colectivos (art. 83 ET) para llevar a cabo el requisito previo de la conciliación anterior al proceso laboral. Asimismo reguló la conciliación extrajudicial en los conflictos colectivos equiparándolos a los convenios colectivos.

3ª Etapa: la reforma laboral de 1994 y el acuerdo sobre solución de conflictos laborales de 1996

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, modifica ampliamente el *Estatuto de los Trabajadores* de 1980. Entre estas modificaciones se encuentran aquellas que suponen la introducción por primera vez de los procedimientos de solución de conflictos, y dentro de estos, los relativos a los conflictos colectivos de carácter jurídico. Reconoce a los acuerdos de mediación y a los laudos arbitrales efectos similares a los de las reclamaciones y actos judiciales (demandas y sentencias) como forma de garantizar la seguridad jurídica y el ejercicio de los derechos. Sin embargo en esta ley no se establece una regulación de estos procedimientos de carácter global sino como algo conexo a otras cuestiones.

Con la Ley se redujeron las competencias administrativas en la solución de los conflictos jurídicos, sustituyéndose por *controles judiciales a posteriori* en los casos de discrepancias en la movilidad geográfica, las modificaciones de condiciones de trabajo y los despidos por causa económica no colectivos.

Lo importante de esta regulación se centra en que si bien la solución de estas discrepancias está previsto en principio que se produzca mediante actuaciones judiciales o administrativas, éstas pueden no ser necesarias si se pactan fórmulas alternativas de mediación y arbitraje.

Se abre la posibilidad de utilización de los procedimientos de mediación y arbitraje en los conflictos colectivos típicamente jurídicos, como aquellos que se derivan de la interpretación de una norma como el Convenio Colectivo, lo que rompe el reparto tradicional de procedimientos de solución y tipos de conflicto.

Los preceptos legales que se refieren a los procedimientos autónomos de solución de los conflictos son los que hoy se contienen en los artículos:

- **33.9 ET** que otorga al Fondo de Garantía Salarial la condición de parte en la tramitación de los procedimientos arbitrales.
- El **artículo 85.1 ET** junto con su disposición adicional se limita a contener una pretensión de encauzar la negociación colectiva en direcciones concretas y de instaurar nuevas iniciativas en la pacificación de las discrepancias surgidas en los periodos de consulta.
- El **artículo 91 ET** es el que contiene la regulación más específica aunque limitada a los conflictos en la interpretación y aplicación de los convenios colectivos¹⁴⁶.
- **Artículo 65.3 y disposición adicional 7 de la LPL** regulan los efectos suspensivos de los plazos de caducidad e interruptivos de los de prescripción de la suscripción de compromisos arbitrales y la ejecución de los laudos arbitrales firmas.

Sin embargo, las últimas reformas legislativas no han manifestado una voluntad de continuar pero si al menos de solucionar los problemas o lagunas de la Ley 11/94. “[L]a idea parece seguir siendo, pues, la de identificar los medios de composición extrajudicial de los conflictos con los de naturaleza colectiva económicos o de intereses y jurídicos, esto últimos surgidos de la interpretación y aplicación de los convenios colectivos y considerar suficiente para los mismos la regulación existente; o, al menos, no urgente su reforma”¹⁴⁷.

Del mismo modo que se va produciendo un avance de la mediación y el arbitraje en el terreno legal, también se produce en el de los *interlocutores sociales*¹⁴⁸. Las partes sociales han asumido este rol, y han celebrado

¹⁴⁶ Se establece: 1.- la atribución a los acuerdos logrados a través de la mediación y a los laudos arbitrales de la “eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar , en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículo 87, 88 y 89 de esta ley”, 2.- la aplicación a estos acuerdo y laudos de las normas procesales reguladoras de la impugnación de los convenios colectivos; 3.- La adición de la falta de observancia por parte del desarrollo de la actividad arbitral de los requisitos y formalidades establecidos al efecto o de la resolución por el laudo arbitral sobre puntos no sometidos a su decisión como motivos impugnatorios específicos de impugnación de los laudos arbitrales; 4.- La extensión de la utilización de estos procedimientos a la controversias individuales cuando los pares expresamente se sometan a ellos.

¹⁴⁷ CASA BAAMONTE, M. E.: *Los procedimientos autónomos...* ob. cit., pág. 27.

acuerdos interprofesionales para la implantación de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Estos pactos suelen revestir la forma de *Acuerdos Interprofesionales* para materias concretas según el artículo 83.3 del E.T. En el ámbito del Consejo Económico y Social, el Pleno del CES aprobó el 19 de octubre de 1994 un informe sobre los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales, cuyas previsiones se recogieron posteriormente en el *Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales* (ASEC), de 25 de enero de 1996, suscrito por las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas del ámbito nacional (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME) con el objetivo de vertebrar a nivel nacional un sistema de solución autónoma de conflictos.

Existen también casos en los que la *Administración*¹⁴⁹ participa de dicho acuerdo, bien porque dicho acuerdo tiene un alcance más social o global o porque es normal que se cuente con la colaboración externa de la Administración para la organización¹⁵⁰.

2.- ACUERDO SOBRE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES (ASEC)

El acuerdo fue firmado en 1996 por una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), y por otra, por la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO). El 31 de enero de 2001 se firmó el Segundo Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-II), con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004.

¹⁴⁸ Existen sistemas de solución extrajudicial de conflictos que han sido implantados directamente por una ley regulando la totalidad de éste, como por ejemplo el arbitraje en materia electoral (art. 76 ET). Pero esto es una excepción. La regla general es que la norma se limita a habilitar cauces que fomenten el establecimiento de estos sistemas a través de la remisión a la negociación colectiva de forma que sea esta quien establezca estos procedimientos. CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada de los conflictos relativos a la negociación colectiva*. En *Solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Fundación SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, Madrid, 1999. Pág. 59. “En suma, la norma estatal por sí sola no es suficiente para la puesta en marcha de los procedimientos privados de resolución de los conflictos laborales, sino que precisa de su incorporación y complemento a cargo de la negociación colectiva”.

Tiene por objetivo crear y desarrollar un sistema de solución de conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones.

¹⁴⁹ Debido a las masivas transferencias desde la Administración Central a las diferentes Comunidades Autónomas de las competencias de índole laboral, ha sido en el seno de las mismas donde se han desarrollado los mecanismos más importantes sobre la mediación que existen en nuestro país. Se ha producido así el desarrollo de procedimientos privados de solución a través de la celebración de acuerdos interprofesionales entre los sindicatos y las asociaciones empresariales más significativas: **El instituto laboral de la comunidad de Madrid**. El 22 de noviembre de 1994 el CEIM (Confederación Empresarial de Madrid-CEOE) y las representaciones de CC.OO. y UGT de la Comunidad de Madrid firmaron el Acuerdo Interprofesional y el Reglamento de Funcionamiento del Sistema de Solución Extrajudicial de conflictos de trabajo y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid. El objetivo del Acuerdo viene referido a regular de forma extensa los procedimientos de aplicación a cualquier conflicto colectivo laboral. El Acuerdo Interprofesional sirve para crear el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid para la conciliación, mediación y arbitraje, así como el cuerpo de árbitros de ámbito autonómico. Con el fin de facilitar el funcionamiento del Instituto Laboral se creó una Fundación privada que asumiría los medios humanos y materiales.

El Consorcio de estudios, mediación y conciliación en la administración local (cemical). La Diputación de Barcelona firmó el 24 de julio de 1990 un convenio con la Federación de Servicios Públicos de la UGT y con la Federación Sindical de la Administración Pública de CC.OO. Uno de sus objetivos principales era la creación de un órgano de mediación y conciliación de carácter voluntario en los conflictos colectivos y en las reclamaciones individuales del personal al servicio de los entes locales de la provincia de Barcelona, así como la emisión de informes vinculantes sobre las cuestiones que aquellas entidades o los sindicatos pudiesen plantear y que pudiesen ser de interés general para progresar en la creación de un marco de conocimiento mutuo entre los gestores de recursos humanos y los representantes de los trabajadores en el ámbito de la Administración Local.

En la **Comunidad Valenciana**, el Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos fue suscrito el 19 de julio de 1993, referido únicamente a conflictos colectivos. El procedimiento de mediación es obligatorio en el caso de conflictos jurídicos, pero no para la mediación de los conflictos de intereses.

En la **Comunidad Autónoma de las Islas Baleares** se firmó un Acuerdo el 20 de diciembre de 1995. El Acuerdo de la **Comunidad Autónoma Canaria** fue alcanzado el 12 de mayo de 1995, y comprende tanto los conflictos colectivos como los individuales.

La Confederación de Empresarios de **Galicia** y los Sindicato CC.OO. UGT y CIG, pactaron a principios de 1992 un Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Se contemplan únicamente los conflictos colectivos.

La **Comunidad Vasca** fue la precursora de todas las CC.AA. en la solución extrajudicial de conflictos. Hubo un primer Acuerdo sobre solución de Conflictos Colectivos en 1984 denominado PRECO. Contemplaba fórmulas de conciliación, mediación y arbitraje, y se refería tanto a conflictos jurídicos como de intereses. Como no obtuvo los resultados esperados, al finalizar su vigencia en 1987, no fue prorrogado. En 1989 fue suscrito un nuevo Acuerdo, denominado PRECO II.

El 7 de noviembre de 1990 se suscribió el Acuerdo de la **Comunidad Autónoma Catalana**, referido tanto a conflictos colectivos como individuales.

¹⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada...* ob. cit., pág. 60. “En todo caso, a efectos de calificación jurídica de los documentos pertinentes, lo relevante es la voluntariedad de los contratantes, en la medida en que para el ordenamiento jurídico nada obsta que quienes tienen legitimación para la celebración de un convenio colectivo puedan firmar un acuerdo interprofesional de estas características, sin perjuicio de la presencia coetánea de la Administración Pública, cuya firma añade más que quita valor jurídico asumido por los sindicatos y empresarios, pues como hemos dicho la propia Administración asume los ya referidos compromisos de aportación de medios materiales necesarios”

Están excluidos de su aplicación:

- Los conflictos individuales: El ASEC únicamente resuelve los conflictos de naturaleza colectiva (que son los que están exigiendo en mayor medida la mediación y arbitraje como procedimiento de solución de conflictos), dejando al margen los conflictos individuales que se solucionan, bien por los procedimientos internos de reclamación dentro de las empresas bien, en el caso de que éstos no funcionen, por la conciliación administrativa dado que “aún ciertas dificultades técnico-jurídicas de implantación de un sistema privado de solución de conflictos individuales [así se refiere el autor a los sistemas extrajudiciales], sin olvidar la complejidad que comportaría un aparato administrativo pensado par canalizar un elevado número de reclamaciones”¹⁵¹. También el ASEC-II establece en su artículo 4.3 que se excluyen de su ámbito de aplicación la solución de conflictos individuales que podrán someterse a los procedimientos provistos por los acuerdos suscritos, o que puedan suscribirse, en los distintos ámbitos autonómicos.
- los conflictos sobre la Seguridad Social: sí se someten los conflictos que recaigan sobre Seguridad Social complementaria, incluidos los planes de pensiones.
- También excluyen los conflictos en los que aparece como parte la Administración (estado, CCAA, entidades locales u OAAA dependientes de ellos)¹⁵².

¹⁵¹ CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada...* ob. cit., pág. 62.

¹⁵² LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares: régimen jurídico*, Universitat de les Illes Balears, Assaigs Jurídics, 7, Pamplona, 2002, págs. 34-36. “Esta exclusión del ámbito objetivo del acuerdo balear se fundamenta en la naturaleza pública que tiene el empleador. La misma abarca, no sólo asuntos de los funcionarios con la Administración, sino también los del personal laboral con la Administración, de manera que se excluyen los conflictos que, de conformidad con el art. 69 de la L.P.L., exigen una reclamación previa en vía administrativa. (...), en caso de conflictos individuales que afecten al personal laboral, hay que recordar que el art. 69 de la L.P.L., exige a efectos de demandar a uno de los órganos públicos que menciona, «haber reclamado en vía administrativa en la forma establecida en las leyes». Por lo que hace a la reclamación previa, la misma está desarrollada en la L.R.J.P.A.C., en sus arts. 120, 121, 125 y 126. De estos preceptos se deduce que la reclamación previa supone un privilegio para la Administración Pública que, aunque recuerde a la conciliación, tiene como objetivo poner en conocimiento de la Administración correspondiente el hecho de que va a ser demandada, y no impugnar un acto administrativo, por lo que

A pesar de que el ASEC diferencia la mediación, la conciliación y al arbitraje, se afirma por parte de la doctrina que los dos primeros en realidad se refieren a una misma realidad, diferenciándose exclusivamente según el grado de intervención del tercero.

La mediación aparece como sistema prevalente y se presume que será el procedimiento utilizado en la mayoría de los casos. Aunque el arbitraje ofrece indudable ventajas (flexibilidad de trámites, consideración de circunstancias por el árbitro no exclusivamente jurídicas, etc.), lo cierto es que la vinculación de este con el procedimiento judicial es evidente, en el sentido de que es un procedimiento heterónomo de solución de conflictos en el que el tercero decide la solución, mientras que el mediador es un simple intermediario, conductor del diálogo de las partes enfrentadas sin capacidad decisoria alguna. “(...)del éxito de la mediación depende el efectivo reforzamiento del protagonismo de las asociaciones sindicales y organizaciones empresariales, por cuanto que resulta el más respetuoso con el principio de autonomía colectiva”¹⁵³.

La mediación aparece con carácter general como procedimiento para la solución de los siguientes conflictos: colectivos de interpretación, relativos al desarrollo del proceso negocial, vinculados al ejercicio de la huelga o durante los periodos de consulta.

Pueden solicitar la mediación los siguientes sujetos en las siguientes circunstancias:

debe ser interpretada de forma restrictiva. Además, como requiere el propio art. 69.1 de la L.P.L., sólo puede ser desarrollada por una ley formal, no por cualquier tipo de norma –como podría ser una convencional-. En definitiva, actualmente en relación con la reclamación previa no parece posible afirmar que la mis se pueda llevar a cabo por los procedimientos convencionales –como los del Acuerdo balear- con todas las garantías propias de los mismos, en tanto que necesita ser desarrollada por ley. Recapitulando todo lo dicho, hay que concluir que la posibilidad de que el T.A.M.I.B. conozca de conflictos entre trabajadores y empresarios en el seno de las Administraciones Públicas se va a encontrar con serios obstáculos hasta que esta posibilidad se regule legalmente. Así, de los tres supuestos conflictuales que el Acuerdo balear prevé que pueden ser solventados por el T.A.M.I.B. sólo uno será verdaderamente factible, que es el que se refiere a los conflictos colectivos que afecten al personal laboral”. En lo que se refiere a los conflictos individuales argumenta que no podrían utilizarse los mecanismos extrajudiciales para cumplir el requisito de la reclamación administrativa previa que es necesario, alegando que solo puede desarrollarse por una ley formal, no por un acuerdo, a pesar de cumplir lasa garantías, puesto que debe ser desarrollado legalmente.

¹⁵³ CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada...* ob. cit., pág. 73.

- En los conflictos colectivos de interpretación y aplicación (según el artículo 151 del texto refundido de la LPL), los sujetos que estén capacitados para promover una demanda de conflicto colectivo ante la jurisdicción social.
- En los conflictos que bloquean una negociación colectiva, los representantes de los trabajadores y empresario, es decir, los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo. El ASEC II reduce el plazo de bloqueo de la negociación de 6 a 5 meses, e incluye la posibilidad de solicitar la mediación sin cumplirse dicho plazo siempre que la solicitud se haga por las dos partes.¹⁵⁴
- En los conflictos sobre la convocatoria de huelga: los sujetos capacitados para convocarla.
- En los conflictos por la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga, el comité de huelga y el empresario.
- En caso de discrepancias en el período de consultas en los supuestos de traslados, modificación sustancial del contrato, suspensión del mismo o despido colectivo, el empresario y la representación de los trabajadores

El ASEC-II introduce un nuevo tipo de conflicto no contemplado en el Acuerdo anterior en su artículo 4.e, que establece la posibilidad de recurrir al SIMA en las “controversias colectivas que sin revestir la forma de demanda judicial de conflicto colectivo jurídico, surjan con ocasión de la aplicación e interpretación de un Convenio Colectivo a causa de la existencia de diferencias sustanciales debidamente constatadas que conlleven el bloqueo en la adopción del correspondiente acuerdo en la Comisión Paritaria. La iniciativa de sometimiento a los procedimientos previstos en este Acuerdo deberá instarse por la mayoría de ambas representaciones de dicha Comisión Paritaria”.

Estos conflictos se pueden someter al Acuerdo si¹⁵⁵:

¹⁵⁴ Artículo 6 ASEC II.

¹⁵⁵ Artículo 5 ASEC-II.

- Se trata de un sector o subsector de actividad que exceda del ámbito de una Comunidad Autónoma.
- Cuando el conflicto afecte a varios centros de trabajo de una empresa radicados en diferentes Comunidades Autónomas.

Es necesario por lo tanto que se trate de un sector o actividad económica adherido al ASEC o bien que una empresa se adhiera directamente a el Acuerdo a través de sus representantes de los trabajadores, aunque no se trate de un sector adherido al Acuerdo.

Asimismo es necesario que se trate de un conflicto de ámbito sectorial nacional o que afecte a varios centros de trabajo situados en distintas Comunidades Autónomas.

La mediación se desarrolla por un órgano, unipersonal o colegiado, que ha de procurar resolver las diferencias que hayan dado lugar al conflicto. Será obligatoria siempre que lo solicite una de las partes. Es así mismo obligatorio agotar este procedimiento en los siguientes casos:

1. Como requisito preprocesal cuando cualquiera de las partes pretenda la interposición de la demanda de conflicto colectivo ante la jurisdicción laboral (art. 10.3 ASEC 1996).

La normativa estatal ha establecido el tramite de la conciliación con carácter necesario y previo a la interposición de la demanda, y este trámite puede cumplirse por tres vías: ante la autoridad laboral según el procedimiento de conflicto colectivo regulado en el DLRT, ante los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación según el procedimiento conciliatorio del RD 5/1979 de 26 de enero, o ante los órganos de conciliación que se establezcan a través de los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos (art. 63 y 154.1 LPL).

Además es destacable que el ASEC establece la mediación como único procedimiento habilitado para llevar a cabo ese trámite en el caso de que se trate de miembros de éste a los que sea de aplicación (por lo que excluye la posibilidad de acudir a las otras vías). Así lo establece en su artículo 10.8

cuando establece que la mediación “sustituye” al trámite obligatorio de conciliación previsto en el artículo 154.1 LPL¹⁵⁶.

El artículo 6 del ASEC-II establece además que la mediación será obligatoria, no solo en los supuestos establecidos expresamente por el acuerdo sino también “siempre que la demande una de las partes en conflicto”.

2. Asimismo se establece como trámite obligatorio acudir a la mediación para la convocatoria de la huelga (10.3 ASEC-II). Supone añadir un requisito que no está contemplado legalmente (el artículo 33 p3 de DLRT exige que la comunicación del preaviso de huelga venga acompañada de las “gestiones realizadas para resolver

¹⁵⁶ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., págs. 60-61. Respecto a como se puede compaginar el carácter voluntario de la mediación con la posibilidad de que en determinados casos sea obligatorio LLOMPART afirma que hay que distinguir entre una voluntad inicial de someterse al proceso de mediación y una voluntad final de aceptar o no el acuerdo que se propone. El art. 8.3 del R.T.A.M.I.B. establece que los procesos recogidos en el Acuerdo son voluntarios. Pero esta voluntariedad está matizada por el hecho de que la mediación será obligatoria en un conflicto colectivo si hay una cláusula de sometimiento al proceso de conciliación-mediación del T.A.M.I.B. (en conflictos autonómicos o de ámbito inferior, porque los de ámbito superior siempre requieren la voluntad del causante). Cuando se trata de conflictos individuales: “En relación con las controversias individuales, el establecimiento de una mediación obligatoria por disposición de la autonomía colectiva choca con lo dispuesto expresamente en el art. 91 párr. último del E.T., que señala que los procedimientos de mediación y arbitraje pueden resolver controversias individuales «cuando las partes expresamente se sometan a ellos». Sin embargo, para salvar esta contradicción hay que distinguir entre el procedimiento de mediación y arbitraje. Así, en el arbitraje la suscripción de compromiso arbitral comporta la obligación de asumir la decisión del árbitro. Por su parte, en la mediación es conveniente distinguir la voluntad inicial de someterse a este procedimiento de la voluntad final de aceptar o no el acuerdo que se propone. En este sentido, la voluntad individual inicial de someterse a la mediación se puede ver alterada por el acuerdo colectivo, puesto que no implica necesariamente la obligación de aceptar la solución propuesta en la mediación. Como consecuencia de la obligatoriedad del procedimiento de conciliación-mediación y, en tanto que éste amortiza el intento de conciliación previa al proceso judicial laboral, las partes en conflicto que hayan acudido al T.A.M.I.B., sin lograr una solución a su controversia, que pretendan resolverlo judicialmente ya no necesitarán acudir previamente ni al procedimiento de conflicto colectivo regulado en el R.D.L.R.T. ni al S.M.A.C. Ahora bien, cuando las partes enfrentadas, contraviniendo la cláusula de sometimiento al T.A.M.I.B., hayan intentado sin éxito resolver su conflicto ante el S.M.A.C., o sencillamente no hayan acudido a ninguna instancia previa a la judicial, en el momento de la presentación de la demanda, el juzgador, a tenor del art. 81.2 de la L.P.L., pondrá de manifiesto tal defecto, en cuyo caso la admitirá provisionalmente, advirtiéndolo a las partes para que subsanen este error con la acreditación de haber agotado la conciliación previa donde corresponda y dentro del plazo de 15 días, bajo apercibimiento de archivo en caso contrario”.

las diferencias” pero no dice como deben realizarse éstas), pero es posible que se fije por las propias partes en conflicto, e incluso que ese procedimiento se establezca como obligatorio (artículo 8.1 DLRT “los convenios colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga”). Ahora bien, en el caso de que se elija la mediación como procedimiento para llevar a cabo dicha gestión de carácter obligatorio, se calificará como ilegal la huelga que sea convocada sin someterse a dicho procedimiento (art. 11.d DLRT).

3. En relación a los conflictos de intereses, el ASEC no es un mecanismo obligatorio para ambas partes, pero en el caso de que se prevea como de tramitación necesaria, será preceptivo para ambas partes desde el momento en que una de ellas lo solicite (es decir, cuando lo pida una de las partes en los períodos de consultas establecidos para los procedimientos de traslados, modificación sustancial de condiciones, suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, y despido colectivo; aunque lo que es obligatorio es el llevar a cabo el trámite por dicho procedimiento, no llegar a un acuerdo determinado respecto al fondo del asunto).

El artículo 10.7 del ASEC-II¹⁵⁷ establece que la función del mediador es ofrecer una propuesta de solución del conflicto que las partes podrán aceptar o no. Es un concepto de la mediación totalmente distinto al de la mediación familiar, pero al menos existe una normativa que deja clara cual es la actuación del mediador.

¿Cuales son los efectos jurídicos del procedimiento de mediación laboral?

1. En primer lugar se abre un periodo de pacificación social que supone una renuncia a adoptar cualquier tipo de medida de presión¹⁵⁸. “renuncia que se produce como una garantía de una

¹⁵⁷ “El mediador o mediadores formularán propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Las partes aceptarán o rechazarán de manera expresa las propuestas formuladas”.

¹⁵⁸ Artículo 10.6 del ASEC “promovida la mediación y durante su tramitación, las partes se abstendrán de adoptar cualquier otra medida dirigida a la solución del conflicto”. Artículo 11.4 ASEC “Una vez formalizado el compromiso arbitral las partes se abstendrán de instar otros procedimientos sobre cualquier cuestión o cuestiones sometidas al arbitraje, así como recurrir a la huelga o cierre patronal”.

mayor efectividad de estos procedimientos y como elementos que facilitan la reducción de las desconfianzas que de principio pudieran existir entre las partes”¹⁵⁹.

2. En segundo lugar supone la interrupción de la prescripción y la suspensión de la caducidad (art. 65.1 y 3 LPL) en los conflictos jurídicos. No se incluye en ellos los bloqueos negociales, las reestructuraciones empresariales cuando estas desemboquen en una actuación judicial y cualquier conflicto que a pesar de poder dar lugar después a una acción judicial, no tiene fijados plazos de prescripción.
3. En cuanto a los efectos de la solución alcanzada, la normativa estatal asimila el acuerdo con los convenios colectivos. “las propuestas de solución que ofrezca el mediador o los mediadores a las partes podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por éstas. En caso de aceptación, el acuerdo conseguido en avenencia tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos y dentro del ámbito al que se refiera, así como a los efectos previstos en el artículo 68 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral” (art. 10.7 ASEC de 1996 y en el mismo sentido el artículo 10.7 ASEC-II).

En caso de que no haya avenencia, el mediador o mediadores levantarán acta en ese mismo instante, registrando la propuesta o propuestas formuladas, la ausencia del acuerdo y las razones alegadas por cada una de las partes.

Asimismo el ordenamiento otorga al acuerdo alcanzado plena eficacia jurídica vinculante para las partes, es decir, tiene efecto *erga omnes*. De esta forma “el aparato normativo estatal expresa su voluntad de servir de apoyo para garantizar el efectivo cumplimiento de la solución alcanzada por medio de la mediación y el arbitraje, como un instrumento indirecto de apuntalar confianza y efectividad a los procedimientos privados”¹⁶⁰. Así las partes contarán con todos los instrumentos de coerción que tiene el

¹⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada...* ob. cit., pág. 79.

¹⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada...* ob. cit., pág. 81.

aparato judicial para asegurar el cumplimiento de lo pactado. Pero esto es únicamente predicable de los conflictos jurídicos y no de los de intereses. También puede acudir a los mecanismos que otorga la autoridad administrativa, es decir, al aparato sancionador administrativo.

4. Debemos señalar que en todo caso, siempre es posible impugnar judicialmente los acuerdos alcanzados por vía de la mediación y del arbitraje, según lo establecido por el principio de tutela judicial efectiva.

Las mediaciones relativas a la interpretación y aplicación de los convenios colectivos o de acuerdos de estructuración deben ser impugnados por la vía del artículo 67.1 de ET relativo a nulidad de los contratos. Cuando son mediaciones en conflictos de intereses no existe previsión legal al respecto pero se aplica analógicamente lo relativo a la impugnación de los convenios colectivos.

Resumiendo, ASEC-II introduce como principales novedades:

- a) La reducción del plazo de bloqueo de la negociación del convenio colectivo de 6 a 5 meses, y la inclusión de la posibilidad de solicitar mediación sin cumplirse dicho plazo siempre que la solicitud se realice por ambas partes.
- b) La posibilidad de elegir un mediador que no esté en las listas del SIMA cuando haya acuerdo entre las partes (art. 10.4 ASEC-II).
- c) La introducción de un sistema de incompatibilidades en los mediadores.
- d) La adición de un nuevo conflicto a los ya regulados que permite a las comisiones paritarias poder utilizar el SIMA para solucionar las discrepancias surgidas en la interpretación y aplicación de los convenios que no revisten la forma de demanda judicial de conflictos jurídicos, siendo necesario que la mediación sea instada por la mayoría de las representaciones.

La vigencia de este Acuerdo se extiende hasta el 31 de septiembre de 2004, prorrogándose por sucesivos periodos de cinco años en caso de no mediar denuncia expresa por alguna de las partes.

IV. LA MEDIACIÓN EN SALUD

El objetivo primordial de la Mediación, es el acuerdo entre las partes cuando existe algún tipo de conflicto¹⁶¹.

No hay una previsión expresa ni en el marco jurídico sanitario ni en la protección de los consumidores respecto a la mediación como técnica de resolución de conflictos. Sin embargo existen normas habilitantes para estas prácticas, como el *artículo 9.2 de la Constitución*, cláusula general de la participación ciudadana en la vida política, cultural y social.

En el Derecho Privado, la autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el Código Civil permitiría la formulación de los acuerdos precisos para remitir la solución de determinados asuntos a los procedimientos mediados que puedan establecerse.

Para explicar la práctica de la Mediación como una alternativa más en el ámbito sanitario, podemos desglosar dos apartados:

1.- MEDIADORES DE HOSPITAL

Se les llamaba conciliadores médicos, los cuales tenían la misión de ofrecer información a pacientes, a sus representantes, y facilitar la liquidación de las diferencias relativas a la responsabilidad resultante de la actividad profesional de un médico con motivo o a continuación de una prestación de servicios.

Este conciliador médico o mediador, era un médico interno encargado de dialogar con los enfermos o su familia, cuando éstos encontraran dificultades en sus relaciones con el personal sanitario¹⁶².

¹⁶¹ En el ámbito de la salud, pueden surgir dichos conflictos en: Errores o negligencias por parte del equipo sanitario o centro. Problemas en la comunicación entre el personal del centro de salud, el enfermo y la familia del mismo. Conflictos a la hora de decidir el tratamiento más adecuado. El deterioro de las relaciones entre el paciente y la familia. El tipo de trato que recibe el enfermo y/o la familia. Falta de información sobre el estado o el diagnóstico del paciente a la familia. Disputas o conflictos producidos entre el propio personal médico.

¹⁶² El funcionamiento, básicamente comienza cuando el usuario tiene algún tipo de queja sobre los cuidados recibidos, por lo que se dirige al director del hospital, el cual, decidirá sobre la necesidad de llamar al conciliador médico o no. Cuando dicho conciliador se haga cargo de la queja como tal, propondrá una entrevista, y dará todas las informaciones necesarias sobre el problema que preocupa. Este trámite no interrumpe un posible recurso jurisdiccional.

Podríamos decir, que es una mediación institucional, ya que el paciente debe dirigirse al director del hospital para poder llegar al conciliador o mediador.

2.- MEDIACIÓN CIUDADANA EN EL HOSPITAL

En este punto, nos referimos a las asociaciones de voluntarios, antiguos médicos, jubilados, enfermos, etc., que pueden formar parte de la mediación, escuchando y orientando desde su experiencia. Estos “mediadores” son rápidos a la hora de decidir si un caso es necesario llevarlo a los tribunales, por un abuso o injusticia, remitiendo al enfermo y a la familia a un abogado especialista en responsabilidad civil.

Con la iniciativa del *Colegio de Médicos de Vizcaya*, que desde el mes de febrero de 1999 dispone de un Tribunal arbitral para daños en el ámbito sanitario, y con el fin de hallar un nuevo espacio donde se realicen debates con orden y rapidez sin tener la necesidad que litigar mediante el pleito diferentes posturas, surge en el Colegio de Abogados Madrid, el nuevo *Estatuto de Funcionamiento de la Corte de Arbitraje*, que crea una sección especializada que trata de mejorar la tramitación jurisdiccional de la litigiosidad en materia de responsabilidad profesional sanitaria por daños en la salud, dando satisfacción a las preocupaciones manifestadas tanto por las organizaciones profesionales sanitarias como por los usuarios¹⁶³.

El propio estatuto regula la composición de la sección dando entrada, junto a juristas, a profesionales expertos nombrados por sus respectivos colegios, y a representantes de las entidades de seguros de responsabilidad civil, de las administraciones públicas y de los consumidores.

Con el nuevo reglamento, el *Arbitraje Sanitario* tendrá también especialidades que constituyen una experiencia sin precedentes, como son la introducción de dos fases, destinadas a que las partes autocompongan la situación: la de conciliación, en la que el letrado conciliador exhorta a las partes implicadas a llegar a un acuerdo, y la de *Mediación*, en la que el letrado nombrado elabora un texto de consenso para la resolución del conflicto.

¹⁶³ «Normas de procedimiento sobre conciliación y mediación en materia de responsabilidad sanitaria. Los abogados deben intentar conciliar a las partes». *Otrosí*, Mayo 1999. Pág 69. Y «El Colegio pone en marcha el arbitraje por daños médicos», *Otrosí*, Mayo 1999. Pág. 64.

Respecto a la Fase de Mediación, el artículo 4 de las normas establecidas por la Corte de Arbitraje del ICAM establece que, cuando las partes hayan mostrado su conformidad a través del letrado, medie en el conflicto y así se haya recogido en el acta, el letrado, en el plazo que le hayan concedido las partes, que no podrá ser inferior a 10 días hábiles, redactará un borrador de texto de acuerdo que remitirá de inmediato a las partes. Las partes, en un plazo de 10 días hábiles, o en el que hayan acordado, podrán hacer llegar al letrado sugerencias al borrador de texto del acuerdo, que una vez recibidas por éste, podrán ser o no incorporadas al texto definitivo, el cual será comunicado a las partes en una comparecencia a la que deberán ser citadas por la Corte. De la comparecencia se levantará acta, en la que se hará constar el acuerdo de las partes al texto definitivo presentado por el letrado conciliador, que será entonces de obligado cumplimiento, o la disconformidad a dicho texto, en cuyo caso, o bien finalizará la intervención de la Corte de Arbitraje o bien, de existir acuerdo en someter la cuestión a arbitraje, se iniciará el procedimiento arbitral.

A través de esto, es posible, de una manera justa, ofrecer una alternativa eficaz al sin fin de reclamaciones pendientes ante los tribunales y, en definitiva, una mejor y más rápida satisfacción de los intereses en presencia y una apuesta por el progreso y la paz social.

La mediación en el ámbito de la salud, mejora la capacidad de las partes para resolver el conflicto. Otorga poder a las personas para que participen en la resolución de sus propios problemas, en lugar de depender del poder coercitivo del aparato judicial, administrativo y social para imponer sanciones al profesional médico, o indemnizaciones al paciente o víctima.

Las víctimas, en el caso de que se haya producido un error o negligencia por parte del centro de salud, reciben una compensación material por sus pérdidas con carácter reformador. La mediación, consigue una *reconciliación* (como ocurría también en la mediación penal) entre la ruptura del centro hospitalario y la persona o familia, y en la mayoría de los casos, el acuerdo al que llegan las partes, es más justo que los del sistema judicial, y sin olvidar, la duración del proceso, ya que judicialmente, puede llegar a existir una demora de entre 8 a 10 años.

Según manifestó MUNUERA¹⁶⁴, una de las incógnitas de este nuevo procedimiento es el marco legal por el que se optará para establecer las bases de su funcionamiento: La Ley de arbitraje de 1988, La Ley General de Protección de los consumidores de 1984 o la Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así como la ley de colegios profesionales de 1984 reconoce como uno de los fines de dicha institución emitir laudos.

Es importante hacer mención a la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, que modifica la responsabilidad profesional sanitaria cerrando las vías sociales y civiles en reclamaciones por daños, centralizándolo todo en lo contencioso, que resulta ser, la vía más lenta. Dicha reforma, entra en vigor el 14 de Diciembre de 1.998, e impide que el paciente/enfermo pueda demandar al médico, obligándole a reclamar a la Administración. La reforma, supone el fin a las demandas civiles contra el médico de Servicio Nacional de Salud. La vía penal, es más satisfactoria, ya que es gratuita, más rápida en conseguir la prueba, y el poder con el que cuenta el juez, en este tipo de casos, no tiene límites; aunque el proceso penal, suele ser más doloroso para el profesional, la presión social y judicial es más grande. A pesar del reciente interés en la mediación y de un gran número de estudios realizados, pocos investigadores han profundizado en la mediación como una alternativa más en la resolución del conflicto; de ahí, que no sean muchos los programas realizados en España, aunque si hemos encontrado, que en Madrid, existe una Escuela de Mediadores Sociales para la Inmigración, que a principios de este mismo año, inició un curso de educación sanitaria para inmigrantes a través de la mediación. Este mismo programa, se está realizando también en Barcelona.

Es importante lo manifestado por RETUERTO, ex Defensora del Pueblo y Vocal del CGPJ, en el VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario¹⁶⁵, cuando dice “sin embargo, el éxito de la mediación no depende tanto de su regulación en el plano normativo como de su aceptación en el ámbito cultural de la sociedad y el sector en el que se inserta”. Esta idea ha sido ya puesta de manifiesto por los profesionales en los distintos ámbitos donde la

¹⁶⁴ MUNUERA GÓMEZ, P.: *Mediación en Salud: conceptos claves y marco jurídico relevante*. Documentación entregada en el Curso de Experto en Mediación, UCM, 1999-2000.

¹⁶⁵ RETUERTO BUADES, M.: *Mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito sanitario: soluciones que aportan. La perspectiva de los consumidores y usuarios*, AEDS.
<http://www.aeds.org/congreso6/6congre-12.htm>

mediación se ha ido desarrollando como podemos observar del análisis que venimos haciendo hasta ahora.

Fuera de España, son más los programas de Mediación en Salud, especialmente en Reino Unido y EEUU, que cuentan con multitud de experiencias en la resolución de demandas por negligencias médicas.

SEGUNDA PARTE:
LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO
DE RESOLUCIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO

SEGUNDA PARTE: LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO

Capítulo 1º:

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO. FUNDAMENTACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de conflictos familiares, nadie discute la necesidad de encontrar sistemas que permitan afrontar las crisis matrimoniales de la forma menos traumática, que permitan una flexibilización y mayor adaptación de las soluciones a la realidad familiar así como la necesidad de que los involucrados en el conflicto participen de éstas soluciones. La sensibilización social ante los problemas familiares y la consecuente protección otorgada por la legislación europea y nacional al menor y a la familia, hacen que estos *sistemas informales de solución de conflictos* tengan cada vez mas seguidores, como lo demuestran tantas instituciones públicas y privadas que ofrecen servicios de mediación familiar.

Sin embargo la mediación como sistema de solución de los conflictos de consumo es aún hoy objeto de un desconocimiento considerable, no solo a nivel social sino también en el ámbito jurídico, a pesar de lo cual se trata de una *práctica* que se desarrolla cada vez más en determinadas instituciones, fundamentalmente en las Oficinas Municipales de Información al Consumidor y las Juntas Arbitrales de Consumo.

El capítulo que ahora nos ocupa trata de determinar en qué *marco socio-jurídico* y con qué *fundamentos* se ha producido la implantación de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos de consumo en Europa, y consecuentemente en España.

Observaremos cómo estos sistemas, en especial la mediación de consumo, se han demandado y se vienen desarrollando como uno de los *mecanismos que permiten mejorar el acceso a la justicia a los consumidores*.

Por ello encuadramos su estudio dentro del llamado **Derecho de acceso a la justicia**. Este derecho se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios

de iniciativas legislativas y actividades europeas en el marco de protección del consumidor. Su importancia viene determinada fundamentalmente por la constatación de que una adecuada protección del consumidor no consiste exclusivamente en un reconocimiento exhaustivo de una gran variedad de derechos subjetivos, sino, en gran medida, de que ese reconocimiento sea *efectivo*. Una efectividad que se consigue cuando se permite que el consumidor goce de todas las garantías y posibilidades *reales* de recurso ante la vulneración de los mismos.

Por ello en primer lugar vamos a analizar el *contenido y las vicisitudes* de este derecho.

Nos centraremos posteriormente en el *estudio de los mecanismos a través de los cuales se pretende mejorar ese acceso a la justicia* de los consumidores, con especial atención a la mediación.

Por último haremos un repaso a la *legislación protectora del consumidor* para tratar de encontrar un reconocimiento de esta figura en nuestro ordenamiento, empezando por la propia Constitución para terminar por la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, con la cual el sistema de mediación se encuentra muy vinculada puesto que sienta las bases del Sistema Arbitral de Consumo.

I. EL ACCESO A LA JUSTICIA: CONDICIÓN NECESARIA DE UNA POLÍTICA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1.- LOS NUEVOS OBJETIVOS EUROPEOS EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Fue a mediados del siglo pasado cuando se fue experimentando una evolución del concepto de consumidor, pasando de ser un simple elemento más de la cadena productiva a convertirse en un sujeto que debe ser objeto de protección.

Dicha protección se ha encuadrado dentro de una política de “*promoción de los intereses de los consumidores*” que consiste fundamentalmente en la concienciación de que el consumidor tiene intereses que van más allá de lo estrictamente económico y que son igualmente legítimos y necesitados de protección¹⁶⁶.

Según BOURGOIGNIE, existen dos ideas que deben presidir el derecho de consumo en la actualidad:

La igualdad, entendida como “la necesidad de una mayor difusión en la sociedad de los recursos que reparten el poder”¹⁶⁷. Cuestión harto difícil teniendo en cuenta que actualmente, el verdadero poder lo otorga la información. El mundo actual, un mundo sin fronteras físicas debido al fenómeno de la globalización, ha supuesto que quien posea la información será quien decida cómo y cuándo distribuirla.

La democracia, entendida como la “voluntad de asegurar la participación activa de los ciudadanos en los mecanismos de toma de decisión que les conciernen”¹⁶⁸.

También se refiere a estas nuevas exigencias CORTINA¹⁶⁹, cuando habla de la necesidad de una nueva “ética del consumo” introduce dos variables, el consumo debe ser *justo* y proporcionar a las personas una *vida buena*.

¹⁶⁶ Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 D.O de 25.04.1975 sobre el programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores “De ahora en adelante, ya no se considera al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, pueden afectarles directa o indirectamente”(Introducción punto 3).

¹⁶⁷ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág 68.

¹⁶⁸ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág 68.

¹⁶⁹ CORTINA, A.: «Ética del Consumo», en *El País*, Jueves 21 de enero de 1999., pág. 12.

Los poderes públicos se hicieron eco de los problemas que se ponían de manifiesto por los empresarios y operadores del mercado. Esta atención se debió fundamentalmente a dos motivos: el primero es que se trata de cuestiones que afectan *al sector más amplio de la sociedad*, todos somos, en una medida u otra consumidores, por lo que su repercusión era importante; el segundo, a que se trata de temas *teóricamente de fácil solución y satisfacción*.

La protección de los consumidores se convierte en un tema de **política comunitaria rentable** ya que responde a la necesidad de una mayor intervención basada en la promoción de valores sociales. Esta política comunitaria se ha centrado fundamentalmente en cuatro puntos con los que se trata de abarcar todos los ámbitos de la actuación del consumidor.

1. **Educación:** condición de éxito de otras políticas y con un importante papel preventivo, reduce las desigualdades beneficiando a los más vulnerables.
2. **Información:** debe ser, completa y exhaustiva y teniendo en cuenta la pluralidad de fuentes y vías de información.
3. **Protección:** completa la necesidad de información, que por sí sola es insuficiente porque suele ser incompleta e ineficaz y porque la ficción de modificar la estructura de los determinantes y presiones de consumo, que caracterizan nuestro sistema económico, mediante una simple mejora del juego del mercado, resultado de la creciente información de los destinatarios de las actividades de producción.
4. **Acceso a la justicia:** BOURGOIGNIE afirma que “una política de verdadera ayuda al consumidor (...), debe establecer los mecanismos que permitan asegurar la expresión de sus peticiones, de sus necesidades, incluso de sus conflictos. Las preocupaciones de una política activa de consumo son, como ya hemos visto, las de un movimiento social más amplio que pretende favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 131, nota 65. Es interesante la diferenciación que este autor hace respecto a lo que es el Derecho de Consumo y la Ayuda jurídica al consumidor. El primer concepto lo define como “conjunto de normas, reglas e instrumentos que son el resultado, en el plano jurídico de diferentes iniciativas tendentes a asegurar o aumentar la protección del consumidor en el mercado económico”. Sin embargo el segundo concepto se refiere a la naturaleza dinámica del derecho de consumo y fundamentalmente a la promoción de los intereses de los consumidores. Se refiere a hacer valer, expresar, conocer y aplicar los derechos que le son reconocidos en el sistema socio-económico. Es un concepto más amplio por lo tanto que el derecho de consumo, refiriéndose al conjunto de iniciativas jurídicas como manifestación de la política económica y social para promover los intereses de los consumidores.

De esta forma el derecho de acceso de los consumidores a la justicia se convierte en un objetivo de la política europea como consecuencia de las nuevas necesidades así como de una profunda crisis de la justicia.

Nos planteamos por tanto qué encierra este Derecho de acceso a la Justicia. El *Libro Verde sobre el acceso de los Consumidores a la justicia*¹⁷¹ analiza el concepto partiendo de dos importantes aspectos:

- Se trata de un **Derecho Humano Fundamental**. Fue reconocido como Derecho Humano en el art. 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de Roma del 4 de noviembre de 1950. A ello añadimos que el dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde¹⁷² define el derecho a la justicia como uno de los *Derechos Fundamentales* de los ciudadanos, y diferencia entre el derecho a una *justicia justa*, es decir, accesible, rápida y eficaz, y el *derecho a conocer el derecho*, refiriéndose cuestiones como la asistencia judicial, información jurídica y consulta jurídica.
- Se trata de una **condición de eficacia del ordenamiento jurídico**. Pero el ordenamiento jurídico comunitario tiene una serie de características que le hacen especial. En primer lugar se trata de un sistema de normas cuya aplicación no se confía a una jurisdicción propia sino a las nacionales (pluralidad de jurisdicciones y procedimientos). Si bien el artículo 7 del Tratado Constitutivo de la CE exige que estas jurisdicciones nacionales sean accesibles en igualdad de condiciones para cualquier particular, independientemente de su nacionalidad y las divergencias (legítimas) entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales¹⁷³.

Este derecho se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios de las iniciativas legislativas y actividades europeas en el marco de protección del consumidor. Su importancia viene determinada fundamentalmente por la constatación de que una adecuada protección del consumidor no consiste

¹⁷¹ COM (93) 576 final de 16.11.1993

¹⁷² (94/C295/ 01)

¹⁷³ “Incumbe a las jurisdicciones nacionales aplicar, en el marco de sus competencias y según sus propios procedimientos, las disposiciones del Derecho Comunitario: pero, consiguientemente, si el acceso a la justicia nacional se ve obstaculizada, es la eficacia (y la aplicación no discriminatoria) del Derecho Comunitario lo que se cuestiona” (pág. 6)

exclusivamente en un reconocimiento exhaustivo de una gran variedad de derechos subjetivos, sino, en gran medida, de que ese reconocimiento sea *efectivo*. Una efectividad que se consigue cuando se permite que el consumidor goce de todas las garantías y posibilidades de recurso REALES ante la vulneración de los mismos. Es decir, *no solo que existan vías de recurso* que permitan al consumidor defender el ataque a cualquiera de los derechos que tenga reconocido, sino que estas vías sean *conocidas* por los consumidores y *adecuadas*, permitiendo alcanzar el objetivo que pretenden cumplir.

2.- EL OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: EL VÍNCULO NECESARIO ENTRE EL DERECHO SUBJETIVO Y LAS VÍAS DE RECURSO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró: “incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales (...) garantizar la *plena eficacia* de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares; hay que señalar que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un estado miembro”¹⁷⁴.

Toda legislación procesal se basa en la necesidad de que a todo derecho debe corresponder una acción destinada a su reconocimiento en juicio, para evitar los perjuicios que tienen la autodefensa o sistemas autocompositivos.

También se pronuncia la Comisión al respecto estableciendo que “la protección de los intereses de los consumidores mediante la mejora y la ampliación de sus derechos sustanciales quedará incompleta si, paralelamente, *no se les ofrecen medios y procedimientos apropiados para hacer valer dichos derechos*”¹⁷⁵.

Es la **eficacia** del propio Derecho comunitario lo que se cuestiona cuando se lesiona algún derecho reconocido por su ordenamiento y no es posible

¹⁷⁴ (St. 19 de noviembre de 1991. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90 recopilación 1991. P. 5357. Referencia a ellas en el *Libro Verde* pág. 92).

¹⁷⁵ COM(87) 210 final Complementaria por la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia, de 7.5.1987, página 1. en este sentido también la Resolución del Parlamento Europeo D.O C99 de 13.3.1987 “considerando que los derechos esenciales que confiere la legislación comunitaria al consumidor deben acompañarse de mecanismos de procedimientos adecuados que garanticen su aplicación” (considerando C)

obtener una reparación. La Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores establece que “Considerando que se precisan nuevas medidas que permitan a los consumidores tener *confianza* en los mecanismos del mercado único, en especial por lo que se refiere a la transparencia, información y garantías” (considerando 11)¹⁷⁶.

2.1.- LÍMITE DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

A pesar de que el Derecho de acceso a la justicia es derecho fundamental reconocido por el ordenamiento comunitario, las intervenciones de la Comunidad en materia de vías de recurso no pueden ser sino **excepcionales**:

- En principio, el reconocimiento de un derecho subjetivo (o interés colectivo) por el ordenamiento jurídico comunitario *no implica la creación de una vía de recurso* (o de modalidades de procedimiento) diferente de las que se supone existen en cada Estado miembro¹⁷⁷. Pero

¹⁷⁶ Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección, *D.O. C 186 de 23.07.1992*. también es ilustrativa la Comunicación de la Comisión de Servicios financieros *COM (97) 309* final de 26.6.1997 para reforzar la confianza del consumidor. En su *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. (94/ C 217/10)* está de acuerdo en que la protección de los consumidores es un asunto de “*credibilidad de la construcción europea*”: “es cierto que un buen funcionamiento del mercado interior requiere que el ciudadano europeo deposite en él su entera confianza, sabiendo que los problemas que surjan pueden solucionarse rápida y eficazmente a través de un régimen regulador de los conflictos” (pág. 30). Pide a la Comisión “que examine prioritariamente la cuestión”.

¹⁷⁷ *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. (94/ C 217/10)* (pág. 3^a). Asimismo establece que en función del *principio de subsidiariedad del artículo 3B del Tratado de la Unión Europea*, el dictamen del Comité de las Regiones se centrará en si las propuestas del *Libro Verde* tienen en cuenta las diferencias y situaciones específicas de las distintas regiones de la Comunidad la Resolución sobre el *Libro Verde* presentado por la Comisión, relativo al acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. En este sentido también la Resolución sobre el Libro Verde presentado por la comisión relativo al acceso de los consumidores a la justicia y solución de los litigios en materia de consumo en el mercado único. *D.O. C n° 128 de 9.5.1994* pág. 459, Establece en su considerando E la “necesidad absoluta de crear dispositivos que permitan a los ciudadanos europeos solucionar los pequeños litigios relativos al consumo, bien a partir del derecho nacional o del derecho comunitario”. Asimismo establece en la pág. 460 que considera favorablemente los organismos y procedimientos extrajudiciales aunque “constata las diferencias a nivel nacional en relación al valor jurídico de dichas decisiones arbitrales”. Y en el punto 8 establece que el problema del acceso a la justicia es de tal envergadura que justifica una acción comunitaria, porque los objetivos no pueden alcanzarse suficientemente por los Estados miembros.

el Tribunal no excluye que una normativa comunitaria designe el órgano o el procedimiento para el recurso en una determinada materia, como se ha establecido en distintas directivas.¹⁷⁸

- Las circunstancias en las que puede intervenir vienen determinadas por el *principio de subsidiariedad*, del artículo 3B del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que establece: “En los ámbitos que *no sean de su competencia exclusiva*, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida que los objetivos de la acción pretendida *no puedan ser alcanzados de manera suficiente* por lo Estados miembros y, por consiguiente, *puedan lograrse mejor*, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, *a nivel comunitario*”

Cuando falta normativa comunitaria respecto a algún sector determinado, son las legislaciones nacionales las que deben cubrir ese vacío. En el caso del acceso a la justicia *es cada estado quien debe designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales*¹⁷⁹. Pero aún en este supuesto, *no tienen libertad absoluta*, puesto que:

- No pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna;
- No pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.
- Deberán garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario.

Por lo tanto, son los Estados miembros quienes **deben** adoptar disposiciones que garanticen el vínculo entre el derecho y las vías de recurso. Pero la Comunidad **tiene la facultad** de exigir a los Estados que adopten las medidas necesarias para ello.

¿Cuándo puede hacer uso de esa facultad? La Comunidad Europea tiene, admitido jurisprudencialmente, competencia propia, no subsidiaria, en

¹⁷⁸ Directiva 93/13/CEE del Consejo de 25.02.1992. Directivas del Consejo 84/450/CEE de 10.09.1984, 92/28/CEE de 31.03.1992 y 93/13/CEE de 5.04.1993. Directiva 89/552/CEE del consejo de 3.10.1989.

¹⁷⁹ Art. 5 del Tratado: “A falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos”

determinadas materias, para poder “estatuir un foro de jurisdicción competente así como de intervenir en la regulación de vías de recurso o de procesos de resolución de litigios” (Dictamen del Comité Económico y Social, punto 4.1.3 pág. 9), pero en los casos en que no tenga competencia para ello, en materias no exclusivas, su intervención se limita a *los casos en que no exista iniciativa en el Estado en cuestión como si las iniciativas establecidas no son eficaces*.

El fundamento de esta intervención de la Comunidad para asegurar los sistemas de recursos en los Estados partes viene justificada principalmente por el artículo **100 A** del Tratado de Roma (que exige un nivel de protección elevado en materias de salud, seguridad y protección del medio ambiente o consumidores) y **art. 129 A** modificado por el Tratado de Maastricht y de Ámsterdam (actualmente art. 153, condicionada siempre al principio de subsidiariedad y debiendo examinar, todas las consecuencias y limitaciones de la aplicación de este derecho por parte de la comisión, dado que es un ámbito donde existe una verdadera imposibilidad de que los objetivos de la acción emprendida alcancen el grado suficiente, y éste solo se podrá alcanzar a nivel comunitario)¹⁸⁰.

En resumen, esta legitimación activa *no es la “prolongación” de un derecho subjetivo protegido por el ordenamiento jurídico comunitario, sino mas bien el medio de sancionar la violación de derechos subjetivos previstos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros*.

La intervención Comunitaria es solo por un defecto de actuación de los Estados miembros. Pero ¿como puede justificarse la intervención de la Comunidad como sancionadora cuando los derechos no son subjetivamente comunitarios?

Según se ha establecido en el *Libro Verde*, el acceso a la justicia (es decir, la existencia de una vía de recurso por la cual cualquier persona lesionada en sus derechos pueda *efectivamente* hacerlos valer) es un *derecho fundamental*

¹⁸⁰ Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único.(94/ C 217/10) Punto 2 y Considerando 1 “considerando que el artículo 129 A del Tratado de la CE establece que la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior y acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros, a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada”

garantizado por las Constituciones y las leyes de los Estados miembros, así como por el convenio Europeo de protección de los derechos humanos (artículo 6).

El Acta Única Europea (Preámbulo, tercer párrafo) y el Tratado de Maastricht (artículo F, apartado 2) *garantizan el respeto de los derechos fundamentales*, reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros y por el convenio arriba mencionado. El Tratado de Maastricht los califica de *principios generales del Derecho Comunitario*.

Por lo tanto el derecho de recurso introducido, que se desencadena por cualquier violación de los derechos calificados de legítimos según el Derecho comunitario o la Ley nacional aplicable, no es sino la aplicación de un *principio general del derecho comunitario*¹⁸¹.

2.2.- NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN

El *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*, manifiesta que la existencia de diferentes legislaciones nacionales en la protección del consumidor no son un aspecto negativo, sino algo positivo puesto que son “expresión de la rica diversidad cultural existente en Europa” y solicita que se respeten ya que “solo puede llevarse a cabo una política europea eficaz en materia de consumo si se tienen totalmente en cuenta las realidades regionales y locales de cada país, respetando los intereses del consumidor”¹⁸².

Asimismo, el Comité hace un llamamiento a los gobiernos de los Estados miembros en el sentido de continuar examinando todas las posibilidades que ofrece el *artículo K del Tratado de Maastricht* y “en particular en lo que se refiere al fortalecimiento y mejora de las condiciones de acceso al derecho y a la justicia de los ciudadanos de Europa en general y de los consumidores en particular, *al objeto de alcanzar una mayor igualdad, certidumbre y seguridad en la aplicación del derecho, sentando así las bases para la eventual creación posterior de un espacio judicial único*”¹⁸³.

¹⁸¹ Página 100 Libro Verde.

¹⁸² (94/C 217/10). Asimismo, en la Comunicación de la Comisión sobre el “Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior” COM (96) 13 final establece en su página 3 “Los problemas de acceso a la justicia reclaman una *respuesta concertada de varias instituciones a nivel local, nacional y europeo*: habida cuenta de lo estipulado en el artículo 129 A y del principio de subsidiariedad, la acción comunitaria será necesariamente *limitada*”.

El objetivo debe ser garantizar que, en toda la comunidad, los consumidores puedan obtener un nivel de reparación idéntico en su conjunto. Por lo tanto las soluciones deben ser *eficaces* según el principio de subsidiariedad y deben responder a las siguientes preguntas:

- ¿Qué dimensión europea concreta tienen los problemas?
- ¿Cuáles son las soluciones más eficaces, por comparación entre los medios a disposición de la Comunidad?
- ¿Qué valor añadido aporta la acción común respecto de las acciones llevadas a cabo aisladamente por los estados miembros o las autoridades regionales o locales?

Esta armonización es necesaria dado que los distintos procedimientos existentes en los distintos estados no consiguen garantizar una aplicación *efectiva y no discriminatoria* de las directrices dadas desde Europa.

“(…) la armonización de algunas modalidades de procedimiento (o la creación de un medio de recurso específico) se imponía en la medida en que los procedimientos nacionales existentes no podían garantizar la aplicación efectiva (y no discriminatoria) de las disposiciones contempladas.”¹⁸⁴

¹⁸³ punto 4.1.11 del Dictamen del comité Económico y Social.

¹⁸⁴ Página 102 Libro Verde COM (93) 576 final. La Resolución del consejo de 13 de julio de 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores *D.O. C 186 de 23.07.1992*, se refiere a esta necesidad de armonización de cara a evitar problemas fundamentalmente en los litigios transfronterizos. “Permitir a las organizaciones de consumidores que con arreglo a la legislación nacional tengan un interés legítimo en la materia que puedan acceder a los tribunales en los Estados miembro de la comunidad, con arreglo a la ley del fuero *lex fori* del tribunal que conozca el asunto”. También el *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. (94/ C 217/10)*. en el punto 9 “piensa, en consecuencia, que será conveniente una cierta armonización de las normas procesales de los Estados miembros, al objeto de la instauración de un procedimiento comunitario, hasta una determinada cuantía, para tramitar con rapidez los litigios individuales transfronterizos de consumo en el Mercado interior” ¿porqué sólo los transfronterizos? ¿acaso no es necesario para que los nacionales gocen de un nivel de protección similar en todos los estados? *Resolución del Parlamento europeo de 11 de marzo de 1992. D.O. n° C 94 de 13.04.1992 pág. 217*. Pide a la comisión en el punto 11.b.bb “ promueva los Estados miembros, aprovechando las instituciones nacionales existentes creen en cooperación con la industria y el comercio una red de órganos de arbitraje accesibles en todo el territorio, a los que se pueda acudir en caso de litigio antes de recurrir a los Tribunales, sin limitar la posibilidad de recurrir en cada caso a un tribunal ordinario.” (p 222). *Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2.000* relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, *D.O. n° 155 de 6.6.2000*. Considera que debe promoverse a nivel nacional y, en una forma adecuada, a nivel comunitario, el desarrollo de procedimientos prácticos, eficaces y de coste reducido para la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.

Según el Memorandum de la Comisión (suplemento 2/1985), se proponen 2 vías de acción para conseguir que los consumidores disfruten de un nivel de reparación idéntico en su conjunto:

- *Establecer una legislación imperativa comunitaria con los consiguientes cambios a nivel nacional.* Se rechazó a pesar de que se había solicitado por el Parlamento Europeo (C291/1980 de 29 de octubre) y la Comunidad (C83/1980 de 2 de abril). Cree preferible centrarse en la reparación de daños aunque no excluye la posibilidad en el futuro.

La Resolución del Parlamento Europeo D.O C99 de 13.3.1987, no está de acuerdo con la comisión en su negativa a llevar a cabo una legislación que produzca cambios en los procedimientos de los Estados miembros, ya que considera que de esa forma se conseguirá un nivel adecuado de protección. De forma que es de las pocas resoluciones que considera necesario que para esa armonización se adopten soluciones de tipo imperativo que deban ser acatadas estrictamente por los Estados miembros.

- *Dar un enfoque “pragmático”:* se reconoce el acceso a la justicia como un derecho universal. No se introduce por medio de una directiva un procedimiento uniforme para la resolución de conflictos. En concreto, en las reclamaciones de pequeña cantidad se trata de promover proyectos pilotos, y después de una primera fase experimental quizás ampliarlo a nivel nacional.

Esta última opción es la que finalmente se adoptó. Sin embargo el debate aún no ha concluido puesto que como vamos a ver más adelante el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil¹⁸⁵ entre las preguntas que realiza a los distintos Estados miembros es precisamente que tipo de regulación debe darse a los ADR¹⁸⁶.

¹⁸⁵ COM (2002) 196 final de 19.4.2002.

¹⁸⁶ MENDEZ PINEDO, E.: *La solución de litigios de consumo “El talón de Aquiles de la Unión Europea”*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2001, pág 156. “Las reformas que se están llevando a cabo a nivel local, autonómico y nacional, debido a sus diferentes objetivos, problemas fácticos y posibilidades de ejecución; a veces no hace más que incrementar las divergencias anteriormente existentes. En el futuro, dado que el pluralismo legal tiene, sin embargo, características comunes, la Comisión Europea debería estudiar la conveniencia de elevar a cabo una importante tarea de armonización mínima de algunas normas procesales y administrativas de los Estados miembros. Puesto que se discute la competencia comunitaria en materia de armonización del derecho procesal de los Estados miembros, aún en su vertiente ligada a la consecución del Mercado interior; es importante llevar a cabo una reflexión sobre la base jurídica existente y sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en este campo así como determinar, si ene un futuro previsible, es posible comunitarizar esta competencia mediante pasarelas “ad hoc” que prevé el Tratado de la Unión Europea (Cooperación en Ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior) reformado por el Tratado de Amsterdam”

3.- ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN AL EJERCICIO EFECTIVO DE ESTE DERECHO

Según BOURGOIGNIE, existen **barreras importantes al acceso de la justicia**, como son las deficiencias en la educación y formación de los consumidores, los problemas en las estructuras de consulta jurídica, la insuficiencia de sistemas de representación jurisdiccional de intereses colectivos, y, destacamos especialmente, la “lentitud y falta de agilidad de procedimientos de resolución de los litigios establecidos por el aparato judicial”¹⁸⁷.

3.1.- LA DESPROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE AL PROFESIONAL

Esta circunstancia deriva de la anteriormente mencionada relativa a la situación de desequilibrio consustancial al concepto de consumidor.

El restablecimiento del equilibrio es el problema principal que debe resolverse para mejorar el mercado interior y el acceso a la justicia. Se trata fundamentalmente de compensar (poder compensador o countervailing power) el desequilibrio consustancial en la relación consumidor fabricante, ya sea en los valores tangibles como en los intangibles (información, acceso a la justicia, participación en los mecanismos de toma de decisiones y el disfrute de derechos subjetivos...). Para la consecución de este objetivo juega un papel importante el *grado de participación de los consumidores en la formulación y aplicación de la política comunitaria*.

Hacemos referencia a una desprotección que se produce, no por la falta de discernimiento del consumidor ni por un intento del profesional de obtener un beneficio fraudulento, sino por una serie de circunstancias propias de los conflictos de consumo, donde destaca fundamentalmente la **desproporción** entre el valor del objeto del litigio y los costes que va a suponer la iniciación del procedimiento.

Los contratos de consumo son de escaso valor y la pérdida del consumidor no justifica la iniciación de un procedimiento contencioso. Al respecto se han referido varias resoluciones, como por el Dictamen del Comité Económico y Social que a la hora de definir el litigio de consumo lo hace

¹⁸⁷ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 73.

estableciendo que conlleva, como si fuera consustancial a él, una desproporción “relativa entre los costes y el esfuerzo procesal necesarios para intentar resolver el conflicto y el relativamente reducido valor económico que está en juego (el llamado corrientemente “pequeño conflicto”)”¹⁸⁸. Es esta desproporción lo que justifica y reafirma la necesidad de un régimen especial para la protección, en juicio o al margen de este, de los derechos de los consumidores y para la resolución de los conflictos de consumo¹⁸⁹.

Esta desprotección ha sido objeto de muy diversas Directivas donde se tratan de paliar las situaciones de indefensión u otros factores propios del mercado que afectan a los consumidores. Entre éstas destacamos la *Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998*¹⁹⁰ relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, donde los Estados deben prever que se pueden establecer este tipo de acciones por parte de las Asociaciones de consumidores contra ciertas prácticas comerciales.

Asimismo la *Directiva 99/44/CE de 25 de mayo de 1999*, relativa a determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (art. 4)¹⁹¹, que encarga a los Estados miembros que creen acciones que pueda interponer el vendedor final contra otros integrantes de la cadena de producción y venta.

3.2.- LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS

En el pasado la solución de los litigios de consumo era una cuestión nacional, pero esta situación ha cambiado por varias circunstancias:

¹⁸⁸ Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde (94/C295/01). Pág. 4.

¹⁸⁹ El Plan de acción para el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único *COM(96) 13 final*, establece que el problema al respecto es como conciliar por un lado la obligación de impartir justicia sin discriminación (Art. 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre que establece “toda persona tiene derecho a que su causa sea tratada equitativa y públicamente...”) y sin excepciones por tanto respecto al valor del asunto económico (litigios de pequeña cuantía) y el presupuesto limitado de la justicia, que no puede hacer frente a todas las demandas.

Asimismo el Considerando E de la *Resolución del Parlamento Europeo de 14.11.96* sobre la comunicación A4-0355/96 *D.O n° C362 de 2.12.96*. hace referencia a esta desproporción.

¹⁹⁰ DO L 166 de 11 de junio de 1998, pág. 51.

¹⁹¹ “La legislación nacional determinará quien es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones del ejercicio correspondiente”.

- Control del país de origen (no del de acogida) para garantizar la libre circulación.
- Nuevas técnicas.
- Movilidad de los consumidores y turismo intracomunitario.

El objetivo del mercado único es la creación de un espacio sin fronteras en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”, sin embargo esto choca con la existencia de barreras judiciales.

El Plan de acción para el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo¹⁹², al referirse al coste de las fronteras judiciales, pone de manifiesto que todas las partes indicaron la necesidad de solucionar de forma rápida, costosamente razonable y equitativa los litigios transaccionales para el buen funcionamiento del mercado interior. El problema es que los litigios transfronterizos tienen una serie de *efectos disuasivos para el acceso a la justicia*, como son las complicaciones y gastos necesarios para orientarse, en algunos países la lentitud de los procedimientos judiciales y las minutas de los abogados, ya que la parte solo recupera una parte de los gastos efectuados.¹⁹³

Esta problemática se resumió en el estudio *Cost of Judicial Barriers for Consumers in the Single Market* (Coste de los obstáculos judiciales para los consumidores en el mercado único) de 1995¹⁹⁴.

¹⁹² COM(96) 13 final

¹⁹³ En este sentido se pronuncian la Resolución del Consejo D.O C167 de 5.7.1986. “RECONOCE el valor de la educación y la información de los consumidores para la protección de sus intereses y para permitirles obtener los mayores beneficios posibles de la consecución del mercado interior”. Resolución del Consejo D.O C99 de 13.3.1987 “considerando que la protección de los intereses del consumidor se menciona en varios artículos del Tratado CEE y que debe considerarse como colorario de los principios de libre circulación de mercancías y libre circulación de servicios contemplado en dicho tratado”. (Considerando B) y “considerando que los derechos esenciales que confiere la legislación comunitaria al consumidor deben acompañarse de mecanismos de procedimientos adecuados que garanticen su aplicación”. (considerando C). En este sentido la Comunicación de la comisión COM(87) 210 final de 7.5.1987 se refiere a los artículos 8 A y 100 A del Acta Única Europea que es relacionado con la necesidad de que la protección de los intereses del consumidor debe venir a culminar la libre circulación de bienes y servicios. También se refiere a esto la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección de los consumidores, D.O. n° C 294 de 22.11.1989.

¹⁹⁴ Cost of Judicial Barriers for Consumers in the Single Market, Hanno von Freyhokd, Volkmar Gessner, Enzo L Vial, Helmut Wargner (Eds.), informa para la Comisión Europea (Dirección General XXIV), Zentrum für Europäische Rechtspolitik un der Universität Bremen, octubre/noviembre de 1995. <http://www.freyvial.de/Publications/egi-2.pdf>.

El objetivo del mercado único depende claramente de los litigios de consumo. La no ejecución de los contratos puede dar lugar a un procedimiento de solución del litigio resultante. Si los procedimientos no son eficaces, aumentan los casos de no ejecución y termina afectando al funcionamiento del mercado. Pero si el procedimiento es adecuado, *la posibilidad de litigar favorece la ejecución espontánea de los contratos*.

La comisión también se pronunciaba al respecto “la existencia de procedimientos adecuados para la solución de los litigios en materia de consumo favorece el *cumplimiento “espontáneo”* de las obligaciones que se derivan del contrato y/o de las disposiciones legales aplicables, en cambio, la ausencia de procedimientos que permitan solucionar rápidamente los litigios intracomunitarios representan un factor de inseguridad para los agentes económicos”¹⁹⁵.

Según lo manifestado en las distintas reglamentaciones, estas situaciones pueden suavizarse fundamentalmente teniendo en cuenta los intereses de los consumidores en todos los sectores, ya sea mejorando la protección de los consumidores¹⁹⁶ o fomentando su participación en las decisiones que les afecten¹⁹⁷.

4.- PRINCIPALES MEDIOS PARA MEJORAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

El *Libro Verde*¹⁹⁸ observa que los intentos de los distintos países comunitarios por mejorar las vías de acceso de los consumidores a la justicia se han basado en una doble vertiente: la simplificación de los procedimientos judiciales existentes y la creación de nuevos procedimientos extrajudiciales.

¹⁹⁵ COM (96) 13 final. Relacionado con el papel preventivo, punto 1. Supra.

¹⁹⁶ *Resolución del Consejo D.O C92 de 25.04.1975*, punto 14. Objetivos de la política comunitaria.

¹⁹⁷ *Resolución del Consejo D.O C133 de 3.6.1981* Tener en consideración, mediante los procedimientos adecuados los puntos de vista de los consumidores en la elaboración, toma de decisiones y aplicación de las políticas que afecten a sus intereses. (pág. 3). Puntos 4 y 8.

¹⁹⁸ La Comunicación *COM (98) 198* añade una tercera vía: la mejora de la comunicación entre los consumidores y los profesionales. Se trata de ayudar al dialogo en la solución amistosa. Ventajas para el consumidor: evita los problemas inherentes a los procesos judiciales. Para los profesionales: evita los siempre costosos pleitos y conserva la clientela. Problemas: falta de información, dificultad para exponer la demanda y reticencias ante un interlocutor extranjero.

4.1.- SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EXISTENTES

La simplificación de los procedimientos judiciales¹⁹⁹ en los litigios de pequeña cuantía se lleva a cabo fundamentalmente a través de:

- *Reformas generales*, normalmente de la Ley que regule el procedimiento civil, no solo para conseguir una simplificación, sino una mejora y mayor eficacia de los procedimientos²⁰⁰.
- Creación de *procedimientos simplificados* para litigios de naturaleza civil cuyo valor esté por debajo de una determinada cantidad que varía según el país²⁰¹.

Estos son procedimientos simplificados no tanto por su simplificación técnica sino mas bien por un objetivo común, conseguir una mayor eficacia a través de una mayor adaptación en los procedimientos, un mejor acceso de los ciudadanos a la justicia y un menor retraso en la toma de decisiones. El cómo se consigan estos objetivos debe tener en cuenta las características y tradiciones de cada país, aunque *suelen caracterizarse por*:

- Son procedimientos específicos para litigios por debajo de un valor, aunque la cantidad varía según el país²⁰².
- Modalidad simplificada de presentación de la demanda (minimizar los formalismos procesales, en definitiva*). En la Comunicación COM (98)

¹⁹⁹ Al igual que en el resto de las Comunicaciones y Resoluciones posteriores, por ejemplo el anteriormente referido *Dictamen del Comité Económico y Social* al distinguir entre medios judiciales y no judiciales o la *Comunicación (96) 13 final* también anteriormente referida que se engloba en las respuestas de los Estados Miembros en el establecimiento de procedimientos extrajudiciales específicamente consagrados a los litigios en materia de consumo, y los procedimientos simplificados, y/o modalidades simplificados de presentación de la instancia, para asuntos cuyo valor se sitúa por debajo de una cuantía determinada.

²⁰⁰ Bélgica: ley de 3 de agosto de 1992. Italia: Leyes 353 de 26 de noviembre de 1990 y 374 de 21 de noviembre de 1991. Alemania: Ley 11 de enero de 1993.

²⁰¹ Francia: Decreto n° 88/209 de 4 de marzo de 1988, Países Bajos: Ley de 30 de diciembre de 1991, Portugal: Decreto n° 211/91 de 14 de junio de 1991. Reino Unido: Act of Sederun-Small Claims Rules-1988.

²⁰² En todos los Estados miembros con procesos de escasa cuantía se han establecido umbrales de valor, si bien son muy distintos entre sí: 600 euros en Alemania, 1235 y 2470 euros en Escocia, 1270 euros en Irlanda, 2038 euros en Suecia, 3005 euros en España, 3294 euros en Irlanda del Norte, 3811 euros en Francia, 8234 euros en Inglaterra y país de Gales, según el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, COM (200) 746 final de 20.12.2002.

de 1998 se plantea la posibilidad de introducir un *formulario europeo*, que analizaremos más adelante.

- Facultad de no litigar con abogado (“sin poner no obstante en entredicho las garantías de defensa y el principio de incompatibilidad”*)).
- Tentativa de conciliación previa (“obligatoriedad del acto de conciliación”*)).
- Reducir los plazos procesales*.
- Reforzar las garantías de intervención informal en los procesos*.
- Aligerar el sistema de producción de prueba*.
- Poderes mayores del juez en la apreciación de la prueba y en la aplicación del derecho*.
- Mayor facilidad de ejecución de las decisiones judiciales y de decretar providencias cautelares y acciones inhibitorias*²⁰³.

Parece que el objetivo es que el coste del procedimiento no sea desproporcionado en función de la cuantía del objeto de éste. Es decir, que estas simplificaciones procesales no se basan en la naturaleza del litigio sino en *el escaso valor del mismo*²⁰⁴.

Solamente en un país²⁰⁵, Irlanda, se ha establecido un *proceso especial* para la resolución de conflictos de consumo, *small claims consumer procedure*, que se caracteriza por:

- La *precedencia obligatoria de la mediación*.
- La extrema simplicidad procesal.
- Apoyo a los consumidores para iniciar el proceso.
- Y la *obligatoriedad del acto de conciliación*.

Y únicamente en el Reino Unido se ha establecido un *tribunal especializado* en conflictos de consumo: Restrictive Practices Court.

²⁰³ * introducidas al respecto por la *Resolución del Comité Económico y Social, DO C295 de 22.10.94, p 1*

²⁰⁴ apartado 3.1.1.2 de *Resolución del Comité Económico y Social C295/94*

²⁰⁵ En Francia se establecieron dos procesos especiales (Dijon y Le Creusot) para los conflictos de consumo pero en el marco de los proyectos pilotos descritos en el *Libro Verde*. El procedimiento de la *injection de faire* francesa no es en realidad un procedimiento específico para el consumo pero surgió como consecuencia de las mayores exigencias de los consumidores y usuarios para tratar de dar mayor rapidez y eficacia.

Es importante la constatación realizada por la Comisión²⁰⁶ del hecho de que las distintas organizaciones y asociaciones reclaman que se armonice un techo de competencia de las jurisdicciones de proximidad y se generalice la interposición de acciones de forma simplificada para garantizar una paridad de tratamiento en los litigios de menor cuantía. Es decir, en la mayoría de los países miembros existen procedimientos simplificados para litigios de menor cuantía, pero varía mucho el coste y la duración del tratamiento para asuntos iguales dependiendo de la jurisdicción ante la que se inicia. La cuantía por debajo de la cual es considerado un litigio de menor cuantía varía mucho. Un techo debería establecerse en base a las legislaciones nacionales y siempre respetando la tradición y especificidad de cada país.

Esta situación se vuelve a poner de manifiesto en el *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*²⁰⁷, donde, después de hacer un repaso por los distintos procedimientos simplificados o de escasa cuantía en los Estados miembros remite un cuestionario para tratar de adoptar los criterios más adecuados en el caso de que se considere necesaria una acción a escala comunitaria que armonice las diferentes situaciones estudiadas²⁰⁸.

4.2.- CREACIÓN DE NUEVOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES

Según distintas resoluciones,²⁰⁹ el derecho al acceso a la justicia no se garantiza asegurando la representación del consumidor o la asistencia judicial a los ciudadanos, sino que se concibe como un derecho económico y social fundamental “que impone al Estado prestaciones positivas que facilitan a los

²⁰⁶ COM(96) 13 final (pág. 14)

²⁰⁷ COM (2002) 746 final. De 20.12.2002.

²⁰⁸ El cuestionario trata de dar respuesta a tres cuestiones fundamentales. La primera de ellas es si debe existir un umbral cuantitativo para las demandas de escasa cuantía, cual debe ser éste, y si debe ser el mismo para todos los Estados Miembros o limitarse a un umbral mínimo. La segunda es si estos procesos simplificados deben limitarse a algún tipo de demanda específica (dinerarias o conflictos específicos). Y la tercera si este tipo de procesos debe ser obligatorio u opcional. En una segunda parte del cuestionario trata de asentar algunos criterios específicos en los futuros procesos simplificados; cuestiones como el contenido de los formularios, si será necesaria o no la asistencia letrada, la prueba, si debe ser un proceso puramente escrito o puede ser también verbal, las costas y la posibilidad de recurrir o no. Una de las opciones que tiene en cuenta es precisamente el establecimiento de Modalidades Alternativas de solución de conflictos, en la página 69.

²⁰⁹ Libro Verde COM (33) 576 final de 16.11.1993 y Dictamen del Comité Económico y Social (94/ C 294/01)

ciudadanos la resolución de problemas de orden socioeconómico, y que procura a los individuos los medios reales para exigir el cumplimiento de sus derechos (...) Los instrumentos de política de acceso a la justicia concebidos de este modo, deben ser muestra de un amplio proyecto que implique, además de la disposición de un procedimiento, un reexamen de la organización judicial en sí misma, una reevaluación del modo de distribución del servicio jurídico, una revisión de las reglas de derecho material para lograr una mayor prevención de los litigios y una protección cada vez mayor del ciudadano contra todo ataque a su derecho de acceder a la justicia, el recurso a los modos informales de resolución de litigios establecidos fuera del sistema judicial tradicional, la adaptación del sistema de derecho a determinados conflictos o categorías de demandantes, la valoración, en lo que se refiere a mecanismos de protección, defensa y representación sugeridas, de las repercusiones tanto individuales como colectivas de conflictos socioeconómicos”²¹⁰.

El establecimiento de un procedimiento más adecuado no es un fin en sí mismo sino *expresión de la necesidad de un equilibrio de poder*, imprescindible para una distribución igualitaria del acceso a la justicia. Pero éste solo no basta, es necesaria una reconsideración del sistema en su conjunto.

La reflexión realizada a escala comunitaria²¹¹ constata como la evolución de los mercados es mucho más rápida que la evolución de los códigos procesales y las negociaciones entre Estados.

Poco a poco se han ido implantando nuevos procedimientos extrajudiciales como la conciliación, la mediación²¹² o el arbitraje dedicados específicamente a los litigios de consumo y que provienen fundamentalmente de autoridades públicas y sobre todo de agentes económicos²¹³.

²¹⁰ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 126.

²¹¹ recogida en la COM (96) 13 final pág. 12, “la proliferación espectacular de los procedimientos extrajudiciales para los litigios en materia de consumo puede considerarse bien como una respuesta a la lentitud (y a las dificultades) de adaptación de ciertos códigos procesales (...) bien como filtro que habría que consolidar para hacer frente a los atrasos judiciales, bien como un cuestionamiento del principio de unicidad de jurisdicción; pero sea cual sea la opinión que se tenga sobre sus ventajas e inconvenientes, esta proliferación afecta a la mayoría de los Estados miembros”.

²¹² ABELLÁN TOLOSA, L: «El acceso de los consumidores a al justicia» en (VV. AA.) Derecho de Consumo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 341. “El acceso extrajudicial se produce a través de mecanismos de mediación y sobretodo, a través del arbitraje del consumo”.

²¹³ Únicamente en Francia se creó la acción en representación conjunta: las organizaciones de consumidores podrán actuar en nombre de los consumidores que hayan sufrido perjuicios individuales causados por la actuación de un mismo profesional y que tengan un origen común.

Este tipo de procedimientos tienen algunas notas que los caracterizan y que adelantamos ahora brevemente ya que serán objeto de un estudio mas exhaustivo en un momento posterior. Se resumen por la Comisión y el Parlamento europeo en las siguientes notas:

- “Los procedimientos extrajudiciales contemplados por la presente recomendación, son los que, independientemente de su “naturaleza jurídica” (decisión, recomendación o propuesta de transacción), se caracterizan por la interposición de una *tercera persona* que no se limita a convencer a las partes para que se entiendan, sino *que adopta una posición concreta sobre la solución del litigio*”²¹⁴. Es decir, es una intervención ACTIVA del tercero.
- Son procedimientos *específicos* para la solución de litigios en materia de consumo.
- Tienen una base *voluntaria*, los consumidores no pueden ser obligados a adherirse²¹⁵.
- Algunos son mecanismos *alternativos* al procedimiento judicial (juntas arbitrales españolas) pero en la mayoría de los casos habría que hablar de *complementarias o prejudiciales* (mediación o conciliación).
- Los *beneficiarios* no son solo los propios consumidores, sino también las empresas, en especial las PYMES²¹⁶.
- Normalmente son producto de *iniciativas del sector* en cuestión: bancos, seguros, telecomunicaciones, etc. A veces su estructura está bajo la protección de la Administración pública y otras veces es una iniciativa

²¹⁴ COM (96) 13 final, pág. 14. Comunicación COM (98) de 1998 pág. 8.

²¹⁵ Asimismo esta comunicación hace referencia en la pág. 14 a la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 1994 que establece “cuando todos los procedimientos amistosos fracasan, es necesario que las partes puedan encontrar una solución por vía judicial a un coste razonable, teniendo en cuenta el escaso valor en juego (...) sería conveniente una cierta armonización de las normas procesales de los Estados miembros, al objeto de la instauración de un procedimiento comunitario, hasta una determinadas cuantía, para tramitar con rapidez los litigios individuales transfronterizos”.

²¹⁶ Así lo estableció la COM (96) 13 final en su pág. 12 “la experiencia adquirida por varios Estados miembros muestra que la promoción selectiva de ciertas modalidades de solución extrajudicial de los litigios, siempre que se respeten algunos criterios esenciales, ha permitido garantizar un ambiente favorable tanto para los consumidores como para las empresas (reduciendo el coste y la duración de los litigios en materia de consumo) y cuenta actualmente con el apoyo de todas las partes interesadas”. Asimismo el Dictamen del Comité Económico y Social establecía “principalmente a las PYME, que únicamente pueden salir beneficiadas con un clima de pacificación y reducción de la conflictividad latente que, a través de estos medios, podrá crearse en las relaciones que establezcan con quienes contratan” (pág. 2)

unilateral, a veces a raíz de una negociación con las organizaciones de consumidores: De Poderes Públicos (Central: Consumer Complaints Boards de los países escandinavos o Local: Tribunales arbitrales en España), de Asociaciones o sectores profesionales (Ombudsman de bancos y compañías de seguros) o de Profesionales o establecimientos: arbitraje o mediación.

- Los medios corrientemente utilizados en estos procedimientos son la **mediación** y el **acto de conciliación**, con la posibilidad de que al final las partes lleguen, o no, a juicio. De esta manera, adquieren normalmente un carácter preliminar o preparatorio y complementario de un procedimiento de otra naturaleza, en particular judicial²¹⁷.
- El *órgano*: a veces es una autoridad pública (Consumer Complaints Board en Dinamarca) pero en la mayoría de los países es un órgano privado (permanente o no, colegial o monocrático).
- *Elección del órgano*: los colegiales normalmente constituidos por un representante de las organizaciones de consumidores y uno de las empresas, así como la naturaleza jurídica de la adhesión al sistema por parte de los profesionales (normalmente se trata de una adhesión caso a caso, pero ésta también puede consistir en un compromiso previo de las empresas, que aceptan “a priori” el sistema).
- El *resultado* es que la decisión puede ser:
 - Recomendaciones: Complains Boards, de países escandinavos o Ombudsman privados.
 - Obligatoria para el profesional: ombudsman de los bancos.
 - Obligatoria para los dos: Arbitraje.

Por lo tanto se prevé por la Comisión este tipo de procedimientos extrajudiciales o extrajurisdiccionales que no solo van a mantenerse sino que van a desarrollarse, dado que su surgimiento fue producto de la propia demanda de los consumidores, una demanda que no ha disminuido, a lo

²¹⁷ Medios arbitrales: el arbitraje es un medio con gran tradición en varios países (En España y Portugal con carácter general), lo novedoso es su utilización para la resolución de litigios de consumo. En Portugal es obligatoria una mediación y un acto de conciliación “conducido por juristas especializados, que garantizan la posterior preparación del proceso para un eventual juicio. *Dictamen del Comité Económico y Social*, puntos (punto 3.2.1.3 y 3.2.2 de pág. 7.)

que debemos unir que no se ofrecen otras alternativas para satisfacerla²¹⁸. Concretamente el *Libro Verde sobre el proceso monitorio y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*²¹⁹ considera como una opción procesal para simplificar los procesos de escasa cuantía el que estas demandas se lleven a cabo a través de los ADR, puesto que ahorran tiempo, esfuerzo y dinero.

Sin embargo, junto a estas características debemos avanzar algunas **críticas** esgrimidas frente a estos sistemas:

Los modos Soft Law (no legislativos) *no consiguen eficacia* debido a que no tienen fuerza obligatoria y por lo tanto son únicamente susceptibles de utilización cuando las partes se adhieren a él voluntariamente²²⁰.

Otro límite importante son *lagunas en su aplicación*. Su falta de regulación supone una falta de transparencia con el consecuente freno a su desarrollo “situando la resolución de los litigios que oponen a consumidores y profesionales fuera de la órbita judicial, por la necesidad de una jurisprudencia específica en cuestiones de consumo”²²¹.

Por último, y sin embargo de gran importancia desde nuestro punto de vista, *la necesidad de garantías*. A esta cuestión se han referido numerosas resoluciones y comunicaciones.

²¹⁸ “A falta de medidas para mejorar el acceso a la justicia “pública, esta tendencia está abocada a desarrollarse cada vez más: desde un punto de vista económico responde a una “demanda”” (pág. 75 del *Libro Verde*).

²¹⁹ COM (2002) 746 final de 20.12.2002, pág. 69. “Pueden examinarse diferentes opciones en cuanto a la naturaleza, opcional u obligatoria, de las modalidades alternativas de solución de conflictos. Van desde dar la posibilidad de recurrir a las ADR en el marco de los procesos judiciales a su estímulo por los órganos jurisdiccionales. Podría incluso imaginarse el establecimiento de una obligación de acudir a modalidades alternativas de solución de conflictos antes de que pueda dictar sentencia”.

²²⁰ *Comunicación de la Comisión COM (98) 198*: “la importancia de esta cuestión es aún mayor puesto que el sistema extrajudicial, a pesar de sus innegables ventajas, puede presentar algunos posibles fallos, como la flexibilidad que permite excluir la aplicación estricta de las normas de derecho, la falta de vías de recurso contra la decisión dictada, cuando ésta es obligatoria, o las dificultades de ejecución de estas decisiones, sobretudo en un Estado distinto de aquel donde se dictó la decisión (El Convenio de Nueva York de 1958, que permite la ejecución de las decisiones arbitrales, no es aplicable en todos los Estados miembros de la Unión (por ejemplo, Portugal no se ha adherido a este Convenio) (sentencia de 25.7.1991, Rich C-190/89 REC I-3855) lo que implica que el reconocimiento y la ejecución de las decisiones arbitrales no están garantizadas en toda la unión” (pág. 7)

²²¹ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 169.

Por todo esto es necesario que no se cree un vacío jurídico que perjudique a los consumidores, para ello, según BOURGOIGNIE, son necesarias 3 condiciones:

- Existencia de un orden jurídico, formado por **normas imperativas o por normas que creen un marco general donde se desarrollen iniciativas voluntarias.**
- Una estructura **institucional pública o administrativa** que *supervise* la negociación llevada a cabo por los mecanismos de soft law y “capaz de controlar su acatamiento efectivo”²²².
- Una **garantía de participación** directa de los consumidores **en la elaboración y control** de los anteriormente referidos **instrumentos voluntarios**²²³.

4.3.- ÚLTIMAS INICIATIVAS EUROPEAS PARA EL DESARROLLO DE LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los trabajos más significativos en materia de ADR en la Unión Europea se han desarrollado fundamentalmente en tres ámbitos: el familiar, el laboral y el de consumidores.

Vamos a centrarnos en éste último para tratar de ver las últimas iniciativas aportadas. Respecto al ámbito familiar y laboral, lo analizaremos más tarde dentro del estudio que hemos realizado de la situación de estos ámbitos de la mediación en España.

Como consecuencia de toda la política desplegada por la Unión Europea en la protección de consumidores, en concreto en la mejora del acceso a la justicia, y que hemos analizado anteriormente, se han producido importantes iniciativas que tratan de introducir los ADR todos los países miembros.

²²² BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 169.

²²³ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 170. “En estas condiciones, el sistema de derecho participativo preconizado en el ámbito del consumo, si pretende integrar a las agrupaciones interesadas al proceso normativo y conducir las, mediante la definición de instrumentos voluntarios, a definir nuevas formas de comportamiento y de relación, tendrá primero que velar por la creación de las condiciones de un acuerdo posible y menos desequilibrado entre los consumidores y profesionales. Para conseguirlo, deberá recurrir a la acción del legislador y a una instrumentación de tipo imperativo. El resultado es un sistema mixto que reúne los enfoques dualista y reflexivo de la evolución del derecho”.

4.3.1.- Un formulario europeo de reclamación del consumidor

Supone la realización de un proyecto piloto que establezca un formulario europeo de reclamación para el consumidor, disponible en Internet en la dirección <http://europa.eu.int/comm/deg24> o en las oficinas de información de consumo. Su objetivo principal es orientar al consumidor a la hora de realizar una reclamación.

Es un formulario redactado por los Servicios de la Comisión Europea, a través del cual se trata de mejorar el diálogo entre consumidores y profesionales así como ayudar a resolver de forma amistosa los litigios que pudieran producirse entre ambos.

Se dirige a los consumidores, profesionales, asociaciones de consumidores y a los propios organismos extrajudiciales de resolución de litigios de consumo.

Este formulario permite guiar y orientar al consumidor al formular su solicitud, delimitar mejor sus problemas y peticiones y añadir precisiones (no modificarlo, pero si personalizarlo).

Su utilización:

- Es independiente del valor.
- Independiente de la naturaleza del litigio.
- Se deja a criterio de las personas interesadas decidir en qué medida es posible resolver su problema a través de la utilización del formulario.
- Tanto para litigios nacionales como transfronterizos.

Es interesante que se incite a los consumidores a no utilizar el formulario de forma inmediata a que se produzca el problema, se aconseja como primera medida a tomar el intento de un diálogo directo con el empresario y solo cuando este no se produzca rellenar el formulario.

El formulario *sustituye a la tradicional carta de reclamación* y se destaca que:

- Puede utilizarse posteriormente como medio de prueba.
- Se pueden aportar documentos (mejor no originales) junto con este formulario.

- El plazo de contestación del profesional lo da el propio consumidor (se da una gran iniciativa a los consumidores).

Es importante tener en cuenta el *plazo de prescripción para la reclamación judicial*, dado que la utilización del formulario puede afectar a dicho plazo. Será la legislación nacional la que establezca si interrumpe o no el plazo de prescripción, pero en algunos Estados miembros el envío de una carta de reclamación al profesional interrumpe automáticamente el plazo.

“El formulario también está destinado a facilitarle el acceso a los procedimientos extrajudiciales (...) la parte del formulario reservada al profesional da a éste último la posibilidad de proponer al consumidor que se someta el litigio a un órgano competente para la resolución extrajudicial de su litigio en materia de consumo”²²⁴.

4.3.2.- Dos recomendaciones sobre los principios aplicables a los ADR

A través de estas recomendaciones se trata de establecer cuales son los principios que deben regir la actuación de estos órganos (no del procedimiento) de solución extrajudicial del conflicto. El objetivo es conseguir unas pautas que aporten garantías sobre la transparencia y la eficacia de estos sistemas informales de resolución del conflicto tanto a los consumidores como a otros órganos de resolución de conflictos (de forma que se potencie una colaboración que es necesaria en los litigios transfronterizos).

Dada la importancia de su contenido no vamos a analizarlo ahora sino que lo haremos más adelante cuando estudiemos el proceso de mediación y los principios aplicables a los mediadores, pero sí queremos adelantar que se trata de dos recomendaciones con un ámbito de aplicación diferente:

- *La Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE)*²²⁵. Esta Recomendación se aplicará a los ADR donde la intervención de un tercero es activa, en el sentido de que debe emitir una solución al conflicto, debe haber un pronunciamiento formal sobre la

²²⁴ Se utilizará la casilla nº. 60 si se somete al que propone la otra parte y la casilla nº 50 si desea someterlo a otro órgano que no sea el propuesto, pero en este caso deberá JUSTIFICAR su decisión. (se da mas peso a lo pedido por el consumidor como forma de equilibrar las posiciones).

²²⁵ D.O. n° L 115 de 17.4.1998, p 0031-0034.

solución. Como veremos más adelante, y como afirma el Libro Verde de 2002, esto supone que la mediación no se incluiría dentro de éstos ADR²²⁶.

- *La Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/ CE)*²²⁷, que se limita a los ADR donde el tercero se limita a intentar un acercamiento entre las partes para que encuentren ellos mismos la solución al acuerdo. Podrá proponer alguna solución, pero será siempre de manera informal. En esta recomendación si se incluye la mediación.

4.3.3.- La creación de dos redes europeas que faciliten la comunicación y el conocimiento de los ADR en el extranjero

El objetivo consiste en facilitar el conocimiento por los consumidores de los procedimientos extrajudiciales no solo nacionales sino también internacionales, de forma que los litigios transfronterizos puedan ser también abordados.

- La red extrajudicial europea (EEJ-NET)²²⁸: Se trata fundamentalmente de establecer una *base de datos* que recoja los órganos extrajudiciales que cumplen los requisitos de la Recomendación 98/257/CE y de facilitar la creación de puntos centrales nacionales de intercambio de información que permitan constituir una *red a escala comunitaria*²²⁹.

²²⁶ COM (2002) 196 final, págs. 18 y 19.

²²⁷ DO L 109 de 14.4.2001. (2001/310/CE).

²²⁸ *Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000* relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (2.000/C 155/01). D.O. n° C 155 de 6.6.2000.

²²⁹ BARONA VILAR, S.: (VV. AA.) *Tutela de los consumidores...* ob. cit., págs. 49 y 50. La autora distingue tres funciones de esta red extrajudicial europea. "A. La función de información, primordial, se despliega a dos niveles diferentes: a) Desde un punto de vista nacional, de modo que los consumidores tengan información referente a los órganos extrajurisdiccionales de solución de los litigios existentes en su jurisdicción (...); y b) Desde un punto de vista transaccional, en cuyo caso el Centro de información del país del consumidor debe informar también sobre los cauces, condiciones, etc., para acceder al órgano pertinente de solución del conflicto. Este Centro de intercambio no solo lo es de información a particulares o, en su caso, personas jurídicas inmersas en el litigio, sino también debe ser el punto de información transversal entre los diversos centros de información de los Estados miembros (...). B. La función de filtro es secundaria, y sirve para dirigir las quejas presentadas a los organismos más adecuados de los Estados miembros. En esta función de filtro se asume también un asesoramiento (...). C. Función de servicio. Viene a ser una labor de asistencia en la configuración de la queja, para lo cual es posible la utilización de formularios, que permitan desplegar los diferentes pedimentos del consumidor y, en su caso, los fundamentos que lo avalan".

Asimismo, y siendo consciente de que existen órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que *no cumplen* las indicaciones establecidas en la anterior recomendación, se propone su inclusión en dicha red, tratando de establecer unos criterios comunes que garanticen la calidad, equidad y eficacia de dichos órganos. Esta red comenzó oficialmente el 16 de octubre de 2001 y después de una primera fase experimental se elaborará un informe completo para evaluar su efectividad.

- La red para la solución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros, FIN-NET²³⁰: Se creó en febrero de 2001. Está limitada a los conflictos relativos a los servicios financieros y está prevista la elaboración de una guía que acerque más a los consumidores con este tipo de sistemas de resolución de conflictos.

4.3.4.- El desarrollo de sistemas de resolución alternativa de litigios en línea

Concretamente se plantea como proyecto la elaboración de una comunicación sobre el incremento de la confianza en los servicios de resolución de litigios en línea para la resolución de litigios transfronterizos en la sociedad de la información cuyo objetivo es buscar el consenso sobre los criterios y directrices para sistemas de certificación de la resolución de litigios en línea. Asimismo se promueve la creación de sistemas de resolución alternativa de litigios en línea en el ámbito comunitario ECODIR, que ofrecerá los consumidores un servicio de mediación en línea en el ámbito europeo.²³¹

La Decisión del Consejo de 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil²³² establece en su artículo 14 que se creará progresivamente un sistema de información destinado al público a través de Internet, que incluirá la posibilidad de solucionar los litigios por medios alternativos, con indicación de los centros nacionales de información y asistencia a la Red extrajudicial a escala europea para la solución de los litigios de los consumidores.

²³⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm

²³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006. COM (2002) 208 final. Páginas 21 y 42-43.

²³² DO L 174 DE 27.6.2001, pág 25.

Todos estos métodos en línea se denominan ODR, Online Dispute Resolution.

En este aspecto debemos destacar la importancia que está tomando el sector del comercio electrónico en el ámbito de los ADR. La *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 8 de junio de 2000*²³³, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el *comercio electrónico*, recoge en el artículo 17²³⁴ que los Estados miembros velarán por que su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de litigios previstos en las legislaciones nacionales.

La problemática suscitada por el comercio electrónico y por los sistemas que se basan en Internet que crean cierta desconfianza en los consumidores promovió la creación del “plan de acción eEurope 2002” donde se estableció un foro de debate sobre la confianza de los consumidores en Internet (denominado e-confidence) promoviendo la creación de normas de buena práctica comercial. Se está haciendo un esfuerzo especial en desarrollar la práctica de los ADR en el comercio electrónico, fundamentalmente a través de apoyos financieros a iniciativas de ADR en línea, de programas universitarios y controles de calidad.

El comercio electrónico plantea importantes problemas jurídicos por lo que la Comunidad se ha procurado un marco jurídico que garantice la validez de los acuerdos de este tipo, en los que se incluyen los contratos por los que las partes someten sus conflictos futuros a un ADR. La directiva señalada establece que los estados deben permitir la realización de contratos por vía electrónica.

²³³ DO L 178 de 17.7.2000.

²³⁴ “1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.

2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas.

3. Los Estados miembros incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico”.

Junto a esto se adoptó el Reglamento “Bruselas I”²³⁵ que se refiere a la elección del tribunal que establece que por definición no afecta a la posibilidad de recurrir a los ADR²³⁶.

4.3.5.- Un impulso al desarrollo de los ADR en la legislación civil y comercial

En las Conclusiones adoptadas el 29 de mayo de 2000²³⁷, el Consejo pidió a la Comisión que elaborara un *Libro Verde* sobre métodos alternativos de resolución de litigios en el marco de la legislación civil y comercial, para evaluar y revisar la situación existente y poner en marcha una amplia consulta. El 19 de abril de 2002 se presentó el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil²³⁸ cuyo objetivo es realizar una consulta a los Estados interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean respecto a los ADR.

El Parlamento Europeo, en su dictamen²³⁹ sobre la propuesta de *Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento “Bruselas I”)*, apoya la resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, particularmente cuando las partes están domiciliadas en

²³⁵ se adoptó por el Consejo en diciembre de 2000.

²³⁶ La relación de los ADR con este Reglamento ha sido objeto de un importante debate político entre el Parlamento y la Comisión. El Parlamento propuso que antes de cualquier litigio el consumidor y el operador puedan acordar por cláusula contractual someter su conflicto a un ADR. La Comisión, a pesar de reconocer que la conveniencia de que las partes puedan regular sus desacuerdos a través del consenso, “no obstante, en el estado actual de desarrollo de estos trabajos, no es posible supeditar las opciones abiertas por el Reglamento al consumidor en cuanto a la competencia internacional a la obligación de recurrir previamente a un sistema de solución extrajudicial de conflictos. En efecto, en primer lugar, tal solución podría plantear problemas de carácter constitucional en algunos Estados miembros. En segundo lugar, los sistemas que la obligación presupondría, todavía no existen en la práctica. En tercer lugar, las relaciones procesales entre los sistemas de solución alternativos de los conflictos y los recursos judiciales (en materia de condición, por ejemplo) son muy complejas y deben profundizarse. En cualquier caso, la Comisión propone proseguir las iniciativas en curso en materia de solución alternativa de conflictos de consumo”. Propuesta modificada que presentó el 26 de octubre de 2000, COM (2000) 689 final. Con ello no es que quieran prohibir el acceso a los ADR, pero no imponerlos de forma obligatoria de momento, hasta que los estudios permitan regularlo con gran precisión.

²³⁷ SI(2000) 519.

²³⁸ COM (2002) 196 final.

²³⁹ Dictamen emitido el 21 de octubre de 2000, Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo.

Estados miembros diferentes, y teniendo en cuenta el coste y la demora que conlleva la vía judicial.

Tanto el Consejo como la Comisión, en sus declaraciones para adoptar dicho reglamento manifestaron la conveniencia tanto para los intereses de los consumidores como de las empresas, de que ambos intenten resolver los litigios de forma amistosa antes de recurrir a la vía judicial.

En este sentido, la *COM (2000) 689 final*, recoge en su punto 2.2 la propuesta modificada por el Parlamento de dicho reglamento, que introduce en el considerando 14 bis que “respecto a las cláusulas de elección de foro en los contratos celebrados entre consumidores, se procederá desde la entrada en vigor del Reglamento, a una revisión del sistema previsto, en la que se tenga en cuenta el desarrollo de los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, que deberá acelerarse”.

También recoge como la Comisión considera que son necesarias medidas legislativas y no legislativas que promuevan la instauración de este tipo de sistemas extrajudiciales (por lo que fomenta los trabajos para su desarrollo como la EEJ-net), pero según el estado actual de la cuestión, a pesar de la propuesta del Parlamento, aún *no puede establecerse la obligatoriedad* de acudir a estos sistemas con carácter previo al procedimiento judicial porque podría plantear problemas de carácter constitucional en algunos estados miembros, los sistemas que presuponen una obligación de este tipo aún no están implantados y las relaciones procesales entre los sistemas de solución extrajudiciales y los judiciales aún son muy complicadas.

En la redacción final de este reglamento se recoge, en su considerando 12 “*El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia*”²⁴⁰.

Actualmente se está elaborando por el Consejo de Europa un proyecto de recomendación sobre la mediación civil cuyos trabajos se siguen con mucho interés por la Comisión²⁴¹.

²⁴⁰ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Diario Oficial n° L 012 de 16/01/2001 págs. 0001 – 0023.

²⁴¹ Trabajos del comité de Expertos sobre la eficacia de la justicia:
<http://www.legal.coe.int/civilandcommercial>

II. ANÁLISIS LEGISLATIVO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO EN ESPAÑA

La preocupación por la protección de los consumidores no es algo reciente. Lo que es realmente nuevo es su protección como *política global*, que ha sido consecuencia de que la legislación básica no consigue responder a los cambios sociales y económicos que se han producido en los últimos años, de forma que surge una nueva realidad a la cual no pueden responder las leyes actuales²⁴².

A partir de los años sesenta comienza a hacerse patente en España la necesidad de ofrecer al consumidor un marco de protección que le permita un eficaz ejercicio de los derechos que poco a poco habían sido y fueron siendo reconocidos a nivel nacional e internacional. Así, por ejemplo, se introducen textos legales nuevos en atención a esta protección como son el Estatuto de la Publicidad de 1964, la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos de 1965 o la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

Esta necesidad fue adquiriendo cada vez mayor peso de forma que comenzó a fraguarse en la conciencia social el principio de protección de los consumidores que fue recogido por la doctrina, la jurisprudencia y por los propios consumidores que se hacían cada vez más conscientes no solo de su peso en la sociedad sino también de la existencia de unos intereses legítimos que como tales debían ser protegidos.

Esta concienciación se concreta en el **artículo 51 de la Constitución**:

“1.- Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2.- Los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en

²⁴² Manifestaciones en otras legislaciones:

Leyes generales: Japón: 30 de mayo de 1968 (carácter programático). Méjico: 18 de diciembre de 1975. *Leyes específicas*: Bélgica: sobre prácticas comerciales 14 de julio de 1971. Suecia: sobre actuación en el mercado de 29/6/1970, sobre el Tribunal del mercado de 29/6/1970 y sobre comportamiento en el mercado 15 de diciembre de 1975. Francia: protección del comercio y artesanía. Ley Roger. 27 de diciembre de 1973. Inglaterra: consumer Protection Act. 1961, Trade Descriptions Act 1968, Consumer Protection Act 1971, Fair Trading Act 1973. RFA: Ley sobre condiciones generales de contratación 9 diciembre de 1976. *Supranacionalmente*: OCDE Y Consejo de Europa comentadas en el capítulo anterior. Portugal: Constitución de 1976 art. 81. España: el artículo 51.

las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3.- En el marco de lo dispuesto por los dos apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales”.

Este artículo recoge en sus dos primeros apartados los siguientes derechos fundamentales del consumidor:

- Derecho a la protección de la salud y de su seguridad.
- Derecho a la protección de sus intereses económicos.
- Derecho a la reparación de los daños.
- Derecho a la información y a la educación.
- Derecho a la representación (derecho a ser oído).

Realmente, derechos fundamentales de los consumidores son los dos primeros enumerados, siendo los otros tres realmente principios instrumentales que permiten la realización de los primeros.

El primer apartado de dicho artículo establece *“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

Esta distinción está directamente inspirada en la *resolución del Consejo de la C.E.E. de 14 de abril de 1975*, relativa a una política de protección e información de los consumidores. A pesar de que en el artículo de nuestra Constitución no se recoge expresamente el derecho a la reparación de los daños, en palabras de BERCOVITZ “esta supresión es lógica, y ello por dos razones. En primer término, porque al reconocer expresamente el derecho a la protección de la salud, la seguridad y particularmente de los intereses económicos está implícito el derecho a la reparación de los daños, ya que sin él quedarían privados de gran parte de sus contenido los derechos anteriormente enunciados. En segundo lugar, porque en el documento de la comunidad se interpreta ese derecho fundamentalmente en el sentido de que deben existir cauces adecuados para las reclamaciones de los consumidores (vid. Núms. 32 y 33 de la Resolución) y a tales efectos, se incluye en el apartado primero del artículo 51 de la Constitución la exigencia de que la

protección de los derechos reconocidos a los consumidores debe hacerse “mediante procedimientos eficaces”²⁴³.

Se está refiriendo a la necesidad de adecuar los mecanismos procedimentales a la protección de los derechos de los consumidores, los cuales deben ser ante todo *rápidos y seguros*. Según palabras de BERCOVITZ “la experiencia diaria demuestra que de nada sirve el reconocimiento de derechos a los consumidores si no se arbitran los procedimientos que por su sencillez y su accesibilidad y eficacia puedan hacer que la realización de aquellos derechos sea efectiva. En este sentido es un acierto de la constitución haber destacado de esta manera la importancia que las cuestiones procedimentales tienen en materia de protección a los consumidores”²⁴⁴.

A nuestro entender, es precisamente esa exigencia establecida en la propia Constitución de una protección eficaz de los intereses de los consumidores la que *justifica la necesidad de la mediación* como procedimiento que puede conseguir en determinados casos y en ciertas circunstancias esta protección eficaz, dado que los procedimientos tradicionales no pueden dar respuesta a las nuevas situaciones, circunstancias y necesidades creadas por la sociedad actual y que ya pusimos de manifiesto anteriormente.

Asimismo debemos destacar que, así como la protección de la salud y la seguridad son derechos considerados absolutos, la protección de los *intereses económicos* está limitada al hecho de que estos estén considerados por la legislación como *legítimos*. Pero, ¿qué se considera por la legislación como “legítimo”? Los poderes públicos no pueden tener en consideración exclusivamente el interés económico de un individuo para que éste sea objeto de su protección, sino que ha de tener en cuenta además los intereses del resto de individuos de forma que únicamente cuando el interés económico de uno sea legítimo, en el sentido de *más necesitado de protección*, es cuando se pondrán en marcha estos mecanismos.

A pesar de las directrices europeas anteriormente analizadas, así como de la exigencia constitucional de procesos adecuados y eficaces, **no se ha desarrollado en España ninguna regulación en relación a la mediación**. El único sistema alternativo de resolución de conflictos desarrollado legislativamente es el sistema arbitral.

²⁴³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. y R.: *Estudios jurídicos...* ob. cit., pág. 26.

²⁴⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. y R.: *Estudios jurídicos...* ob. cit., pág. 21.

Esto no es extraño si se observa lo acontecido en otros países donde la mayoría carece de una ley de mediación como tal, salvo Argentina y Paraguay.

El análisis del complejo entramado legal para la protección de los consumidores nos puede llevar a concluir lo siguiente:

1.- Existe en nuestro ordenamiento jurídico una evidente **tendencia a la promoción de sistemas de resolución de conflictos** de carácter amistoso, menos formal y propiciando la participación de las partes en al solución.

2.- La remisión a estos sistemas alternativos de solución de conflictos suele ser **genérica**, en el sentido de que se remiten en general a los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

En las ocasiones en las que se concreta a qué sistemas se está refiriendo, suelen ser el arbitraje y la conciliación los más utilizados. Así por ejemplo el *artículo 31 de Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*²⁴⁵, los artículos 87 y 88 de la Ley del Deporte²⁴⁶ o el artículo 32 de la Ley 39/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico²⁴⁷.

²⁴⁵ “Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutiva para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”.

²⁴⁶ “Artículo 87: Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia”.

²⁴⁷ “1. el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauran por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. 2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica”.

Asimismo, el artículo 34 relativo a la comunicación de las resoluciones relevantes, establece “Los órganos arbitrales y los responsables de los demás procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que se refiere el artículo 32.1 comunicarán al Ministerio de Justicia los laudos y decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico de acuerdo con los criterios indicados en el apartado anterior. 3. En la comunicación de las resoluciones, laudos y decisiones a que se refiere este artículo, se tomarán las precauciones necesarias para salvaguardar el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de las personas identificadas en ellos”.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico la utilización de ADR o sistemas alternativos de solución de conflictos están previstos para muy diversas situaciones:

- En el ejercicio de las *acciones de cesación y rectificación de la publicidad engañosa* cuando se trate de consumidores individuales, como medio para que conste fehacientemente que se ha requerido la cesación o rectificación al anunciante antes de iniciar la acción judicial (Ley 34/1988 General de Publicidad artículo 26 y Ley 25/1994 relativa a las actividades de radiodifusión televisiva, artículos 21 y 22). Sin embargo no se refieren como sistema alternativo específico a la mediación. Hablamos solo de consumidor individual porque este trámite no es necesario cuando afecte a intereses colectivos o difusos. También la Ley 39/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, hace referencia a las acciones de cesación de las conductas contrarias a la ley.

- En el ejercicio de los *recursos de alzada y reposición ante la Administración Pública* (Ley de Procedimiento Administrativo Común, artículo 107.2).

- También en el ejercicio de las *reclamaciones ante las Entidades de Crédito* cuando no sea posible hacerla frente al proveedor, puesto que es necesario que quede constancia de haber requerido anteriormente, incluso de forma extrajudicial, al proveedor (art.15 de la Ley de Crédito al Consumo).

- Como sistema para solucionar los *conflictos de naturaleza jurídico deportiva* según los artículos 87 y 88 de la Ley del Deporte de 17 de octubre de 1990 y la Ley 39/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico para la solución de los *conflictos relativos al comercio electrónico* que se planteen en el ámbito de dicha ley.

3.- Como **remisiones expresas** a la mediación, encontramos:

- A *nivel estatal* solo la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que establecía en su artículo 107.2 “las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especialidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de *conciliación, mediación y arbitraje*, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos

que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”.

Este artículo ha sido modificado por la *actual ley 4/1999, según establece su Exposición de Motivos (punto nº 5)*, de forma que se establece el recurso de reposición con carácter potestativo “atendiendo, sobretudo, a los problemas planteados en el ámbito de la Administración Local”. De esta forma se añade al artículo lo siguiente “En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”.

A nivel autonómico son más las Comunidades Autónomas que se refieren a la mediación:

- La Ley 1/1998, de 10 de marzo, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares²⁴⁸ es la ley que de forma más expresa ha recogido la mediación como un sistema alternativo de resolución de conflictos distinto del arbitraje. Asimismo es la única ley que pretende establecer una reglamentación al procedimiento de mediación estableciendo unos criterios mínimos que permitan ofrecer cierta seguridad al consumidor que se acerque a ellos.

Ya en su Exposición de Motivos, esta ley hace especial hincapié a la necesidad de proteger el diálogo y la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales, así como también de las Administraciones Públicas. También hace hincapié en la necesidad de que exista un apoyo institucional en el Sistema Arbitral de Consumo y en la resolución de reclamaciones.

En su artículo 27, relativo a las acciones administrativas la ley establece que “Las diversas administraciones desarrollarán las actuaciones jurídicas, administrativas y técnicas que sean precisas para la efectiva protección de los consumidores. Entre otras llevarán a cabo las siguientes acciones: a) Colaborar y cooperar en la protección a los consumidores y usuarios, coordinando sus actuaciones a fin de hacer efectivo el principio de eficacia en la actividad administrativa. b) Intervenir *como mediadoras* en la

²⁴⁸ BOE 12 de mayo de 1998, nº 113/1998.

resolución de los conflictos entre los consumidores y empresarios. c) Fomentar el Sistema Arbitral de Consumo”.

Pero sin duda el artículo más interesante es el artículo 29, que establece:

“Artículo 29. Procedimiento en denuncias y reclamaciones.

Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de mediación en la atención de las denuncias y reclamaciones de los consumidores y usuarios, presentadas contra empresas, profesionales o administraciones, sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que correspondan.

El procedimiento deberá contener, al menos, una fase de alegaciones del reclamado y otra de información para el reclamante”.

Es la primera vez que no solo se recoge expresamente la mediación como sistema alternativo, sino también la necesidad de una regulación de carácter reglamentario debiendo establecerse al menos dos fases, una de alegaciones para el reclamado (que se correspondería con el principio de audiencia y contradicción que analizaremos más adelante) y otra de información para el solicitante (que se correspondería con el principio de igualdad).

Esta ley dedica sus artículos 30 y 31 al Sistema de Arbitraje²⁴⁹, lo que pone más aún el acento en que se trata de sistemas distintos y cuyo procedimiento es diferente, puesto que si bastase el procedimiento de arbitraje no sería necesaria una regulación reglamentaria del proceso de mediación, bastaría una remisión al sistema arbitral para su regulación.

- La Ley 11/98, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid²⁵⁰, en el artículo 30, referido a sistemas distintos del arbitraje estableciendo con el nombre de *Mediación*, establece que “los poderes públicos de la Comunidad de Madrid propiciarán, en colaboración con las asociaciones de consumidores, la disponibilidad para los

²⁴⁹ “Artículo 30. Sistema Arbitral de Consumo. La Conselleria de Sanidad y Consumo promoverá, en el marco de la legislación vigente, el desarrollo del Sistema Arbitral de Consumo y la adhesión al mismo de las empresas, los profesionales y sus organizaciones, así como de las asociaciones de consumidores y usuarios de toda la Comunidad Autónoma. Artículo 31. Promoción del arbitraje de consumo en las empresas dependientes de las Administraciones Públicas. Las Administraciones Públicas radicadas en las Islas Baleares propiciarán en sus respectivos ámbitos que las actividades y empresas públicas que dependan de ellas y las entidades o empresas privadas que gestionen servicios públicos o reciban recursos de aquéllas, se adhieran al Sistema Arbitral de Consumo”.

²⁵⁰ BOE 28 de agosto de 1998 nº 206/1998. BOCM 16 de julio de 1998, nº 167/1998

consumidores, así como para los profesionales y empresarios, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que corresponda a las mismas”.

El que se trata de sistemas diferentes al arbitraje lo ratifica el siguiente artículo 31, que se refiere en exclusiva al arbitraje²⁵¹.

Sin embargo, a pesar de esta previsión, el Reglamento de esta ley recogido en el *Decreto 152/2001 de 13 de septiembre*, en su articulado solo habla del arbitraje, concretamente en los artículos 38 a 40.

La única referencia a sistemas alternativos de resolución de conflictos de carácter extrajudicial distintos del arbitraje lo encontramos en la regulación de los Códigos de Buenas Prácticas y símbolos de calidad empresarial. Supone que las empresas, Asociaciones de Consumidores y Usuarios y demás entidades que tengan relación con los consumidores podrán suscribir Códigos de Buenas Prácticas que podrán conllevar el establecimiento de un símbolo distintivo que acredite que se trata de una empresa o asociación que despliega su actividad en el marco de protección de los consumidores. Una de las vías de demostrar este buen hacer es precisamente el recurrir a sistemas extrajudicial de solución de conflictos. Pero, a pesar de que en la Ley 11/1998 se hace mención expresa a la mediación, en el reglamento que la desarrolla no es así. El Reglamento establece:

“Artículo 41. Códigos de buenas prácticas.

1. Mediante acuerdo suscrito entre el órgano correspondiente de la Administración competente, las organizaciones representantes de sectores empresariales o profesionales, o corporaciones de derecho público y, en su caso, las asociaciones de consumidores u otras partes cuyos intereses pueden verse afectados, entre los que podrán figurar otros organismos públicos territoriales o institucionales, podrán aprobarse códigos de buenas prácticas

²⁵¹ *“Artículo 31. Arbitraje.* 1. Los Poderes Públicos de la Comunidad de Madrid fomentarán, en el ámbito de sus competencias, el desarrollo del sistema arbitral de consumo. 2. La Comunidad de Madrid promoverá la adhesión al sistema arbitral de consumo de las Asociaciones de Consumidores y organizaciones empresariales y profesionales, pudiendo suscribir convenios de colaboración para el fomento de dicho sistema. 3. La Comunidad de Madrid y las corporaciones locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, propiciarán que las empresas y, especialmente, las empresas públicas o privadas que gestionen servicios públicos o reciban recursos de aquellas, establezcan en sus contratos la adopción del sistema arbitral de consumo para resolver los conflictos y las reclamaciones de los consumidores surgidos en su actividad”.

en materia de protección al consumidor, en el ámbito autonómico y local, excepto en materia alimentaria, previo informe del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid.

2. El código contendrá una relación de buenas prácticas empresariales con el fin de dar una adecuada satisfacción a los consumidores, sin perjuicio del obligatorio cumplimiento de toda la normativa aplicable. El código podrá contener buenas prácticas en materia de garantía de calidad, de normalización, garantías medioambientales, servicios de control, condiciones de garantía o de postventa, *resolución de reclamaciones a través del sistema arbitral de consumo u otras vías extrajudiciales*, o cualquier otra práctica beneficiosa para los consumidores (...).

“Artículo 42. Símbolos de calidad empresarial.

El cumplimiento de los códigos de buenas prácticas podrá ir ligado a la concesión de un símbolo de calidad empresarial otorgado a las empresas que se adhieran a cada uno de los códigos, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

- *La Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias*²⁵² recoge específicamente una referencia a la mediación. En su artículo 28 se regula el arbitraje y otros sistemas de resolución extrajudicial de reclamaciones. Establece que:

“1. El Principado de Asturias participará en el Sistema Arbitral de consumo, fomentando su implantación en las administraciones locales con el fin de posibilitar el acceso de todos los ciudadanos al arbitraje en materia de consumo.

2. Con independencia de lo previsto en el apartado anterior, la Administración del Principado de Asturias promoverá el desarrollo de *procedimientos de conciliación, mediación y demás* instrumentos de resolución extrajudicial de reclamaciones en materia de consumo.

3. Las administraciones públicas procurarán en sus respectivos ámbitos de actuación que las entidades o empresas públicas que dependan de ellas y las entidades o empresas privadas que gestionen servicios públicos que perciban ayudas o subvenciones públicas se adhieran al Sistema arbitral de consumo, pudiéndose incentivar la adhesión a dicho Sistema”.

²⁵² BOE miércoles 15 de enero de 2003, nº 13.

-La Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias²⁵³

También observamos en esta ley una remisión específica a la mediación junto con el sistema arbitral como sistemas de resolución voluntaria de conflictos. La Exposición de motivos establece como una especial aportación “la previsión de mecanismos de resolución voluntaria de reclamaciones de los consumidores y usuarios a través de la *mediación* y del Sistema Arbitral de consumo”.

La redacción del artículo que se refiere al respecto es muy similar a la de la ley madrileña. Está recogido en el artículo 24 y establece “las Administraciones Públicas de Canarias propiciarán la puesta a disposición de los consumidores y usuarios y de los profesionales y empresarios, de mecanismos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo, sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que puedan corresponder a las mismas”.

-La Ley 16/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco²⁵⁴

Este Estatuto, quizás por su novedad y por el hecho de que puede ser conocedor de los sistemas alternativos de resolución de conflictos con más precisión, es de los pocos que ha dedicado una referencia expresa a la mediación con una determinación concreta de su pretensión de regulación de la misma.

En el capítulo III dedicado a la protección jurídica y a la protección de daños, el artículo 1º reconoce a las personas consumidoras y usuarias el derecho a una protección jurídica eficaz encaminada a la reparación e indemnización por los daños y perjuicios que puedan sufrir como consecuencia de la adquisición, uso y disfrute de los bienes y servicios que se pongan a su disposición en el mercado.

Pero esta protección es concretada a través de dos artículos: el artículo 12 que se refiere específicamente a la mediación y el artículo 13 que se refiere al arbitraje. Por lo tanto, lo primero que ponemos de manifiesta es la distinción conceptual que realiza este Estatuto en orden a diferenciar ambos sistemas.

²⁵³ BOE jueves 6 de marzo de 2003, nº 56.

²⁵⁴ BOPV nº 254 ZK de martes 30 de diciembre de 2003.

El artículo 12 establece:

“1.- Las Administraciones públicas de Euskadi propiciarán, en colaboración con las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, la disponibilidad para las personas consumidoras y usuarias, así como para los profesionales y empresarios o empresarias, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo.

2.- Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de tramitación de las denuncias y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias presentadas ante las Administraciones públicas con competencias en materia de consumo contra empresas y profesionales, sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que correspondan. El procedimiento será voluntario para las partes, y se garantizará la atención de todas aquellas reclamaciones recibidas en cualquier soporte duradero que permita la identificación de la persona o personas reclamantes”.

Es destacable que el artículo engloba con la denominación de mediación a los sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones, distinguiéndolo del sistema arbitral que recoge en el artículo siguiente que sigue siendo un sistema de resolución voluntaria (puesto que la vinculación al mismo no es obligatoria). Si bien la diferenciación puede venir dada en la voluntariedad no del sometimiento al mismo sino de la aceptación de la decisión dada por el órgano mediador o decisor. El artículo remarca el carácter voluntario para ambas partes en conflicto, por lo tanto para el consumidor y para el empresario.

Por otro lado destaca que se establece la previsión de una reglamentación del procedimiento de mediación si bien con carácter administrativo.

Este derecho a accionar sistemas de resolución extrajudicial se reconoce también cuando se traten de interés colectivos (según el artículo 32.i).

La promoción y desarrollo de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos de consumo, en especial del arbitraje se reconocen como funciones de la Administración general y de las Entidades locales de Euskadi en los artículos 66.i y 68. f respectivamente.

4.- La mediación en el ámbito del consumo aparece ligada al sistema de arbitraje, como paso previo o complementario, e incluso al *judicial*, como sistema de tramitación de una queja o reclamación.

Nuestro estudio sobre la mediación bascula fundamentalmente sobre la figura del arbitraje debido a que aquella se viene practicando como un paso anterior a éste.

La *Ley 60/2003 de 23 de diciembre* ha venido a modificar la anterior Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre con el objeto fundamental de establecer unos criterios unitarios que favorezcan su aplicación y difusión no solo dentro de nuestras fronteras sino especialmente en los litigios transfronterizos.

Por este motivo la Ley se ha realizado siguiendo las pautas ofrecidas por la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*²⁵⁵ que, si bien no se ajusta plenamente a la tradición de nuestras instituciones, aunará la regulación española con la de otros países que también han adaptado su regulación a esta Ley Modelo, facilitando el conocimiento de los requisitos y consecuencias de los arbitrajes internacionales.

En la LA de 1988 hemos querido ver una referencia a la mediación en el artículo 3.2 que establecía “cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato”. Este artículo recoge la posibilidad de que se pacte la intervención de un tercero, que podría ser el mediador, con el objeto de emitir una decisión que será vinculante solo cuando las partes así lo hayan aceptado.

En el ámbito del consumo puede entenderse que la función del mediador no se limita a acercar posiciones de las partes y dirigir el proceso, sino que va más allá, puesto que puede emitir una decisión que por supuesto no será vinculante para las partes. Podría también considerarse que este artículo no recoge la mediación sino lo que se conoce como arbitraje informal. Nos referiremos a esta cuestión en páginas posteriores²⁵⁶.

En la LA 2003 encontramos el artículo 36, denominado **Laudo por acuerdo de las partes**, que establece “1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente

²⁵⁵ Aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985, en Anuario Vol. XVI:1985, A/40/17, Anexo I, págs, 417-423.

²⁵⁶ Vid infra.

a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. 2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”²⁵⁷.

De esta forma se reconoce la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo al margen del proceso arbitral, de forma que se estaría encuadrando una mediación intraprocesal o mejor dicho intrarbitral. Pero al mismo tiempo se reconoce que dicho acuerdo termina el proceso arbitral y además que dicho acuerdo podrá, a solicitud de las partes, tener los mismos efectos que el laudo, en el caso de que el árbitro recoja el contenido del mismo en el laudo.

Vemos que dar al acuerdo alcanzado por las partes la eficacia del laudo es algo que depende de la decisión del árbitro de incorporarlo al laudo que de por terminado el proceso arbitral. Pero no se trata de una potestad discrecional puesto que deberá motivar la denegación de dicha solicitud.

Respecto a la diferencia entre la eficacia del acuerdo de mediación y de un laudo nos referiremos más detenidamente en páginas posteriores²⁵⁸.

Lo que nos interesa poner de manifiesto es que ninguna de las leyes ha recogido la mediación de forma expresa, si bien admiten la intervención de un tercero con un alcance distinto al del árbitro (LA de 1988) y la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo al margen del proceso y otorgarle una eficacia jurídica idéntica a la del laudo (LA 2003).

Es sorprendente que la nueva Ley de Arbitraje de 2003 haya desaprovechado la oportunidad de encajar la mediación en el proceso arbitral, puesto que es una práctica que viene desarrollándose en seno del mismo desde hace varios años. Es mucho más sorprendente si tenemos en

²⁵⁷ Este artículo tiene como antecedente el artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI que establece “1) Si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”.

²⁵⁸ Vid infra Tercera parte. Capítulo 6º, I. 2.

cuenta que *RD 636/1993 de 3 de mayo*²⁵⁹ que regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC) recoge la función de mediación tanto para la Junta Arbitral en su art. 4.b como para el Colegio arbitral en el artículo 12.4., aunque no aclara qué es la mediación y además se refiere a situaciones muy diferentes, según veremos más adelante.

Como argumento para dicha falta podría esgrimirse que la Ley de Arbitraje tiene por único objeto la regulación de esta institución como sistema heterocompositivo de resolución de conflictos y de carácter vinculante, mientras que la mediación, dado su carácter autocompositivo (si bien es discutido) y su carácter no vinculante, debe ser objeto de regulación en otro lugar.

Sin embargo, a pesar de este argumento, y la espera de una regulación o incardinación de la mediación en nuestro ordenamiento en otra norma más concreta, parece que debería haberse hecho mención a esta figura, fundamentalmente por tratarse de una institución que se encuentra estrechamente vinculada al arbitraje, como lo demuestra el hecho de que ciertas instituciones que administran el arbitraje denominan al escrito que inicia el proceso “solicitud de mediación y/o arbitraje”.

²⁵⁹ El artículo establece entre las funciones de las Juntas Arbitrales de consumo “b) Actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios”.

Capítulo 2º:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

INTRODUCCIÓN: LA INFORMALIDAD DE LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN ES COMPATIBLE CON UNA NATURALEZA CONTRACTUAL.

La mediación abarca un vasto campo de relaciones y contenidos, si bien todas ellas tienen un elemento común, que es la **intervención**, voluntariamente aceptada por las partes, **de una tercera persona**.

En el Derecho civil encontramos esta “intervención mediadora”, en mayor o menor medida, en una gran variedad de instituciones jurídicas que han sido objeto de análisis en este trabajo, como por ejemplo la transacción, la gestión de negocios ajenos o el corretaje.

Nuestro interés se centra en las mediaciones, o intervenciones voluntariamente aceptadas de una tercera persona, como sistemas alternativos de resolución de conflictos, es decir, que la intervención del tercero se dirige a *ayudar a las partes en un conflicto a alcanzar una solución al mismo*.

La mediación, así entendida, se ha desarrollado en muy diversos ámbitos: familiar, penal, laboral, sanitario, etc., y cada uno de ellos, según hemos visto, con sus propias características.

En el ámbito del consumo, destaca fundamentalmente la falta de una normativa que determine los aspectos más importantes de esta mediación. Esta falta de normativa tiene como consecuencia directa una falta de homogeneidad en la práctica.

Cada Comunidad Autónoma, e incluso cada Ayuntamiento, organismo e institución con “funciones mediadoras”, actúa de la forma que más se acomoda a sus necesidades pero sin un hilo conductor que ofrezca unas garantías para el consumidor.

Algunas organizaciones ofrecen un sistema más formalizado, mientras que otras llaman mediación a simples intentos conciliadores telefónicos. En la mayoría de los casos se siguen unos pasos comunes: la audiencia a las

partes conjunta o por separado (la conjunta es más aconsejable propiciando el principio de contradicción), permitir un turno de palabra y la necesidad de levantar un acta del resultado obtenido.

El proceso de mediación suele ir precedido de un *intento de conciliación*. Este intento consiste en un *contacto telefónico* a partir del cual el reclamante ha formalizado su reclamación y el reclamado realiza sus manifestaciones, de las que se da traslado a la parte contraria por escrito y que deberá contestar en el plazo de 10 días. En segundo lugar se les *cita* en una reunión en la que se intenta que las partes traten de alcanzar el acuerdo. Las únicas formalidades de esta cita consisten en el respeto del turno de palabra y del principio de contradicción. En este momento las partes aportan su visión del problema, en presencia de la otra parte (que se correspondería con la primera y segunda etapa) y posteriormente son preguntados sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

Las partes en conflicto acuden al organo que más confianza les ofrece para trata de solucionar el conflicto *sin ninguna formalidad* que deje constancia, ni de ésta voluntad, de los intentos de mediación por parte del tercero.

El sometimiento al proceso de mediación es por tanto **voluntario e informalista** y, sólo en el caso de que se alcance algún acuerdo, se dejará constancia por escrito de que el mismo es producto de la mediación *ya realizada* por parte del tercero.

La práctica de la mediación se rige por lo tanto por un criterio de informalidad. Ciertamente los ADR son procesos caracterizados por su flexibilidad, pero dicha flexibilidad no puede ser entendida como una falta de garantías del ciudadano puesto que supondría que los ADR se convertirían en un sucedáneo de la justicia.

En este sentido se ha pronunciado la Unión Europea en el Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil COM (2002) 196 final, donde examina la necesidad y el alcance de dicha regulación.

Desde nuestro punto de vista es necesario potenciar la idea de que para someter un conflicto a la mediación es necesario establecer un acuerdo de voluntades *previo* al inicio de la mediación, no siendo suficiente “dejarse llevar en la negociación”. Es necesario fijar desde cuando se inicia la intervención del mediador, para establecer sus responsabilidades así como

evitar que el mismo sea citado en un juicio posterior como testigo de lo acontecido. Es necesario, según también afirma la UE, fijar el inicio desde el cual podrían suspenderse los plazos de prescripción o caducidad.

Por lo tanto, *aunque la práctica de la mediación de consumo no requiere la existencia de un contrato que recoja la voluntad de las partes de someterse al proceso así como la vinculación a los principios generales de la mediación, consideramos que dicho contrato sería beneficioso* puesto que permitiría otorgar al proceso de mayor seguridad a la hora de saber qué se hace y como se hace.

La necesidad de un acuerdo de las partes de sometimiento al proceso de mediación no resta flexibilidad al sistema, sino que ofrece seguridad en relación al momento en que comienzan la mediación y por tanto en el que deben aplicarse las reglas de la misma.

La mayoría de las definiciones aportadas sobre la mediación hacen referencia a un sistema o proceso cuyo objeto es la solución de una controversia. Por lo tanto, podríamos deducir que la mayoría de los autores consideran la mediación como un proceso, puesto que comienzan sus definiciones con las palabras *proceso* o *sistema* y no hacen referencia a la existencia de ningún contrato. Consideramos interesante indagar en la posibilidad de que la mediación comparta una naturaleza mixta, contractual y procesal.

La naturaleza contractual:

Es necesario un acuerdo de voluntades de las partes para someter la solución de la controversia al *procedimiento* de la mediación (que es en sí mismo un procedimiento). Por otro lado, en el caso de que la mediación sea exitosa, se alcanzará un acuerdo por el que las partes resuelven la controversia por sí mismas y excluyen la vía jurisdiccional o arbitral.

Ahora bien, para que la mediación sea demandada por las partes requiere la existencia de un conflicto previo. La existencia de este conflicto y el momento en el cual se recurre a la mediación nos ha llevado a distinguir tres momentos en el proceso de solución del mismo, pero no todos ellos pueden identificarse con la mediación propiamente dicha.

Estas tres fases o momentos del proceso de solución del conflicto son:

- Antes de que surja el conflicto.

- Después de que surja el conflicto.
- Después de resuelto el conflicto.

El *primer momento*, antes de que surja el conflicto lo identificamos con el **contrato que recoge la relación jurídica que vincula a las partes**. En dicho acuerdo las partes *pueden* haber previsto que los conflictos que eventualmente puedan surgir en dicha relación jurídica sean remitidos a la mediación. Cumpliría una función similar a la *cláusula compromisaria* o *convenio arbitral*²⁶⁰, si bien no con las especialidades de aquella, por lo que nos vamos a referir a el como **convenio de mediación**. El mediador no es parte en dicho acuerdo.

El *segundo momento* o fase en la solución del conflicto se produce cuando, una vez surgido el conflicto, las partes y el mediador deben suscribir el denominado **contrato de mediación**. Es el acuerdo por el que las partes acuerdan someter un conflicto a la mediación, si no lo habían hecho antes mediante un convenio de mediación, y por el cual el mediador acepta el cargo de mediar en el conflicto en cuestión²⁶¹. El mediador es parte de dicho contrato.

El *último momento* es el que identificamos con el **acuerdo** al que llegarían las partes después del proceso de mediación por el cual **resuelven el conflicto** planteado.

Se trata por lo tanto de un acuerdo que no versa sobre la sumisión al proceso de mediación por voluntad de las partes, sino que recoge la solución a la controversia alcanzada por las partes después del sometimiento a dicho proceso de mediación. Es un contrato sobre el fondo de la cuestión. En este acuerdo podrá participar el mediador, pero no como parte puesto que no tiene capacidad de disposición sobre el objeto de dicho contrato.

ÁLVAREZ MORENO se refiere también a esta situación, estableciendo “En los dos últimos supuestos [se refiere a los supuestos en los que se ha alcanzado algún tipo de acuerdo, bien sea parcial bien total] las partes deben

²⁶⁰ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: «La mediación empresarial», en *Revista de Derecho*, 2000. Pág. 971.

²⁶¹ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 971. “Es en este momento, cuando, para iniciar la mediación, las partes firman con el mediador un contrato o pacto de mediación (que para algunos se entiende como un simple acuerdo de confidencialidad). La firma de este acuerdo marca el paso de la premediación a la mediación y tiene la virtualidad de iniciar el proceso de mediación propiamente dicho. Es el que denominamos “**contrato de mediación**” en el que son parte los implicados en el conflicto y el mediador”.

poner por escrito los acuerdos a los que llegan. Estos acuerdos (con independencia de su forma) no son de mediación, sino sobre el fondo, es decir sobre el contenido de la disputa. Son acuerdos entre las partes que el mediador solo firma como testigo cualificado sin ser parte en ellos. Estos acuerdos a los que llegan las partes dictaminarán la extinción o continuidad de la relación “ad futurum” entre las partes en el conflicto. Y de continuar, incluso pueden contener previsiones sobre pautas y comportamientos futuros que marcarán esa relación “inter partes” En determinados casos, tales acuerdos supondrán el establecimiento de una nueva relación entre las partes, o la novación contractual de aquella”²⁶².

Vamos a ver que, en puridad, la mediación solamente existe como tal en el segundo de los momentos identificados. Es decir, existirá un contrato de mediación como sistema de resolución de conflictos cuando las partes en dicho conflicto acudan al mediador para la solución del mismo y éste acepte dicho encargo.

De un primer análisis se nos plantean algunas dudas en relación a ciertas figuras ya existentes en nuestro ordenamiento. Parece que tanto el convenio de mediación como el acuerdo de mediación se asimilan mucho a lo que sucede en el arbitraje, y si no es así ¿cuáles son sus diferencias? Respecto al tercer acuerdo parece que puede ser similar a la transacción, y si no es así ¿qué características les distinguen? Asimismo se nos antojan similitudes con otras figuras como son la negociación, la representación, el mandato, etc.

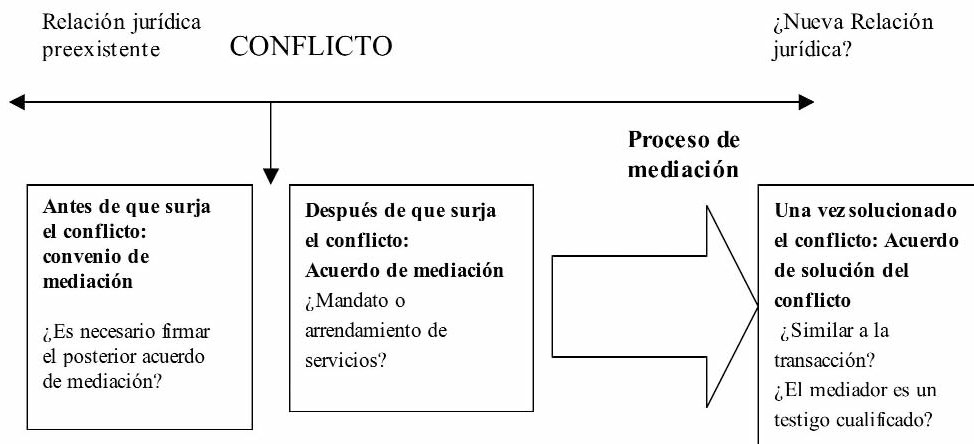
La naturaleza procesal:

Esta naturaleza procesal se manifiesta en dos sentidos. El primero, porque para poder hablar de mediación es necesario un *proceso de mediación*. La mediación requiere que se atravesase por una serie de actuaciones perfectamente estructuradas basadas en unos principios informadores de dicho proceso. El segundo, las repercusiones que tiene la mediación en relación al proceso judicial o jurisdiccional, ya que una vez finalizado el proceso de mediación, la avenencia o no de las partes tiene una serie de efectos, por ello debemos saber cual es el alcance del acuerdo eventualmente alcanzado.

²⁶² ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 971.

Esta naturaleza procesal está especialmente vinculada con el arbitraje en los conflictos de consumo, puesto que la mediación se practica actualmente como una fase anterior al arbitraje.

El esquema que vamos a manejar en nuestra investigación es el siguiente:



I. FASE ANTERIOR AL CONFLICTO: LA POSIBILIDAD DEL SOMETIMIENTO A LA MEDIACIÓN ANTES DE QUE SURJA EL CONFLICTO.

1.- LA VINCULACIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO.

Según hemos manifestado anteriormente, en la primera etapa de la mediación encontramos un primer acuerdo de voluntades de las partes: aquel en el que acuerdan someter el conflicto futuro al proceso de mediación.

Este primer acuerdo no existe en algunos de los ámbitos donde se desarrolla la mediación, como por ejemplo el penal o el familiar.

Pero sí está contemplada la posibilidad en otros ámbitos como el laboral, el de consumo o el sanitario.

Cuando esta posibilidad existe, nos encontramos ante el hecho de que dos personas, que establecen o tiene algún tipo de relación jurídica (laboral, consumo o sanitaria) pueden incluir en el contrato que establece dicha relación jurídica que todos los conflictos que surjan respecto a la misma se resuelvan a través del sistema de la mediación

La vinculación que tiene la mediación con el arbitraje en el ámbito del consumo es evidente, por dos razones fundamentales:

- Porque la mediación dentro del ámbito del consumo se desarrolla dentro del sistema arbitral de consumo, como un *paso anterior* al arbitraje, desarrollándose por los mismos órganos administrativos según se establece en el artículo 4 del RD 636/1993 de 3 de mayo²⁶³.
- Porque esta vinculación permite que las partes se remitan o vinculen al sistema de mediación de la misma manera o al mismo tiempo que se remiten o vinculan al sistema arbitral, mediante el contrato que crea la relación jurídica entre las partes.

A. La mediación como paso anterior al sistema arbitral.

Los órganos que estructuran el Sistema de Arbitraje de Consumo son las Juntas Arbitrales de consumo y los Colegios arbitrales. Las primeras tienen

²⁶³ El artículo establece entre las funciones de las Juntas Arbitrales de consumo “b) Actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios”.

un carácter permanente mientras que los segundos están limitados a la cuestión litigiosa que se les somete.

La principal función de la Junta Arbitral de consumo es dirigir el procedimiento arbitral para conseguir que el Sistema Arbitral de Consumo funcione correctamente. Para ello el artículo 4.b) del RDSAC establece entre sus funciones:

1. Fomento y formalización de los convenios arbitrales.
2. *Actuaciones de mediación* respecto de los conflictos planteados.
3. Confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado oferta pública de adhesión.
4. Elaborar y poner a disposición de los interesados los modelos de convenio arbitral.

Esta actividad se atribuye a las Juntas Arbitrales de Consumo por el artículo 4.b) del RDSAC, y no debe confundirse con la facultad de intentar la conciliación recogida en el 12.4 RDSAC que corresponde al Colegio Arbitral, según veremos posteriormente²⁶⁴. Como vemos la mediación ha de ser ofrecida por la Junta Arbitral antes de la constitución del Colegio Arbitral, por lo tanto antes de que se inicie el arbitraje propiamente dicho.

B. La posibilidad de que las partes se vinculen a la mediación a través de un convenio de mediación o a través del propio convenio arbitral.

Las partes en un conflicto de consumo pueden acudir a la mediación de diversas maneras, bien redactando un acuerdo en el cual se recoja específicamente que desean que el conflicto actual o los conflictos futuros se solucionen a través de la mediación, o bien mediante el propio convenio arbitral, a través del cual las partes acuerdan que los conflictos se solucionen a través del sistema arbitral, si bien este sistema, según hemos visto en el apartado anterior, permite mediar en determinados casos si se considera posible y aconsejable.

De tal manera que se estaría prestando el consentimiento, en el primer caso de forma explícita, y en el segundo de forma implícita (al someterse al arbitraje, que contempla en sí mismo la posibilidad de una mediación), a la solución del conflicto a través de una mediación.

²⁶⁴ Vid infra. Segunda parte, Capítulo 5.

Ahora bien, insistimos en la necesidad de afirmar que el convenio de mediación no es un convenio arbitral.

2.- EL CONVENIO DE MEDIACIÓN NO ES UN CONVENIO ARBITRAL.

Desde nuestro punto de vista, para que pueda iniciarse la mediación es necesario un *acuerdo* de ambas partes para *someterse* a este sistema de resolución de conflictos. Acudir a la mediación es, como veremos más adelante, un acto voluntario. En este sentido es necesario un acuerdo de voluntades para abandonar la vía jurisdiccional (en el caso de haberse ya iniciado) o para mantenerse al margen de ella.

La primera pregunta que debemos hacernos es ¿Qué es el convenio arbitral?

La LA de 2003 no contiene una definición de lo que es el convenio arbitral. Solo contiene una descripción de lo que debe contener aludiendo a la forma y contenido del mismo en su artículo 9, que establece en su primer párrafo “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Mediante esta exigencia de forma y contenido la LA considera que las partes expresan la voluntad de resolver las controversias a través del arbitraje. Por lo tanto el convenio arbitral tiene como finalidad la manifestación externa de la volunta de las partes.

El arbitraje fue objeto de regulación ya en la LEC de 1881 en su Título V del Libro II, denominado “De la jurisdicción contenciosa” a través del denominado “juicio de árbitros y de amigables componedores”²⁶⁵.

Se recogió por primera vez de forma autónoma en la *Ley de Arbitraje de Derecho Privado del año 1953*. Entre las características más importantes de esta Ley encontramos la distinción entre la *cláusula compromisoria* o contrato preliminar de arbitraje y el *compromiso arbitral*, que concretaba la cuestión litigiosa que va a ser objeto de arbitraje. La cláusula compromisoria

²⁶⁵ Vid infra.

sola no iniciaba el procedimiento arbitral, de forma que era necesario el compromiso arbitral que bien mediante escritura pública o judicialmente determinase el litigio concreto que iba a someterse al arbitraje.

Otra característica importante estribaba en que las materias que podían ser objeto de arbitraje venían delimitadas por su carácter privado, es decir, debían ser materias de Derecho Privado. Se acotaba por tanto el objeto del arbitraje de forma imprecisa tratando de resaltar la base privada de este procedimiento.

Estos problemas trataron de superarse en la *Ley 36/1988 de 5 de diciembre*, donde ya no aparece la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso sino que se alude al *convenio arbitral* siendo vinculante para las partes desde la conclusión del mismo y no teniendo que esperar a un momento posterior. Del mismo modo se limita el ámbito del arbitraje a las materias de libre disposición y no a las materias de Derecho Privado, ofreciendo por tanto un criterio más claro de lo que es posible laudar al margen del jurisdiccionalismo.

Esta situación se mantiene en la Ley 60/2003 de arbitraje, que se caracteriza por:

- Mantener el criterio antiformalista si bien sigue siendo necesario que exista constancia por escrito. Se considera posible que se utilicen nuevos medios de comunicación y tecnologías siempre que dejen constancia del contenido de la voluntad y permitan la consulta posterior.
- Mantener los efectos positivos y negativos del arbitraje con especial incidencia en este último dado que se refiere a ello en sus artículos 7 y 11. El efecto negativo supone que los Tribunales no podrán conocer de las controversias sometidas al arbitraje siendo la única intervención judicial posible la de apoyo o control expresamente previstos en esta Ley. Se resuelve también la problemática de cómo plantear la excepción de arbitraje, dado que recoge que deberá ser a través de declinatoria (recogiendo las modificaciones introducidas por la LEC 1/2000).

Una vez analizada la evolución del convenio arbitral, debemos tener en cuenta que, en el caso de que las partes firmen el convenio de mediación, existiría una diferencia fundamental con el convenio arbitral y es que las

partes no se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de mediadores, porque ni los mediadores fallan (deciden) ni el resultado de la mediación es un laudo. El mediador en todo caso acerca posiciones, o a lo sumo, como en la mediación de consumo, ofrece una propuesta de solución que debe ser aceptada por las partes.

Podemos afirmar que el convenio de mediación deberá contener al menos:

1. La relación jurídica de las partes sobre cuyos conflictos futuros se acudirá a la mediación.
2. Requiere una manifestación de la voluntad de sometimiento a la mediación, rechazando convenios oscuros o ambiguos. Sin embargo debemos manifestar que este convenio de mediación, al igual que el convenio arbitral está marcado por un importante antiformalismo.
3. El consentimiento en la mediación no abarca el sometimiento a la decisión de uno o más mediadores. Si bien en el arbitraje las partes se someten al laudo obligándose a lo resuelto por el árbitro, en mediación el sometimiento a la mediación nunca va a suponer la vinculación a lo resuelto por el mediador. En todo caso se obligan a aceptar o rechazar la decisión del mediador, pero son libres de realizar uno u otro acto.

Cabe hacerse otra pregunta. ¿Qué efectos tiene la realización de un convenio arbitral?, ¿y un convenio de mediación?

Respecto al convenio arbitral se reconocen principalmente dos efectos, que analizaremos más adelante pero que ahora adelantamos:

Un *efecto positivo*, que consiste en que lo acordado por las partes (es decir, el acuerdo de someter el conflicto a la mediación) es ley entre ellas y por tanto les obliga para el futuro, según el artículo 1091 del C.c.²⁶⁶.

Un *efecto negativo*, el convenio arbitral constituye el fundamento de una excepción de arbitraje, en virtud de la cual el Juez estatal es incompetente

²⁶⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 175. MONTERO AROCA, J.: Ob. cit., pág. 69. “el legislador (...) se limita a transcribir una consecuencia de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.091 del C.c; el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado porque es un contrato y las obligaciones que nacen de los contratos “tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos””.

para conocer de la cuestión litigiosa que se somete al arbitraje a través del pacto compromisorio.

Se trata por tanto de que el convenio arbitral permite fundamentar una excepción que impide al órgano judicial entrar en conocimiento de la materia²⁶⁷.

En mediación la situación es diferente, los efectos que pueden atribuirse al acuerdo de mediación serían:

- Un *efecto positivo*, en el sentido de que el acuerdo de mediación obliga a las partes a someter a mediación los conflictos que puedan surgir entre ellos en relación a una determinada relación jurídica contractual o no contractual. Este acuerdo tiene por lo tanto el mismo efecto que el recogido en el artículo 1091 del C.c. para el resto de los acuerdos, es fuerza de ley para las partes.
- *No tiene un efecto negativo*, el acuerdo de mediación no produce los efectos de una excepción, puesto que las partes no sustraen el conocimiento del litigio al órgano jurisdiccional. El juez sigue siendo competente. Su incumplimiento solo puede llevar aparejado en principio los mismos efectos que los incumplimientos en el resto de los contratos. Sobre esta cuestión volveremos más adelante aunque si adelantamos que el convenio no tiene efectos de excepción de mediación en el mismo sentido que se utiliza en el arbitraje.

La diferencia fundamental entre el convenio arbitral y el convenio de mediación es que mientras a través del primero las partes se obligan a

²⁶⁷ MONTERO AROCA. Ob. cit., pág. 70. “Pero mientras en la legislación anterior esta eficacia la producía el compromiso formalizado contractual o judicialmente, o pendiente de esta última formalización, en la vigente la produce directamente el convenio arbitral, y desde el primer momento. La eliminación de la duplicidad de convenios permite superar los inconvenientes que se presentaban en la legislación anterior”. En este sentido también se manifiestan LORCA NAVARRETE. A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 107. “Se cierra con la formulación contenida en el artículo 11.1 LA cualquier tipo de polémica doctrinal que originó con la LAP no pocos problemas doctrinales ante la cuestión de calificar o no como excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción al compromiso arbitral y que impedía a Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida a arbitraje, siempre que la parte a quien interesara invocara el compromiso mediante la correspondiente excepción. Ahora, al unificarse ambos trámites –cláusula y compromiso– en el convenio arbitral se supera la cuestión relativa a si la excepción surge de la cláusula compromisoria o del compromiso formalizado ulteriormente. Con la LA no hay duda. Solo genera la excepción el convenio arbitral que le otorga base jurídico-procesal (...)”.

someterse a la decisión del árbitro, en el segundo no, puesto que solo se obligan a tener que emitir una declaración de voluntad sobre la aceptación o rechazo de la propuesta del mediador, en su caso.

Este convenio obligaría a las partes a someter las cuestiones litigiosas futuras a la mediación, sin tener que formalizar posteriormente dicho acuerdo judicial o notarialmente.

Actualmente la mediación carece de cualquier regulación específica de sus características o procedimiento a seguir, al menos en el ámbito del consumo (puesto que en mediación familiar ya han surgido leyes autonómicas reguladoras de la materia). Por lo tanto podemos afirmar que el convenio de mediación es un *contrato atípico* puesto que no tiene una regulación específica.

Según veremos más detenidamente al analizar la causa del contrato de mediación, estos contratos no pierden su atipicidad por el hecho de ser contratos conocidos o regulados por los usos o costumbres jurídicas, e incluso que se nombren por la jurisprudencia; siguen siendo atípicos si no tienen una regulación legal específica²⁶⁸. Por lo tanto, a pesar de que la mediación es recogida en la regulación de ciertos sectores como sistema de solución de los conflictos que se planteen en su ámbito, no existe una regulación específica sobre la mediación como tal.

En la mediación a través de un convenio que voluntariamente acuerdan las partes se accede a un proceso que permitirá solucionar un conflicto existente sin tener que acudir a la vía jurisdiccional. Por lo tanto su eficacia procesal es evidente.

Sin embargo tiene ciertas características distintas del arbitraje y que ya hemos planteado en otras ocasiones:

²⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. (VV. AA.): *Elementos de Derecho Civil II. Volumen primero...* ob. cit., apartado 483. "Contrato atípico es el que, aún teniendo un nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñados y que lo identifican en el tráfico –tanto para la doctrina y jurisprudencia como a veces las leyes –, carece, sin embargo de una disciplina normativa propia, inexistente en los Códigos y en l las leyes especiales (al menos, en el orden material, pues pueden ser objeto de regulación fiscal o de alguna referencia o tratamiento administrativo). MESSINEO añade que, además de carente de disciplina legal particular, no se haga en el ordenamiento positivo mención tal del contrato que, por su forma, permita inducir su disciplina jurídica por vía de remisión. No deja de ser atípico un contrato por estar regulado por los usos o la costumbre jurídica o perfectamente delimitado por la jurisprudencia con tal de que carezca de específica disciplina legal".

No tiene un proceso que garantice el respeto al principio de acceso a la jurisdicción. De forma que su eficacia procesal va a ser menor en el sentido de que la vía al acceso jurisdiccional ha de permanecer siempre abierta para no vulnerar ese principio fundamental (no solo a través de la acción de anulación como ocurre en el arbitraje). La solución que se alcance, según lo anteriormente manifestado, nunca podrá tener la consideración de laudo o sentencia, sino de simple acuerdo de voluntades para la solución de una controversia.

ARBITRAJE	MEDIACIÓN
<p>Se inicia por un contrato: Convenio arbitral.</p> <p><i>Elementos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Es un contrato. - De igual genero que el compromiso. - No es un precontrato. - Negocio típico. - Forma procesal. - Forma escrita. <p><i>Contenido:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Voluntad inequívoca de someterse al arbitraje. - Tanto relaciones contractuales como no contractuales - Sometimiento a la decisión de uno o más árbitros. <p><i>Efectos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Positivo: sometimiento al arbitraje. - Negativo: excepción de arbitraje. No puede conocer la jurisdicción. 	<p>Se inicia por un contrato: Convenio o cláusula de mediación.</p> <p><i>Elementos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Es un contrato. - De igual genero que el compromiso. - Es un negocio jurídico atípico: especialmente vinculado con el arbitraje. - Carácter procesal: pero el acuerdo no es un laudo y el proceso jurisdiccional siempre permanece abierto. - Debería ser forma escrita. <p><i>Contenido:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Voluntad inequívoca de someterse a mediación. - Tanto relaciones contractuales como no contractuales. - No sometimiento a la decisión del mediador: o no decide (por lo general) o la decisión no es vinculante. <p><i>Efectos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Positivo: sometimiento a la mediación. - No negativo: no excepción de mediación. Puede conocer la jurisdicción.

II. LA MEDIACIÓN DEL CONFLICTO: EL CONTRATO DE MEDIACIÓN UNA VEZ SURGIDO EL CONFLICTO.

Este acuerdo supone el comienzo del proceso de mediación en sí, abandonándose el periodo de premediación, que tiene por objeto la valoración de las actitudes de las partes y del objeto litigioso que permitirá determinar si la mediación es un recurso adecuado o no para el conflicto en cuestión. Pero así mismo es necesario un documento donde conste el compromiso del mediador designado en el desarrollo de su papel como mediador, es decir, un documento donde conste la aceptación del cargo²⁷⁰.

Sin embargo, dependiendo del ámbito de la mediación en el cual nos encontremos, este momento puede ser diferente.

En *mediación familiar* se trataría del *compromiso de intervención*, o contrato por el cual las partes (las tres partes), si bien no se someten a la decisión de un tercero (puesto que el mediador no tienen capacidad de decisión), sí se comprometen a no utilizar la información en un proceso posterior, a seguir las reglas de la buena conducta y a paralizar cualquier tipo de procedimiento judicial; en definitiva, se someten al proceso de mediación, si bien no existe certeza de que el resultado de dicho proceso sea la solución del conflicto. Pero además este compromiso de intervención es firmado también por el mediador, mediante el cual se vincula al proceso si acepta el encargo de mediar²⁷¹. Por lo tanto en mediación familiar, la prestación del consentimiento al proceso de mediación coincide con la aceptación del cargo por parte del mediador. Esta firma delimita el paso del proceso de premediación al proceso de mediación propiamente dicho. No se contempla

²⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Elementos de Derecho civil II. Volumen segundo...* ob. cit., pág. 370. En relación al arbitraje manifiesta “la relación árbitros-partes es pura y estrictamente contractual, y el árbitro cumple la función confiada por los interesados y en tanto que aceptada. El ordenamiento no le confiere ningún cargo ni función (sí, en cambio, al Juez), y sólo a posteriori protege y da cierta eficacia a lo que ha hecho. En caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento del encargo y función asumida por el árbitro, su responsabilidad es de tipo contractual y no la responsabilidad del órgano judicial”.

²⁷¹ En el modelo de compromiso de intervención ofrecido en el curso de formación en mediación familiar por la UNAF encontramos entre otras cláusulas: “6) El contenido de las entrevistas e informes es confidencial y bajo ningún concepto puede constituir objeto de prueba ante un tribunal. 7) Compromiso de no entablar o suspender acciones judiciales de tipo contencioso, durante el proceso de Mediación Familiar ya que su objetivo es conseguir una acción consensuada. (...). El mediador se compromete a asegurar que las entrevistas de Mediación serán estrictamente confidenciales y no podrán ser utilizadas como información judicial o prueba”.

en la reglamentación de la mediación la posibilidad de que las partes prestasen su consentimiento antes de que surja el conflicto en cuestión.

En el ámbito de la *mediación de consumo* ambos momentos, consentimiento de las partes y aceptación del cargo por el mediador pueden no coincidir, como ocurre en el arbitraje, de ahí que hemos diferenciado el convenio de mediación.

Esta situación también se produce en el sistema arbitral. ALVAREZ considera que en el arbitraje, como institución, cuenta entre otros con dos elementos:

- *El compromiso*: se refiere al contrato por el cual dos o más personas aceptan la decisión de un tercero en la solución de uno o varios conflictos.
- *Dación o recepción de arbitraje*: momento en que el árbitro acepta su cargo y se vincula con las partes a realizar su labor.

Existe la posibilidad en este ámbito, aunque no necesariamente, de que las partes se hayan comprometido en el acuerdo que regula su relación comercial a que todos los conflictos que surjan como consecuencia de dicha relación se resuelvan a través de la mediación. En este momento no participa el mediador. Una vez surgido el conflicto el mediador deberá manifestar su aceptación del cargo. Este momento de aceptación del cargo posterior al acuerdo inicial, lo hemos identificado con el *contrato de mediación*, donde si es necesaria la intervención del mediador como parte del contrato.

Es evidente que el contenido de este *acuerdo de mediación* va a ser distinto si ha sido precedido o no de un *convenio de mediación*.

- En el caso de que se haya formalizado con anterioridad un convenio de mediación, el acuerdo de mediación deberá limitarse a recoger la “contratación” del mediador elegido que manifestará su aceptación del cargo para el caso en cuestión. También deberá recoger la aceptación de la partes de las normas del proceso de mediación, entre otras la de no utilizar lo acontecido durante la mediación en un proceso posterior. Parte de la doctrina identifica este momento con el *acuerdo de confidencialidad*.
- En el caso de que no se haya formalizado con anterioridad un convenio de mediación, deberán manifestar, además de lo

establecido para el caso anterior, su voluntad de someter el conflicto en cuestión a la mediación.

Por lo tanto la declaración de voluntad de las partes sobre el sometimiento a la mediación y la aceptación del cargo por parte del mediador no tienen por qué coincidir, pero sí deben existir ambas para poder hablar de mediación. Es independiente que esa manifestación de voluntad se produzca antes de que surja el conflicto, es decir para los conflictos futuros a través de la cláusula o convenio de mediación, o que se produzca después del conflicto junto con la necesaria aceptación e iniciación del proceso.

Respecto al contenido de dicha manifestación de voluntad nos referiremos más adelante²⁷². Ahora, el aspecto que puede parecer más controvertido es el segundo de los puntos enunciados.

La *aceptación del mediador de su cargo* es un acto necesario para que la mediación se inicie, pero ¿es necesario que se recoja en el acuerdo de mediación?

La reglamentación dada sectorialmente en la mediación empresarial a veces exige la participación directa del mediador en este acuerdo y a veces no.

El Centro Europeo de Resolución de Disputas, organismo independiente sin ánimo de lucro que desarrolla su actividad en todos los sectores de los negocios, y que es un importante apoyo para las empresas multinacionales y organizaciones profesionales destacadas, recoge entre las partes de su contrato la del mediador exigiendo que junto a la firma de las partes se recoja la firma del mediador. Por lo tanto prevé que el mediador es parte de dicho contrato.

La normativa dada por el centro ARyME (Arbitraje y Mediación) vigente desde enero de 2002 establece en relación al acuerdo exclusivamente que “i. para iniciar la mediación bajo estas normas de procedimiento, será necesario que ambas partes acuerden por escrito su deseo de acudir al Programa de Mediación Empresarial de ARyMe para resolver sus diferencias. ii. Estas normas de procedimiento, constituirán la base del proceso administrativo”. Respecto a la iniciación de la mediación establece “la mediación se inicia en la fecha en la que ARyME reciba la petición de mediación firmada por

²⁷² Vid infra Segunda parte. Capítulo 3.

ambas partes. Dicha petición contendrá como mínimo los nombres, direcciones y números de teléfono de cada una de las partes”. Por último, considera que una vez abierto el proceso de mediación, será ARyME quien nombre a un mediador de entre los profesionales que componen su panel de mediadores.

Por lo tanto ARyME no requiere la participación del mediador en el contrato de mediación que da lugar a la apertura del proceso.

Para saber si el mediador debe participar o no en el contrato de mediación debemos saber cual es su función o que prestación se espera de él.

1.- LA FUNCIÓN DEL MEDIADOR: ¿OBLIGACION DE MEDIOS O DE RESULTADO?

ÁLVAREZ MORENO considera que este acuerdo de mediación podría identificarse con un *contrato de arrendamiento de servicios*²⁷³. Sin embargo, parte de la doctrina considera que en el arbitraje, figura muy unida a la mediación, el contrato que une a las partes con el árbitro no es un arrendamiento de servicios sino un mandato.

Respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje se han propuesto muchas alternativas. REDFERN, HUNTER y SMITH²⁷⁴, consideran que el contrato que une la entidad encargada de administrar el arbitraje con las partes en conflicto es una *oferta pública de servicios* que se acepta por las partes desde el momento en que se comprometen a respetar el reglamento institucional, si bien es cierto que la aceptación no se perfecciona hasta que no se produce la solicitud de que se inicie el arbitraje pactado.

RUBINO SAMMARTANO²⁷⁵ considera que se trata de un *contrato de mandato sin representación* pues considera que el centro actúa en nombre propio y en interés de las partes.

Otros (FOUCHARD) en cambio consideran que se trata de un *contrato de mandato con representación* aunque también tiende al arrendamiento de servicios. Se acerca al primero porque se trata de realizar ciertas actuaciones

²⁷³ Ob. cit., pág., 971.

²⁷⁴ REDFERN, HUNTER y SMITH. Law and practice of internacional comercial arbitration, Londres, 1991.

²⁷⁵ RUBINO SANMARTANO: L'arbitrato internazionale, Padova, 1989, pág. 300.

en nombre de las partes, pero participa del segundo en cuanto se encarga de ejecutar prestaciones materiales e intelectuales determinadas en su reglamento.

Según esta opinión podría considerarse que estamos ante un arrendamiento de servicios porque la institución que ha aceptado el encargo asume la obligación de cumplir éste bajo una responsabilidad directa frente a las partes. Por otro lado las partes atribuyen a la institución la competencia para conocer del litigio y abonar los gastos según establezca el reglamento.

Sin embargo según MUNNÉ CATARINA el convenio arbitral no puede ser encuadrado dentro del arrendamiento de servicios puesto que no implica un “do ut des”. El carácter gratuito del arbitraje de consumo impide considerarlo como un arrendamiento de servicios puesto que éste lleva implícito la necesidad de un precio cierto, o al menos de un ánimo de lucro²⁷⁶.

La ausencia de contraprestación patrimonial podría implicar que estamos ante un contrato de mandato gratuito “pero existe una presunción legal de onerosidad del mandato cuando el servicio es la ocupación del mandatario (art. 1711 CC) y, además el mandatario actúa no sólo en representación de la voluntad del mandante, sino siguiendo las expresas instrucciones del mismo sobre la manera de llevar a cabo el encargo consistente en el mandato”²⁷⁷.

De lo manifestado anteriormente parece que la mayoría de las posturas que analizan el arbitraje se debaten entre su proximidad a dos contratos: el arrendamiento de servicios y el mandato.

La primera pregunta que podemos hacernos es si el contrato de mediación puede ser entendida como una obligación de medios o una obligación de resultados.

La diferencia entre lo que se considera una obligación de medios y de resultado ha sido muy claramente expuesta por la *Sentencia del Tribunal supremo de 13 de abril de 1999*: “el deudor de una obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actividad y cumple con su ejecución

²⁷⁶ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 64. “Por otro lado, en el contrato de arrendamiento de servicios, la prestación del servicio se efectúa a cambio de un precio cierto (art. 1544 CC), que no existe en la administración del arbitraje, ya que el precio implica un ánimo de lucro”.

²⁷⁷ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 64.

adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento, en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente, basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado; lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. Por el contrario, el cumplimiento de la obligación de resultado, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de la obligación, hace presumir culpa; en la obligación de actividad, se precisa prueba de la falta de diligencia para apreciar el incumplimiento”.

Pero ¿Qué ocurre en el contrato de mediación como ADR?

Desde nuestro punto de vista la actividad del mediador es fundamentalmente una obligación de medios y ellos por dos razones:

- Porque el objeto del contrato es el propio servicio de mediación. La mediación es entendida como una facilitación del acuerdo de las partes.
- Porque el mediador tendrá derecho a su remuneración simplemente por la prestación de este servicio, sin que se haga depender la misma de la obtención del acuerdo.

Esta última cuestión es sin embargo más comprometida cuando estamos haciendo referencia a la mediación en el ámbito del consumo.

La mediación, con carácter general y fundamentalmente en ámbitos como el familiar, no asegura un resultado, es decir, no asegura una solución definitiva al conflicto litigioso (como lo hace el arbitraje o la jurisdicción), sino simplemente asegura un entorno y unas herramientas que ofrezcan una negociación fructífera.

Podría considerarse que estamos ante una obligación de resultado si, como ocurre en el sector del consumo, se concibe la mediación como una decisión del mediador que luego las partes pueden aceptar o rechazar, dado que a lo que se obliga el mediador es a emitir su decisión acerca de un conflicto determinado. Pero frente a esto podríamos decir que son las partes las que

deciden si aceptan o no la solución dada por el mediador. El mediador en realidad lo que facilita es el medio para alcanzar la solución del conflicto, bien sea ofreciendo el marco adecuado para una negociación, bien sea ofreciendo la alternativa que a él le parece más correcta, pero la solución al conflicto la asumirán las partes únicamente.

Por lo tanto, podemos afirmar que el contrato de mediación es un contrato de obligación de medios.

2.- EL MEDIADOR NO ACTUA POR CUENTA DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Otra pregunta que podemos hacernos es si la prestación que realiza el mediador, es decir, si la actividad de mediación es un auténtico servicio. Para ello vamos a repasar algunas cuestiones respecto al contrato de arrendamiento de servicios.

En primer lugar es evidente que el mediador ofrece un servicio de carácter intelectual y por lo tanto encaja dentro del concepto de servicios al estilo del contrato de arrendamientos.

“[S]e ha discutido si, como uno de tantos arrendamientos de servicios, cabe contratar la prestación a favor de otra persona de los servicios de quienes ejercen profesiones y artes liberales, como médicos, abogados, etc. Actualmente (después de vacilaciones) puede aceptarse la opinión afirmativa, acogida ya tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Opinión exacta, puesto que, en principio –y aunque el C.c. no se refiera a ella en particular–, son susceptibles de arrendamiento tanto los servicios manuales como los intelectuales”²⁷⁸.

Por lo tanto ese “servicio” no ha de consistir exclusivamente en algo material sino que puede ser también una prestación intelectual. A pesar de que el C.c, como consecuencia de su origen romanista, en su regulación solo recoge servicios de carácter particular, como los criados o trabajadores asalariados, la doctrina²⁷⁹ y la jurisprudencia han ido

²⁷⁸ ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...* ob. cit., pág 732.

²⁷⁹ Vid DIAZ REGAÑON- ALACALÁ. C.: *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares (Granada), 2000. TRIGO GARCÍA, M. B.: «La remuneración del prestador de servicios. Criterios de determinación», en *Actualidad Civil*, 2000, pág. 577 y ss., y *Contratos de servicios*, Perspectiva jurídica actual, Comares. Albolote (Granada), 2000.

incluyendo dentro de este tipo de contratos aquellos que se refieren a los servicios profesionales. Precisamente aquí puede considerarse incluido el servicio de mediación como un servicio profesional²⁸⁰.

En este sentido DIEZ PICAZO entiende que “En el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue un resultado útil de aquella actividad. Los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo (preparación para un examen, *conducción del proceso*, etc., ni el preparador ni el abogado tienen poder directo sobre el resultado satisfactorio). Los servicios objeto de contrato no tienen necesariamente que ser materiales. Está totalmente superada en la actualidad la antigua doctrina, que circunscribía el arrendamiento de servicios a ellos excluyendo los de un profesional. No obstante es interesante hacer notar que los servicios de las profesiones liberales no son siempre y en todo caso objeto de un contrato de arrendamiento de servicios. En otras palabras, que en ocasiones estaremos en presencia del contrato de locación de obra. Piénsese en el letrado que se obliga a realizar un dictamen mediante una remuneración o en el dentista que tiene que realizar y colocar una prótesis, etc”²⁸¹.

Pero una vez que tenemos esto claro, debemos preguntarnos si la actividad del mediador sería encuadrable dentro de la gestión de negocios ajenos por cuenta o/y en nombre de las partes o alguna de las partes.

¿Cuál es la diferencia entre la mediación y el mandato o representación?

²⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. (VV. AA.): Elementos de Derecho Civil II. Volumen segundo.. ob. cit., pág 205. “a) El Cc. dio reglas, no para el contrato de servicios en general, sino para una suerte particular de servicios, según se deduce sin lugar a duda del título correspondiente que reza así: “del servicio de criados y trabajadores asalariados”. Servicios, pues, manuales y retribuidos: la regulación legal se refiere a “criados domésticos”, “sirvientes”, “criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados”, correspondiendo a la tradición romana más antigua y a la concepción unitaria del arrendamiento. b) Al lado de este tipo contractual recibido de la tradición de l’acien régime, hay otra suerte de pacto, al que no dedica el Cc preceptos especiales, pero cuya figura ha sido diseñada, sobre la base de normas generales de aquél, por los usos y la jurisprudencia: son los contratos de prestación onerosa de servicios profesionales: en particular, aunque no exclusivamente, los de las profesiones liberales”.

²⁸¹ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II...* ob. cit., págs 395 y 396.

La principal diferencia, desde nuestro punto de vista, se encuentra en la propia naturaleza de las figuras analizadas. Tanto el mandato como la representación son figuras jurídicas que denominamos de cooperación, en el sentido de que permiten que una persona realice determinados actos por otra, porque ésta así se lo pide.

El contrato de mediación *no puede ser considerado como un contrato de cooperación*. Las partes en conflicto no solicitan al mediador que realice algo para ellas mediante la concesión de una facultad propia.

Frente a esto se podría alegar que el mediador “soluciona” el conflicto por las partes, por lo que sí estaría realizando una actividad por ellas. En ese “por ellas” es donde se encuentra la principal diferencia. Según venimos afirmando, el mediador no se responsabiliza del resultado de la mediación, es solo un mero facilitador de los medios adecuados para alcanzar la solución. Sin embargo son las partes en conflicto quienes, bien ofreciendo ellas las alternativas de solución bien aceptando la dada por el mediador, solucionan el conflicto. El mediador no tiene el encargo de solucionar el conflicto en vez de las partes, sino que su “encargo” es simplemente facilitar los medios para que sean las propias partes quienes lo encuentren. En este sentido podemos decir que el mediador facilita una solución “para ellas”, para que sean las partes quienes decidan si la aceptan o no, si la hacen suyas o no.

A ello debemos añadir que en el contrato de mandato, el mandatario, a parte de realizar un acto jurídico por cuenta del mandante, puede realizarlo en nombre del mandante (con representación o representación directa) o en su propio nombre (sin representación o representación indirecta). Según se adopta una modalidad u otra los efectos con los terceros que se contrata se producirán en la cabeza del mandante o del mandatario.

Si trasladamos esto al contrato de mediación podemos afirmar que el mediador no media ni en nombre de las partes en conflicto, ni mucho menos en su propio nombre. En primer lugar porque *la mediación solo tiene efectos entre las partes en conflicto* y no se introducen terceras personas, y en segundo lugar porque *el mediador no debe cumplir con la voluntad o las instrucciones dadas por las partes* sino que su neutralidad e imparcialidad le

deben guiar a través de una actuación desvinculada de las instrucciones de ambas partes ²⁸².

Pero ¿puede incluirse la mediación como acto jurídico objeto del mandato?

MUNNÉ CATARINA considera que la unión entre las partes en conflicto y el árbitro es un contrato de mandato cuando estamos en un arbitraje institucional.

“El encargado de administrar algo es quien debe llevar a acabo las funciones de gestión de derecho y obligaciones ajenas, sin disponer de ellos. El administrador no actúa en representación de quienes le han encomendado la administración, sino que actúa en nombre propio gestionando intereses ajenos. Así pues, el administrador no actúa en interés del administrado, sino que actúa en interés propio, con independencia de que éste sea un interés general o particular. Ahora bien, para realizar aquel interés propio, el administrador gestiona los intereses del administrado, de forma que éste es el contenido de la administración: la gestión de los intereses ajenos. Desde este punto de vista, podría considerarse que, en términos generales, la administración es un cuasi contrato de gestión de negocio ajeno cuando el administrador no tiene un encargo expreso, constituyéndose así en un gestor oficioso (arts. 1888 y ss. CC). O bien podría considerarse que la administración es un contrato de mandato (arts. 1709 y ss. CC) cuando se actúa por encargo expreso. Ahora bien, en ambos casos se actúa por cuenta de otro y en interés de éste, mientras que, tal y como hemos puesto de manifiesto, en la administración, aun cuando se gestiona un interés ajeno, se actúa en nombre propio”²⁸³.

Según MUNNÉ CATARINA, la relación jurídica entre las partes en un convenio arbitral no puede calificarse como un arrendamiento de servicios

²⁸² ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 965. “En ambos caso (mandato y representación voluntaria, sea directa o indirecta) existe una actuación del sujeto (es decir, del mandatario o representante) para otra persona (mandante o representado). Este simple dato genérico sobre estas dos figuras ya proporciona la diferencia esencial por la que no cabe la asimilación con la mediación: en mandato y representación, el sujeto que actúa (mandatario o representante) lo hace en función de las instrucciones dadas por el mandante y el representado, cumpliendo con su voluntad; el hecho que no concurre en la mediación, en la que el mediador no sigue las instrucciones de las partes, aunque se estén ventilando sus intereses. El mediador tiene completa libertad de actuación, es independiente y no está involucrado en el conflicto (ni debe involucrarse en el contenido del mismo en ningún momento si desea efectuar su trabajo)”.

²⁸³ MUNNÉ CATARINA, F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 54.

porque no se produce un “do ut des”, es decir, no se produce como consecuencia de un cruce de oferta y demanda, sino que las obligaciones de unos y otros surgen en dos momentos diferentes. Las obligaciones del centro arbitral surgen por la ley y por el primer negocio jurídico (no recepticio), y son un deber inexcusable de forma que si no aceptan la administración del arbitraje sin justa causa puede dar lugar a la impugnación y a responsabilidad aquiliana por daños y perjuicios causados²⁸⁴. Las obligaciones de las partes surgen por la ley y el segundo negocio jurídico (recepticio). Las partes no están obligadas a una contraprestación “stricto sensu” puesto que no existe un ánimo de lucro, sino simplemente el cubrir los gastos generados por la administración del arbitraje, para lo cual hay una obligación “ex lege” (incluso aunque los compromitentes lo excluyan del pacto arbitral o el reglamento no lo recoja expresamente)²⁸⁵ de provisión de fondos.

ALBALADEJO incluye concretamente como objeto del mandato el ejercicio de actos de dominio: “comprometer en árbitros o amigables componedores”.

Sin embargo para LACRUZ las cosas no están tan claras. Afirma que “La relación entre los árbitros y las partes es contractual, incluso cuando los primeros son designados por el juez o por la entidad administradora del arbitraje (en atención a la aceptación voluntaria). Más no es muy claro el tipo y naturaleza del contrato que les vincula, llamado de «de dación y recepción del arbitraje». La mayor parte de la doctrina española ha entendido que se trata de un contrato de mandato (o mandato especial, para algún autor); en el mismo sentido las Ss. De 13 de mayo de 1933 y 14 de noviembre de 1956. Ciertamente, ese contrato tiene más analogías con el mandato que con el arrendamiento de servicios, por cuya calificación se decantaron otros; hay un encargo de actividad jurídica y cooperación al hecho e interés ajeno por vía de sustitución, más una cierta legitimación indirecta, de las partes a los árbitros, para que éstos lleven a cabo una composición de intereses de aquellas, cuyo resultado y decisión (efectos) aceptan los interesados por

²⁸⁴ No se puede aplicar la responsabilidad del art. 16 de la LA porque exige la previa aceptación del encargo. Se trataría de una responsabilidad aquiliana recogida en el art. 1968 (en el mismo sentido que el 1462 del code de Procedure francés o el 1689 del Code Judiciaire belga). Se trata de una responsabilidad derivada de un acto de voluntad unilateral que prescribe al año. Se podría por tanto aplicar a los actos que realice el centro de arbitraje cuando no acepte un encargo por motivos no contemplados en su reglamento o motivos que contravengan los derechos fundamentales de la persona.

²⁸⁵ Vid. MUNNÉ CATARINA, F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 68.

adelantado (art. 5.1 LA)²⁸⁶. Mas no creo que pueda hacerse una aplicación lineal e indiscriminada del régimen legal del mandato al contrato de dación y recepción de arbitraje, sino algunas normas y con ponderación”²⁸⁷.

Las principales diferencias entre el contrato entre las partes y el árbitro y el contrato entre las partes y el mediador se fundamentan en:

- El encargo no es para una actividad de cooperación al hecho e interés ajeno por vía de la sustitución.
- Es discutible si es una actividad jurídica.
- El resultado del mismo no lo aceptan las partes de antemano.

Lo que nos debemos preguntar por tanto es si el contrato de mediación tiene por objeto la realización de un *acto jurídico* por parte del mediador y por cuenta de las partes en conflicto. Para ello debemos tener en cuenta una serie de cuestiones:

- En la mediación, uno de los requisitos fundamentales es la *participación directa* de las partes implicadas en la negociación de sus propios intereses, de forma que son las propias partes quienes deben acudir a la mediación²⁸⁸. Por lo tanto no podemos considerar que el mediador esté representando a las partes en la composición del conflicto que les enfrenta, es decir, el mediador no es representante de las partes.
- En la mediación, ¿el mediador realiza algún acto jurídico por cuenta de las partes en conflicto? Según es entendida la mediación en términos generales, parece claro que el mediador no estaría realizando ningún tipo de actividad de carácter jurídico, puesto que está dirigiendo el proceso de mediación y facilitando la comunicación entre las partes, siendo cualquier decisión producto de la voluntad de las partes.

Sin embargo el límite no está tan claro si la mediación se concibe como en el ámbito del consumo, es decir, si el mediador después del proceso de mediación emite una decisión no vinculante para las partes. Podría interpretarse que el mediador sí está realizando una actividad jurídica, puesto que está dando la solución a un conflicto entre las partes al modo

²⁸⁶ LA de 1988.

²⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Derecho de obligaciones...* ob. cit., págs 3777 y 378.

²⁸⁸ Ver lo manifestado más adelante en relación a la participación de abogados en el proceso de mediación y sobre las empresas, que deben actuar a través de representante dado que son personas jurídicas.

en que lo hace el árbitro. Pero consideramos que no puede identificarse esta actuación con un hacer jurídico puesto que la decisión tomada por el mediador no es producto de una cesión de las partes de sus capacidades negociadoras o decisorias, como ocurre en el arbitraje, sino que dichas capacidades las siguen conservando las partes dado que son ellas quienes deciden en última instancia si aceptan o no la propuesta de solución del mediador. En el arbitraje las partes se someten a la decisión del árbitro ante la imposibilidad de realizar este hacer jurídico (la composición de los intereses propios) por sí mismos para que el árbitro de una solución definitiva. Sin embargo en la mediación esta cesión no se produce puesto que las partes siguen conservando esta capacidad, la decisión del mediador nunca resolverá de manera definitiva un conflicto.

- Respecto a las obligaciones del mandatario se establece que el mandatario se obliga a realizar los actos a que se comprometió (art. 1.718), ateniéndose a las instrucciones del mandante y, a falta de ellas, haciendo lo que, según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia (art. 1.719). Es evidente que el mediador no desempeña su labor en función de las instrucciones dadas por alguna de las partes puesto que su neutralidad y su imparcialidad quedarían comprometidas en ese mismo instante.

3.- LA GRATUIDAD DE LA MEDIACION DE CONSUMO

En relación a la *bilateralidad*, si consideramos que en el contrato de mediación el mediador también es parte del contrato junto con las personas implicadas en el conflicto, estaríamos afirmando que el contrato de mediación es un contrato plurilateral.

Los contratos pueden ser unilaterales y plurilaterales, sin embargo con esta diferenciación no se está haciendo referencia al número de personas que intervienen en el contrato, sino a que sean una o varias partes las que estén obligadas a realizar alguna prestación. Por lo tanto, si solo una de las partes está obligada a realizar una prestación sería un contrato unilateral, mientras que si ambas partes están obligadas a realizar una prestación sería bilateral. ALBALADEJO añade en este último caso que ambas prestaciones deben darse la una como contrapartida de la otra, es decir, que para que un contrato sea bilateral es necesaria la existencia de obligaciones *recíprocas*.

Aplicando lo dicho al contrato de arrendamiento de servicios está claro que pueden participar más de dos personas (y al menos dos), y también es cierto que recoge obligaciones recíprocas, puesto que encontramos un *arrendador* u obligado a prestar el servicio, y varios *arrendatarios* o personas que se obligan a remunerar dicho servicio.

Sin embargo en el contrato de mediación, si bien está clara la prestación del mediador respecto a las partes (el servicio en sí, la conducción de la negociación y la propuesta de solución en el caso de la mediación de consumo), podría surgir la duda respecto a cual es la obligación de las partes en conflicto respecto al mediador. Desde nuestro punto de vista, la obligación que las partes asumen en relación al mediador es principalmente la *de aceptar o rechazar la propuesta dada por el mediador*, así como la obligación de confidencialidad que asumen todos los participantes en el conflicto. De esta forma podemos afirmar que el contrato de mediación es bilateral.

Muy relacionado con este tema, se encuentra la *onerosidad* del contrato de mediación.

En principio la mediación puede ser pública o privada, de forma que se admite la posibilidad de que a cambio de la prestación del servicio los mediados deban pagar una remuneración. En este sentido, se trataría de un contrato oneroso, y si duda bilateral, puesto que ambas partes en el contrato tendrían obligaciones recíprocas.

Lo mismo ocurre en el contrato de prestación de servicios, dado que el arrendador debe recibir una contraprestación a cambio del servicio prestado. Esa contraprestación puede ser de cualquier tipo (dinero, especie o servicios) siempre que sea posible, lícita y determinada o determinable²⁸⁹. Es frecuente, sobre todo cuando se trata de profesiones liberales que el precio no se determine de un modo cierto puesto que no se sabe exactamente el alcance de la intervención del profesional ni la duración de ésta. Lo importante en este punto es que el precio pueda ser determinado a través de unos criterios que no sean el de una de las partes exclusivamente. Lo normal es que se de por hecho que los criterios utilizados sean los honorarios usuales de la profesión en cuestión, fijados normalmente por un colegio profesional, por la costumbre del gremio o la equidad.

²⁸⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 11ª ed, Jose María Bosch, edito. S.A., Barcelona, 2002, pág. 729.

Sin embargo en el contrato de mediación de consumo es difícil encontrar dicha onerosidad o esa contraprestación.

Cuando la mediación se realice en el sector privado, es decir, por asociaciones o empresas dedicadas a la resolución de conflictos, la onerosidad del contrato de mediación no presenta problemas, puesto que vendrá determinada por la remuneración que deba darse al mediador por las partes según las normas dadas por dicha empresa o asociación.

Sin embargo, puesto que las funciones de mediación son encomendadas por el artículo 4 del RD de 636/1993 de 3 de mayo a las Juntas arbitrales de consumo, la mediación de consumo, al igual que el arbitraje en este sector, será gratuita dado que se presta de forma institucional²⁹⁰.

Se considera por la mayoría de la doctrina que no hay arrendamiento de servicios sin precio, puesto que es esencial en su configuración.

Así por ejemplo LACRUZ²⁹¹ afirma que “Desde luego, y en un sistema de *numerus apertus* de contratos, como el nuestro, es válido cualquier contrato por el que una persona comprometa servicios suyos lícitos. Por tanto, igual que el mandato o el depósito, cualquier otro contrato de servicios puede ser oneroso o gratuito. No obstante, para ajustarnos a la tipología romana y al sentido del C.c. no debemos denominar “arrendamiento de servicios” a la promesa o prestación gratuita de éstos. Evidentemente, al amparo de la libertad de contratación, la labor intelectual o manual, el servicio, pueden prometerse o prestarse también sin correspondiente (asistencia médica, jurídica o técnica: ayuda en una explotación agrícola o ganadera, etc.): en tal caso hay un acto lícito de liberalidad; un contrato válido, pero que, salvo cuando versa sobre la gestión de negocios o la custodia, o en alguna medida el transporte de personas (transporte benévolo), todavía no tiene hoy un *nomen iuris* ni tampoco importancia económica, ni ha sido configurado por la jurisprudencia o la doctrina”.

Sin embargo, a pesar de que se considera que no hay arrendamiento de servicios sin precio, consideramos que por el simple hecho de afirmar que la

²⁹⁰ Tanto si se trata de una mediación privada como institucional, parece indiscutible la necesidad de fijar unos honorarios que orienten al usuario y al propio mediador sobre los gastos e ingresos, respectivamente, que producirá la mediación en cuestión.

²⁹¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. (VV. AA.): *Elementos del Derecho Civil II. Volumen segundo...* ob. cit., págs. 204 y 205.

mediación es gratuita no se le puede negar la similitud con el contrato analizado. Y ello por dos cuestiones:

En primer lugar, cuando LACRUZ afirma la necesidad del precio, no lo hace considerando que un contrato de prestación de servicios gratuito sería ilícito, sino que lo hace en la consideración de que, en puridad, a ese contrato no se le podría llamar arrendamiento de servicios en aras a un ajuste a la regulación romana de este tipo de contratos. Pero nada obsta a que si el contrato fuera gratuito se le pueda llamar de otra forma (si es susceptible de encuadrarse en algún otro tipo de contrato de prestación de actividades, como por ejemplo el depósito) o se quede sin nombre, dado que ciertamente no podrá ser un arrendamiento de servicios. Según esta afirmación no existe ningún problema en denominar como contrato de mediación el que tiene por objeto la prestación de un servicio de mediación de carácter gratuito.

En segundo lugar, no podemos considerar que el servicio que se presta en mediación es producto de una liberalidad, porque es evidente que el mediador recibe una contraprestación a cambio de sus servicios. A pesar de que esta contraprestación no venga directamente del bolsillo de las partes en conflicto sino por una vía indirecta, no podemos negarle al contrato de mediación la similitud con el contrato de arrendamiento de servicios. Es la Administración quien se encarga de remunerar el trabajo del mediador en lugar de hacerlo las partes. A ello debemos añadir que la Administración se nutre de los contribuyentes, de forma que las partes, aunque muy indirectamente, subvencionan a los mediadores de consumo.

4.- EL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA ACTIVIDAD DE MEDIACIÓN

Otra cuestión que puede suscitar algún problema, sobre todo cuando se trata de profesiones liberales, es el carácter "*intuitu personae*" del contrato de mediación. En principio esta característica es predicable del contrato, puesto que se basa en la confianza del cliente en el profesional en cuestión.

Ahora bien, en la mediación el profesional no siempre va a ser elegido directamente por los mediados, sino que será designado por la Administración en función de las normas establecidas al respecto. No obstante, habitualmente se deja una cierta capacidad de decisión a los

mediados en el sentido de poder rechazar un mediador o poder proponer el mediador de mutuo acuerdo. A esta cuestión nos referiremos más adelante.

El profesional en el contrato de arrendamiento de servicios puede servirse a su vez de auxiliares o colaboradores²⁹², bajo su responsabilidad si el contrato lo permite. Nos podemos preguntar entonces si un mediador podría servirse de colaboradores. En principio la respuesta es afirmativa, aunque no es aconsejable que a las sesiones de mediación acudan distintos mediadores dado que es muy importante tener un conocimiento y un trato directo con las partes en conflicto. Si es más común que el mediador actúe en co-mediación con otro mediador, no responsable en la mediación pero que si puede ayudar a encontrar soluciones y alternativas a la problemática, así como servir de catalizador y observador de la neutralidad e imparcialidad imprescindibles en este tipo de procesos.

Respecto a la *libertad de forma*, hemos dicho que el convenio de mediación, por su similitud con el convenio arbitral, exige una forma escrita (art. 9.3 LA de 2003), mientras que el contrato de arrendamiento de servicios no requiere formalidad. Sin embargo, y puesto que hemos dicho que cuando el contrato de mediación no esté precedido por el convenio de mediación el contenido de ambos será similar excepto por el hecho de que el segundo recogerá la aceptación del cargo por el mediador, parece aconsejable exigir la forma escrita de ambos.

5.- EL CARÁCTER ADMINISTRATIVO O NO DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN

Una vez establecida la presencia necesaria del mediador en el contrato de mediación, nos queda determinar si esta presencia puede suponer que el contrato de mediación sea un contrato administrativo.

Cuando se trata del *convenio de mediación*, esta naturaleza administrativa es más fácilmente descartable. El recuso a la mediación es incluido en un

²⁹² DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II...*ob. cit., pág 396. “Como regla general se ha de prestar el servicio personalmente, porque es usual la celebración de este contrato en contemplación a las cualidades del que ha de prestarlo, y de una manera que sea conforme a los usos profesionales. Tales usos integran en gran medida el contenido contractual (art. 1258), por no ser normal la redacción previa del modo en que el arrendatario ha de prestar el servicio. La prestación personal no excluye, por supuesto, la posibilidad de valerse de auxiliares o colaboradores, pero bajo la directa supervisión y responsabilidad del arrendatario”.

contrato principal que regula la relación jurídica preexistente entre las partes, por lo que es claro que ni el mediador ni la Administración intervienen en ella, de forma que calificar este contrato como administrativo no sería posible.

Es más complicado cuando nos encontramos ante un *contrato de mediación*, como contrato por el cual las partes se comprometen a someter dicho conflicto, ya surgido, a la mediación. En este contrato ya participa un mediador que suele ser una persona que ofrece sus servicios dentro de la Administración Pública puesto que forma parte de una Junta Arbitral u OMIC.

Consideramos que calificar este contrato como administrativo es excesivo, por dos razones principales:

- Normalmente el mediador, al menos en el ámbito del consumo, es un profesional libre que ejerce su profesión en la Administración, pero que será remunerado según las normas establecidas por su colegio profesional.
- La participación del mediador en este segundo contrato es no tanto como parte del conflicto sino como obligado a prestar un servicio, el de mediar. El mediador solo se compromete a cumplir estrictamente sus funciones, no manifiesta ningún tipo de voluntad respecto al resultado del conflicto, ni tendrá posibilidad de renunciar o de disponer de ningún derecho relativo a la cuestión litigiosa (sí respecto al proceso). Su compromiso se centra exclusivamente en las obligaciones que éste asume respecto al proceso de mediación: su aceptación del cargo, su obligación de prestar este servicio y de cumplir con los principios de la mediación. Por ello parece que este contrato puede ser, como ya hemos analizado, muy similar al *contrato de arrendamientos de servicios* o un *mandato*, de carácter civil.

La primera pregunta que debemos hacernos es *cuándo se califica un contrato como administrativo y cuándo se califica como privado*.

La diferencia entre los contratos privados y administrativos ha sido objeto de una amplia discusión doctrinal.

Nosotros partimos de la afirmación de que el contrato será *administrativo* cuando la *relación que se establezca entre las partes sea de carácter público* y será *civil o privado* cuando la *relación que une a las partes sea de carácter privado*.

La intervención de la institución arbitral en la gestión del arbitraje y la mediación da lugar a un conjunto de relaciones jurídicas complejas entre los distintos elementos subjetivos que participan en ella²⁹³:

1. El convenio arbitral o de mediación es fuente de obligaciones entre *las partes y la propia institución*. Las partes se obligan a satisfacer los gastos ocasionados por la gestión realizada y a prestar su colaboración en la realización de dicho encargo. La institución se obliga a cumplir fielmente su encargo (de gestionar u ofrecer la infraestructura adecuada, no de resolver) según lo establecido en sus reglamentos, así como a responder de los daños y perjuicios que su actuación o la de los árbitros hubiere causado a las partes.
2. Desde la aceptación del arbitraje o la mediación se establece una *relación entre las partes y los árbitros o mediadores*, de forma que los árbitros o mediadores se obligan a cumplir las normas del arbitraje. Así mismo el árbitro se obliga a dar un laudo en el plazo establecido teniendo derecho a recibir de las partes unos honorarios. Las partes se obligan al resultado del laudo. El mediador se obliga a facilitar los medios y a dar una propuesta de solución que las partes se obligan a aceptar o rechazar.
3. Se crea una relación entre *la institución arbitral y los árbitros y mediadores*, de forma que aquella se compromete a ofrecer los medios para la realización del arbitraje o mediación y éstos a obligarse mediante la acción de regreso que la institución pueda ejercer en el caso de tener que indemnizar los daños y perjuicios causados por su actuación (art. 21.1 LA 2003).

Respecto a la *relación jurídica que une a las partes con la Institución arbitral*, debemos poner de manifiesto que para MUNNÉ CATARINA el convenio arbitral sí tienen naturaleza contractual. Las partes se comprometen

²⁹³ ANDRÉS CIURANA, B.: «Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)», en *Actualidad Civil* nº 3, 2001, pág. 88.

a través de un contrato a resolver sus controversias mediante el arbitraje. Sin embargo la tesis contractualista no explica, según el autor, que el centro de arbitraje pueda rechazar la administración con justa causa, dejando sin efecto el convenio arbitral.

Para dar explicación a esto es necesario establecer en que momento surge la relación contractual.

El autor distingue dos momentos de manifestación de voluntad. El primero, por parte del centro de arbitraje, para la constitución del propio centro y la determinación del reglamento que les va a regir (se trata de un negocio jurídico unilateral no recepticio, no de una oferta pública, puesto que no necesita dar publicidad²⁹⁴). El segundo, por las partes en conflicto y de carácter recepticio, para la sumisión y elección de un centro arbitral a través del pacto arbitral. “De forma que, además de ser un contrato inter partes, el pacto arbitral es un acto de voluntad unilateral de los promitentes en virtud del cual éstos se someten a la administración del arbitraje de un determinado centro arbitral, obligándose entre sí a estar y pasar por ello. Este negocio jurídico unilateral y recepticio genera, entre las partes comprometidas y el centro arbitral, un vínculo jurídico que tiene por objeto la administración del arbitraje. Ahora bien, precisamente por su carácter recepticio, ese vínculo jurídico no nace hasta que la sumisión de los comprometidos es conocida por el centro arbitral con la presentación de una instancia tras surgir la controversia”²⁹⁵.

Por lo tanto, para MUNNÉ CATARINA la aceptación o no del centro de arbitraje de su competencia en el conflicto en cuestión no es el origen de las obligaciones entre las partes en el convenio del arbitraje. Estas obligaciones surgen antes puesto que el centro, antes de decidir si acepta o no el conflicto, tiene la obligación de dar trámite a todas las peticiones que se originen en el

²⁹⁴ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., págs. 65-66. “En consecuencia, la constitución del centro arbitral y, en su caso, la dición del reglamento arbitral constituye, por parte de la institución, un negocio jurídico unilateral no recepticio, por cuanto va destinado a un número indeterminado de posibles comprometidos. No se trata de una oferta pública, puesto que ésta requiere necesariamente una asunción unilateral de obligaciones que tan sólo obligan tras la adhesión y su publicidad mientras que el centro arbitral no tienen que dar publicidad ni de su constitución ni de su reglamento, salvo el requisito de su protocolización, como expresa en la Exposición de Motivos la Ley 36/1988, de Arbitraje «para dotarle de la necesaria fijeza». Por todo ello entendemos que la constitución o fundación del centro arbitral no es una oferta, sino un acto de voluntad unilateral no recepticio”.

²⁹⁵ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 66.

convenio arbitral. El centro tendrá la obligación de no aceptar cuando considere que no tiene competencia para el conflicto en cuestión, y tendrá la obligación de aceptar cuando sí la tenga. Por lo tanto no es una aceptación libre.

“Por todo ello, entendemos que la «aceptación» es un acto jurídico unilateral de determinación de esa competencia del centro arbitral para administrar un arbitraje concreto”²⁹⁶.

Por ello el momento en el que surge la relación contractual es en el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje.

Al respecto se ha manifestado ANDRÉS CIURANA que afirma “si, como hemos dicho, el convenio debe entenderse a la luz de los preceptos que regulan las obligaciones y contratos, el tenor del art. 1257 del CC parece decisivo. Como se sabe, el precepto dispone que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Evidentemente, la institución arbitral no tiene, en sentido estricto, la condición de parte negociadora y, en esta medida, debería concluirse que la misma no queda obligada por el convenio, pudiendo rechazar la administración del arbitraje que se le solicita, sin que de dicho acto se derive responsabilidad para la institución. No obstante, las cosas se ven de forma distinta, si se piensa que la fuente de la que nace la obligación de aceptar la administración del arbitraje no es el convenio arbitral suscrito por las partes, que sólo a ellas obliga, sino la oferta pública de administrar cuantos arbitrajes se le encarguen que la propia institución realiza de forma tácita. (...) En definitiva, la institución arbitral queda vinculada por su propia oferta, salvo que concurra causa de no aceptación prevista en el reglamento de la propia institución”²⁹⁷.

Respecto a la *relación que une a las partes con el mediador y el árbitro*, podemos afirmar en primer lugar que si nos centramos en la relación que se establece entre ambos, consideramos que es una relación de tipo privado que determinaría la calificación del contrato como civil.

Si bien la relación entre Administración y partes podría ser considerada de pública dado que la Administración está ofreciendo un servicio de interés público gracias a una habilitación legal, la relación que une a las

²⁹⁶ MUNNÉ CATARINA, F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 65.

²⁹⁷ ANDRÉS CIURANA, B.: «Las instituciones arbitrales nacionales...» ob. cit., pág. 91.

partes y al árbitro o mediador es de carácter privado. En primer lugar por que la prestación que realiza el mediador, según hemos visto en el apartado anterior puede encuadrarse bien en el ámbito de la prestación de servicios o del mandato. **El interés público que puede predicarse de la remisión del Arbitraje a la Administración no se encuentra en las relaciones entre las partes y el árbitro o mediador** en concreto, dado que se trata de ofrecer una solución a un conflicto producto de una relación privada del tráfico jurídico.

En segundo lugar porque dicha relación se inserta en el contrato de mediación que, a pesar de la presencia del mediador como persona adscrita a la Administración, no es un contrato administrativo, puesto que **no es parte** en él en el sentido de ser **objeto y receptor de prestaciones**, sino que su participación es simplemente para la aceptación del cargo de mediador en un conflicto específico. **El mediador no tiene capacidad de disposición sobre el fondo del conflicto y no podrá comprometerse a realizar una prestación a cambio de otras por parte de los sujetos enfrentados.**

Otra cosa es que el contrato que une al mediador con la propia Administración, si pueda ser considerado como un contrato administrativo, puesto que el mediador desempeña una función que se ha atribuido por ley a la Administración a cambio de una contraprestación económica²⁹⁸.

Determinar la *relación que une al centro o institución de arbitraje con el árbitro o mediador elegido* para resolver la controversia, y por analogía al centro donde se presta el servicio de mediación con el mediador, resulta complicado. Para MUNNÉ CATARINA no se trata de una relación contractual puesto que no hay contraprestación entre el centro y el árbitro.

“Las funciones de enjuiciamiento del árbitro surgen con la aceptación y finalizan con la emisión del laudo o su eventual aclaración, de forma que, con anterioridad a la aceptación o con posterioridad al laudo, no es árbitro

²⁹⁸ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»...ob. cit., pág. 402. “De ahí se infiere, en primer lugar, que el Presidente no tiene que ser necesariamente un funcionario, sino que puede mantener con la administración otro tipo de vínculo, siempre y cuando esté al servicio de la misma (precisamente la expresión “al servicio de las Administraciones Públicas” utilizada por el art. 11 RDAC ha creado cierta polémica. Estamos con ALVAREZ ALARCÓN en que el vínculo con una Administración Pública puede ser de diferente naturaleza –administrativa; laboral o incluso civil, y establecerse dicho vínculo por ejemplo a través de un contrato de asistencia técnica”.

y no tiene ningún tipo de relación jurídica ni con las partes ni con el centro arbitral. En cambio, el centro arbitral tiene una vocación de permanencia, de modo que antes de la aceptación se aplicará su reglamento, y puede requerir a las partes del convenio determinadas actuaciones en forma de manifestaciones o de aportación de justificaciones documentales. El centro arbitral puede designar al árbitro, o confirmarlo cuando éste haya sido designado por las partes, pero el contenido de la relación jurídica que surge entre el centro arbitral y el árbitro consiste en la administración del arbitraje en los términos previstos en su reglamento, es decir de la tramitación de las solicitudes que se presenten, la determinación de la propia competencia y la integración del convenio, para ejercer luego el control respecto de la actuación del árbitro. La institución es la que dispone el contenido de dicha relación, asumiendo determinadas potestades de control de la actuación del árbitro tanto ex ante, en forma de asesoramiento y estableciendo las bases o principios del procedimiento arbitral en su reglamento, como ex post, en forma de control de sus actos”²⁹⁹.

6.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE MEDIACIÓN

Una vez analizado el contenido del contrato de mediación, vamos a analizar los derechos y obligaciones derivadas de éste, tanto para las partes como para el mediador, entre los cuales encontramos³⁰⁰:

1. Obligaciones:

- a. Deber de confidencialidad y respeto a las reglas del juego. Esta obligación se asume por todas las partes en el proceso.
- b. Obligaciones de las partes: en el caso de no ser una mediación que se desarrolle dentro del ámbito del arbitraje de consumo las partes en conflicto se obligan a asumir el pago de los honorarios del mediador (no en la mediación de consumo puesto que es gratuita). Además de esto, si la mediación se concibe como la emisión de una decisión no

²⁹⁹ MUNNÉ CATARINA, F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 72.

³⁰⁰ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 973.

vinculante las partes tendrán la obligación de aceptar o repudiar dicha decisión una vez emitida.

- c. Obligaciones del mediador: está obligado a conducir el proceso y establecer una estrategia de negociación. “En esto consiste su obligación principal, que se configura como una obligación de medios, pues consiste su prestación en desarrollar una actividad conducente a crear un clima en el que se pueda lograr el entendimiento de las partes, sin que el mediador tenga interés en el resultado final. El mediador cumple su prestación con crear el clima de comunicación entre las partes, con independencia del resultado positivo o negativo que surja del procedimiento (siempre, claro está, que el mediador haya ejecutado diligentemente su prestación)”³⁰¹. En el ámbito del consumo se va un poco más allá puesto que entre las obligaciones del mediador está la emisión de una decisión sobre la solución más adecuada del conflicto que luego las partes aceptarán o repudiarán.

2. Derechos:

- a. Es un procedimiento voluntario, que supone una facultad extintiva unilateral discrecional del contrato a todas las partes intervinientes.
- b. La necesidad de garantizar la igualdad de trato de las partes³⁰².
- a. Derecho a la percepción de los honorarios por parte del mediador, que como ya hemos establecido no se produce en la mediación de consumo puesto que es gratuito.

³⁰¹ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 973.

³⁰² ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 974. “i. La mediación no obstaculiza el ejercicio de los derechos que las partes pudieran tener dimanantes de su previa relación. ii Las partes tienen derecho a su asesoramiento legal durante la mediación. iii Las partes tienen derecho a exigir el mantenimiento en secreto de las informaciones reveladas con tal carácter al mediador”.

7.- CONCLUSIONES

EL CONTRATO DE MEDIACIÓN COMO ADR

Contenido fundamental:

1. Manifestación de voluntad de las partes de someter el conflicto a mediación (no es necesario si está precedido de un convenio de mediación puesto que ya se manifestó en ese momento e incluso es posible una declaración unilateral a la que puede sumarse la del consumidor más tarde sin necesidad de realizar un contrato).
2. Aceptación del cargo por el mediador.
3. Sometimiento de las partes y el mediador a los principios de la mediación, en especial al principio de confidencialidad (compromiso de intervención).
4. El mediador se obliga a la emisión de una propuesta de solución. Debe ser entendida como una obligación de medios.
5. Las partes se obligan a aceptar o no la propuesta de solución ofrecida.

Naturaleza jurídica: es un contrato **atípico**, que se mueve entre el mandato y el arrendamiento de servicios.

Razones que permiten considerar más acertada la aplicación de las normas del arrendamiento de servicios:

1. Porque es una obligación de medios, no de resultados. La necesidad de emitir una propuesta de solución puede ser entendida como una obligación de resultado, sin embargo no consideramos adecuada dicha afirmación puesto que en definitiva, dado que la propuesta no es vinculante, son las partes quienes, haciendo suya dicha propuesta solucionan el conflicto.
2. La mediación no puede ser entendida como “acto jurídico”. El mediador no tiene ninguna capacidad de gestión o dirección jurídicamente relevante. Esta relevancia se alcanzará una vez aceptada la propuesta por las partes en conflicto.
3. El mediador no puede ser entendido, como en el mandato, como un gestor que actúa *por cuenta de las partes*. No se trata de permitir o transmitir facultades o poderes de una persona a otra para que ésta haga ciertos actos jurídicos.
4. Tampoco el mediador se *vincula personalmente* con la decisión adoptada frente a la otra parte en conflicto *transmitiéndose posteriormente* los resultados (mandato sin representación o representación indirecta) y mucho menos que lo que decida lo haga *en nombre* de las partes (mandato con representación o representación directa).

La principal dificultad respecto a la consideración de la mediación como contrato de arrendamiento de servicios la encontramos en el carácter gratuito de la mediación de consumo.

- Es “**intuitu personae**”: se basa en la confianza en el mediador o en la institución que administra la mediación. La posibilidad de que el mediador se sirva de auxiliares o cooperadores es complicada en la mediación, sin embargo sí es frecuente la co-mediación.
- Es **oneroso** o **gratuito**: la gratuidad no significa que deba ser considerado por ello como unilateral.
- Es un **contrato bilateral**:
 - Se puede entender que existen *obligaciones recíprocas* entre ambas partes dado que las partes en conflicto tienen obligación de respetar la confidencialidad del mediador así como de aceptar o rechazar la propuesta que se ofrezca.
 - Sin embargo la gratuidad sí puede llevar a cierto sector doctrinal a considerar que el contrato de mediación es un *contrato bilateral imperfecto o no rigurosamente unilateral*.
 - *Requiere la presencia del mediador*: Porque es necesaria una vinculación con las partes en esta especie de contrato de arrendamiento de servicios. Debe quedar constancia de la aceptación del cargo y debe vincularse a los principios de la mediación y en especial a la confidencialidad.
- Es un **contrato civil**: el que se desarrolle en el ámbito de la Administración no hace de la mediación un contrato administrativo. El mediador no tiene capacidad de disposición sobre el fondo del conflicto y no podrá comprometerse a realizar una prestación a cambio de otra por parte de los sujetos enfrentados.

Obligaciones del mediador:

- Confidencialidad y respeto a las reglas del juego.
- Ofrecer los medios para la solución del conflicto. En el caso de la mediación de consumo, ofrecer una propuesta de solución.
- No obligación de seguir instrucciones: neutralidad e imparcialidad del mediador.
- Responsabilidad por daños y perjuicios: en el mal desarrollo de la profesión o falta de pericia, no por no cumplir lo encargado por una de las partes.

Obligaciones de las partes en conflicto:

- Confidencialidad y respeto a las reglas del juego.
- Obligación de aceptar o rechazar la propuesta del mediador.
- Pago al mediador, aunque en el ámbito del consumo es gratuito.

III. LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO: EL ACUERDO DE LAS PARTES

Hemos llegado al momento en el que, después de haber atravesado por todo el proceso de mediación las partes alcanzan un acuerdo sobre el fondo del conflicto.

Este acuerdo es distinto del contrato de mediación, que como vimos es el contrato que inicia el proceso de mediación y que no tiene por objeto solucionar el conflicto entre las partes sino simplemente vincular a éstas con el proceso de mediación y con el propio mediador.

El acuerdo final de las partes puede ser alcanzado de diferentes formas según el ámbito en el que nos encontremos.

En la mediación familiar, el acuerdo es alcanzado por ellas mismas, en el sentido de que el mediador no tiene entre sus funciones el emitir una decisión sobre cual es la solución más ajustada al caso. Son las partes en conflicto quienes deciden la solución si consiguen ponerse de acuerdo gracias a la intervención del mediador. Ciertamente el mediador puede ofrecer algunas alternativas, pero estas no se dan como decisiones formales sobre lo que el mediador considera lo más acertado.

En mediación de consumo la situación es muy diferente. El mediador decide cual es la solución que considera más ajustada según la situación del conflicto, y elabora una propuesta formal para las partes. Ciertamente podemos afirmar que la solución viene dada por las partes también en este caso en el sentido de que tiene la posibilidad de aceptar o rechazar la solución ofertada, al contrario que en el arbitraje donde el laudo es de obligado cumplimiento.

Consideramos que en este momento, el acuerdo alcanzado por las partes después del proceso de mediación, guarda una especial similitud con una figura ya existente en nuestro ordenamiento jurídico y que goza además de una amplia tradición histórica: la *transacción*.

El efecto de cosa juzgada se reconoce en las sentencias, de tal manera que, aunque la transacción es un contrato, parece evidente que el legislador ha querido ir más allá de los efectos que producen todos los contratos, que son ley para las partes.

La transacción está más próxima a los efectos de la sentencia que a los de los contratos, puesto que ciertamente es un contrato que sustituye a un proceso. Esta especial eficacia supone que el juez estará vinculado a lo acordado en la transacción.

Respecto a la ejecutividad, también veremos con detenimiento en el último capítulo, que la transacción puede ser título ejecutivo, de forma que el acuerdo plasmado en un contrato de transacción es ejecutable directamente por el juez (art. 517 LEC), sin necesidad de un proceso previo que determine la ejecutabilidad del título que recoge el acuerdo. Sin embargo veremos también como este efecto se puede predicar exclusivamente en las transacciones judiciales.

Este efecto de la transacción ha sido reconocido para el acuerdo alcanzado en algunos sistemas alternativos:

1.- LA EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN EN LA CONCILIACIÓN

Desde la reforma de Ley 34/1984 de 6 de agosto el artículo 692 LEC (derogado por la LEC 1/2000) establecía la existencia de dos clases de conciliación:

- Conciliación Extraprocesal: realizada por un órgano, colegiado o no, establecido por la ley o la costumbre. También se la conoce como conciliación preventiva o preprocesal.

Es la conciliación propiamente dicha para nuestro ordenamiento jurídico, regulada en los artículos 460 a 480 LEC de 1881³⁰³ y que está directamente vinculada con la transacción en el art. 460,II.4º dado que no se puede conciliar sobre lo que no se puede transigir. La conciliación realizada con éxito se rige por las reglas generales de interpretación de los contratos y su eficacia no es mayor a la de un acuerdo privado entre las partes. En conclusión, la conciliación aparece como un cauce para realizar una transacción.

³⁰³ El título I del Libro II, así como el artículo 11, sobre la conciliación y la Sección Segunda del Título IX del Libro II, sobre declaración de herederos abintestato, estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en el Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, según la disposición derogatoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

Conciliación Intraprocesal: se produce cuando el propio órgano jurisdiccional exhorta a las partes a llegar a un acuerdo al cual se otorga fuerza ejecutiva³⁰⁴. Vamos a analizar algunos ejemplos:

La *conciliación desarrollada durante el proceso*, que la LEC la identifica con la comparecencia en el juicio ordinario de menor cuantía³⁰⁵, regulada en los artículos 691 a 693 de la LEC de 1881, actualmente con el nombre de Audiencia Previa en los artículo 414 a 430 de la LEC 1/2000. Si se consigue la avenencia suele plasmarse en un documento al que se le da la eficacia de una transacción judicial, por lo que la LEC exige que se someta a las normas generales para la validez de los contratos. En este sentido debemos manifestar que el ordenamiento jurídico establece que la solución adoptada por las partes es un acuerdo de naturaleza contractual, por lo tanto, “la transacción, aunque sea judicial, es ante todo y sobre todo un contrato”³⁰⁶.

Como estamos observando el acuerdo de conciliación celebrado ante el juez está dotado de una especial eficacia.

El artículo 692, III de la LEC 1881 establecía “lo acordado por las partes...se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias”. Dado que se ha celebrado ante una autoridad judicial, si se incumple lo previsto en el acuerdo el acreedor puede hacer valer su derecho como en una ejecución cualquiera. La conciliación realizada durante el proceso con la intervención judicial se considera en muchos de los casos como una transacción judicial, por lo tanto puede ejecutarse por los trámites de la ejecución de las sentencias.

Esto mismo se recoge en el artículo 476 de la LEC de 1881, aún vigente, que establece “Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de competencia del propio juez. En los demás casos tendrá el valor y la eficacia de un convenio consignado en documento público”.

³⁰⁴ PEDRAZ PEÑALVA, E.: *Arbitraje, Mediación...* ob. cit., pág. 39. la definió como “[I]nstituto procesalmente eficaz que conlleva la intervención de un órgano judicial (...) a fin de inducir a los litigantes a la composición de la controversia” p 39.

³⁰⁵ PELÁEZ, F. J.: *la transacción...* ob. cit., pág. 237.

³⁰⁶ PELÁEZ, F. J.: *la transacción...* ob. cit., pág. 241.

2.- LA EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN EN EL ARBITRAJE INFORMAL

Encontramos en la LA de 1988 otro concepto, el arbitraje informal, que ha desaparecido del la LA de 2003.

El artículo 3.2 de la LA de 1988 establecía “2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato”.

Estamos en la situación en que las partes de un contrato acuerdan que las controversias futuras (o las ya surgidas) se sometan al arbitraje, sin embargo el acuerdo firmado no cumple con los requisitos exigidos para poder considerarse como un convenio arbitral (según art. 5 y 6 LA de 1988) o, aún cumpliéndolos, las partes deliberadamente no quieren someterse al procedimiento arbitral recogido en la LA.

El arbitraje así realizado ha planteado muchas dudas respecto a su eficacia, puesto que la decisión emitida por el árbitro en dicho arbitraje informal no es obligatoria, sino que puede ser aceptada o rechazada por las partes.

En la propia LA de 1988 se distingue entre el arbitraje formal y el arbitraje informal o irritual. La LA denomina, puede que confusamente, *intervención dirimente de uno o más terceros* al arbitraje irritual, y según LORCA NAVARRETE “responde a la existencia de un mandato negocial mediante el cual no se incide tanto en la función procesal de sustitución que asume el árbitro como en la misión que el tercero lleva a cabo en orden a definir la litis en calidad de mandatario”³⁰⁷.

Sin embargo ambas figuras, arbitraje informal e intervención dirimente de un tercero o el arbitramento, no deben confundirse³⁰⁸. Mientras que en el arbitraje informal las partes pueden aceptar la decisión emitida por un tercero después de conocerla, en la intervención dirimente de un tercero, éste

³⁰⁷ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 61.

³⁰⁸ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 51. “porque el art. 3.2 exige que la decisión del tercero sea aceptada posteriormente por las partes contratantes, mientras que en el arbitrio de un tercero ni las partes pactan que el tercero deba decidir ninguna controversia, ni tampoco es necesario que vuelva a acatar su determinación después de haber sido emitida”.

no decide ninguna controversia, sino que simplemente fija según su conocimiento técnico (o arbitrio, si es arbitrador) si la obligación ha sido cumplida o no, de forma vinculante para las partes, pero no es él quien decide la controversia (es decir, que su decisión puede ser utilizada por el órgano decisor o por las partes para solucionar el conflicto como criterio técnico pero no como el órgano decisor).

De la misma manera, el arbitraje informal, recogido en el artículo 3 de la LA, se diferencia del arbitraje formal en la forma y en el valor del laudo³⁰⁹. “En este sentido, cuando el arbitraje no siga las reducidas formalidades exigidas por la vigente Ley de Arbitraje estaremos ante esa figura. (...) La diferencia entre el arbitraje, sea éste formal o informal, y el arbitramento, no radica en la forma, sino en el objeto: resolver un litigio o integrar una relación jurídica incompleta, respectivamente. En cambio, la diferencia entre el arbitraje y el arbitraje informal radica exclusivamente en la forma, es decir, en la adecuación a las mínimas formalidades exigidas por la Ley”³¹⁰.

MUNNÉ CATARINA afirma que “ciertamente, no hay ningún fundamento jurídico que impida que un arbitraje tenga por objeto la integración de un negocio jurídico. Existiendo una relación jurídica determinada nada impide hoy que se encargue al árbitro la determinación de un elemento del negocio jurídico en su formación, o bien en su cumplimiento o ejecución. Que se trate de un arbitraje o de un arbitramento y, por tanto, que los efectos de la decisión tengan carácter ejecutivo y eficacia de cosa juzgada o tenga carácter meramente contractual ex ante, sólo dependerá de la voluntad de las partes de someterse a la decisión del tercero, configurando su intervención como un arbitraje o como un arbitramento, por lo que la diferencia la encontramos en la causa, es decir, en la finalidad perseguida por las partes”³¹¹.

El problema que se plantea es que, a pesar de la existencia de un convenio arbitral (inserto o no en otro contrato anterior), por el que se acuerda someter la solución de las controversias futuras al arbitraje, si dicho convenio resulta no cumplir los requisitos que la LA establece para éstos o no se cumple el

³⁰⁹ DIEZ PICAZO. L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil, vol II...ob. cit., pág., 503. “Esta figura jurídica se diferencia netamente del arbitraje, pues las partes han de aceptar la decisión después de emitida (...)”.

³¹⁰ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje*...ob. cit., pág. 147.

³¹¹ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje*...ob. cit., pág. 148.

procedimiento arbitral, el laudo emitido por el árbitro no tendrá ninguna fuerza entre las partes. A no ser que se reconduzca hacia el *arbitraje informal*, que supone que una vez emitida la *decisión* del árbitro las partes solo quedarán obligadas contractualmente si aceptan dicha decisión. Pero entonces las partes no se vinculan por el acuerdo inicial de sometimiento al arbitraje, sino que se vinculan por la aceptación posterior de la decisión arbitral.

Así se manifiesta LORCA NAVARRETE cuando establece que “a causa de su naturaleza esencialmente negocial, la decisión dirimente del tercero *puede ser invalidada por los mismos motivos que determinan la anulación de los contratos, esto es, por incapacidad de las partes o de los terceros, por error sustancial, violencia, dolor o por excederse el tercero de los propios límites del mandato*. Pero si se observa bien, la *conditio iuris* de que la aceptación expresa o tácita de la decisión se realiza “después de emitida” no permite configurar la intervención dirimente ni siquiera como arbitraje irritual (...) en la medida que los “uno o más terceros” solo quedan obligados contractualmente a consecuencia de que la decisión sea aceptada expresa o tácitamente “después de emitida” siempre que en ella concurren “los requisitos necesarios para la validez de un contrato”³¹².

También se pronuncia al respecto ALBALADEJO, cuando afirma que “hay un acuerdo de aceptar la decisión del tercero, acuerdo que, como contrato, obliga a él, y de por sí solo, contractual y no arbitralmente, porque es un contrato, y no un arbitraje convalidado. Es a ese acuerdo al que se refiere la expresión del artículo 3.2, al final, cuando dice que será válido y obligatorio para las partes, si en el concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato. Tal expresión va dirigida al posterior acuerdo-aceptación de la decisión del tercero; no a que por esta aceptación, sea válido y obligatorio al arbitraje informal previo pactado “si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato”. Así que podemos concluir, el artículo 3 de la ley de Arbitraje es un artículo inútil donde los haya...”³¹³.

³¹² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 61.

³¹³ ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Algunos problemas de la ley de arbitraje», en *ARAJL*, núm. 22, pág. 96.

Según lo manifestado anteriormente, el convenio arbitral que establezca un arbitraje no recogido en la LA o que no cumpla los requisitos de validez del convenio arbitral, a pesar de estar firmado, no obligaría arbitrariamente (puesto que es un arbitraje irritual), sino contractualmente, como cualquier otro contrato.

Pero, ¿Es el convenio arbitral el que obliga contractualmente? el convenio arbitral no obliga a nada, pero el resultado del arbitraje irritual pactado en dicho convenio, es decir, la decisión del árbitro, si bien no es un laudo sí obliga a las partes contractualmente cuando estas acepten dicha decisión.

“El arbitraje informal nace cuando las partes en una controversia acuerdan someterla a la decisión de una o más personas, en forma distinta a la prescrita por la Ley de Arbitraje. Pero este acuerdo carece de la eficacia que en su momento fue predicada del convenio arbitral: ni produce el efecto positivo de vincular a las partes a la decisión de los árbitros, ni el negativo de excluir el asunto de la jurisdicción ordinaria. ¿Entonces, qué efectos produce? Hasta ese momento absolutamente ninguno, se trata de un pacto absolutamente inútil. Solamente, si ninguno de los litigantes decide llevar el asunto ante la jurisdicción ordinaria, y ambos aceptan después de emitida, la decisión del tercero o terceros designados, el acuerdo primitivo llegará a ser eficaz, pero sólo entre los contratantes, o sea, que su eficacia es meramente contractual. Esto es lo que quiere decir el art. 3.2 LA. La fuerza obligatoria del arbitraje informal proviene exclusivamente de la posterior aceptación de los litigantes de la decisión del «arbitro», de manera que lo mismo obligaría la aceptación posterior sin sumisión previa. El arbitraje informal no es más que una mediación que las partes convienen celebrar mediante un pacto preparatorio, mediación que las partes pueden aceptar o rechazar según les convenga”³¹⁴.

Ante el arbitraje informal la evolución fue la siguiente:

- En un primer momento la jurisprudencia consideraba que a pesar de no estar sometido este arbitraje a la LEC (puesto que no podía encuadrarse dentro de los arts. 1820 y 1821 del C.c, ahora sin contenido) si podía equipararse el contrato inicial por el que acuerdan que sus divergencias se solucionen a través de un arbitro (o arbitrador) como un *contrato de transacción*, mediante el cual se pretende evitar un pleito. Por lo tanto el laudo no valía como título ejecutivo, pero sí como *transacción*

³¹⁴ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., págs. 54-55.

extrajudicial “debiendo pedirse su cumplimiento mediante el proceso declarativo correspondiente, tomando como causa de pedir, no la relación jurídica originaria, sino el laudo en cuanto contrato de transacción”³¹⁵.

- La LAP de 1953, totalmente contraria al arbitraje informal, ni siquiera reconocía la eficacia anteriormente manifestada. Se distinguen dos situaciones:

- Si una vez emitido el laudo, no existe aceptación ni expresa ni tácita por las partes de la decisión del árbitro, éste no tiene ninguna eficacia, no solo como título ejecutivo sino ni siquiera como transacción extrajudicial.
 - Si una vez emitido el laudo, si existe aceptación expresa o tácita de la decisión, el laudo tiene la eficacia propia de un contrato, normalmente el de transacción judicial. “Con base en ella podía iniciarse un proceso declarativo para pedir judicialmente la condena de la otra, la que apareciera como obligada en el laudo, siendo éste la causa de pedir”³¹⁶.
- La LA de 1988 mantiene la misma situación que la Ley anterior. “En la LA se ha pretendido potenciar el arbitraje ritual, pero se ha mantenido la misma actitud contraria al uso de la libertad de los ciudadanos con relación al irritual. Sólo críticas negativas puede merecer la misma; debió regularse el arbitraje ritual, pero no impedirse el irritual; la libertad así lo pedía”³¹⁷.
- Por último, la LA de 2003 no hace referencia alguna a esta situación, ni siquiera con un artículo similar al anterior 3.2 de la LA de 1988.

LACRUZ afirma que el artículo 3.2 LA de 1988 no recoge la figura conocida como el arbitraje libre puesto que “(entiendo que no cabe en nuestro actual ordenamiento), sin que la aceptación a posteriori por las partes de los resuelto por el (los) tercero(s), ya que no convenio arbitral (ni arbitraje), constituye un contrato atípico, con la eficacia correspondiente, que unos aproximan a la mediación (DIEZ-PICAZO) y otros a la transacción (GUASP, LACRUZ, PANTALEÓN)”³¹⁸.

³¹⁵ MONTERO AROCA. J. Ob. cit., pág. 38.

³¹⁶ MONTERO AROCA. J. Ob. cit., pág. 39.

³¹⁷ MONTERO AROCA. J. Ob. cit., pág. 39.

³¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Elementos de Derecho Civil II. volumen segundo...* ob. cit., pág. 374.

Debemos destacar que consideramos que la mediación guarda una especial similitud con la figura del arbitraje informal o libre.

Esta opinión parece refrendarla BADENAS CARPIO. “Para empezar hay que decir que no existe arbitraje que no sea libre. El arbitraje, por definición es una forma voluntaria de resolver el conflicto (art. 5 LA). Sin embargo, en nuestra doctrina ha calado la expresión «arbitraje libre» como sinónima de arbitraje irritual o informal, que también es una expresión poco correcta. En efecto, el arbitraje informal lo es todo menos arbitraje. Participa de los caracteres de la transacción, *de la mediación* y del arbitrio de un tercero, pero de arbitraje no tiene más que el nombre”³¹⁹.

BADENAS CARPIO hace un peculiar análisis de lo que es la mediación en los conflictos de consumo. Establece que “La mediación puede alcanzar un vasto campo de relaciones y contenidos, sin más limitación –como señala HERNÁNDEZ PEREZ- que las normas prohibitivas del ordenamiento. El mediador puede intervenir para completar una relación jurídica (como el arbitrador), para emitir un dictamen (como el perito dirimente) o aportar una o más soluciones al conflicto que interese ventilar (como el árbitro); pero siempre bajo la condición de que las partes sometidas a su juicio sean libres de aceptar o rechazar el resultado. Esta condición es la que distingue la mediación de las otras figuras antes estudiadas, en todas ellas la propuesta hecha por el tercero (sea árbitro o arbitrador) es obligatoria para los litigantes, que pueden compelerse recíprocamente a cumplirla. El arbitraje y la mediación se diferencian fundamentalmente en el momento en que las partes acuerdan someterse a la decisión de tercero. Si el pacto se produce antes de que el tercero decida estaremos en presencia de un arbitraje, siempre que las partes hayan formalizado legalmente el convenio arbitral. Si el acuerdo llega después de emitido el juicio por el tercero estaremos ante una conciliación, pues requisito sine qua non de la mediación es que todas las partes acepten la decisión. La labor del árbitro consiste en obtener una decisión justa, sea conforme a Derecho o en equidad. La del mediador no implica llegar, en todo caso, a una decisión justa, basta que sea aceptable para las partes. Esta es la gran diferencia entre la mediación y el arbitraje”³²⁰.

³¹⁹ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 54.

³²⁰ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 52-53

Desde nuestro punto de vista el autor atribuye al mediador unas funciones que no deberían ser desempeñadas por este, como es completar la relación jurídica, puesto que como hemos visto antes el mediador no es un arbitrador.

Asimismo establece que el que estemos ante una figura u otra va a depender del momento en el que llegue el acuerdo. Si el acuerdo es anterior al dictamen o decisión estaríamos ante un arbitraje. Si el acuerdo llega con dicho dictamen o decisión que no es vinculante estaríamos ante una mediación. Y si a pesar de ello las partes no aceptan dicha decisión debemos acudir al arbitraje siendo la decisión en este caso vinculante.

Sin embargo, el referido autor, parece dar a entender que estas tres funciones pueden desarrollarse indistintamente por la misma persona, por el árbitro, de forma que el árbitro podría actuar como tal o como mediador dependiendo del momento del acuerdo. Afirma que “suele ocurrir que el arbitraje y conciliación caminen juntas y que una buena mediación evite el arbitraje. Así sucede en la mayoría de los procedimientos arbitrales que se producen, que el árbitro, antes de emitir el laudo, intente persuadir a las partes para que lleguen a un acuerdo. Tal es el caso de la experiencia piloto de las Juntas Arbitrales de Consumo, cuyo borrador de Reglamento en su art. 11.3 establece que «en el trámite de Audiencia, el Colegio Arbitral podrá intentar la conciliación entre las partes, que en su caso, se recogerá en el laudo». Y también el de algunos arbitrajes institucionales, como el que administra el Círculo Vasco del Arbitraje, que en el art 3 de su Reglamento establece que una de las funciones de dicha institución es la de alcanzar la conciliación de las partes que sometan sus discordias a la misma, y que en el caso de que la tentativa de conciliación no prospere, las partes podrán recurrir al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria”³²¹.

No estamos de acuerdo con que el árbitro intente una mediación antes de emitir el laudo, como afirma BADENAS CARPIO, ello por dos razones, porque consideramos que las funciones de mediación y arbitraje deben ser desarrolladas por personas diferentes, en segundo lugar porque cuando el autor se refiere a la mediación, en realidad hace referencia a una conciliación, como justifica las propias normas aludidas por él.

LORCA NAVARRETE analiza otras cuestiones importantes, afirmando:

³²¹ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 53.

“a) El artículo 3.2 LA alude a la intervención dirimente de uno o más terceros, por lo que no cabe duda que el tercero podrá ser uno, pero cuando sea más de uno *¿su número ha de ser necesariamente impar?* Personalmente pienso que cabe que la intervención del tercero lo sea en número par, aunque *parece conveniente* que cuando se trate de más de un tercero lo sea en número impar para evitar problemas insolubles en el momento de pronunciar la decisión que ponga término a la intervención que los terceros. Por el contrario, si se trata de una institución que prevea en su Reglamento tales funciones, habría que estar a sus propias previsiones.

b) no señala la LA el *procedimiento* que han de seguir esos terceros. Igualmente opino que cualquier fórmula “procedimental” es buena por muy atípica que sea, siempre que el resultado final sea precisamente el dirimente, sin descartar que pueda adoptar *incluso* por la vía institucional.

c) Que la LA llama expresamente *resultado* de la intervención dirimente decisión y no, en cambio, laudo. Este aspecto pone de relieve el carácter contractual que preside la intervención del tercero o terceros. A su vez la decisión ha de ser aceptada *después* de emitida. Aunque la LA no requiere la forma escrita *ad substantiam* en orden a su aceptación, lo normal es que sea escrita. El carácter contractual de la aceptación de la decisión después de emitida se justifica en que despliega su eficacia como si de la aceptación de un contrato se tratara”³²².

³²² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., págs 62 y 63. También manifiesta “en el contexto de la LA sólo va a producir efectos idénticos a la cosa juzgada el laudo pronunciando en el marco del procedimiento formal o ritual (...) mientras que el arbitraje informal posee sólo eficacia contractual vinculante para las partes y no frente a terceros. El T.S. en STS de 21 de febrero de 1977 (R 611) y de 10 de marzo de 1986 (en ReCíVar. T. II num. 2 de 1987, pág. 248) ha hecho confluír la intervención de uno o más terceros una vez realizada con la decisión de obligado cumplimiento para los sujetos que se sometieron a la intervención dirimente del tercero, de modo que aún cuando en estos casos no se regula la impugnación de su decisión como lo hiciera nuestro Derecho histórico (...), el TS ha indicado con apoyo en la doctrina jurisprudencial _SS. de 21-IV-56 (R. 1941) y 22-XI-66 (R. 4991)—, que la intervención dirimente del tercero abriría la censura de un órgano ad quem cuando esa intervención falta manifiestamente a la equidad, con menoscabo de las prudentes pautas de un arbitrium boni viri, pues, si así no se hiciera, se desconocería el fundamental “derecho al proceso debido” en el orden jurisdiccional civil, impidiendo la tutela judicial efectiva (art. 24 C), ya que a través de la intervención de un tercero arbitrador, según jurisprudencia, si bien no se estatuye un arbitraje en el sentido procesal y propio de la institución, ello no impide el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia”.

Estos aspectos son de suma importancia y vamos a analizarlos más adelante en relación a la mediación porque según estamos viendo la figura del arbitraje informal y la mediación son realmente similares.

Por todo lo anteriormente manifestado, encontramos muchas *semejanzas* entre el arbitraje informal y la mediación³²³:

- Naturaleza esencialmente negocial, por lo tanto la decisión, en el caso del arbitraje informal (o intervención dirimente de un tercero), o el acuerdo, en la mediación, pueden ser invalidados por los mismos motivos que determinan la causa de anulación de los contratos.
- Solo produce efectos entre las partes y no frente a terceros. En mediación esto es así mientras no adquiera la homologación por parte del juez o del árbitro (art. 36 LA 2003).
- No produce efectos de cosa juzgada, puesto que al no tener las garantías de un debido proceso se estaría vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 C) si se impidiera el acceso a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo podemos encontrar alguna *diferencia*; la principal sigue consistiendo en el papel que desempeñan el arbitrador o tercero dirimente y el mediador, pero debemos advertir que el que exista o no esta diferencia va a depender del concepto que se tenga de la mediación:

- Si se considera que el mediador ha de limitarse a que las partes alcancen el acuerdo por sí mismos la diferencia consistiría en lo siguiente. El *arbitro informal* emitirá una decisión, que no un laudo. Esta decisión podrá ser aceptada o no por las partes, de forma expresa o tácita, por lo que se obligan a cumplir la decisión *después* de conocerla. Mientras que el *mediador* nunca decide, sino que son las partes las que establecen la solución a la controversia. El mediador puede ofrecer alternativas pero en

³²³ Estas semejanzas también la encuentran autores como CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 62. “Tal acatamiento previo [se refiere al acatamiento previo al inicio del proceso de arbitraje a la decisión del arbitro] constituye una de las diferencias que separan al arbitraje propio del informal del artículo 3.2, el cual no es verdadero arbitraje, ya que en él, hasta el momento de la aceptación de las partes, solo hay una mediación que no es vinculante. Sin duda el legislador ha querido resaltar el carácter vinculante y ejecutivo del laudo para las partes, sancionando de manera implícita la nulidad del convenio en el que se excluya por las partes tal vinculación; pero para ello basta con que del propio contenido del convenio se deduzca la voluntad de cumplirlo (cfr. SAP Vizcaya de 11 de marzo de 1993 [AC 1993, 416]”.

ningún momento puede emitir un juicio de valor personal puesto que no cumpliría con su principal norma de actuación, la neutralidad.

- Si se considera, como es muy frecuente encontrar afirmaciones en mediación de consumo, que el mediador debe ofrecer una solución no vinculante que las partes podrán aceptar o no, estaríamos haciendo referencia a una situación ya recogida en la LA, en su artículo 3.2, por lo que podríamos afirmar que cuando hablamos de mediación en el ámbito del consumo podemos estar haciendo referencia a la figura de arbitraje informal puesto que la función del árbitro y del mediador es igual y el alcance de lo decidido por estos también.

Sin embargo si existe una diferencia, a pesar de considerar que el mediador emite una decisión que luego las partes pueden aceptar o no. ALBALADEJO decía, como hemos visto antes, que en el arbitraje informal *lo que vincula a las partes no es el primer contrato de arbitraje*, puesto que no cumple los requisitos de la LA. *Sin embargo en mediación ese contrato si vinculará a las partes, no a someterse a la decisión del mediador (puesto que esto no puede ser) sino a las normas del proceso de mediación.* Ahora bien, dicha decisión solo será acuerdo entre las partes (solo será el tercer contrato: el acuerdo entre las partes) cuando ambas partes la hayan aceptado.

La LA no establece el procedimiento a seguir por los árbitros dirimientes, por lo que considera que cualquier fórmula “procedimental” es buena por muy atípica que sea, siempre que el resultado final sea precisamente el dirimente, sin descartar que pueda optar *incluso* por la vía institucional. De esta forma se abre la puerta al procedimiento de mediación. Sin embargo la elección de este tipo de procedimiento lleva aparejada, según vemos, la necesidad de firmar un acuerdo que hemos denominado *acuerdo de mediación*, por el que se vinculan tanto las partes como el mediador a este procedimiento. Por lo tanto, las partes estarían vinculadas al proceso de mediación a través de un contrato, si bien es cierto que su vinculación contractual con el fondo de la cuestión litigiosa no se produciría hasta que, habiendo pasado el proceso de mediación, o bien el mediador emita su “decisión” o bien las partes alcancen el acuerdo, en cuyo caso bien sea por la aceptación de la decisión bien sea por el acuerdo final, se verían vinculadas contractualmente.

3.- LA EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN EN DETERMINADOS SECTORES DE LA MEDIACIÓN

Con carácter general, y según vamos a ver más detenidamente más adelante³²⁴, el acuerdo alcanzado en mediación tiene la eficacia de un acuerdo privado entre las partes.

Este acuerdo es ley entre las partes, según el artículo 1091 del C.c. De esta forma, si las partes en conflicto desean que el acuerdo alcanzado tenga una mayor eficacia tendrán que acudir al juez para que homologue dicho acuerdo. La sentencia que recoja dicha homologación será título ejecutivo como cualquier sentencia.

Esto es lo que se ha establecido para la mediación en el ámbito familiar.

Sin embargo, en ciertos sectores, la reglamentación dada al proceso de mediación, normalmente de carácter sectorial, ha atribuído la fuerza de una transacción judicial al acuerdo de mediación. Pero para ello debe haber sido establecida expresamente. Todo esto lo vamos a ver más detenidamente en páginas posteriores.

³²⁴ Vid infra. Segunda Parte. Capítulo 6.

Capítulo 3º:

ELEMENTOS, SUJETOS Y OBJETO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

I. ELEMENTOS DE LA MEDIACIÓN

1.- EL CONSENTIMIENTO: LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN

Una vez ha visto en el tema anterior que el convenio y contrato de mediación son auténticos contratos, vamos a analizar los tres elementos esenciales que el artículo 1261 del C.c. establece para todos ellos: consentimiento, objeto y causa.

En relación al primero de estos elementos, vamos a analizar con detenimiento dos cuestiones:

- Cual debe ser el objeto del consentimiento.
- Como se manifiesta dicho consentimiento por las partes, por lo tanto, cuando se formaliza el contrato de mediación.

1.1 EL OBJETO DEL CONSENTIMIENTO

Para que el convenio de mediación quede debidamente formalizado, la primera cuestión a tener en cuenta es que las partes deben haber prestado su *consentimiento a someterse a la mediación* de forma *unívoca* y que dicho consentimiento se exprese de la *forma* adecuada.

Hemos visto que la mediación en el ámbito del consumo se presenta dentro del sistema arbitral, por lo que vamos a analizar el consentimiento arbitral y señalar las diferencias que se producen respecto a la mediación.

El artículo 4 de la LA de 2003 se refiere a las reglas de interpretación del convenio arbitral de forma que trata de determinar el alcance del principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje. Su apartado b) establece que cuando esta Ley “se refiera al convenio arbitral o cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del Reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido”.

Con este artículo lo que se pretende, según establece la propia Exposición de Motivos³²⁵, es considerar que la voluntad de las partes, y por tanto su autonomía privada, se puede manifestar directamente por éstas, a través de una declaración de voluntad, o indirectamente, mediante una declaración de voluntad que se remita al arbitraje administrado por una institución arbitral o un reglamento arbitral.

Es decir, la forma de manifestar la voluntad del sometimiento y contenido del arbitraje puede ser bien mediante una declaración de voluntad propia de las partes que determine el contenido del arbitraje al que se someten (siempre respetando las normas imperativas) o bien mediante una declaración de voluntad que simplemente se remita a lo establecido por la institución o reglamento arbitral. En este último caso, el convenio arbitral pasaría a ser un contrato normativo.

La anterior LA de 1988 establecía en su artículo 5 que el convenio arbitral “deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”.

La LA actual, de 2003 establece en su artículo 9.1 que “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual no contractual”.

³²⁵ Apartado II. “El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta Ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por la decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad del arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral”.

Si comparamos ambos artículos observamos que la LA de 2003 ha eliminado los requisitos de una voluntad “inequívoca” de sometimiento al arbitraje, así como la manifestación de la obligación de cumplir el laudo emitido por los árbitros.

El requisito de una voluntad inequívoca de sometimiento al arbitraje era superflua, puesto que el convenio arbitral, como cualquier otro contrato está sometido a las reglas generales de los contratos y no tenía mucho sentido solicitar una especial claridad en dicho consentimiento.

Del mismo modo, la antigua exigencia de cumplir la obligación que determinase el laudo tampoco tenía mucho sentido después de la modificación de la LEC que recoge en su actual artículo 517.2 que el laudo es título ejecutivo³²⁶.

Sin embargo, a pesar de no requerir esa univoquidad de forma expresa, lo cierto es que no debe existir duda alguna sobre la voluntad del sometimiento al arbitraje y la mediación, por lo que sería conveniente, y así se exige por algunas reglamentaciones dadas como la del Centro ARyMe³²⁷ para la mediación empresarial, que dicho consentimiento conste por escrito.

Será posible una manifestación tácita de la voluntad de acudir al arbitraje solo cuando sea reveladora de esta voluntad sin ninguna duda de su contenido.

Así MARTINEZ VAZQUEZ afirma que “[h]abría convenio arbitral cuando a la propuesta de una de las partes sigue el silencio de la otra, si ésta ejecutó, al menos parcialmente, las obligaciones contraídas en el mismo documento (télex, confirmación de venta, oferta, etc) en el que se hallaba contenida la cláusula compromisoria. También existiría cláusula compromisaria cuando se trata de comerciantes que mantienen entre ellos habitualmente relaciones profesionales en el marco de la repetición contractual en masa propia del derecho mercantil”³²⁸.

³²⁶ Este artículo ha sido modificado por la LA de 2003 estableciendo que serán ejecutivos los laudos y resoluciones arbitrales. El plazo para el ejercicio de dicha acción es de 5 años y preclusivo, según el artículo 518 LEC.

³²⁷ Artículo primero de su normativa para la mediación empresarial establece “Para iniciar la mediación bajo estas normas de procedimiento, será necesario que ambas partes acuerden por escrito su deseo de acudir al Programa de Mediación empresarial de ARyME para resolver sus diferencias”.

³²⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 84.

Contrarios a esta posible manifestación tácita del consentimiento encontramos a REGLERO CAMPOS³²⁹ que afirma que “Siendo el arbitraje una institución por la cual las partes renuncian a un derecho constitucional fundamental como es el de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (art. 24.1 C.E), es claro que tal renuncia debe hacerse de forma expresa e inequívoca, de tal manera que la voluntad de someterse al arbitraje no podrá inferirse de los actos de las partes”. También en este sentido CORDÓN MORENO³³⁰ afirma que “no me parece que sea posible una manifestación tácita del consentimiento en un ordenamiento como el nuestro que exige como requisito de validez, la forma escrita para el convenio arbitral. En aquellos países o ámbitos en que dicha forma escrita no se exija como requisito de validez entiendo que sí sería posible tal manifestación de voluntad (en tal sentido cfr., por ejemplo, la remisión contenida en el art. 1.2.a) del Convenio de Ginebra”.

En este sentido también deberá exigirse una voluntad clara y concisa de someterse a la mediación. Sin embargo, debemos poner de manifiesto que el *objeto del consentimiento* es diferente en un caso y otro.

En el arbitraje se consiente que sea un tercero el que decida la controversia entre las partes sometiéndose a lo decidido por éste. No parece necesario que se exprese la voluntad de las partes de cumplir la decisión de los árbitros puesto que debe entenderse incluido en el propio concepto de arbitraje.

En la mediación hemos visto como en el ámbito del consumo se considera que el mediador ofrece una decisión o dictamen que determine la solución más adecuada al conflicto, si bien las partes podrán aceptar o no dicha propuesta.

Por lo tanto el consentimiento se refiere también al sometimiento del conflicto entre las partes al proceso de mediación si bien no se someten a lo decidido por el mediador, sino que tienen libertad para aceptar o no dicha solución.

El acatamiento previo a la decisión del árbitro es lo que diferencia el arbitraje de la mediación, pero también lo que diferencia el arbitraje formal

³²⁹ REGLERO CAMPOS: *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991. Pág. 83.

³³⁰ También vid. CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 62.

del informal, en el cual las partes solo se someten a la decisión del árbitro una vez emitida ésta³³¹.

1.2. LAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Respecto a las **formas de manifestación** de dicho consentimiento por las partes en conflicto y por lo tanto cuándo a la **formalización** del contrato de mediación:

El consentimiento al que nos venimos haciendo referencia es tanto por la empresa como por el consumidor que deseen someter su conflicto a la mediación.

Lo más deseable quizás sería que estos consentimientos se recogieran en un documento único, es decir, en el referido contrato de mediación, y ello porque según manifestamos anteriormente sería aconsejable que se realizase una reunión conjunta de premediación entre el consumidor y el empresario de forma que se explicase a ambos qué es la mediación y se analizase si dicho conflicto es mediable. Una vez explicado el funcionamiento las partes podrían aceptar la mediación suscribiendo el acuerdo de mediación.

Sin embargo, por razones prácticas y dadas las exigencias del mercado, lo cierto es que la prestación del consentimiento para la mediación y el arbitraje de consumo es muy diferente.

La formalización del convenio arbitral puede realizarse de dos formas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 y 9 del RDSAC:

- Con oferta pública de sometimiento al sistema arbitral por parte del empresario.
- Sin oferta pública de sometimiento al sistema arbitral por parte del empresario.

1.2.1.- Con oferta pública de sometimiento al sistema arbitral por parte del empresario

Si el empresario ha realizado oferta pública de sometimiento, el convenio queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el consumidor reclamante, siempre que coincida con el ámbito de la oferta.

³³¹ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 62.

Esta adhesión se realiza a través de un impreso que se remite a la Junta Arbitral de Consumo donde manifiesta *conocer y aceptar* de forma voluntaria y en exclusiva el arbitraje de consumo que administra una determinada Junta Arbitral, que conoce las normas que regulan el arbitraje de consumo y se compromete a cumplir los laudos que en su día sean dictados³³².

Una vez firmado dicho compromiso de adhesión se le entregará un distintivo que informa a todos sus consumidores que el establecimiento está vinculado a dicho sistema arbitral y que, si ellos manifiestan también su conformidad, cualquier conflicto que surja entre ellos se resolverá a través del arbitraje.

En ciertas ocasiones esta oferta no es individual sino que se hace de forma colectiva por todos los profesionales de un sector. Se nos puede plantear la duda de si en estos casos es necesario que cada uno de los asociados realice algún acto que se pueda considerar de aceptación de dicha oferta (como por ejemplo colocar el distintivo de la adhesión al sistema de arbitraje). DIAZ ALABART concluye negativamente puesto que el no oponerse a dicha adhesión puede suponer una aceptación tácita, así como lo contrario podría defraudar la confianza de los consumidores³³³.

Ya sabemos como manifiesta su consentimiento la empresa. Pero ¿cómo lo hace el consumidor? Se realiza a través de la presentación de una solicitud que recoge los hechos ocurridos, solicita que se satisfagan sus pretensiones contra la empresa en cuestión y para lo cual solicita también que la Junta Arbitral en cuestión “haga de mediadora, si procede, ante la empresa reclamada a fin de llegar a un acuerdo aceptable por ambas partes. Someta

³³² El compromiso de adhesión de empresas de la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña establece que el representante de la empresa manifiesta “que conoce y acepta de forma voluntaria y exclusiva el arbitraje de consumo que en equidad administra la Junta Arbitral de consumo de Catalunya. Que conoce las normas que regulan el arbitraje de consumo y se compromete a cumplir los laudos que en su día sean dictados. Que el compromiso de adhesión en exclusiva a la Junta Arbitral de Consumo de Catalunya el/la faculta a exponer el distintivo nº XXX en su entidad mercantil o profesional como en sus impresos, facturas y publicidad, de conformidad con el RD 636/93 de 3 de mayo (BOE num. 121 del 21 de mayo).

Que este compromiso tiene una duración de un año prorrogable automáticamente, excepto cuando haya renuncia expresa hecha con una antelación de tres meses, por cualquiera de las partes. que la renuncia al presente compromiso comporta la pérdida del derecho a utilizar los distintivos oficiales a partir de la fecha de extinción del mismo.”

³³³ DIAZ ALABART, S.: «Apuntes sobre el arbitraje de consumo. Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo», en *Actualidad Civil*, nº5, 1996, pág. 114.

directamente, o en caso que no haya sido posible la mediación, a la decisión arbitral el conflicto planteado, en base a las pretensiones anteriormente mencionadas, de manera que el Colegio Arbitral dicte el laudo procedente que me comprometo a cumplir”³³⁴. Esta solicitud es denominada de *Mediación y/o Arbitraje*.

El empresario puede aceptar o rechazar la solicitud presentada por el consumidor en el plazo de 15 días hábiles desde la recepción de la notificación hecha por la Junta Arbitral de Consumo. Si acepta se considera formalizado el convenio (por la unión a la solicitud de arbitraje del consumidor de la contestación del empresario).

1.2.2.- Sin oferta pública de sometimiento al sistema arbitral por parte del empresario

Cuando no va precedida de oferta pública, el convenio arbitral puede revestir diversas formas.

El artículo 6 del Convenio de Nueva York establece: “El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito (...).Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no solo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también cuando resulte de cualquier intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”.

En nuestro ordenamiento, el artículo 1278 del C.c en relación con los artículos 1279, 1280 y 1258, consagran el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos. A pesar de que el art. 1280 del C.c. establece la exigencia de forma escrita para ciertos actos y contratos, el alcance de esta exigencia hay que interpretarla de acuerdo con el art. 1.279 del mismo cuerpo legal, que permite a las partes compelerse recíprocamente a otorgar el acto o contrato en forma especial. Únicamente en determinados supuestos la forma escrita es un requisito de carácter constitutivo, y para es necesario que la ley así lo determine expresamente.

³³⁴ Solicitud de Mediación y/o Arbitraje de la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña.

Este es el caso del convenio arbitral, de modo que si no se respeta la exigencia de forma escrita recogida en el artículo 9.3 LA 2003, el convenio será nulo (artículo 41 LA 2003)³³⁵.

Sin embargo a pesar de esta rigidez en cuanto a la necesidad de la forma escrita, se recoge también una *cierta tendencia a eliminar requisitos formales*.

Es decir, que si bien la regla general es la necesidad de la forma escrita, la flexibilidad se manifiesta en los criterios que van a permitir considerar que se ha cumplido este requisito.

La LA de 2003 amplía esta libertad permitiendo la formalización de los convenios arbitrales en soportes que, a pesar de no ser escritos, no den lugar a dudas sobre su contenido y permitan la consulta posterior. Así mismo se da validez a los nuevos medios de comunicación y a las nuevas tecnologías, según establece la Exposición de Motivos en su apartado III.

En este sentido también se manifiestan los artículos 5 y 9 del RDAC, que establecen que el convenio arbitral debe formalizarse por escrito o por medios electrónicos o informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad. Esto supone que el convenio arbitral podrá formalizarse por correo electrónico³³⁶.

Al respecto LORCA NAVARRETE³³⁷ afirma que “(...) el artículo 9 PLA³³⁸ acoge una formulación en orden a la formalización del convenio arbitral sumamente estática [el estatismo de la escritura] pero a la vez extraordinariamente laxa y espiritualista, que resuelve cualquier tipo de cuestión relativa a la forma escrita sobre todo en el contexto de los nuevos medios de comunicación y que le atribuye un efecto ad probationem por cuanto se exige la forma escrita como prueba de los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan [esos soportes] su consulta posterior (art. 9.3 PAL). Se acentúa, por tanto, el antiformalismo en torno a la exigencia de la

³³⁵ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 95. “La forma escrita es requerida por la LA ad validitatem (...), en el sentido en que su falta haría el convenio arbitral inexistente (...)”.BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., págs. 27-28.

³³⁶ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 410.

³³⁷ LORCA NAVARRETE, A.M.: «Algunas propuestas sobre el tratamiento...» ob. cit., pág 3.

³³⁸ Proyecto de Ley de Arbitraje.

escritura hasta el punto que, según la Exposición de Motivos del PLA, «la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a los requisitos de forma» en la medida en que se «considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y de contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra» (art. 9.5 PLA)».

Esta tendencia ha dado lugar a una gran variedad de sistemas en la formalización del convenio arbitral, que se recogen en el artículo 9 de la LA de 2003.:

- El convenio arbitral formalizado como cláusula independiente (art. 9.1). Es el convenio arbitral unidocumental.
- El convenio arbitral adhesivo (art. 9.2).
- El convenio arbitral pluridocumental (art. 9.3).
- El convenio arbitral por referencia (art. 9.4).

El **convenio arbitral adhesivo** es aquel que se encuentra dentro de un *contrato de adhesión*³³⁹.

Se trata del convenio arbitral incorporado en un clausulado general, al cual se le aplicarán las normas de este tipo de contratación.

CANDIL CANO considera esta situación como una oferta particular de arbitraje de consumo, cuando la oferta se produce dentro del contrato que une al consumidor con el empresario, como una cláusula más de forma singular o en condiciones generales del contrato. Así cuando afirma que “El arbitraje de consumo puede haberse previsto como medio de resolución de conflictos entre el consumidor y el empresario mediante una cláusula añadida al contrato principal de forma singular o en condiciones generales

³³⁹ Es interesante lo manifestado por PAZ LLOVERAS. E. y Asociación Española par el Derecho y la Economía Digital (coord. científico). *Libro Blanco...* ob. cit., pág. 35. “Siempre se ha dicho que el primer defecto del arbitraje comercial nace de una de sus principales virtudes. Nos referimos al requisito de adhesión voluntaria de ambas partes. Esto hace que algunas veces sea imposible formalizar un acuerdo para la utilización del sistema. Mientras que una demanda judicial se presenta sin concurrir el acuerdo con la parte demandada, en el arbitraje se ha de contar necesariamente con la contraparte. Este problema adquiere mayores proporciones en el caso de los contratos de adhesión, ya que el usuario puede relacionar esta técnica de resolución de conflictos con la falta de independencia del tribunal arbitral elegido previamente por la empresa o corporación, lo que puede entenderse por parte del cliente como un supuesto de parcialidad por parte de aquellos terceros que van a resolver a favor de quien les paga”.

del contrato. Esta posibilidad, que no está contemplada por el R.D. 636/1993, no plantea problema alguno de cara a la formalización del convenio, si consideramos que una estipulación de este tipo no puede ser entendida más que como una oferta irrevocable de arbitraje realizada por el empresario, a la que, en su día, puede adherirse el consumidor mediante la solicitud de arbitraje presentada ante la Junta Arbitral de Consumo que resulte competente. En este caso la solicitud de arbitraje por parte del consumidor tiene como consecuencia la formalización del convenio, siempre que coincida con los términos de la oferta, y la puesta en marcha del procedimiento arbitral, tras su notificación al empresario reclamado”³⁴⁰.

Esta posibilidad se recoge también en el artículo 10 párrafo 4 de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (modificado por la Disposición Adicional segunda de la LA de 1988) que establece que “Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal”.

Se hace referencia a dos cuestiones:

- Una exigencia especial de claridad y concreción³⁴¹.
- Una voluntad expresa de someterse al arbitraje. La Disposición Adicional segunda de 1988 no olvida un hecho importante como es que es que la mayoría de los convenios de arbitraje se insertan como parte del clausulado en un contrato de adhesión.

Este tipo de contratación puede llevar aparejada una situación de desequilibrio del consumidor frente a la empresa, dado que favorece la

³⁴⁰ CANDIL CANO, M. L.: «El sistema arbitral de consumo», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 236 (abril-junio) 2000, pág. 652.

³⁴¹ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., págs. 172-173. “Si se observa bien, existe en la LGdUC una exigencia de simplicidad que, en cualquier caso, se opone a un convenio arbitral ininteligible para el consumidor o usuario medio español que justifica que en el tráfico jurídico de los bienes de consumo aparezca lo complejo o la tipicidad propia de lo que se conoce como “letra pequeña”, con el fin de no vincularle, ya que la “sospecha” de suscribir algo excesivamente complejo se aparte del espíritu que el legislador de la LGdUC ha querido atribuir al arbitraje en materia de consumo”.

posición preponderante de ésta última. Así admitida podrían producirse dos situaciones³⁴²:

- O bien una privación de la tutela judicial efectiva de los Juzgados y tribunales al consumidor puesto que se le impediría retractarse de una sola de las cláusulas dentro del contrato,
- O bien reconducir la cuestión a lo establecido en el artículo 10.1.C de la LGDCU que permite declarar la cláusula como abusiva, con el problema de tener que acudir a los Tribunales para decidir la cuestión, lo cual no parece ser la voluntad de las partes.

La Disposición Adicional segunda lo que pretendía era reforzar la idea de voluntariedad, en el sentido de que debe existir una manifestación expresa por el consumidor de someterse al arbitraje de consumo. Se reconoce la validez del contrato principal a pesar de que el consumidor manifieste su voluntad de no someterse a la cláusula que recoge un arbitraje que no sea el recogido en la ley, de forma que el contrato principal sería válido mientras que la cláusula estableciendo un tipo especial de arbitraje sería nula³⁴³.

Por último nos queda manifestar que el convenio arbitral adhesivo no es un negocio accesorio puesto que tiene individualidad y autonomía propia. Supone que si el clausulado en el que se incorpora es inválido no tiene por que suponer necesariamente la nulidad del convenio arbitral³⁴⁴.

El convenio arbitral pluridocumental es el convenio arbitral contenido en un *intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje*.

³⁴² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 173.

³⁴³ MONTERO AROCA, J.: Ob. cit., pág. 334. “Si el requisito de la LA que ahora importa es que el convenio exprese la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje (art. 5.1), cabe pensar que como los contratos suscritos por los consumidores y usuarios son normalmente de adhesión, lo que se está es reforzando la voluntariedad, la libertad del consumidor o usuario frente a la otra parte, la más fuerte, a la hora de celebrar el contrato principal, y de ahí que una cláusula de convenio arbitral puesta en un contrato de adhesión por la que se someten las partes a un arbitraje diferente del especial de la Ley deba interpretarse desde la consideración de que debe tenerse por no puesta. En este sentido la Disposición Adicional 2º.2 dice que la negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley (la 26/1984) no podrá impedir la celebración del contrato principal, y, añadimos nosotros, deberá entenderse que si el contrato principal se ha celebrado incluyendo la cláusula de convenio en ese sentido, ésta deberá entenderse nula”.

³⁴⁴ LORCA NAVARRETE, A.M.: «Algunas propuestas sobre el tratamiento...ob. cit., pág 4.

Esta última posibilidad supone que al convenio arbitral le caracteriza que no es necesario que se halle consignado necesariamente en un único documento suscrito por ambas partes. Así el artículo 9.3 establece que “deberá constar por escrito, en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”.

Por tanto, se trata de un supuesto en el que se *rompe la unidad de acto*, siempre que se deje constancia, por cualquier medio de comunicación³⁴⁵ o intercambio de las partes de la voluntad inequívoca de aquellas de someterse a arbitraje.

Así mismo *refuerza el carácter aniformalista* del convenio puesto que considera que se cumple el requisito de la escritura cuando los soportes utilizados dejen constancia, no necesariamente escrita de su contenido y se permita su consulta posterior.

Por último el art. 9.5 establece que “se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”. Este artículo parece recoger la posibilidad de la aceptación tácita por una de las partes cuando se trate de un contrato pluridocumental. Sin embargo podría ser criticable a la luz de que uno de los requisitos más importantes es que conste la voluntad de someterse al arbitraje, que si bien ya no se requiere que sea inequívoca, sigue siendo necesario un consentimiento sin lugar a dudas de su sometimiento al mismo.

³⁴⁵ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 45. “La doctrina ha discutido cual es el alcance de este último supuesto (“cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental”), llegando incluso a admitirse la validez del acuerdo de voluntades expresado por cualquier medio que deje constancia documental, aunque no escrita (por ejemplo una cinta magnetofónica). Si embargo entiendo que debe excluirse esta posibilidad, que excluiría la exigencia del párrafo primero de que el convenio se formalice por escrito”. En este sentido *vid.* ALBALADEJO: «La forma en el contrato de arbitraje», *Actualidad Civil*, 1990, núm. 4, nota 3 bis. “yo creo que la constancia documental ha de ser escrita. Ciertamente que el artículo 6.2 habla de cualquier otro medio de comunicación (además de las cartas) que deje constancia documental, sin exigir específicamente que ésta sea escrita, pero me parece que esta exigencia está implícita, presupuesto que sería otro medio de comunicación que deje constancia documental análoga las cartas, luego escrita, y partiendo de que el número 1 del artículo 6 pide acuerdo formalizado por escrito y de que el número 2 dice que el acuerdo se entenderá formalizado por escrito”.

El **convenio arbitral por referencia**³⁴⁶ es recogido en el artículo 9.4 que establece que “se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior”.

Se trata de un convenio arbitral que no está recogido en el documento principal que establece la relación jurídica entre las partes, cuyos conflictos serán objeto del arbitraje. Se trata de un convenio que se encuentra en un documento separado pero que se incorpora al primero haciendo referencia en éste, el primero, al convenio arbitral.

Consideramos que en relación a la mediación deberían recogerse todas estas posibilidades, puesto que es muy habitual que la mediación se plantee como un estadio anterior al arbitraje y por lo tanto debería poder formalizarse de la misma manera.

De todo lo anteriormente manifestado podemos obtener algunas conclusiones.

- El consentimiento de las partes para someterse a la mediación puede otorgarse en momentos separados.

- Parecería que para que se inicie la mediación, una vez adherida la empresa, basta con cumplimentar un impreso por el consumidor donde se recoja que conoce el arbitraje y la mediación y que se somete a ella, sin que sea necesario redactar un acuerdo posterior. Sin embargo parece importante que tanto las partes como el mediador firmen al menos un compromiso de confidencialidad.

- El consentimiento se otorga, no solo para la mediación de consumo, sino para ésta y *en su defecto* para el arbitraje a pesar de que el objeto de ambos consentimientos es diferente.

Consideramos sin embargo que sería mucho más aconsejable la realización de una entrevista conjunta, entre la empresa y el consumidor o entre el consumidor y el mediador donde se explicase el objeto de la mediación y donde una vez informado se pudiera suscribir el acuerdo que

³⁴⁶ LORCA NAVARRETE. A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 100. “Lo es por referencia cuando el convenio arbitral contiene un vínculo de relación, dependencia o información acerca de las cualidades de la relación jurídica sustantiva a que se somete el arbitraje precisamente a través de la existencia de ese vínculo que tipifica al convenio arbitral por referencia. Por tanto la relación de medio a fin que implica la existencia del vínculo que en el convenio arbitral tipifica la referencia, atribuye al mismo un alcance sustantivo, sin duda, nada desdeñable”.

recoja, no solo el consentimiento de consumidor y empresa, sino también la aceptación del cargo del mediador. En ámbitos como la mediación familiar no se concibe el inicio de la mediación sin una primera entrevista de premediación que siente los límites del conflicto y determine si éste puede ser objeto de mediación.

Asimismo, la sola redacción de una solicitud de arbitraje nos demuestra que la mediación es tratada como un paso previo al arbitraje pero que el consentimiento se presta para ambos. Según estamos analizando la mediación y el arbitraje tiene efectos muy diferentes, puesto que si bien la mediación no excluye la posibilidad de acudir a la jurisdicción o el arbitraje, si lo hace a través de la excepción correspondiente.

El hecho de recoger en el mismo documento ambas figuras supone un encorsetamiento de la mediación dentro de los efectos del arbitraje y hace peligrar la concepción de ésta como un mero intento conciliatorio que si no prospera seguirá el curso dado por la reglamentación arbitral, es decir, se iniciará el arbitraje.

Por ello consideramos que si bien ambos sistemas de resolución de conflictos son competencia de las mismas instituciones, el consentimiento para una no debería suponer el consentimiento para la otra, siendo aconsejable que se separen ambas figuras al menos documentalmente y que permitan a las partes considerar a la mediación como un sistema autónomo y no como una fase del procedimiento arbitral.

2.- EL OBJETO: EL CONFLICTO

2.1.- LA ELIMINACIÓN DE UN CONFLICTO MANIFESTADO AL EXTERIOR.

El objeto del contrato, en general, ha sido un concepto discutido, identificándose en algunas ocasiones con el *fin* del contrato. Sin embargo es más correcto identificar el fin con la causa del contrato como vamos a ver a continuación.

En otras ocasiones se identifica con la *cosa o prestación* del contrato. En este sentido se pronuncian los artículos 1261.2 y 1271. Por ejemplo, en la compraventa, el objeto del negocio serían lo vendido (la cosa) y la prestación o conducta del vendedor (que debe transmitir la cosa) y del comprador (que

debe pagar el precio). Sin embargo esto supondría que solo tendrían objeto los contratos de contenido patrimonial, que son los que recaen sobre cosas o prestaciones. Pero existen otro tipo de contratos.

Lo más usual es identificar el objeto del contrato con la *materia* del negocio, aquello, la realidad, sobre la que versa el negocio. Es decir, los bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre las que recae la voluntad negocial o que se regulan por el negocio. Es el comportamiento al que resulta obligado el deudor y que puede exigir el acreedor como consecuencia del vínculo obligatorio. No referido a los derechos y obligaciones de cada uno, sino a *lo mediato*, que conste en la cosa propiamente dicha, en la naturaleza exterior o procedente del ingenio humano, o en un acto de una persona integrador de una prestación³⁴⁷.

El objeto debe ser lícito (no contrario a las leyes o buenas costumbres, art. 1271 C.c.), determinado o determinable (art. 1273 C.c.) y posible (art. 1272 C.c.). Según el artículo 1271 son posibles los contratos sobre cosas futuras. PICAZO entiende por futura “todo bien inexistente en el momento de la celebración del contrato, pero que puede existir según el curso normal de los acontecimientos, ya por hecho de la naturaleza, ya por hecho del hombre, ya por hecho de la naturaleza y del hombre”³⁴⁸.

Una vez analizado qué es lo que buscamos, debemos plantearnos cual es *el objeto del contrato de mediación*.

Siguiendo a SUARES, en el campo de la mediación familiar nos movemos dentro de los conflictos interaccionales. Así, entendemos por conflicto “un proceso interaccional... que se da entre dos o más partes... en el que predominan las interacciones antagónicas... en las cuales las personas que intervienen lo hacen como seres totales con sus acciones, sus pensamientos, sus afectos y sus discursos... Se caracteriza por ser un proceso co-construido por las partes... que puede ser conducido por ellas o por un tercero(...)”³⁴⁹.

³⁴⁷ En este sentido se manifiesta DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II...* ob. cit., pág 42. “teniendo en cuenta que el contrato es expresión de una autorregulación por las partes de sus propios intereses, una idea bastante aproximada de su objeto es la que lo identifica con los intereses del negocio que está llamado a reglamentar (BETTI). No obstante, si tenemos en cuenta la realidad última que es apreciada por los contratantes, diremos que el objeto es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de aquéllos”.

³⁴⁸ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II...* ob. cit., pág 43.

³⁴⁹ SUARES, M.: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós mediación, Buenos Aires, 1999, 78.

La autora no hace referencia alguna a la necesidad de que este conflicto esté calificado como jurídicamente relevante.

Compartimos lo manifestado por ALVAREZ MORENO que establece que “el contrato [de mediación] versa sobre un conflicto que las partes intentan resolver con ayuda del mediador. Por lo tanto, el objeto del contrato no es en definitiva la resolución de la controversia, sino que se centra en el análisis del conflicto que enfrenta a las partes. Esto significa que con ayuda del mediador (y con las técnicas que este utiliza) las partes deberán analizar:

- a. Los orígenes del conflicto (es decir, distinguir ante qué tipo de conflicto nos encontramos: irreal, inventado o real).
- b. Las causas que lo han motivado. Para comprender el conflicto deben aislarse las causas y los objetivos del conflicto de la conducta de las partes enfrentadas, porque la conducta determina el alcance del conflicto, pero no su realidad.
- c. El objetivo del conflicto (es decir, el cambio que con él se persigue).
- d. Y su presupuesto.”³⁵⁰

Según la autora el objeto de la mediación es el conflicto, pero más bien su análisis y su elaboración antes que su resolución como objeto principal. La resolución quedaría para las partes que son quienes alcanzarán el acuerdo final.

Sin embargo en mediación de consumo, cuando se establece entre las funciones del mediador la emisión de una propuesta de solución, en realidad está añadiendo algo más al simple análisis y elaboración del conflicto. Se está introduciendo la idea de que la mediación debe ofrecer una alternativa factible y equilibrada para las pretensiones de las partes. Por lo tanto el objeto del contrato de mediación no sería solo la elaboración y análisis del conflicto, sino también la *elaboración de una propuesta de solución formal* que luego las partes podrán aceptar o no.

En este sentido, el objeto de la mediación (al igual que en la transacción) es **la eliminación de la controversia siempre y cuando ésta se manifieste al exterior mediante la pretensión de una parte y la oposición de la otra**³⁵¹.

³⁵⁰ ALVAREZ, MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 974.

³⁵¹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., págs. 21-22.

Sin embargo, consideramos que, **con carácter general**, el conflicto **no debería tener que ser calificado como jurídico para ser objeto de la mediación.**

Una de las aportaciones que más se subrayan de la mediación en comparación con otros sistemas de solución de conflictos es precisamente que *el conflicto será mediable independientemente de una necesaria declaración de derechos*. La mediación puede, a priori, tener como objeto un conflicto sobre hechos donde no exista ninguna conflictividad sobre el derecho (aunque normalmente no es así).

Ello lo fundamentamos en dos cuestiones:

La primera de ellas es que uno de los objetivos de la mediación en otros ámbitos, como el familiar, es que la negociación se base, no en las posiciones, sino en los intereses. Las posiciones son los argumentos que se exteriorizan y que normalmente tiene una fundamentación jurídica, es decir, se busca una posición jurídicamente defendible sobre la que negociar. Los intereses es el verdadero objetivo que esconde una posición, y este puede no tener una fundamentación jurídica, sino afectiva, económica, etc.

Es evidente que en el ámbito del consumo la negociación no se verá tan marcada por los afectos como en la mediación familiar, pero sí existen intereses fundamentalmente económicos y de prestigio que sí pueden ser tomados en cuenta.

La segunda se basa en que si se permite un arbitraje de equidad, es decir, si se permite que el árbitro decida sin una fundamentación jurídica sino obrando según su saber y entender, también debemos considerar que en la mediación de consumo, y con carácter preferente, la solución del conflicto debe basarse en la equidad, no siendo necesaria una fundamentación jurídica de la solución propuesta, sino que las partes vean reconocidas en la misma sus intereses.

2.2.- LÍMITES

Ahora bien, debemos tener en cuenta que en el ámbito del consumo existen **límites** en relación a qué conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, y que consideramos deben también aplicarse al ámbito de la mediación.

Debemos de tener en cuenta que la mediación es un sistema de resolución de conflicto que se ha concebido en principio para *las reclamaciones de los consumidores y usuarios de escasa cuantía*.

Sin embargo BARONA VILAR³⁵² manifiesta que “(...) no siempre que se habla de litigio de consumo es posible afirmar que se trata de una reclamación bagatelaria; es más, si bien en ciertas ocasiones lo que un consumidor reclama es efectivamente una bagatela, la suma de las infracciones, los daños, los productos con defecto o los comportamientos abusivos son tantos que al multiplicar dichas reclamaciones y ser, en su paso, pretendidas, por ejemplo, por las asociaciones, pierden esa condición bagatelaria para adentrarse en un ámbito de mayor trascendencia. Y ha sido aquí donde las asociaciones de consumidores han ejercido un papel fundamental, frente al letargo en el que se había sumido el consumidor”.

Por lo tanto un conflicto que inicialmente puede parecer de escasa cuantía puede terminar siendo cuantiosa ante la suma de las distintas infracciones y responsabilidades involucradas en el mismo.

A ello debemos añadir que los medios extrajudiciales son utilizados en muchos países como sistema de solución de conflictos de gran envergadura, como son los relativos a las inversiones internacionales, cuando la administración puede situarse en el mismo nivel que el administrado, o para decirlo de otra forma, cuando los administrados que tienen alguna relación con la Administración ocupan un lugar que les permiten ejercer una cierta presión. Nos referimos al caso de países extranjeros que invierten en países de nueva creación pero no confían en la administración de justicia por lo que antes de la inversión solicitan que los conflictos que puedan surgir entre ambos se solucionen por la vía de algún sistema alternativo de resolución de conflictos, normalmente el arbitraje.³⁵³

Sea como fuere, lo cierto es que dado que no se ha establecido un *límite cuantitativo para el arbitraje*, como se ha hecho en otros países, tampoco parece que exista un límite cuantitativo para la mediación. Si embargo compartimos lo establecido por ALVAREZ³⁵⁴ cuando aboga que hubiera sido conveniente establecer un límite cuantitativo al litigio, pues no tiene

³⁵² BARONA VILAR, S.: (VV. AA.) *Tutela de los consumidores y usuarios...* ob. cit., pág. 26.

³⁵³ HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo...* ob. cit., págs. 26-28.

³⁵⁴ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob.cit., págs. 41-42.

mucho sentido decidir cuestiones de gran índole económica a través de este sistema. No tanto porque no tenga las garantías necesarias para ello, sino porque el sentido mismo del proceso del arbitraje desaparece, dado que no existe la desproporción entre el coste de la vía judicial y la cuestión litigiosa.

También se refiere a esta conveniencia DIAZ ALABART, sugiriendo que se pongan límites cuantitativos para favorecer la aceptación del arbitraje por parte de las empresas.³⁵⁵

La mediación es un sistema especialmente idóneo para las reclamaciones de baja cuantía no por tratarse de cuestiones de poca importancia, sino porque existe una proporción entre lo que se reclama y el coste del proceso. Sin embargo esto no quiere decir que sólo puedan ser objeto de la mediación las reclamaciones de escasa cuantía.

Es interesante, para terminar, el planteamiento que realiza HUERGO LORA respecto a los ADR que se desarrollan en la administración, puesto que considera que son sistemas especialmente idóneos no para la resolución de conflictos de pequeña cuantía sino para aquellos *de resultado previsible*. Considera el autor que una de las funciones principales de estos sistemas, especialmente de la conciliación y la transacción es evitar que se tramiten por la jurisdicción procesos cuyo resultado es previsible. Es una forma de descongestionar el procedimiento jurisdiccional mediante la resolución de cuestiones poco complicadas a través de estos procedimientos. Sin embargo termina reconociendo que si bien es un mecanismo especialmente adecuado para este objetivo, también es cierto que la transacción que se practica en nuestro derecho no suele tener esta finalidad puesto que suele darse en situaciones de cuantía importante y de complejidad jurídica en las que la Administración tiene interés en alcanzar el acuerdo por la relevancia social o por otro tipo de razones³⁵⁶.

Por último, en relación a cuales son los sectores donde más se solicitan el arbitraje, un análisis de las quejas o reclamaciones presentadas en las

³⁵⁵ DÍAZ ALABART, S.: *Tribunales Arbitrales de consumo...* ob. cit., Pág. 132.

³⁵⁶ HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo...* ob. cit., pág. 23. “Una de sus funciones principales (predicable especialmente de la transacción y la conciliación, así como de los procedimientos alternativos a los recursos administrativos) debe ser evitar la tramitación de procesos inútiles, es decir, de aquellos procesos cuyo resultado es fácilmente previsible a la vista de los hechos o del tratamiento normativo y jurisprudencial del caso planteado. De este modo, la jurisdicción administrativa se podría concentrar en al resolución de nuevas cuestiones jurídicas y cumplir esta función satisfactoriamente y a tiempo”.

Asociaciones de consumidores y usuarios en el año 2002 (sobre un total de 986.735) revelan que se producen prioritariamente en el sector de la vivienda en propiedad (125.405 quejas, 12.71%), enseñanza (91.866 quejas, 9.31 %), banca (87.139 quejas, 8.83%) y telefonía (78.954 quejas, 8%)³⁵⁷.

Por último nos queda analizar los límites establecidos por las instituciones que administran la mediación para poder mediar en un conflicto de consumo. Y ello lo vamos a hacer teniendo en cuenta los límites establecidos para el arbitraje puesto que la vinculación de ambas figuras puede ayudarnos a deslindar este aspecto no regulado de la mediación.

Entre los límites al objeto de la mediación encontramos que:

- La reclamación debe fundamentarse en una *relación jurídica anterior*, es decir en unos *derechos reconocidos*.

A pesar de que el arbitraje está en principio limitado a las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios que se fundamentan en *derechos legalmente reconocidos*, compartimos con CASAS VALLES la afirmación de que en éstos se incluyen no solo los reconocidos por la ley sino también los que resultan de un contrato.

La principal fuente de derechos de los consumidores, aunque no la única, se encuentra en el artículo 2 de la LGDCU donde se recoge una relación de ellos dividiéndolos en esenciales, fundamentales o básicos. Al respecto ya nos hemos referido en el capítulo anterior en la fundamentación de la mediación de consumo. Sin embargo queremos resaltar el hecho de que el artículo 2.1.f) de la LGDCU incluye frente a los textos europeos la protección jurídica, administrativa y técnica en las relaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

No todos los derechos recogidos en las distintas leyes son ejercitables individualmente, ya que algunos de ellos se identifican más con programas de actuación administrativa con la finalidad de elevar el nivel de vida de los ciudadanos, como el derecho de audiencia en consulta, participación en la elaboración de las disposiciones generales, etc.

Sin embargo, el sistema de arbitraje se ha dirigido a los *derechos subjetivos individuales*, es decir, en aquellos que se susciten entre el

³⁵⁷ ORTEGA DOLZ, P. y DE SANDOVAL, P. X.: «El calvario de los consumidores» en *El País*, domingo 30 de noviembre de 2003, pág. 28 sociedad.

consumidor y el empresario en el ámbito de las relaciones concretas entre ellos en el marco del mercado. Esto es predicable para la mediación.

- Al igual que el arbitraje y la conciliación, no podrán ser objeto de mediación las *materias fuera de la disposición de las partes*.

LORCA NAVARRETE establece que el objeto del arbitraje es el siguiente:

1. Recae sobre cuestiones litigiosas compatibles con una solución rogada de las mismas.
2. La materia ha de ser la que puedan disponer los interesados en el arbitraje conforme a derecho.

Respecto al *carácter rogado* del arbitraje establece el autor³⁵⁸ que si bien el recurso al arbitraje es de carácter rogado, puesto que, vinculado a las materias de libre disposición de las partes, la solución arbitral solo se inicia a petición de éstas. Sin embargo dicho carácter rogado no se mantiene durante todo el proceso. Una vez vinculadas las partes al proceso de arbitraje éste seguirá de oficio, a pesar de la inactividad de las partes (art. 31 LA de 2003).

Sin embargo esto no ocurre en mediación. El inicio del proceso de mediación ha de ser también solicitado por las partes y de carácter voluntario. Sin embargo la sumisión a la mediación ha de ser *constante* dado que es necesaria la actividad de las partes para que el proceso siga adelante. La inactividad de alguna de ellas después de haber iniciado el proceso conlleva la suspensión del procedimiento.

Respecto a la segunda cuestión, es decir, el necesario *carácter disponible de las materias* sometidas a mediación y arbitraje debemos hacer algunas puntualizaciones.

³⁵⁸ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 37. “el carácter rogado del arbitraje posee una especial significación que se conecta con un objeto que se proyecta sobre materias de libre disposición de las partes. Esto es, el arbitraje sólo puede afectar según la LA a materias disponibles (art. 1 LA) pero ese ámbito de disposición sustantivo no posee por el contrario en la LA una vertiente rogada in extenso. Muy al contrario el artículo 22.2 LA consagra el impulso de oficio del procedimiento, pues la inactividad de las partes “no impedirá que se dicte el laudo...” (art. 22.2 LA). Esta opción significa que la voluntad inequívoca de las partes de someterse a un procedimiento arbitral (art. 5.1 LA), una vez otorgada confiere al árbitro o árbitros un mandato negocial en su origen y procedimental en su desarrollo de poner término a esa voluntad inequívoca”

La determinación de las materias objeto de arbitraje se produce por las normas generales de la LA (2.1) y las especiales de la RDSAC (art. 2.2). Las normas generales establecen el marco general de las materias susceptibles de arbitraje y su vulneración posibilita la interposición de un recurso de anulación. Las segundas suponen un límite en la actuación del Sistema de Arbitraje de Consumo, por lo que su vulneración no será anulable (no encaja en los supuestos del artículo 41 de la LA de 2003) pero sí podrá ser objeto de reclamación de la responsabilidad pertinente. En este sentido, el límite de materias susceptibles de arbitraje de consumo es un mandato que expresamente incumbe a las personas.

Una de las aportaciones principales de la LA de 2003 es recoger la regla general de que son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles (art. 2 LA 2003), sin hacer una enumeración de las cuestiones que no se consideran disponibles, como hacía la LA de 1988 en su artículo 2. Por lo tanto esta ley se limita a afirmar que la arbitrabilidad coincide con la disponibilidad de la materia.

El problema estriba por tanto en tratar de determinar cuándo una materia es disponible y cuándo no.

El concepto de indisponibilidad es muy difícil de determinar. Algunos autores lo han identificado con el carácter patrimonial del objeto (GUASP), otros con el interés privado de la relación jurídica (DÍEZ PICAZO), pero lo cierto es que a pesar de los esfuerzos doctrinales por enumerar las materias indisponibles no es posible hacer dicha enumeración por el legislador dado que siempre estaría sujeto a las variaciones temporales o espaciales³⁵⁹.

En este sentido se considera que las cuestiones penales, administrativas y laborales son indisponibles para las partes.

³⁵⁹ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 40. En relación al arbitraje, LORCA NAVARRETE estableció “La libre disposición del objeto del arbitraje aparece tipificado en la LA por ser conforme a Derecho a través de la adopción de una fórmula en blanco positivizada y referida a la “libre disposición”. Por el contrario, la LA mediante el artículo 2 LA realiza una formulación en negativo (...) de las materias que, precisamente y conforme a Derecho, no se hallarían dentro de esa esfera de libre disposición. La LA en este punto realiza una distinción que difícilmente pasa desapercibida entre materias que conforme a derecho se hallan dentro de la esfera de la libre disposición, de un lado y, de otro, materias que igualmente y conforme a Derecho no son susceptibles de situarse en la esfera de la libre disposición de los interesados en el arbitraje, lo que obliga a “dogmatizar” acerca de lo que es o no susceptible de arbitraje “conforme a derecho”. Es más, a esa actividad coadyuva la LA cuando establece los supuestos en que no sería posible el arbitraje (art. 2 LA)”.

En materia de consumo lo serían los precios de los transportes públicos, las indemnizaciones tasadas, etc, de forma que a pesar de ser servicios prestados por la Administración están excluidas de la facultad de disposición de las partes por una reglamentación.

Sea como fuere, lo cierto es que la resolución de las cuestiones de libre disposición es ámbito del proceso civil, según establece la LEC en sus artículos 4 y 19 que recogen el *principio de eficacia máxima*. Concretamente el artículo 19 establece la regla de la disponibilidad del objeto del juicio salvo prohibición legal expresa. De esta forma encontramos un reconocimiento procesal del arbitraje.

La Exposición de Motivos de la LA de 2003 establece que “El artículo 2 regula las materias objeto del arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes respecto de las que quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”.

Es evidente que la determinación del objeto del arbitraje a través de la disponibilidad de la materia es mejor opción que la tomada por al LA de 1953 que estableció el límite de las materias de Derecho Privado.

La disponibilidad, según el artículo 2 de la LA 2003 debe ser “conforme a derecho”. Esto supone que no podrán someterse a arbitraje las materias que no se declaren como tal por el derecho.

Hemos visto que en la Exposición de Motivos se rechaza la idea de una lista de materias indisponibles prefiriéndose una regla general, porque se considera que lo que es disponible o no puede variar con el transcurso del tiempo.

Existen autores que ven en esta regla tan genérica algunos problemas:

- La no arbitrabilidad de la materia es causa de anulación del laudo (art. 41.1.e) y de denegación del reconocimiento o ejecución. Por lo

tanto sería recomendable, para evitar estos efectos, conocer de antemano si la materia es o no disponible.

- Existen materias en las que se discute aún la disponibilidad o no de las mismas, según hemos visto antes.

En este sentido, el artículo 9.6 de la LA 2003 deja en manos de los ordenamientos la delimitación de la arbitrabilidad de la materia. Esta cuestión dependerá de cada legislador, de forma que no existirá limitación alguna al respecto porque bastaría elegir el ordenamiento que sí considera arbitrable la materia para eliminar esta limitación de la LA.

Sin embargo, a pesar de haber desaparecido en la LA de 2003, la enumeración de las materias que se consideran indisponibles para el arbitraje de consumo siguen vigentes a través del artículo 2.2 del RDSAC y del artículo 31.1 de la LGDCU. Por ello es interesante analizar este listado de materias excluidas del arbitraje (ahora exclusivamente del arbitraje de consumo, no del general):

Concretamente se reconocen como materias indisponibles para las partes en conflicto:

Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas, y las demás Administraciones Públicas e Instituciones de igual naturaleza.

- Los juicios en que estén interesados lo menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes.
- Los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.
- En general los que se promuevan sobre las materias *no susceptibles de transacción* ni de *compromiso*. Es decir sobre:
- Las establecidas en el artículo 1814 del CC: no se puede transigir sobre el Estado Civil, cuestiones patrimoniales o alimentos futuros.
 - Las que afectan al orden público (art. 6.2 y 3 C.c.).
 - Las que se rigen por leyes no dispositivas (*ius cogens*). Según SABATE realmente solo hace indisponible una materia el orden público, porque las leyes imperativas o de *ius cogens* realmente lo que impiden es que éstas sean derogadas o se renuncie a ellas, pero no que no puedan ser aplicadas por el árbitro correctamente. En

este sentido también se manifestó CASAS VALLES estableciendo que “el hecho de que la defensa de los consumidores se base en gran medida en normas imperativas, por lo tanto fuera del poder de disposición de las partes, no impide por sí solo que, una vez producido el conflicto, la cuestión sea sometida al arbitraje. Una cosa son las normas imperativas y otra las materias indisponibles o inseparablemente unidas a estas”³⁶⁰.

- Las cuestiones a las que se refiere el *artículo 2.1. LA de 1988 y actual artículo 2.2 del RDSAC*:

- Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. “No obstante, se puede considerar subsistente la cuestión litigiosa y, por tanto, podría someterse a arbitraje cuando, habiendo sido resuelta por órgano jurisdiccional, la resolución de éste no ha alcanzado firmeza en la vía judicial estática. Esta hipótesis de trabajo es sin duda atractiva pues a través de ella se apuesta a favor del arbitraje como fórmula que permita desjudicializar y, sobre todo, terminar antes la resolución de los conflictos, ya que, ante una segunda instancia y el arbitraje, se podría optar por ofrecer las ventajas del segundo, que indudablemente abriría una nueva instancia como la arbitral, pero no una segunda instancia jurisdiccional típica. Por lo demás indicar que este sería un supuesto de exclusión por razones jurisdiccionales (...)”³⁶¹.
- Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición³⁶².

³⁶⁰ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob. cit., pág. 781.

³⁶¹ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 42. En este sentido, también CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 40. “En consecuencia, no existe obstáculo alguno para que pueda someterse a arbitraje una controversia cuando la resolución judicial está pendiente de algún recurso ordinario (apelación) o extraordinario (casación); no, en cambio, cuando el recurso pendiente es el de revisión, porque éste que no es un verdadero recurso, sino una acción de rescisión sólo está abierto frente a las sentencias firmes”:

³⁶² CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 43. “Se trata de una indisponibilidad de la materia por conexión, lo que, como es obvio, reconduce a la interpretación jurisprudencial el problema de la determinación –en los casos dudosos– de cuándo la cuestión tiene sustantividad propia que le permita funcionar con autonomía y ser sometida a arbitraje”.

- Las cuestiones que, con arreglo a las leyes, deban intervenir el Ministerio fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismas.
- También están excluidas expresamente por el artículo 31.1 de la LGDCU los *supuestos de intoxicación, lesión, muerte*³⁶³ o *indicios racionales de delito*³⁶⁴. Para estos al consumidor solo le resta la vía jurisdiccional. Aunque compartimos la idea de DÍAZ ALABART³⁶⁵, ABELLÁN TOLOSA³⁶⁶ y CASAS VALLES³⁶⁷ de que los criterios de delimitación del artículo 31.1 de la LGDCU no añaden nada nuevo a los del artículo 2.1 de la LA de 1988³⁶⁸.

Dentro de las materias expresamente excluidas del ámbito del arbitraje se encuentran aquellas en las que concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.

Se trata con este párrafo de evitar que se sometan al arbitraje cuestiones indisponibles como son los delitos perseguibles de oficio.

³⁶³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 86. “(...)considerando que en materia de Derecho de consumo rige el principio pro consumidor (...), considerando igualmente que el arbitraje de consumo se constituye como un vía para el acceso de los consumidores (...) a la tutela jurisdiccional, cabe concluir que solo en aquellos concretos supuestos en que la cuestión de si se ha producido la muerte, la lesión o la intoxicación o la causa que la produjo sea el objeto de discusión, se excluirá el arbitraje de consumo, pero nunca cuando se discuta sobre cuestiones contractuales o sobre las consecuencias de tales eventos, la prima, su cuantía, etc.”

³⁶⁴ Si las JAC consideran que los hechos no son constitutivos de delito solo deberá cesar en sus actuaciones si las partes acreditan haber presentado la correspondiente denuncia o querrela, puesto que en ese momento se inicia el proceso penal. Si es la JAC la que considera que es constitutiva de delito, en principio existe el deber de denuncia (art. 262 LECR), pero también depende del tipo de delito, puesto que pueden tratarse de delitos en los que es preceptiva la denuncia de la persona agraviada. “la prohibición persiste, pues, sólo mientras existan dudas sobre si hay o no delito. Mientras tales dudas no nazcan o sean disipadas por resolución judicial, en un sentido u otro, sí es admisible el arbitraje de consumo”. ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 85.

³⁶⁵ DÍAZ ALABART, S.: *Tribunales Arbitrales de consumo...* ob. cit., pág. 132.

³⁶⁶ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»...ob. cit., pág. 394.

³⁶⁷ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob. cit., pág. 782.

³⁶⁸ Respecto a si pueden ser objeto de arbitraje la responsabilidad civil nacida de actos ilícitos, sean o no delitos o faltas, la doctrina se encuentra dividida. Unos dicen que no puede ser objeto de este puesto que se derogaron los artículos 1820 y 1821 del C.C con motivo de la LA. Sin embargo para otros (ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 72.) la respuesta es afirmativa, puesto que dicha derogación se produjo por evitar la dualidad de normas y porque el artículo 5.1 lo admite al decir “sean o no contractuales”.

Pero lo que resulta indisponible son estos delitos, no la responsabilidad civil derivada de ellos. Así lo manifiesta DIAZ ALABART³⁶⁹ cuando establece “tratándose la responsabilidad civil de una materia perfectamente separable del delito, no hay duda de que la acción civil puede someterse al arbitraje ordinario (...). De lo visto hasta aquí podemos concluir que las reclamaciones de responsabilidad civil procedentes de daños personales causados a un consumidor podrán ser ejercitados por éste tanto ante los Tribunales ordinarios, como, si se acepta por el profesional afectado, ante los Tribunales arbitrales de consumo”.

- La *reparación de daños* se debe ejercer ante la jurisdicción ordinaria, por imperativo legal, de forma que la Administración no podrá obligar a la empresa o comerciante a la satisfacción de dichos daños, ni actuar como árbitro.

Sin embargo parece que este límite se está refiriendo no tanto a la imposibilidad de que el objeto de la negociación sea la reparación de un daño (puesto que en este caso se vería limitada a un número muy escaso de casos, sobretudo en este ámbito) sino a la ejecución de los acuerdos alcanzados al respecto, en el sentido de que la administración no puede obligar a un empresario a pagar una reparación a la que se había comprometido, debiendo el consumidor acudir al juicio correspondiente según la cuantía. Es el problema de la falta de poder de ejecución de los acuerdos alcanzados en mediación, al cual nos referiremos más adelante.

En este caso podría argumentarse que la mediación es inútil y que no hace más que perder el tiempo al consumidor que deberá acudir en ultima instancia a un procedimiento judicial. Sin embargo, y a pesar de que este es un riesgo que se corre acudiendo a estos procedimientos, también es cierto que el juez tendrá en cuenta, evidentemente, el acuerdo que fue firmado por el empresario y que ha incumplido, con la consiguiente carga que supone para éste ir contra sus propios actos en el procedimiento judicial³⁷⁰.

³⁶⁹ DIAZ ALABART. S.: «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo»...Ob. cit., págs. 58 y 59.

³⁷⁰ *Políticas de Consumo a nivel municipal. Resumen y comentarios de las jornadas del 10, 11 de mayo y 27,28 noviembre de 1997* con la participación de organismos y técnicos a nivel estatal, Servicio de Consumo, Ayuntamiento de Irún, *Anexo 7. Las mediaciones en el contexto de las OMICs: Vitoria e Irún*, pág. 90. “El sistema de mediación se revela como útil y eficaz en supuestos en los que resulte conveniente la plasmación por escrito de derechos y obligaciones y sobre todo, en aquellas OMIC de grandes núcleos de población donde las relaciones comerciante-cliente son más personales o se encuentran más difuminadas”.

3.- LA CAUSA EN EL CONTRATO DE MEDIACIÓN

3.1.- LA FUNCIÓN ECONOMICO-SOCIAL DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN

PELAEZ entiende por causa la *función económico-social* del contrato o el propósito práctico constante perseguido por las partes a través de la actividad contractual³⁷¹.

Una parte de la doctrina la identifica con la *voluntad de poner fin a la controversia*. Sin embargo así considerada no permite diferenciarla de otras figuras afines que también ponen fin a la controversia como son el reconocimiento, el allanamiento o la renuncia³⁷².

Otra parte de la doctrina, como CARNELUTTI³⁷³ identifica la causa con la *composición de la litis mediante una parcial renuncia* a las propias pretensiones³⁷⁴.

Esta postura a sido completada por LUNA³⁷⁵ que establece “la causa del contrato de transacción es la composición de un conflicto de intereses en razón de una controversia existente entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los mismos interesados evitando provocar un pleito o acabando, mediante su acuerdo, el que ya habían comenzado y realizan mediante recíprocas concesiones, dando, prometiendo o reteniendo cada una de ellas alguna cosa, según determina la definición de la transacción descriptiva de la causa, contenida en el artículo 1.809 del Código Civil”.

Existen tres aspectos importantes contenidos en la definición que acabamos de ver:

- *La superación de la controversia sobre una situación o relación jurídica-material*. Supone que la causa del contrato existe siempre que las partes estén interesadas en la solución de la controversia.

³⁷¹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 35.

³⁷² ALBALADEJO: *Derecho Civil II...* ob. cit., pág. 847.

³⁷³ “«Sulla Causa della transazione», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1914, Vol XII, pág. 573 y ss.

³⁷⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.) *Elementos de Derecho Civil. Volumen segundo...* ob. cit., pág.358.

³⁷⁵ LUNA SERRANO, A.: «Ineficacia de la transacción», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXII. Vid. PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 37, nota 26.

Sin embargo según LACRUZ³⁷⁶ la causa se daría por tanto incluso cuando las partes enfrentadas realizan la transacción sin que realmente esta controversia se debiera haber planteado.

- *La asunción de la solución de la controversia por los propios interesados*: es básico puesto que según el artículo 1816 alcanza a las partes y las vincula con la misma autoridad de cosa juzgada³⁷⁷.
- *La realización de la solución mediante recíprocas concesiones*.

De estos elementos, sólo se dan en la mediación de forma absoluta el primero de ellos, el resto tiene alguna matización como hemos observado. Pero a esto debemos añadir:

- La imposibilidad de alcanzar la solución por sí mismos, y por lo tanto la necesaria participación de una tercera persona neutral, mediador.
- La necesidad de iniciar un proceso: La mediación puede ser considerada como un estadio anterior a la transacción. Ciertamente las partes quieren superar la controversia, y quieren hacerlo ellos mismos. Sin embargo no pueden hacerlo por sus propios métodos (recíprocas concesiones mutuas) sino que requieren la intervención de una tercera persona. Esta intervención supone que no hay certeza sobre la posibilidad de alcanzar el acuerdo sobre dichas recíprocas concesiones que satisfagan a ambos.

Por ello consideramos que hay que diferenciar dos etapas:

- Aquella en la que las partes no tienen certeza de alcanzar el acuerdo pero quieren someterse al proceso.
- Aquella en que una vez alcanzado el acuerdo y realizadas las recíprocas concesiones evitan acudir a un procedimiento para resolver el litigio.

Como conclusión podemos decir:

³⁷⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Elementos de Derecho Civil II. Volumen segundo...* ob. cit., pág. 358. “Ello, incluso, aunque la controversia que enfrenta a las partes que transigen no hubiera en puridad de haberse planteado: para que la causa exista es suficiente, como pone de relieve la regla del art. 1.819 C.c., que la discusión se haya producido realmente; también en el caso de la contienda temerariamente sostenida por uno de los transigentes”.

³⁷⁷ Al respecto nos referimos en páginas posteriores al hablar de los efectos de la mediación.

La mediación es un **contrato de eliminación de una controversia, ya sea declarando el alcance de una relación jurídica preexistente (teoría declarativa), modificando la relación jurídica preexistente (teoría traslativa) o estableciendo una relación jurídica nueva (teoría constitutiva) que va a ocupar el lugar de la anterior.**

La causa del contrato de mediación sería **la evitación de un pleito mediante la composición del conflicto existente entre las partes, cuya solución, alcanzada a través de la intervención de una tercera persona, asumen los interesados mediante un acuerdo.**

Es frecuente identificar estos motivos con el *timor litis*³⁷⁸ o miedo al proceso³⁷⁹. Sin embargo, a pesar de la importancia del *timor litis* no debe identificarse este con la causa de la transacción. El *timor litis* es el “motivo determinante que induce a una persona a transigir, sin que podamos confundirlo nunca con la causa: eliminación de una controversia asumiendo las partes la solución adoptada, mediante recíprocas prestaciones”³⁸⁰.

Por lo tanto debemos distinguir que una cosa es el fundamento de este tipo de contratos, el porqué se hace necesario recurrir a ellos, y otra cosa es que ese fundamento sea identificado con la causa del contrato.

3.2.- EL CONTRATO DE MEDIACIÓN ES UN CONTRATO ATÍPICO

Dado que la mediación no tiene una regulación jurídica, según hemos visto en el tema anterior, podemos afirmar que la mediación es un **contrato**

³⁷⁸ SEGAL, R.: *Acuerdos preventivos extrajudiciales. Análisis y metodología de superación de crisis empresariales*, Habledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 51. El autor analiza la figura de los *acuerdos preventivos extrajudiciales* en profundidad y establece que la reforma realizada en Argentina con la Ley 24.522 se caracteriza por un “claro predominio privatístico y una tendencia a la desjudicialización” Fue precisamente esta orientación la que determino el impulso dado a esta figura. La inflación del derecho legislado es una vía de autodestrucción del derecho. El orden jurídico es bicéfalo: edictal y negocial. no hay duda de que existe un pasaje activo de un derecho de la contradicción cuya forma clásica es el litigio -oposición de derechos subjetivos transada por el juez - a un derecho de la conciliación que se mueve según intereses categoriales. En este último ámbito incluye el autor el arbitraje, la mediación y los acuerdos privados y extrajudiciales.

³⁷⁹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 44. “En definitiva, el *timor litis* será ese miedo al proceso, a los perjuicios que bajo la forma de dinero, tiempo, duda, etcétera, puede producir. Si el sistema legal y la administración de justicia estuviesen correctamente organizados, podríamos afirmar que la transacción decaería en su uso, pero como no es perfecto –ni el nuestro ni ninguno–, la transacción aparece como la escapatoria válida y cómoda”

³⁸⁰ PELAEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 45.

atípico, de forma que en principio le serán aplicables las normas imperativas y aquella regulación que hayan establecido las partes en su relación jurídica.

Ante un convenio de mediación nos caben dos alternativas: o bien considerar que esta falta de regulación específica impide a la mediación aplicar otras normas que las recogidas en el código civil, o bien considerar que se podrían aplicar analógicamente las normas establecidas para el convenio arbitral o cualquier otra figura con la que manifieste una especial vinculación (aunque desde nuestro punto de vista es con el arbitraje con la institución que tiene más coexión).

Si optamos por la primera alternativa, se podría decir que el convenio de mediación es un acuerdo de voluntades al que se aplicaría las reglas generales de la contratación establecidas en el C.c. ante la falta de una regulación específica.

Si optamos por la segunda es porque podemos pensar que a pesar de esta falta de regulación, es cierto que dada la vinculación que tiene con el arbitraje podría entenderse que los efectos que la mediación produzca pueden ser regulados, en lo que sea necesario con lo establecido en la LA, dada la analogía de ambas instituciones.

Esta aplicación analógica ¿desvirtuaría en cierto sentido el carácter de la mediación? Creemos que la respuesta es negativa.

Por lo tanto el convenio de mediación es un contrato atípico dado que no encuentra regulación ni en el ámbito general civil (C.c) ni en el sector propio en el que se desenvuelve, el consumo, debiendo recoger sus normas de unos y otros en lo que no perjudique su naturaleza, encontrando una especial vinculación con la regulación del convenio arbitral, cuyas normas serán aplicables preferentemente.

Nos preguntamos ahora si el contrato de mediación es un contrato atípico puro o mixto. Es decir, ¿no toma nada de los contratos ya existentes en nuestro ordenamiento o es una mezcla de varios contratos típicos? Es interesante analizar la diferencia entre los **contratos mixtos**, los **contratos unidos** o **conexos**.

Entre los contratos conexos tiene una especial relevancia el convenio arbitral dado que ALBALADEJO manifestó que “un pacto arbitral es siempre accesorio de algo, de lo a resolver o juzgar por los árbitros, porque

sin ello no cabe arbitrar nada, y entonces el pacto es inútil, aunque no sea nulo”³⁸¹. Se trata por lo tanto de que el convenio arbitral es un contrato accesorio al contrato que da origen a la relación jurídica entre las partes que va a originar el conflicto.

Se puede afirmar que el contrato principal y el convenio arbitral que se recoge en éste son figuras autónomas, de forma que podrá aplicarse ésta mientras sea válido el contrato principal, e incluso a pesar de que se declare la nulidad de algunos aspectos de éste, siempre que no afecte al convenio arbitral³⁸².

El artículo 8 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 establecía que “la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio”. A través de este artículo se está recogiendo legislativamente la autonomía del pacto compromisorio. Así lo afirma la Exposición de Motivos de dicha Ley cuando dice en el párrafo cuarto que se introduce como novedad “la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio principal”³⁸³.

En este sentido también se manifiesta la actual LA de 2003 cuando afirma en su artículo 22.1 que “a este efecto, el convenio arbitral que forme parte de

³⁸¹ ALBALADEJO, M.: «El artículo 8 en la Nueva Ley de Arbitraje... ob. cit., pág. 72.

³⁸² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 133. Haciendo referencia a DÍEZ PICAZO: «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en *ADC*, 1954. Pág. 1157, “indudablemente podrá producirse una nulidad conjunta, ya que ambos “pactos” han sido producidos en el mismo momento y en la misma operación jurídica, y, por consiguiente, pueden adolecer de los mismos vicios o causas de nulidad, especialmente las que hagan referencia a la declaración de voluntad o a la capacidad de los contratantes. Pero puede suceder que la causas de nulidad sean específicas del contrato principal, sin que entonces se extiendan al pacto compromisorio; incluso si todas las cuestiones surgidas del contrato deben someterse a árbitros, dentro de las mismas ha de poder incluirse las que se refieran a la propia nulidad del contrato principal”. También LORCA NAVARRETE, A.M^a.: «Algunas propuestas sobre el tratamiento...ob. cit., pág. 4, “no va a ser una cláusula accesorio del contrato en el que se inserta, sino que puede que posea su propia autonomía conceptual y negocial distinta de la del contrato en el que se incluye. La jurisprudencia arbitral, que surgió con ocasión de la vigencia de la LA de 1988, cuenta con la interesante aportación del ponente BEJAR GARCÍA, que alude a la AUTONOMÍA FORMAL DEL CONVENIO ARBITRAL que impide que la nulidad del contrato determine su automática falta de validez con el fin de que su simple alegación no impida que pueda someterse a arbitraje la LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN NEGOCIAL concretada en el convenio arbitral. (...) Desde esta perspectiva el convenio arbitral no es un negocio accesorio. Posee individualidad y autonomía propia, diferente del ámbito contractual al cual accede: lo que justifica, por lo demás, que no se encuentre esa autonomía afectada por las causas de invalidez contractual y que a mayor abundamiento, se integren en su esfera de operatividad incluso las controversias que surjan tras la cesación del ámbito contractual”.

³⁸³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 137.

un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”.

ALBALADEJO estableció “habrá que ver en cada caso si de los términos en que está redactado el pacto se sigue que se quiso someter a arbitraje sólo las discrepancias relativas al contenido del contrato o, también las diferencias sobre la propia validez del contrato principal o las relaciones sobre el contrato versa”³⁸⁴.

Ante esta situación LOPEZ FRIAS afirma que hay que distinguir:

- Si el convenio consta en una cláusula del contrato principal, el problema que se plantea es el de la nulidad total o parcial del contrato principal que contiene el convenio.
- Si el convenio es autónomo, es decir, no se encuentra incorporado al contrato principal, se trata de determinar las vicisitudes que el contrato principal puede tener en el contrato autónomo.

³⁸⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M.: «El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje», *Actualidad civil*, núm. 5, 1990, pág. 74. Al respecto se refirió BADENAS CARPIO, J.M.: *El Sistema Arbitral de Reclamaciones de consumo*, Generalitat de Valencia, Conserllería de Sanitat i Consum. Valencia. 1993, págs. 29-30. “Así, cuando el convenio arbitral es accesorio únicamente del contenido del contrato, si lo que se discute es su validez, el pacto arbitral no sirve y habrán de juzgar los Tribunales. Mas, cuando el pacto arbitral sea accesorio no sólo del contenido del contrato, sin también de su propia validez o nulidad, así como, cuando lo sea, además, de un conjunto de relaciones entre las que se inserta el contrato arbitrable, en tales casos, el pacto arbitral sirve para excluir a los jueces y tribunales de conocer las diferencias sobre la validez del contrato, tanto si el contrato arbitrable es válido como si es nulo.(...) Considero más procedente, en este caso, la tesis de ALBALADEJO; a lo que únicamente cabría añadir una sola cosa: si bien está que se aplique la regla de que lo accesorio siga a lo principal cuando entre los elementos de una relación jurídica exista este nexo de subordinación; pero, que no se aplique este principio cuando entre dichos elementos no se pueda establecer dicha accesoriedad. Ni el contrato arbitrable es principal respecto al convenio arbitral, ni el convenio arbitral es accesorio del contrato arbitrable. Son dos contratos separados y a la vez principales. ¿Por qué digo esto? Sencillamente, porque aunque el convenio arbitral pueda estar incluido entre las cláusulas del contrato arbitrable, no por ello sus causas son coincidentes. Y, siendo diferentes sus causas, son diferentes los contratos. Nada importa que ambos contratos se perfeccionen al mismo tiempo. Es indiferente que ambas convenciones sopórtenlos mismos vicios en cuanto al consentimiento o la capacidad de las partes. Siguen siendo dos contratos autónomos y separados.

Quiero concluir aquí, siguiendo el comentario del prof. ALBALADEJO: por que, que sean dos convenciones separadas y distintas, no implica que sean dos convenciones absolutamente independientes. Declarada por los árbitros, la nulidad del contrato arbitrable, ¿qué eficacia le queda que cumplir al convenio arbitral? La nulidad del contrato arbitrable convierte en ineficaz el convenio arbitral, que, a partir de dicho momento, deja de tener objetivo –incluso causa-, por que no cabe que surjan discrepancias respecto de algo que no existe”

La autora afirma “en el supuesto de que el convenio arbitral –sea cláusula o contrato autónomo- establezca que las cuestiones relativas a diversas relaciones jurídicas existentes entre las partes se someterán al arbitraje, la nulidad del contrato relativo a una de esas relaciones no determinará la nulidad de la cláusula arbitral de dicho contrato ni la del convenio arbitral independiente. Tanto la cláusula como el contrato arbitral seguirán siendo válidos respecto a las demás relaciones jurídicas sometidas a arbitraje. Por el contrario, si el pacto arbitral solo tiene por objeto las cuestiones surgidas de una relación jurídica, siendo nula ésta, también lo será aquel pacto”³⁸⁵.

Existe un supuesto en el cual el convenio arbitral si tiene autonomía frente al contrato principal, y es cuando el convenio arbitral tenga por objeto la solución de si el contrato principal es nulo o no. En este caso, una vez resuelta la cuestión el contrato principal podrá ser nulo, pero el convenio arbitral ya ha sido eficaz.

De todas las cuestiones analizadas, la que nos resulta especialmente interesante es la de la vinculación que tiene el contrato principal con el contrato vinculado a él. En mediación de consumo la situación va a ser muy similar al convenio arbitral, de forma que la mediación es un contrato conexo, en el sentido de que requiere una relación jurídica que genera el conflicto que va a ser objeto de la mediación.

La pregunta sería por tanto si, además, le sería aplicable lo establecido para el arbitraje de forma que la nulidad del contrato que establece la relación principal no tenga porque suponer la nulidad del convenio de mediación accesorio. La respuesta debe ser afirmativa dada la vinculación de ambas figuras.

Los que nos interesa destacar aquí es que la mediación o mejor dicho, el contrato de mediación es un contrato **atípico**, dado que no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento. La atipicidad de la mediación no es pura, sino que se encuentra vinculada a diversos contratos, como el arbitraje, fundamentalmente, la transacción y el contrato de arrendamiento de servicios. De esta forma es un contrato atípico **mixto**, en el sentido de que contrato toma elementos de diversos contratos típicos que se funden en una sola causa.

³⁸⁵ LOPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos...* ob. cit., pág. 42.

Así mismo debemos considerarlo un contrato **unido** a un contrato principal, el que establece la relación jurídica de las partes en conflicto, y por lo tanto es accesorio a el, si bien ambos contratos (de mediación y principal) tienen cada uno una causa propia.

El problema de esta unión será la vinculación que los efectos de uno produce en el otro. Compartimos con ALBALADEJO Y LOPEZ FRIAS que habrá que analizar en cada caso la vinculación de ambos contratos, pero a grandes rasgos podemos afirmar que si el convenio arbitral tiene por objeto varias relaciones jurídicas de las partes, la nulidad de una de esas relaciones no conlleva la nulidad del convenio arbitral, sin embargo si solo tiene por objeto la relación jurídica anulada, podrá conllevar la nulidad del convenio arbitral si en cada caso se quiso someter al arbitraje solo los conflictos relativos al contenido del contrato (en cuyo caso no es tanto que sea nulo sino que se queda sin objeto para arbitrar o mediar), o si también se refiere a la propia validez del contrato principal.

II. LOS SUJETOS DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

1.- LAS PARTES EN CONFLICTO

1.1.-CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El RDSAC no recoge ningún concepto de consumidor ni se remite a ningún otro texto normativo.

Este concepto se ha visto desdibujado por las diferentes leyes que ordenan los diversos sectores que afectan a los consumidores. Algunas de estas leyes utilizan un concepto más específico como la LGDCU (que ha planteado numerosas dificultades respecto a la inclusión o no del consumidor-profesional) y otras utilizan conceptos excesivamente generales como la Ley de Ordenación del Comercio Minorista 7/1996 de 15 de enero (que utiliza el término “clientes” en el cual se puede incluir los empresarios cuando los bienes o servicios no constituyen el objeto de su actividad profesional).

En la Unión Europea no se ha ofrecido aún una definición clara de cual es el consumidor objeto de protección de los sistemas de resolución de

conflictos de consumo. MENDEZ PINEDO³⁸⁶ resume las tendencias encontradas de la siguiente manera:

- La primera tendencia sería aquella que ofrece la protección a un concepto objetivo, es decir, ofrece la protección en función del ámbito en el cual se desarrolle la actividad, independientemente de quién la concluya. En este sentido los créditos al consumo, los cursos por correspondencia, y los contratos de viaje.
- La segunda tendencia es un concepto de consumidor en contraposición al de profesional o cualquiera que realice una actividad comercial.
- La tercera define al consumidor como objeto de medidas protectoras, incluyendo en ciertos casos a los profesionales y en otros no.
- Por último la tendencia de definir al consumidor en función de si se refiere a intereses colectivos o individuales, situación ya analizada anteriormente.

Ante esta gran variedad de conceptos³⁸⁷ se han desarrollado diversas teorías al respecto, como por ejemplo aquellas que utilizan una concepción abstracta de consumidor frente a aquellas que ofrecen una visión mas concreta.

Desde un punto de vista *abstracto*, la CEE ha ofrecido una definición, entendiéndolo que “el consumidor ya no debe ser únicamente considerado como comprador o usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como persona interesada por los distintos aspectos de la vida social que puedan afectarle, directa o indirectamente, en calidad de consumidor”. En este sentido se ha pronunciado también el Estatuto del Consumidor Vasco que establece en su artículo 2 “se entiende por consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute de bienes, medios o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, y a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como tal consumidor”.

³⁸⁶ MENDEZ PINEDO. E.: *La solución de litigios de consumo...* ob. cit., págs., 104 y 105.

³⁸⁷ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., págs. 33-34, se refirió a una concepción objetiva (teniendo en cuenta al consumidor junto con el resto de profesionales, industriales, comerciantes o prestatarios de servicios que adquieren bienes de equipo por necesidad para su empresa. Se refiere exclusivamente al acto de consumir como realización del destino final del bien, sin tener en cuenta el sujeto que lo realiza) y la subjetiva (centrada en la figura del consumidor y en el papel que ejerce en el ciclo de producción, que considera mejor para poder tener en cuenta situaciones de desequilibrio).

En otros momentos se ha manejado un concepto más *concreto*.

Como por ejemplo LGDCU que utiliza un concepto de consumidor en contraposición al concepto de empresario. En su artículo 1.2.3 establece “Son consumidores y usuarios, las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

También BOURGOIGNIE propuso una definición de consumidor como “la persona física o jurídica que adquiere, posee o utiliza un bien o servicio colocado en el sistema económico por un profesional sin perseguir ella misma la fabricación, transformación, distribución o prestación en el marco de un comercio o una profesión. Una persona que ejerce una actividad de carácter profesional, comercial, financiera o industrial no puede ser considerada como consumidor, salvo si ella misma establece que actúa fuera de su especialidad y que realiza un volumen de negocios inferior a ... millones de francos anuales”³⁸⁸.

ONDARZA³⁸⁹ también se muestra más partidaria de un concepto más concreto “puesto que los conflictos sometidos a las actuaciones objeto de nuestro estudio serán los derivados de actos concretos de consumo, individualmente considerados”.

Parece que ésta ha sido la opción que también han adoptado las OMICs, puesto que limitan el acceso a sus servicios a las personas que compran bienes y/o utilizan servicios como destinatarios finales, de forma que no pueden utilizar los servicios de la OMIC aquellas personas que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios sin ser destinatarios finales³⁹⁰.

³⁸⁸ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 47.

³⁸⁹ ONDARZA ZUBIETA, I.: *Resolución informal...* ob. cit., pág. 26.

³⁹⁰ A esta limitación se une el hecho de que la OMIC no puede intervenir: Cuando son relaciones privadas entre particulares. En cuestiones iniciadas en vía judicial o en las que ya haya recaído sentencia judicial. Cuando la reclamación es contra una Administración Pública.

El acto de consumo se ha definido como el acto jurídico por el que se obtiene un bien o un servicio para satisfacer alguna necesidad familiar o personal. Si obtenemos la definición de consumidor en base exclusivamente a este elemento solo tendría en cuenta la noción de consumidor jurídico, sin tener en cuenta el consumidor material que es el que realmente consume. Por ello la LGDCU incluyó no solo el consumidor como aquel que adquiere un bien, sino aquel que lo utiliza o disfruta.

Cuando la LGDCU hace referencia a la necesidad de que el consumidor sea destinatario final de los bienes y servicios quiere evitar que se vuelvan a introducir estos bienes en el mercado. Por ello, si las transmisiones se realizan fuera del mercado no afectarán al concepto de consumidor.

No será consumidor quien adquiera dichos bienes o servicios con el fin de integrarlos en el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Es decir, no será consumidor aquel que adquiera para su actividad empresarial o profesional.

Sin embargo esta afirmación es demasiado amplia pues nos encontramos con situaciones límites que no dejan clara la actuación del profesional. Por ejemplo, cuando adquiere bienes para su actividad profesional pero no vinculada directamente, o cuando adquiere un bien que utiliza indistintamente en su actividad laboral y personal.

Según manifiesta DIAZ ALABART³⁹¹ “En todos estos supuestos que podríamos denominar limítrofes de la noción de consumidor derivada de una interpretación estricta del art. 1 LCU, entiendo que si bien, en puridad no es posible con nuestras normas hacerles extensiva la calificación de consumidor destinatario final de bienes o servicios, si tendría sentido brindarles la posibilidad de acceder al sistema arbitral de consumo, lo que supone proteger a los pequeños empresarios, en esos ámbitos en los que su condición de profesionales queda desdibujada y son la parte débil del contrato”.

La exclusividad de los destinatarios finales de los productos y la imposibilidad de llevar a cabo la mediación en los conflictos entre particulares son dos características importantes y lógicas, teniendo en cuenta que el principio legitimador de la intervención como mediadora de la OMIC

³⁹¹ DIAZ ALABART. S.: «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo»...ob. cit., págs. 64 y 65.

es precisamente que es un servicio público (por lo que el conflicto debe de ser de relevancia en el ámbito público, aunque se justifique a través de la protección dada por el Estado al consumidor) y es para consumidores (definición que según la LGDCU coincide con la de ser destinatarios finales).

Parece por lo tanto que una visión concreta del consumidor es más recomendable en este sector del consumo, por lo que se parte de la necesidad de ser *destinatario final* del bien o servicio. Pero esta necesidad no supone que el profesional simplemente por esta consideración no tenga acceso a los sistemas alternativos de solución de conflictos en consumo, sino que él también podrá ser considerado como consumidor en determinadas situaciones, como veremos más adelante³⁹².

Incluye la LGDCU dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas, que adquirirán bienes para que sean consumidos por las personas físicas que la integran. También el concepto de persona jurídica conlleva ciertas situaciones límites, como en los casos de las fundaciones empresa, comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal o las cooperativas de consumo, debiendo ser estas últimas consideradas como consumidores por imperativo legal (Disposición Adicional 5º. 2 y 3 de la Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas), pero no porque su situación fuese muy clara.

La normativa de las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de los consumidores y usuarios es muy similar a la de la LGDCU. Algunas incluyen dentro del concepto de prestador de servicios a la Administración pública. Es destacable el Estatuto de Andalucía³⁹³ dado que entre las personas jurídicas consumidoras incluye las que adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros para ellas

³⁹² ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 386. “Además no podemos obviar que el concepto de consumidor está sufriendo ciertas mutaciones conforme van apareciendo nuevas leyes: así, por ejemplo, la Ley de responsabilidad civil del fabricante por producto defectuoso ofrece una tutela para cualquier tipo de consumidor, bien sea fina o no; en esa misma línea la Ley de Ordenación del Seguro Privado considera consumidor final incluso al tercero perjudicado, ofreciendo un abanico mucho más amplio que la LGDCU; por último, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación introduce un concepto de consumidor final más abierto que el de la LGDCU”.

³⁹³ Ley 5/1985 de 8 de julio, modificada por la Ley 13/2003 de 17 de diciembre.

mismas. Según DIAZ ALABART³⁹⁴ “Resulta llamativo que en una Ley cuyo objeto no es otro que la protección de los consumidores se introduzca una norma que se ocupa de algo distinto como es la acción social de las empresas. No tiene mucho sentido convertir en consumidores a las personas jurídicas que adquieran productos o servicios para cederlos gratuitamente a sus trabajadores; algo muy loable, pero que desde luego se lleva a cabo dentro del ámbito empresarial”.

En el mismo sentido que la LGDCU, la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al consumo considera consumidor a aquel que actúa de forma ajena a su actividad empresarial o profesional (art. 1.2). Sin embargo la Ley 21/1995, de 6 de julio de viajes combinados, no hace esta contraposición puesto que es considerado como aquella persona que tenga la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario.

Un concepto mucho más amplio es utilizado en la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos, puesto que consumidor será todo aquel que haya sufrido un daño, incluso aunque no sea el adquirente de dicho producto.

¿Cuál es el concepto de consumidor utilizado en los Tribunales arbitrales de consumo? La mayoría utiliza el concepto estricto de la LGDCU, sin embargo algunas Juntas Arbitrales como las catalanas, consideran como consumidor al comerciante que adquiere bienes o servicios para su actividad industrial o empresarial siempre que sea de una forma indirecta.

DIAZ ALABART considera que debería manejarse un concepto más amplio de consumidor “Lo contrario lleva consigo la desprotección de un tipo de consumidor, que, precisamente por carecer de un nivel económico muy elevado, utiliza determinados bienes tanto en su ámbito empresarial como en el particular. Entiendo, que si se llega a probar que la utilización del bien en la que surgió la reclamación era como destinatario final, no debería impedir el arbitraje de consumo el que la adquisición del mismo pueda haberse realizado también para incluirlo en procesos de producción”³⁹⁵.

El concepto de consumidor utilizado en la LGDCU ha pasado de ser de carácter general a ser un concepto de carácter residual, debido a las numerosas leyes posteriores que han venido a completarla.

³⁹⁴DIAZ ALABART. S.: «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo»...ob. cit., pág. 71.

³⁹⁵ DIAZ ALABART. S.: «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo»...ob. cit. pág. 75.

En este sentido se pueden ver las recientes directivas de la UE como la 93/13/CEE de 5 de abril sobre cláusulas abusivas donde se maneja un concepto más amplio de consumidor tratando de incluir las relaciones entre profesionales siempre que se de una relación de desequilibrio o desigualdad negocial.

Como conclusión, compartimos con DIAZ ALABART la consideración de que el concepto de consumidor ha de ser **flexible** incluyendo tanto el concepto estricto utilizado en la LGDCU como uno más amplio. “Esta propuesta se enmarca en la evolución del Derecho de contratos. En los últimos años se han venido produciendo importantísimos cambios en las normas sobre la contratación. Ello ha venido dado no solo por la realidad del mercado único europeo, sino también por una clara voluntad de mejorar la posición del contratante débil. En esa mejora del mercado un aspecto fundamental es el sistema de solución de conflictos, en particular los transfronterizos. (...) Para eliminar todos esos problemas es necesaria una noción europea amplia de consumidor, en la que sería conveniente aproximarla al concepto de adquirente minorista de bienes y servicios”³⁹⁶.

¿Cuál es el perfil del consumidor que acude al servicio de mediación?³⁹⁷

Acuden personas de ambos sexos, de entre 30 y 55 años de edad y procedentes de las clases trabajadoras y medias sin alta capacidad de renta. Parece que el reclamante con formación universitaria es también minoritario.

Respecto a la *edad*, los jóvenes no se independizan temprano, lo cual unido al alto paro existente hace que sus reclamaciones sean tardías.

En lo referente al *nivel sociocultural*, normalmente son los de clase media o media baja, ya que los de clase alta suelen tener sus propios abogados y canalizan sus reclamaciones por otros cauces.

1.2.- CONCEPTO DE EMPRESA

El principal criterio para determinar el sujeto que tiene legitimación pasiva en el sistema de arbitraje es el que sea un sujeto que desarrolla *su actividad empresarial o profesión* en el sector al que se refiere la situación jurídica

³⁹⁶ DIAZ ALABART. S.: «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo»...ob. cit., págs. 82 y 83.

³⁹⁷ ONDARZA ZUBIETA, I.: *Resolución informal...* ob. cit., pág. 99.

conflictiva y que fue el motivo de que dicha relación con el consumidor se estableciera³⁹⁸.

Según el artículo 31 LGDCU el arbitraje solo puede plantearse para las *quejas y reclamaciones que atañen a los consumidores y usuarios*. Esta afirmación hace suponer que solo los consumidores están legitimados para acudir a este tipo de procedimiento dejando a los empresarios en la posición exclusiva de receptor de la queja o “demandado”. Es lo que CASAS VALLES y ÁLVAREZ denominan la *unidireccionalidad* del arbitraje de consumo.³⁹⁹ Lo que nos planteamos por tanto es *por qué* el RDSAC ha establecido que *el arbitraje es un sistema de acceso exclusivo al consumidor*.

¿Por qué el arbitraje de consumo se limita a las quejas y reclamaciones de los consumidores? Parece que la respuesta se encuentra en su carácter tutelar de los intereses de los consumidores, no solo los particulares, sino los intereses del consumariado en general.

El sistema de arbitraje se fundamenta en la posición débil del consumidor frente al empresario. La definición de consumidor se corresponde con la consideración de una posición de debilidad en la relación de consumo. Todos somos en potencia consumidores, pero solo aquel que actualice esta posición, por su especial situación de debilidad frente a la otra parte en una relación de consumo, es quien será considerado consumidor y podrá acudir al arbitraje de consumo.

Según esto, si un empresario se viera en la necesidad de reclamar el pago de unos plazos de un bien que el consumidor ha dejado de pagar por considerarlo defectuoso, solo podrá acudir a la vía judicial porque la arbitral está reservada a las quejas o reclamaciones *de los consumidores*.

³⁹⁸ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 389. “Tan escaso bagaje ha conllevado que se planteen interpretaciones diferentes al respecto; así, por ejemplo, algunas Juntas Arbitrales de Consumo han entendido que como legitimado pasivo puede encontrarse un particular, no necesariamente empresario o profesional, cuando arrienda una vivienda de su propiedad: este es el tema más controvertido, el arbitraje de consumo en materia de arrendamientos urbanos. Nuestra posición es que el SAC no es competente para resolver discrepancias respecto a arrendamientos urbanos entre particulares, dado que se trata de una materia de estricto derecho privado; hay que hacer la salvedad de que las Juntas Arbitrales sí conocen de arrendamientos urbanos cuando la parte reclamada es una empresa u otro tipo de persona jurídica que se dedica profesionalmente a esta materia. En idéntica circunstancia nos encontraríamos en otros supuestos, como la compraventa de vivienda entre particulares”.

³⁹⁹ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob.cit., pág. 776, y ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 49.

Cuando el consumidor acude al arbitraje de consumo, el empresario no tiene oportunidad de hacer valer sus alegaciones a modo de reconvencción pidiendo la condena al pago, sino que solo le resta “defenderse” de lo manifestado por el consumidor reservando para la vía judicial su propia reclamación.

También se produce en la mediación de consumo una cierta reticencia por parte de los empresarios a acudir a este tipo de procedimiento dado que a todo lo manifestado se une el que esta función suele ofrecerse por organizaciones cuya función principal es la defensa del consumidor, por lo que se establece su iniciación exclusivamente por parte de estos.

MUERZA ESPARZA⁴⁰⁰ señaló que “como para ser consumidor se necesita obviamente la existencia de una relación jurídica de consumo, en mi opinión, la dicción literal del precepto puede salvarse entendiendo que toda relación de consumo puede someterse a un arbitraje específico de consumo siempre y cuando se parte de que el legitimado activamente para acudir inicialmente a la junta arbitral es el consumidor. Si se interpreta así no parece que haya inconveniente alguno en admitir que el objeto de ese procedimiento arbitral pueda estar formado por cuestiones propuestas tanto por el consumidor como por el no consumidor”. Si trasladamos esta afirmación al ámbito de las mediaciones podría suponer que también los profesionales podrían acudir a este tipo de procedimientos.

También se manifestó al respecto ALVAREZ⁴⁰¹ cuando establece “(...)si el SAC⁴⁰² nace en respuesta a un mandato de protección de los derechos de los consumidores, no ha de entenderse que le corresponde desarrollar una función más tuitiva que la de facilitar el acceso de las pretensiones de aquellos a las resoluciones jurisdiccionales. Lo que no puede significar que las del empresario no sean tenidas en cuenta. El SAC ha desarrollado un mecanismo fácil, rápido y gratuito de atención a las pretensiones de los consumidores, pero nunca un sistema parcial o desigual. La única “desigualdad” se asienta en la iniciativa que se reconoce en exclusiva a los consumidores, lo que no constituye ninguna dificultad, dado que si los

⁴⁰⁰ MUERZA ESPARZA, J. J.: *Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo*. En *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, Pamplona, 1997. pág. 69.

⁴⁰¹ ALVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 75.

⁴⁰² Sistema de Arbitraje de Consumo.

empresarios acuden al sistema lo harán voluntariamente, de manera que la unidireccionalidad del arbitraje no es tan grave al no resultar obligado el empresario a comparecer, como ocurriría si se tratara de la jurisdicción. Si acude al arbitraje de consumo lo hace en ejercicio de su libre albedrío”.

A favor de la no unidireccionalidad del sistema de arbitraje se manifiesta GASPAR LERA cuando afirma “me atrevo a opinar que no veo improcedente que también se permitiera a los empresarios tomar la iniciativa del arbitraje de consumo. Debe tenerse en cuenta que de a misma forma que un consumidor puede mostrarse descontento con el bien adquiridos por ser defectuoso, también es posible que el empresario se manifieste disconforme con determinados comportamientos del consumidor. Piénsese, a modo de ejemplo, que éste se negase a pagar sin justa causa el bien que hubiera comprado. Con arreglo al tenor literal de la LGDCU y del RDAC, la reclamación del precio por parte del empresario, o la solicitud de restitución de la cosa vendida, tendría que verificarse irremediamente *lege data* a través de las correspondientes acciones judiciales o, en todo caso, en virtud del arbitraje ordinario”⁴⁰³.

A ello se refiere también ABELLÁN TOLOSA estableciendo la idea de que en el arbitraje es necesario que el empresario pueda responder a la reclamación mediante una **reconvención**. “Se entenderá por reconvención aquella situación procesal que se produce cuando el empresario o profesional reclamado pretende de contrario que el consumidor solicitante del arbitraje sea obligado en el laudo, bien a liquidar alguna cantidad, bien a efectuar cualquier acción, siempre y cuando la “contra-reclamación” tenga relación directa con la petición de arbitraje formulada por el consumidor, es decir, se trate de cuestiones conexas provenientes de un mismo negocio”⁴⁰⁴.

El autor establece como razones que afirman la necesidad de tener en cuenta la reconvención del empresario las siguientes:

⁴⁰³ GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 201.

⁴⁰⁴ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 387. En esta misma página afirma “La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia menor sostienen que así es factible atender por parte del SAC estas cuestiones; así CASA VALLES, R. y DIAZ ALABART, S., manifiestan que mantener lo contrario puede tener consecuencias absurdas al obligar a discutir por separado cuestiones íntimamente relacionadas, abriéndose así paso al riesgo de decisiones contradictorias y propiciando el que las empresas no consideren atractivo el SAC, con lo que resultaría vacía la protección que ese Sistema trata de ofrecer a los consumidores”.

- Ni el artículo 31 LGDCU ni el RDAC prohíben expresamente esta posibilidad.
- El principio de igualdad entre las partes, dado que el art. 10 de RDAC lo que pretende es alcanzar la solución más justa, no la que beneficie al consumidor.
- El consumidor se expone al que el resultado del proceso no sea el esperado.
- En el arbitraje no se funciona con los criterios de la jurisdicción de pretensión y oposición, sino que se aborda el conflicto en bloque y su resolución es de la misma manera.

Como argumentos en contra encontramos:

- Que la reconvencción no puede fundarse en una causa distinta a la alegada por el consumidor en la reclamación.
- La reconvencción debe trasladarse al consumidor antes de la Audiencia para evitar la indefensión.

La existencia de una reconvencción ha sido expresamente recogida en la Exposición de Motivos de la LA de 2003 cuando afirma en su apartado VI que “sin embargo, la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir”. Así mismo afirma la Ley en su artículo 4 relativo a las reglas de interpretación que cuando la LA se refiera a la demanda “se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción (...)”.

Pero además es destacable que elimina cierta unidireccionalidad al arbitraje cuando en el artículo 31.a) establece que en el caso de que el demandante no presente la demanda los árbitros darán por terminadas las actuaciones, “a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión”. De esta forma se da cierta consistencia a la “solicitud de arbitraje” del empresario.

Debemos señalar también que la LA de 2003 hace referencia no a una solicitud de arbitraje sino a una demanda y contestación a la demanda, lo que parece afirmar más el carácter de reconvencción de la actuación empresarial.

La Exposición de motivos explica la utilización de esta terminología aduciendo que en todo caso el que solicita el arbitraje formula una pretensión frente a la parte contraria, de forma que debe ser considerado como actor, mientras que quien la recibe tiene el derecho a reconvenir. Sin embargo, a pesar de reconocer esta dualidad de posiciones en el artículo 29 de la Ley, continúa explicando que no debe entenderse que se exigen los mismos requisitos de forma que en la demanda y contestación de la demanda judicial, sino que han de gozar de mayor flexibilidad⁴⁰⁵.

Sin embargo, debemos decir que lo anteriormente manifestado también supone que la virtualidad de este sistema está en cierta forma sometida a la voluntad de los empresarios, que son libres de someterse o no al mismo. Frente a esto, el sistema arbitral aporta la *oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo* (art. 6 RDSAC) que se utiliza como instrumento de difusión de este sistema. Sin embargo, nunca llega a imponerse a los empresarios de manera obligatoria, ni siquiera presuntamente, dado que se exige para el sometimiento a éste el acuerdo expreso.

Otro de los problemas que se plantean en este sentido es el *papel de la Administración* en el arbitraje. Según el análisis que venimos realizando parece que quedan fuera de las relaciones de consumo las que se generen entre los particulares (consumidores) o entre las propias empresas así como las reclamaciones contra los servicios prestado por la Administración. Al respecto deberíamos hacer algunas matizaciones:

En primer lugar, puesto que defendemos un concepto de consumidor amplio y flexible, cuando hablamos de empresarios debe incluirse a los comerciantes, importadores, fabricantes, vendedores, suministradores e incluso la propia Administración, puesto que ellos también participan en la relación de consumo y por lo tanto pueden ser objeto de una controversia. En este sentido consideramos que debería ofrecerse la posibilidad de mediar no

⁴⁰⁵ Exposición de Motivos, apartado VI. "Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre el demandante y demandado. Esta conveniencia, sin embargo, debe ser flexibilizada a la hora de configurar los requisitos de los actos de las partes en defensa de sus respectivas posiciones. De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes. la función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución".

solo en los conflictos que se produzcan entre consumidor y cualquier otro participante del proceso de consumo, sino también entre éstos. ¿Por qué no podría utilizarse la mediación por ejemplo en los conflictos productor-vendedor o fabricante-importador?

En segundo lugar, consideramos que tanto el arbitraje, como la mediación de consumo deberían incorporar las reclamaciones contra la Administración.

Una parte de la doctrina considera que el artículo 31.1 de la LGDCU limita el arbitraje a los conflictos que se susciten entre empresarios y consumidores, es decir, exclusivamente cuando se trata de diferencias que surjan en el ámbito de las relaciones concretas entre ellos en el marco del mercado. Puesto que ha de tratarse de derechos subjetivos individuales no puede la Administración aparecer como sujeto pasivo.

Sin embargo consideramos más acertada la opinión manifestada por CASA VALLES⁴⁰⁶ Y DIAZ ALABART⁴⁰⁷, admitiendo el arbitraje en las reclamaciones contra la Administración⁴⁰⁸.

En primer lugar porque se estaría produciendo una respuesta incoherente, la Administración estaría tratando de convencer a las empresas de las ventajas del arbitraje de consumo cuando ella misma se sustrae de él.

En segundo lugar porque no es tanto que se trate o no de la Administración, sino más bien de si tiene o no *facultad para transigir*. En este sentido se manifiesta ALVAREZ⁴⁰⁹ cuando establece que ocupa una posición más que suficiente para poder equipararse con el empresario, “cuestión aparte será la de que la normativa aplicable al supuesto concreto que se suscite reconozca o no facultad para transigir. En caso negativo, el

⁴⁰⁶ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob. cit., pág. 781, y DÍAZ ALABART: *Tribunales Arbitrales de consumo...* ob. cit., págs. 128-133.

⁴⁰⁷ DÍAZ ALABART, S.: *Tribunales Arbitrales de consumo. Estudios sobre el Derecho de consumo*, Bilbao, 1991, págs. 128-133. Nos referimos a ello en el apartado dedicado a los sujetos de la mediación.

⁴⁰⁸ Una opinión contraria manifiesta JIMÉNEZ FORTEA, F. J.: *La capacidad en los procesos para la tutela de los derechos...* ob. cit., pág. 78, nota al pie 28, cuando establece “Las Administraciones públicas no podrán ser parte en esta clase de procesos, porque si bien prestan a los ciudadanos servicios públicos, las reclamaciones que contra ellas pudieran dirigirse por este concepto no pueden resolverse a través de la vía civil, sino de la contencioso-administrativa, de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (art. 1), la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 2) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 9.4)”.

⁴⁰⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 104.

arbitraje quedaría excluido; en caso afirmativo, quedaría abierta esta vía. Pero ya no se puede discutir sobre si la administración es o no admisible al empresario; su superior posición lo hace sin duda equivalente. Será la indisponibilidad de la materia litigiosa la que excluya el arbitraje. Y esto último, insisto, depende de la normativa que regule en cada caso”.

Quizás no sea el foro más adecuado para el establecimiento de estos servicios las dependencias de las OMICs o las Asociaciones de consumidores por su vinculación con estos últimos pero también es cierto que un mejor sistema para la solución de los problemas entre las personas anteriormente mencionadas puede redundar en un beneficio para el propio consumidor, y por lo tanto justificar su inclusión en estos organismos.

En relación con lo anteriormente manifestado, también debemos destacar el hecho de que se trata de un sistema al que acuden casi exclusivamente los consumidores. Las reticencias de los otros sectores implicados en el conflicto se basan principalmente en el hecho de que las funciones de mediación se desempeñan por organismos o instituciones que tienen como principal objetivo la defensa de los intereses de los consumidores, (ya sean pertenecientes a la Administración como a asociaciones de consumidores) con los consecuentes recelos por parte de los empresarios respecto a la imparcialidad y neutralidad del servicio.

1.3.- DESIGUALDAD ENTRE EL CONSUMIDOR Y LA EMPRESA

Una vez analizados quienes pueden ser sujetos de una relación de consumo susceptible de ser objeto de la mediación, es imprescindible analizar un aspecto desde nuestro punto de vista tienen una gran importancia: la desigualdad en las relaciones de consumo. Esta desigualdad no solo influye en el tipo de relación en sí, sino también en la posibilidad de que los conflictos que surjan como consecuencia de esta relación sean susceptibles de solución por una vía u otra.

Hemos considerado la desigualdad de condiciones como una *circunstancia externa y objetiva* de la mediación de consumo porque la entendemos como una situación a la que se enfrenta el mediador *siempre y antes* de iniciar el proceso. Es decir, es una *característica dada* en las relaciones de consumo con la que debe contar el mediador al comenzar la mediación.

Este desequilibrio tiene, desde nuestro punto de vista, dos manifestaciones:

1.3.1.- Un desequilibrio previo a la mediación

Este desequilibrio previo encuentra su razón de ser en las siguientes circunstancias:

- La naturaleza jurídica y social de las entidades en conflicto son diferentes y desiguales.
- Este desequilibrio es consustancial a la relación de consumo.

A.- La naturaleza jurídica y social de las entidades en conflicto son diferentes y desiguales.

El consumidor es una persona, un individuo. La mediación ofrece frente al resto de sistemas de solución de conflictos precisamente la posibilidad de una participación directa del consumidor (sin representantes del colectivo del consumariado) en la propia solución de sus conflictos.

La organización empresarial, la empresa, es una persona jurídica, un colectivo de personas, con unos intereses y medios (también económicos) proporcionales al número de personas que la componen, pero desproporcionados frente a los del consumidor.

El consumidor, con la compra del producto o pago del servicio intenta satisfacer una necesidad o deseo. Es dependiente de quien le satisface.

La organización empresarial posee el producto o servicio que satisface. Tiene la información sobre el producto y la proporciona de acuerdo con sus intereses. Despliega el enorme poder de la publicidad para influir, convencer y seducir al consumidor no solo sobre la bondad del producto sino al mismo tiempo para crear la necesidad y el deseo que necesitará ser satisfecho con dicho servicio o producto⁴¹⁰.

⁴¹⁰ CORTINA, A.: «Ética del Consumo»... ob. cit., se refería al movimiento surgido en los años 50, los “críticos de la cultura de masas” “critican las formas de consumo de las sociedades industriales por privar a los individuos de libertad”. Establece una distinción entre las necesidades verdaderas (las vitales: alimentación, vestido o vivienda) y las falsas (las determinadas por las fuerzas sociales); “distinguir entre necesidades verdaderas y falsas es urgente pero ¿quien puede hacerlo sino es una élite de intelectuales de los que la presunta “masa” se siente alejada y por los que se cree despreciada?”.

El antagonismo entre consumidor y ente empresarial al que nos venimos refiriendo, se ve acentuado por el hecho de que el consumo en masa ha producido la *estandarización de las relaciones* de consumo a través de los contratos tipo, lo que impide atender las demandas de negociación individual de los consumidores. Asimismo supone un *distanciamiento* entre el consumidor y aquella persona con quien establece la relación de consumo que se ve acentuado por la multiplicidad de intermediarios con los que se suelen realizar las transacciones comerciales.

B.- Este desequilibrio es consustancial a la condición de consumidor y por lo tanto al conflicto.

Hay autores (BOURGOIGNIE) que consideran que pueden acceder a los sistemas alternativos de resolución de conflictos con la consideración de *consumidores*:

- principalmente, las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales* muebles o inmuebles (por lo que en principio se excluiría cualquier destinatario no final del bien, es decir, el profesional o ente empresarial: empresario, transportista, productor...).
- Los *profesionales o entes empresariales* que cumplan dos requisitos: que el bien que reclaman sea de naturaleza distinta a los bienes y servicios que son objeto de sus actividad profesional o comercial y que la pequeña dimensión de la empresa suponga un *poder débil en el mercado*⁴¹¹.

Por lo tanto, *para que un consumidor pueda ser considerado como tal, y así acceder a los sistemas alternativos de solución de conflictos, debe ser considerado como la "parte débil" de la relación de consumo.*

En este sentido también se ha manifestado BERCOVITZ cuando afirma que "El prototipo del consumidor necesitado de protección es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata"⁴¹².

⁴¹¹ BOURGOIGNIE, T.: *Elementos...* ob. cit., pág. 41. "Se negará la condición de consumidor al profesional que (...) se beneficie de una dimensión o posición en el mercado que le confiera cierta fuerza de negociación. La elección de un tope financiero que determine la posición de la empresa".

⁴¹² BERCOVITZ, A. y R.: *Estudios jurídicos...* ob. cit., pág. 22.

Precisamente esta situación provocó el surgimiento de una serie de movimientos sociales y políticos que pretendían la protección de los consumidores. El legislador se hizo eco de esta situación y actualmente es evidente el carácter protector que tiene nuestra legislación para el consumidor frente a este desequilibrio. Esto también se manifestó en el surgimiento de un gran número de Asociaciones que tratan de paliar esta situación con el objetivo de que el consumidor aparezca respaldado por entidades jurídicas poderosas y con influencia en la opinión pública.

1.3.2.- Un desequilibrio durante la mediación

La desigualdad anteriormente analizada va a influir sin duda en la forma en que los conflictos entre ambas partes han de ser resueltos y por lo tanto el sistema que se designe para alcanzar dicho objetivo ha de tener en cuenta esta especial situación de los sujetos en conflicto⁴¹³.

Se nos plantea entonces la pregunta de cómo puede hablarse de mediación cuando se parte de esta situación de debilidad del consumidor como consustancial a la propia definición de su relación.

En *mediación familiar* la negociación parte de una relación persona- persona, de igual a igual. La propia legislación es igualitaria y considera a los progenitores o a la expareja como iguales en derechos y deberes. Otra cosa es que una vez iniciada la mediación se descubra que la relación se encuentra descompensada en el sentido de que es uno de sus miembros quien tiene un mayor poder (económico, moral, etc.). Cuando se observa una insatisfacción ante esta situación de desequilibrio el mediador debe aplicar todas las técnicas a su

⁴¹³ BARONA VILAR, S. (VV. AA.): *Tutela de los consumidores y usuarios...* ob. cit., pág. 27. “Cierto es que podría afirmarse que estamos ante una relación jurídica contractual o económica, una más de las que conforman el sistema socioeconómico, y como tal debería tratarse. No obstante, en estas relaciones intervienen dos tipologías subjetivas diferentes, en cuanto, por un lado, el sector empresarial representa el poder económico y con él, la fortaleza jurídica hasta cierto punto, sin olvidar que el ordenamiento jurídico ampara la libertad empresarial, y, por otro lado, la parte débil de la relación jurídica del consumo viene claramente representada por el consumidor. La concurrencia de desigualdad real va a incidir, obviamente, no solo en la relación jurídica que se crea sino también en el tipo de conflicto que de la citada relación puede suscitarse. De este modo, si en muchas de las operaciones económicas que realiza diariamente el consumidor, accede a bienes o servicios adhiriéndose simplemente a las condiciones marcadas por las empresas, cuando surge el conflicto entre el consumidor y el empresario, también esa desigualdad puede hacerse patente. Para salvaguardar el equilibrio en la tutela de los derechos de ambas partes, no debe obviarse esta situación de desigualdad real”.

alcance para tratar de reequilibrar la situación. Es más, cuando esta situación de desequilibrio es irrecuperable, como en el caso de los malos tratos, la mayor parte de los mediadores consideran que la mediación debe interrumpirse.

En *mediación de consumo* esta situación es muy diferente:

En primer lugar, el desequilibrio es intrínseco a la propia relación de consumo lo que hace que la negociación *no* se afronte como de *igual a igual*. El consumidor es, necesariamente, la parte débil de la relación y necesitada de protección. Por ello toda la legislación de consumo está orientada hacia una política de protección del consumidor. No es necesario, por lo tanto, que se manifieste una desprotección o inquietud ante dicha situación de desequilibrio porque se da por sentada, puesto que ha habido un gran despliegue legislativo e institucional que se ha hecho eco de ésta.

En segundo lugar, la negociación *tampoco* es de *persona a persona*. El consumidor (parte débil) se enfrenta a una organización entera. Físicamente negociará con un representante de la empresa en cuestión, pero dicha empresa no tiene un rostro definido, no tiene “cara y ojos”, por lo que en realidad negocia con un representante de ésta. La empresa se diluye, se hace invisible y por lo tanto difícilmente atacable con objeciones, argumentos, presiones o quejas.

Sin duda, la consideración de que la relación de consumo es desequilibrada en su propia esencia influirá en el concepto que se tenga respecto a la imparcialidad y la neutralidad de los sistemas extrajudiciales de solución de estos conflictos.

Nos pareció interesante conocer si los mediadores consideran que los consumidores y los profesionales acuden a los servicios de mediación en igualdad de condiciones, siendo su respuesta mayoritaria⁴¹⁴ que consideran que no.

Ante esta afirmación se nos plantea entonces la pregunta de cómo puede hablarse de mediación cuando se parte de esta situación como consustancial a la propia definición de su relación. Es decir, como puede decirse que el mediador será neutral e imparcial (por lo tanto sin vinculación alguna con el

⁴¹⁴ Las respuestas a esta pregunta nos parecen interesantes por el hecho de que se reconoce por casi un 61% de los mediadores que no se acude en situación de igualdad a estos servicios. Es una cuestión que nos parece de suma importancia si tenemos en cuenta que la propia definición dada por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la “relación de consumo” conlleva el reconocimiento de esta desigualdad del consumidor frente al empresario.

resultado ni con las partes en el conflicto) si estos servicios se desarrollan por organismos cuyo objetivo principal es la protección del consumidor (se considera al consumidor como la parte débil de la relación de consumo y por lo tanto necesaria de protección).

1.4.- MOTIVACIONES DEL CONSUMIDOR Y LA EMPRESA

Una vez conocida la existencia de este desequilibrio queríamos sondear cuales son las **motivaciones** de uno y otro para acudir a estos sistemas de solución de conflictos frente a los ya tradicionales, como el arbitraje o la conciliación. Es decir, que es lo que realmente aporta la mediación de consumo frente a otros sistemas de resolución de conflictos.

En *mediación familiar* las motivaciones de uno u otro para acudir a este tipo de sistemas suelen ser similares: tratar de encontrar una solución amistosa y satisfactoria que evite perjuicios económicos y psicológicos innecesarios, así como proteger a los hijos de las consecuencias de un procedimiento judicial o de una mala relación de los progenitores.

Sin embargo en la *mediación de consumo* esa necesidad o conveniencia de mantener una buena relación no es tan importante, fundamentalmente porque no se trata de afectos sino de cuestiones en su mayor parte económicas o legales. Romper una relación comercial no tiene porque suponer un perjuicio moral o emotivo tan importante como una relación personal. Por lo que las razones que tanto el consumidor como la empresa puedan tener para acudir a este tipo de sistemas son de otra índole.

La pregunta inicial que nos planteamos es *qué es lo que aporta la mediación de consumo* frente a otras figuras de nuestro ordenamiento cuando acuden a ella a pesar de una situación de desequilibrio de partida entre el consumidor y la empresa⁴¹⁵.

⁴¹⁵ GARRIDO COUREL, B.: «El acceso de los consumidores a la justicia» en *La Ley*, número 5601, Lunes 19 de agosto de 2002, pág.11. Afirma que la mediación funciona de forma efectiva en los siguientes casos: "1. Cuando las partes deseen o se vean obligadas a mantener una relación: conflictos laborales, entre empresas, familiares, sucesiones, propiedad horizontal y asuntos comunitarios. 2. Cuando exista un vacío legal en las relaciones jurídicas establecidas entre las partes. 3 Cuando el conflicto pueda afectar al prestigio de alguna de las partes, como es el caso de las reclamaciones por productos defectuosos por los consumidores y usuarios. 4. En todos aquellos en que la eficacia de la solución esté supeditada a su inmediatez. 5 Para no afrontar gastos impredecibles. 6 Cuando se produce estancamiento en una negociación y es necesario reiniciar la comunicación entre las partes".

La respuesta a esta pregunta podría ser que esta desigualdad viene dada cuando el conflicto se presenta ante el mediador. Es una desigualdad reconocida y asumida por la legislación y las instituciones y que por lo tanto se dará tanto en mediación como en cualquier otro procedimiento, ya sea judicial o arbitral. Las partes acudirían en esa situación de desequilibrio tanto a la mediación como a cualquier otro sistema (ya sea de desequilibrio o de equilibrio, según se considere).

Sin embargo la mediación aporta una serie de circunstancias que no aportan esos otros sistemas y que vamos a analizar⁴¹⁶:

1.4.1.- Circunstancias que incentivan al consumidor a acudir a la mediación

Las principales motivaciones del consumidor para acudir a este tipo de servicios son la *ventaja económica* de éstos frente a otros sistemas unida a la *rapidez* en la solución.

Es interesante que la consideración de estos servicios como *protectores de los intereses de los consumidores* no es uno de los motivos por los que los consumidores acuden a la mediación.

Esta situación nos ha sorprendido gratamente, en el sentido de que podría ser considerado por un lado un motivo de reticencia por parte de los empresarios para acudir a este tipo de servicio en cuanto favorecedor de los intereses de los consumidores y por otro un motivo incentivador para los consumidores puesto que verían en la mediación una forma de representación de sus intereses (lo cual desvirtuaría la propia esencia de la mediación).

Otra ventaja importante es la *proximidad geográfica* de este tipo de servicios, puesto que suelen tener una sede en cada ayuntamiento, no debiendo desplazarse a la sede del partido como sucede cuando hay un procedimiento judicial.

⁴¹⁶ Los datos que aportamos a continuación son producto de los resultados arrojados en el trabajo de investigación realizado sobre una muestra de 36 instituciones donde se desarrolla la mediación de consumo. BLANCO CARRASCO, M.: *La mediación de consumo en España. Estudio sobre la práctica de la Mediación de Consumo en España según los mediadores*, Memoria de Investigación, UNAF, noviembre 2001.

1.4.2.- Circunstancias que incentivan a la empresa a acudir a la mediación

Respecto a las motivaciones que incentivan a la empresa a acudir a la mediación, la más señalada de *una legislación protectora del consumidor*, que incentiva al empresario a evitar la vía judicial.

Los empresarios acuden a este tipo de servicios con la intención de ofrecer una *imagen conciliadora y amistosa* tanto a sus propios clientes (favoreciendo así el mantenimiento de una relación comercial) como al juez o árbitro que pueda eventualmente decidir la controversia en una instancia posterior. Asimismo el *prestigio de la empresa* y la *calidad del servicio* son dos motivaciones importantes de los empresarios para acudir a la mediación.

En tercer lugar encontramos la influencia del *poder económico* de la empresa, que le permite acceder a cualquier otra opción (judicial, administrativa...) sin que ello suponga un importante esfuerzo (al contrario que al consumidor) de forma que acudir a este tipo de servicios realmente no le reporta más que ventajas.

En último lugar se señala la ventaja del empresario frente al consumidor en lo referente a la *información* respecto al funcionamiento del mercado, la legislación, etc... que supone una posición de fuerza en cualquier negociación.

Por lo tanto, cada uno (consumidor y empresario) acude a la mediación por motivos diferentes. Es difícil encontrar un *interés común* que permita encontrar una solución de consenso. En mediación familiar es fácil recurrir al interés de los hijos o al necesario mantenimiento de una relación futura que será más beneficiosa cuanto mejor sea la comunicación entre los progenitores.

¿Cuál podría ser este interés común en las relaciones de consumo? Quizás en este caso sea el *evitar la vía judicial*. En el caso del consumidor, por la desproporción entre el valor de objeto del litigio y el coste de un procedimiento judicial, de forma que siempre será más beneficioso intentar una vía alternativa. En el caso del empresario, a pesar de su ventaja económica, se encuentra con una legislación protectora del consumidor que hace que el resultado del juicio no se prevea siempre a su favor (la mediación aporta más flexibilidad al proceso y al resultado) y en segundo

lugar que ofrecer una imagen conciliadora siempre es más beneficioso tanto con respecto al cliente como en un posible juicio posterior.

2.- EL MEDIADOR

Respecto a qué entidades pueden administrar la mediación, nos remitimos a lo manifestado posteriormente en lo relativo al proceso de mediación en España, con especial atención a las OMICs⁴¹⁷.

Respecto a la *capacidad del mediador*, siguiendo lo establecido para los árbitros⁴¹⁸, podemos distinguir dos aspectos:

- Desde un aspecto positivo: el mediador debe ser una *persona natural en pleno uso de sus derechos civiles*. Debe ser una persona física, dado que a pesar de que las labores mediadoras pueden ser atribuidas a una institución pública o privada, lo cierto es que el mediador, como parte que participa en el proceso de mediación ha de ser una persona física. Por lo tanto las instituciones mediadoras únicamente *administran* la mediación.
- Desde un aspecto negativo: el mediador está *limitado por una serie de principios en su actuación que afectan a su habilidad como mediador*. Por otro lado, y siguiendo igualmente el art. 13 LA 2003, a pesar de tener dicha capacidad, no podrán ser mediadores *quienes por ley tengan prohibido en el ejercicio de su profesión ejercer la mediación*.

A estas limitaciones podríamos añadir otra más, que es la profesión de origen que se requiera al mediador.

En arbitraje, la formación exigida al mediador varía en función del tipo de arbitraje que se realice, pudiendo distinguir dos:

El *arbitraje de equidad*, por el cual se toman las decisiones en función de los hechos y adoptando la solución más razonable según el saber y entender del Colegio arbitral. No es necesario que los miembros del Colegio arbitral

⁴¹⁷ Vid infra Segunda parte, Capítulo 5.

⁴¹⁸ Artículo 13 LA 2003. "Capacidad para ser árbitro. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro".

sean licenciados en derecho (el Presidente si debe serlo, en todo caso) ni abogados en ejercicio. El sistema arbitral trata de potenciar este sistema.

El *arbitraje de derecho*, según el cual el Colegio resuelve teniendo en cuenta exclusivamente las normas y las disposiciones legales, siendo necesaria la fundamentación de la decisión en un razonamiento jurídico.

Así como la LA de 1988 establecía el arbitraje en equidad como regla general salvo manifestación en contra, la nueva LA establece que salvo pacto en contra, el arbitraje será de derecho (art. 34 LA 2003). Se exige por tanto como norma que el árbitro tendrá que ser abogado en ejercicio⁴¹⁹ (art. 15.1 LA 2003).

Sin embargo el artículo 11.3 del RDSAC establece “si las partes optasen expresamente por un arbitraje de derecho, los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio, salvo el Presidente designado según lo previsto en el primer párrafo del apartado 1.a)”. A esto debemos unir que la Disposición Adicional establece que la LA2003 es supletoria del arbitraje al que se refiere la LGDCU, es decir del arbitraje de consumo, de forma que en sus normas de desarrollo “podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”.

Por lo tanto, en el ámbito del consumo se sigue optando por la situación anterior, en el sentido de que será prioritario el arbitraje en equidad salvo cuando expresamente se haya pactado el arbitraje de derecho.

⁴¹⁹ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., Pág. 257.”En la LA, por tanto, se observa que, en general, se prima sobremanera a los abogados en el ejercicio como personas físicas hábiles que pueden desempeñar funciones de arbitraje, para cuando deban decidir, no sólo en derecho, sino también en equidad, desdeñándose otros colectivos profesionales no colegiados, como profesores de enseñanza jurídica. Incluso se prima no a cualquier abogado en ejercicio, sino tan sólo a aquellos que lleven más de cinco años de ejercicio de la profesión. En efecto, si las partes no han designado en el convenio arbitral a los árbitros y deba ser el juez quien por sorteo proceda a ello (mediante la denominada formalización judicial del arbitraje), se hará solo entre los abogados con más de cinco años de ejercicio profesional que voluntariamente se hayan ofrecido y que se encuentren comprendidos en ellas listas que el Juzgado solicitará al Colegio de Abogados correspondiente o al Consejo General de la Abogacía (en este punto el art. 41LA no alude a las listas de las Asociaciones sin fines de lucro, a través de un criterio quizás discriminatorio), designándose a tres abogados (un titular y dos suplentes) para cada plaza que deba cubrirse. Cuando no sea posible proceder al nombramiento de los árbitros de este modo, el Juzgado designará libremente también a abogados en ejercicio, si se trata de arbitraje de Derecho y cuando se trata de arbitraje en equidad el Juzgado puede solicitar de los Colegios profesionales, Cámaras de Comercio y otras corporaciones (tampoco en esta ocasión la LA alude a las entidades sin fines de lucro que administren el arbitraje) la remisión de listas profesionales colegiados para la libre designación de los que estime convenientes, oyendo la propuesta de las partes”.

La equidad supone una decisión basada en la propia conciencia pero no sometido a normas de derecho dispositivo, si bien si las partes señalan al árbitro la aplicación de determinadas normas éste no podrá ignorarlas.

La Exposición de Motivos parece querer incluso en el arbitraje de equidad que los árbitros actúen con criterios jurídicos. La LA de 2003 no pretende que el árbitro actúe según su “saber y entender” como establecía la LA de 1988. La Exposición de Motivos reclama al árbitro una actuación sobre la base “de los mismos criterios jurídicos que si hubiera de resolver el tribunal”⁴²⁰. Por lo tanto se espera que el árbitro en equidad emita su decisión *en base*⁴²¹ a estas normas, pero *no con sujeción a ellas* (como lo haría el árbitro en derecho). Esto supone que no se renuncia a aplicar el derecho ni se produce de forma ajena a las garantías procesales.

Esta limitación ¿se produce también en mediación?

Sobre la formación del mediador las posiciones aún no están muy claras. Las opiniones al respecto son muy variadas, desde que mediador puede ser cualquiera con ciertas aptitudes personales para la negociación hasta aquellas que limitan la posibilidad de acceder a esta profesión a determinados cuerpos, entre ellos con especial fuerza los abogados⁴²².

⁴²⁰ Apartado VII, “Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”

⁴²¹ LORCA NAVARRETE, A.M.: «Algunos apuntes metodológicos sobre el proyecto de Ley de arbitraje» en Diario La Ley, nº 5904, Lunes 1 de diciembre de 2003, pág 7. “En el arbitraje de equidad, el árbitro [de equidad] formula él mismo un enjuiciamiento valorativo sobre la base –pero con sujeción a ella- de la regulación positiva concreta de la hipótesis particular que se le somete a su conocimiento. En consecuencia, la no apelación a la aplicación de normas jurídicas no deber ser entendida como una renuncia a aplicar el derecho o como una propuesta de «no derecho». Ese proceder en el arbitraje de equidad puede implicar incluso un enjuiciamiento intelectual del mismo género y naturaleza que el que se realiza en el arbitraje de Derecho. lo único que sucede es que las reglas de equidad son preexistentes al enjuiciamiento que realiza el árbitro y constituyen las premisas de las que trae causa la lógica deductiva del árbitro de equidad. Se podría indicar que el arbitraje en equidad obliga a los árbitros a adoptar una actitud empírica que, al propio tiempo que no debe ser entendida según la exposición de motivos del PLA como una renuncia a aplicar el derecho, tampoco ha de ser ajena ni desatender, porque la decisión sea en equidad, las garantías procesales que deben observar Ens. Ámbito de actuación. En definitiva, la equidad no puede derogar las garantías procesales expresamente indicadas en el PLA y que son aplicables tanto al arbitraje de Derecho como de equidad”

⁴²² Así por ejemplo en Argentina donde la mediación es exclusiva de los abogados y para temas exclusivamente patrimoniales, como pusimos de manifiesto en el tema anterior.

Toda persona que considere que la mediación es su profesión ha de tener una *formación específica* para ello, lo que le permitirá conocer ciertas técnicas y ciertos conceptos que son imprescindibles en el desarrollo de ésta.

Respecto a la *profesión de origen*⁴²³, en el ámbito de la mediación familiar, las funciones pueden ser perfectamente desarrolladas por un psicólogo, trabajador social, sociólogo o cualquier otra profesión con cierta conexión al ámbito de la familia (las leyes de mediación que existen en España no se ponen de acuerdo al respecto pero suelen recoger al menos psicólogos, abogados y trabajadores sociales). Sin embargo destacamos que todos los sistemas de formación de los mediadores familiares dedican una gran parte del temario a ofrecer unos conocimientos jurídicos necesarios para poder desempeñar su labor como mediadores.

En el ámbito del consumo sin embargo, consideramos imprescindible una formación en leyes, por lo que entendemos que, en principio, el abogado, especialista en Derecho de consumo es la persona adecuada para ser mediador.

Esta afirmación se fundamenta en el necesario conocimiento de la legislación y de la norma para la solución de los litigios. Consideramos de especial importancia, sin embargo, que también se reconoce la necesidad de que esa formación se complemente bien con una experiencia en el campo del consumo al que se refiere el litigio o bien una formación complementaria en mediación o negociación. Asimismo se destaca por algunos que el mediador, aparte de conocedor de la legislación, ha de ser una persona con “gran talante social” o con un “cierto grado de psicología”.

Ciertamente personas con una gran experiencia acreditada en el sector también podrían desempeñar una buena función mediadora, afirmación que podemos sustentarla en el hecho de que si en el arbitraje, cuyo laudo es vinculante, se permite arbitrar a personas que no sean abogados en ejercicio, ¿porque no se va a permitir a estas mediar cuando la decisión que tomen no va a vincular a las partes?

Los mediadores consideran que su función no es puramente mecánica, de aplicación de técnicas o reglas para la consecución de acuerdos, sino que por

⁴²³ En Finlandia los tres counsellor o funcionarios de la administración local que realizaban labores de conciliación estaban formados en económicas y únicamente uno de los tres en derecho.

el contrario es *creativa*, dado que la forma de abordar el conflicto y por lo tanto las soluciones que se propongan van a variar según la formación del mediador y del ámbito en el que la mediación se desarrolle.

Ciertamente, los conflictos de consumo se diferencian de los familiares por su complejidad en la normativa, su carácter multidisciplinar (puede tocar ámbitos del derecho muy dispares, derecho penal, económico, civil, procesal...) y su continuo contacto con materias que se encuentra dentro del orden público o normas imperativas que se sustraen de la voluntad de las partes en conflicto y por lo tanto de la negociación. Esto, unido a la necesaria creatividad y flexibilidad del mediador, nos lleva a considerar que su “decisión” a lo sumo podría ser entendida como una decisión en equidad sobre la base de las normas jurídicas, pero no vinculados a ellas.

El abogado se encuentra en situación de ventaja, en el sentido de que por su formación ya conoce (o le costará menos conocer) el ámbito legislativo del derecho de consumo, pero en realidad nada impide que un economista o un experto en el sector en cuestión (sea cual sea su formación) pueda desarrollar una buena labor de mediación si tiene el talante y los conocimientos necesarios para ello.

Sea como fuere, lo cierto es que consideramos que ésta es una cuestión de suma importancia y que debería ser regulada de forma que se establecieran unos criterios mínimos para poder acceder a este puesto y ofrecer ciertas garantías respecto a la formación o experiencia del mediador.

3.- LOS TERCEROS EN LA MEDIACIÓN

3.1.- TERCEROS, ABOGADOS Y PERITOS

En relación al arbitraje, LORCA NAVARRETE establecía “la intervención del “tercero” en el procedimiento arbitral posee una justificación procesal “prima facie”, pero no negocial. El procedimiento arbitral, al tener su origen en el convenio arbitral, sólo quienes lo hayan suscrito pueden hallarse afectados por su tramitación. Son propiamente las partes de ese procedimiento. Por ello, terceros que no expresan su voluntad inequívoca de someterse al arbitraje no son partes en el procedimiento

arbitral, salvo que sean llamados al mismo para asumir una posición parcial”⁴²⁴.

Uno de los presupuestos principales de la mediación es la necesaria participación **directa** y **activa** de las partes enfrentadas por el conflicto. Sin embargo esto no supone que no puedan participar terceras personas en el proceso, si bien su grado de intervención será menor, en el sentido de que ellos no podrán adoptar ningún tipo de decisión, siendo su labor más bien complementaria.

Es el mediador quien decide si dichas terceras personas pueden o no participar del proceso en atención a las circunstancias del caso, pudiendo en todo caso las partes, si no están de acuerdo con esta decisión, interrumpir el proceso en cualquier momento.

En mediación familiar, pueden participar **terceras personas**, abuelos, tíos, amigos de la pareja o cualquier otra persona vinculada a la situación de crisis, pero su participación será exclusivamente informadora, o como acompañante de uno de los miembros de la pareja apoyando con su presencia en la negociación, pero no como parte activa del proceso.

Del mismo modo pueden intervenir los **abogados** de cada uno de los afectados por el conflicto. Pero evidentemente su papel en este proceso es muy diferente al que desempeñarían en un procedimiento judicial. Su misión no será la defensa de los intereses de su cliente. Consistirá más bien, tanto asistiendo a las sesiones de mediación como a través de una atención al cliente fuera de las sesiones, en que mantenga informado del marco jurídico en el que se desenvuelve el conflicto o asesore de las consecuencias de cualquier tipo de decisión, pero en ningún momento actuará en representación de su cliente, ni podrá negociar ningún aspecto con la otra parte integrada en el conflicto el abogado de contrario⁴²⁵. En este sentido es más bien un medio o un apoyo objetivo que evita por un lado recelos sobre la seguridad de lo que se está haciendo o sobre la información que están manejando y por otro un perjudicial exceso de buena fe por parte de su cliente.

⁴²⁴ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 242.

⁴²⁵ En este sentido ORTUÑO MUÑOZ, P.: «La exigencia legal de la aprobación judicial de los acuerdos en mediación familiar», Documentación de las *Jornadas Internacionales sobre mediación familiar*; UNAF. Noviembre de 2.000.

Desempeñan además otra importante función. Han de vigilar que el mediador no se exceda en sus funciones invadiendo otros ámbitos que corresponderían más a un árbitro, a un conciliador e incluso a un abogado.⁴²⁶

Los **peritos** son también una parte importante del proceso. Supone la intervención de una persona experta en el sector de la actividad objeto de reclamación. Puede ser nombrado por una de las partes o por ambas, de común acuerdo, o bien a través de asociaciones o sectores comerciales. Éstos emitirán un informe o dictamen pericial vinculante o meramente informativo, según el carácter que las partes hayan querido atribuirle.

3.2.- EL PAPEL DE JUEZ Y EL ÁRBITRO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

A pesar de que la relación entre el proceso de mediación, arbitraje y jurisdiccional va a ser analizado con más profundidad en páginas posteriores⁴²⁷, queremos poner de manifiesto ya la necesaria separación de estas tres figuras dado que realizan funciones totalmente diferentes.

En algunos foros de mediación, especialmente en los dedicados a mediación familiar y concretamente en una época en que aún no estaba muy delimitada la figura de la mediación, se afirmaba la posibilidad de que el juez practicase la mediación cuando tuviera indicios de un posible acuerdo entre las partes en conflicto.

Sin embargo esta afirmación no encuentra eco en la actualidad imperando la necesaria separación entre los papeles del juez y del mediador. El juez

⁴²⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «*El abogado y la mediación familia*», Documentación entregada en el *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, 1999. Pág. 98. “la abogacía exige que cualquier reglamentación de solución del conflictos, al margen o como complemento del tratamiento judicial, cuente con la presencia del abogado. Y de un abogado para cada parte, como elemento necesario para respetar la seguridad jurídica, valor universal de magnitud primaria. No pueden existir jueces, ni árbitros, ni mediadores, sin que las partes cuenten con el asesoramiento y la información de sus derechos y también ¿cómo no? de sus deberes”. No estamos de acuerdo con esta afirmación puesto que estas partes contarán con dicho asesoramiento e información cuando ésta sea necesaria o cuando el mediador necesite el apoyo de una tercera persona, puesto que mientras ésta no sea necesaria es el mediador quien aparece como garante de proceso, y por lo tanto de sus garantías entre las cuales se encuentra la igualdad.

⁴²⁷ Vid infra, Segunda parte. Capítulo 5°.

puede realizar conciliaciones y propiciar las soluciones de avenencia entre las partes, pero esto no puede confundirse con la mediación.

En la conciliación, el juez debe hacer ver a las partes las consecuencias del proceso, informar sobre los costes, las demoras o las cuestiones controvertidas, pero en ningún caso podrá *proponer soluciones* (como lo hace el mediador) puesto que comprometería su imparcialidad y por lo tanto podría ser objeto de recusación. Tampoco *podrá recabar información* dado que ésta solo podrá incorporarse al proceso a través del expediente judicial. “[E]l mediador es un técnico en negociación que, *por su intervención neutral y la obligación de guardar la confidencialidad como elemento esencial del método*, va a entrar a conocer los intereses profundos de las partes, sus emociones, las vivencias subjetivas del problema y toda una serie de hechos que, en ocasiones, diferirán de los que, con arreglo a las leyes, figuran como probados en el proceso judicial. Por tal circunstancia, el juez no debe realizar la actuación mediadora pues su función es bien distinta (...)”⁴²⁸.

En relación con la mediación el juez ha de limitarse a *propiciar* que las partes conozcan la posibilidad de acudir voluntariamente a este tipo de procedimientos suspendiendo en su caso el litigio y remitiendo a las partes a un mediador.

Asimismo se constituye en *garante de que el proceso cumple con los principios necesarios y por lo tanto del buen funcionamiento del mismo, principalmente el de la voluntariedad*.

Por último *homologará* el acuerdo en caso de que se encuentre dentro de los parámetros de la legalidad vigente ⁴²⁹.

⁴²⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La mediación familiar...* ob. cit., pág. 24. En este sentido el catedrático de Derecho Civil GUILARTE GUTIERREZ, V.: *La mediación: panacea cuestionable*, ob. cit., pág. 36. Establece “en mi opinión no puede avanzarse por la senda de la intervención del Juez como mediador en la solución de conflictos en cuanto ello supone de contaminación para su ulterior continuidad en la decisión del tema. El Juez juzga pero no media -labor eminentemente persuasiva- pues si media, sin éxito, no es libre para juzgar. La experiencia enseña, con un mínimo de sensibilidad, las lógicas reticencias de las partes para exponer la realidad de sus problemas a quien, en definitiva, llegado el caso, debe resolverlos ante la falta de acuerdo”.

⁴²⁹ SEIJAS QUINTANA, J. A.: *Mediación, Jueces...* ob. cit., pág. 104. “Ahora bien, que el Juez no tenga conocimientos de técnicas de mediación, no le impide asumir funciones que tradicionalmente ha desempeñado a través de la conciliación. Se trata de reunir a las partes en el momento en que se inicia el proceso, o a lo largo del mismo, si encuentra razones para ello, a fin de someter a su consideración la posibilidad de resolver la controversia de forma distinta, absteniéndose en cualquier caso de participar de una forma activa en la mediación a la que finalmente se remite a las partes”.

Respecto al arbitraje, también vemos que se ha barajado la idea de que el mediador pueda posteriormente ejercer labores de arbitraje. Tanto es así que han surgido las denominadas cláusulas med-arb, que persiguen una mezcla de ambas figuras en una sola persona.

Sin embargo, debemos poner de manifiesto que si bien la mediación puede llegar a concebirse como un paso previo al arbitraje, dado que en la actualidad se desarrolla por las Juntas Arbitrales o las OMICS, es fundamental para no perder la propia esencia de la mediación que se desarrolle por personas diferentes, dado que lo que las partes dicen o afirman pensando que tienen capacidad de decisión, es distinto de lo que las partes dicen o afirman cuando la capacidad de decisión es de un tercero (aunque se le haya otorgado dicha capacidad voluntariamente).

Por lo tanto, la relación que puede tener el mediador con el árbitro está limitada a la *remisión del expediente de mediación* en el caso de ser requerido para ello por el árbitro o las partes de común acuerdo. La relación que puede tener el árbitro, o más concretamente la institución arbitral con el proceso de mediación, es exclusivamente a la hora de *designar al mediador*, puesto que puede ser designado dentro de las listas de los propios árbitros cuando se desarrolle en el seno del proceso arbitral.

La única vinculación clara y evidente recogida en la propia LA de 2003 es el conocido como **laudo por acuerdo de las partes**, en el cual se permite que el árbitro recoja el acuerdo alcanzado en el proceso de mediación en un laudo otorgándole la misma eficacia que éste. Pero en este caso el árbitro y el mediador siguen siendo personas diferentes.

Capítulo 4º:

MEDIACIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES

I. FIGURAS JURÍDICAS DE NATURALEZA EXCLUSIVAMENTE PROCESAL

Existen en nuestro ordenamiento una serie de figuras que se asimilan a la mediación pero cuya principal diferencia con ésta es que se tratan de una serie de actos procesales (en el sentido ya estudiado) que se incorporan al proceso como parte de él. Su objetivo es precisamente alcanzar el acuerdo, y éste se consigue normalmente a través de la negociación, la mediación, o la transacción, pero estas figuras se refieren a los actos procesales que recogen éstas actuaciones.

Vamos a estudiar las siguientes:

- Las Diligencias Preliminares.
- Audiencia previa.
- Modos anormales de terminación del proceso: desistimiento, allanamiento y renuncia.

1.- DILIGENCIAS PRELIMINARES

Desde que se produce el conflicto hasta la presentación de la demanda, el ordenamiento permite una serie de actos tendentes a evitar el proceso tratando de buscar una solución autocompositiva. Sin embargo la finalidad de las Diligencias Preliminares, reguladas en los artículos 256 a 263 de la LEC 1/2000 (art. 497 y 501 LEC de 1881), es la **preparación del proceso**, favoreciendo al **actor** para que pueda efectivamente tener acceso a una tutela judicial efectiva.

¿Qué es preparar el proceso principal? Consiste en averiguar los datos que son fundamentales para el actor a la hora de formular y presentar la demanda correctamente. De esta forma se permite asegurar que la sentencia contendrá una decisión sobre el fondo y no se limitará a decidir aspectos procesales.

Entre éstas encontramos, según el artículo 256 de la LEC 1/2000:

- La declaración jurada o promesa sobre la personalidad (capacidad, representación o legitimación) del demandado.

- La exhibición de la cosa que el demandado tenga en su poder y objeto del juicio.
- La exhibición del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.
- La exhibición de los documentos de una sociedad o comunidad la propia sociedad o consocio o condueño.
- La exhibición de contrato de seguro por quien la tenga en su poder.

Es interesante la aportación hecha en el apartado 6 de este artículo que establece: “Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de *los intereses colectivos* de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, *incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore con dicha determinación*”. Se trata por lo tanto de una novedad de la LEC 1/2000 para los casos de pluralidad de consumidores y usuarios cuando integren un interés colectivo (dado que los intereses difusos son aquellos que por definición son indeterminables o de difícil determinación).⁴³⁰

⁴³⁰ BARONA VILAR, S. (VV. AA): *Diligencia Preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados*. En *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002. Pág. 150. “es por ellos que la práctica de las diligencias preliminares, tanto las subjetivas como las objetivas, se regulan para garantizar el resultado del posible proceso futuro, en cuanto ofrezcan datos y elementos que sirvan para identificar a los sujetos del proceso y para fundamentar objetivamente la causa petendi del mismo. La diligencia preliminar del art. 256.1.6º. es de carácter subjetivo, en cuanto su finalidad no es otra que tratar de determinar los sujetos (consumidores y usuarios) afectados de un grupo que pretende la tutela de sus intereses agredidos; esa determinación debe ser posible, dado que en los supuestos en que se trata de sujetos indeterminados pero de imposible determinación, carecería de sentido la diligencia que se acoge en este precepto. Una de las grandes bondades de la LEC/2000 ha sido poner fin a la triste situación que convertía en un mero paisaje legal la existencia de estas diligencias, en cuanto eran extrañas y desconocidas en al práctica forense. La razón de ser de esta situación no era otra que la ausencia de medios para impeler a su práctica, provocándose un claro escepticismo entre los operadores jurídicos, al considerarlas como ineficaces e inoperantes, en suma, instrumentos inútiles que suponían pérdida de tiempo y de dinero para quienes las solicitaban. La LEC introduce mecanismos de coerción (a los que se refiere el art. 261), que permiten augurar un éxito mayor en estas diligencias preliminares, en cuanto a su utilización y eficacia. Y, específicamente en relación con la diligencia del artículo 256.1.6º, estas medidas pueden “aplicarse” sobre el futuro posible demandado o sobre terceros”.

Nos ha parecido interesante el análisis de la *fundamentación* ofrecida por la doctrina para la existencia de esta institución puesto que nos va a permitir alguna conclusión respecto a la finalidad de la mediación.

- *El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una sentencia sobre el fondo*

El derecho a la tutela judicial efectiva supone no solo obtener una sentencia sobre el fondo sino también posibilitar el acceso a la justicia; por lo tanto consiste en que cuando no se acude a ella sea porque no se quiere y no porque no se puede alcanzar los supuestos necesarios por sus propios medios. Los presupuestos y los requisitos procesales son un límite para acceder a la justicia, lo que podría hacernos pensar que sería conveniente eliminarlos.

Algunos defienden la consideración de la mediación como medida preparatoria del proceso, justificando su utilidad en el hecho de que, a pesar de que no se consiga el acuerdo, se habrá conseguido preparar el procedimiento conociendo por parte del mediador (el cual actuará posteriormente como arbitro, o bien informando a éste o al juez según el caso) las posiciones de cada parte y las pruebas que se hayan practicado durante el proceso. Sin embargo no compartimos esta postura dado que consideramos que si hay algo que caracteriza la mediación es el ofrecimiento de un espacio neutral y seguro que permita a las partes dirigirse la una a la otra de igual a igual, con los presupuestos de la buena fe y buenas costumbres como estandartes, sin que lo que durante el proceso se negocie pueda ser utilizado en momentos posteriores salvo consentimiento de ambos.

Ejemplos de lo que acabamos de decir los encontramos en distintos ámbitos. Así en la *mediación familiar*, donde antes de iniciar el proceso se hace firmar el denominado compromiso de intervención, siendo una de sus cláusulas⁴³¹ más importantes aquella por la cual las partes se comprometen a no utilizar la información que en ella se obtenga en procesos posteriores (dado que mucha gente puede sentirse motivada a acudir a los servicios de mediación familiar con el objetivo de obtener información de la otra parte bajo la máscara de las buenas intenciones). De este modo, a pesar de que sigue siendo un tema controvertido, cuando un mediador es requerido por el juez para determinar el objeto de las negociaciones o los acuerdos parciales

⁴³¹ En el compromiso de intervención elaborado por la UNAF se establece “El mediador se compromete a asegurar que las entrevistas de Mediación serán estrictamente confidenciales y no podrán ser utilizadas como información judicial o prueba”.

a los que se hubiera llegado, éste, en virtud del compromiso anteriormente referido puede negarse a revelar dicha información salvo que ambas partes le autoricen a ello.

En el ámbito de la *mediación penal*, y como ya pusimos de manifiesto, uno de los aspectos más importantes es aquel que establece que un reconocimiento por parte del autor del delito de la comisión de éste (que es imprescindible para iniciar el proceso de mediación) no supone un reconocimiento de su culpabilidad en un proceso posterior. Otro ejemplo de la falta de vinculación del proceso de mediación con el proceso que eventualmente pueda llevarse posteriormente, al menos en cuanto a preparación de éste. Ambos procesos no se encuentran vinculados en cuanto al fondo de lo que en uno y otro se trate, sino que son más bien un complemento, dado que en el caso de que falle uno puede acudir al otro. Se considera a uno como *paso previo, pero no preparatorio, del otro*.

Sin embargo, también es cierto que encontramos algunos ejemplos de la situación contraria, por ejemplo en el ámbito de la *mediación de consumo*. En determinadas OMICs el mediador puede ser la misma persona que desempeña funciones posteriores de arbitraje y todas las actuaciones realizadas durante la mediación quedan reflejadas en el expediente administrativo que puede más tarde ser utilizado por el juez. O en el ámbito de la mediación en salud, donde el conciliador es quien pasa a desempeñar las funciones de mediación y que a su vez pertenece al colegio arbitral.

Consideramos que es imprescindible para que la mediación pueda desplegar toda su eficacia **la separación de las distintas actuaciones** a lo largo de un proceso. En primer lugar para que el propio consumidor sepa en todo momento en que posición se encuentra. En segundo lugar porque, como ponemos de manifiesto más adelante, consideramos que se está llamando de diferente manera a actuaciones que desempeñan la misma función y que por lo tanto no están haciendo más que dilatar el proceso, cuando su finalidad es precisamente la contraria. En este sentido parece necesaria una regulación que nos permita conocer cuáles son las consecuencias que puede tener acudir o no a la mediación en un proceso posterior.

- *El derecho a la prueba*

ÁLVAREZ ALARCÓN establece que este derecho (artículo 24.2 CE) y el de defensa se han considerado inseparables puesto que la defensa no estaría

completa si para convencer al juez no se otorgan los medios necesarios para probar los propios argumentos o contradecir los argüidos por el contrario. En este sentido, las Diligencias Preliminares encuentran también razón de ser en asegurar la virtualidad de las pruebas en el proceso posterior.

Tampoco comparte la mediación este fundamento con las diligencias preliminares. En primer lugar porque ¿qué ocurre si no hay juez al que convencer?, en mediación estas pruebas se realizan más bien para convencer a la parte contraria de determinados aspectos y de esta forma, ya sea a través de criterios objetivos (peritos admitidos por ambas partes) o por pruebas que tengan un fuerza vinculante para ambos, poder ceder en las posturas de cada una de ellas.

Al contrario que las D.P que pueden ser utilizadas como medio para obtener una *fuerza de prueba*⁴³² (como fuente de información) o como un *instrumento para ejercitar un derecho a prueba*, observamos como la mediación no debería ser utilizada ni en uno ni en otro sentido.

Respecto a la primera consideración, correríamos el riesgo de que las partes, bajo la apariencia de querer la conformidad, acudan a ella para obtener datos que luego utilizaría en procesos posteriores⁴³³. Respecto a la segunda, la mediación no trata de asegurar la posibilidad de poder practicar la prueba en un momento posterior; es más, en principio, las actuaciones y pruebas que se practiquen durante la mediación no tendrían porqué influir en el proceso posterior.

Las Diligencias preliminares son consideradas como un **procedimiento**, porque son una pluralidad de actos característicamente coordinados de modo que cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores. Según esta definición podríamos afirmar que la mediación también cuenta con un procedimiento.

Sin embargo la principal diferencia es que las D.P. son parte del proceso jurisdiccional; tienen naturaleza **jurisdiccional**, que no comparte la mediación.

⁴³² ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *Las Diligencias Preliminares...* ob. cit., pág. 90. “En conclusión las diligencias preliminares no tienen como finalidad principal la de obtener pruebas, pero es una función nada desdeñable hoy, y que en un futuro debería gozar de una mayor progresión, pues evita que las partes comentan ilicitudes para obtener pruebas y facilitan el fundamental derecho a la prueba, sobre todo respecto de aquellas que deben aportarse con la demanda”.

⁴³³ El mediador que observe mala fe en este sentido, debería suspender el proceso.

Caracteres:

1. *Judicial*: no puede instarse estas actuaciones ante otros órganos o por vía distinta a la judicial.
2. *Civil*: no tiene cabida en otro orden (salvo el laboral). Como vemos no ocurre esto en mediación puesto que se desarrolla también en el ámbito penal, escolar, internacional, etc.
3. *Instrumental*: solo tiene virtualidad en función del proceso⁴³⁴. No ocurre así en mediación, al menos en mediación familiar, el acuerdo puede no pasar por el filtro judicial o por un proceso posterior.
4. *Preparatorio*: del proceso ulterior (artículo 256 LEC 1/2000). Más concretamente de la interposición y desarrollo del proceso hacia la sentencia del fondo⁴³⁵. La mediación no tiene este carácter como hemos expuesto anteriormente.
5. *Autónomo*: no son independientes del proceso sino que están vinculadas a él. La mediación es independiente, es indiferente lo que ocurra en el proceso.
6. *Previa*: la Diligencia Preliminar solo es posible antes de la interposición de la demanda en el proceso principal.⁴³⁶ La

⁴³⁴ BARONA VILAR, S. (VV. AA.): *Diligencia Preliminar específica...* ob. cit., págs. 154-155, estableció “naturalmente, la instrumentalidad en el supuesto de la diligencia del artículo 256.16º. se proyecta en relación con un futuro proceso en el que se pretende la tutela de un grupo determinado o determinable de consumidores o usuarios. De ahí que la diligencia se solicita a causa de este proceso. La cuestión que debe resolverse es delimitar a qué tipo de proceso se refiere el legislador, a saber, si solo en relación con un proceso de declaración, o también sería posible referirlo a un proceso de ejecución y a un proceso cautelar”. La autora defiende la aplicabilidad a cualquiera de estos procesos.

⁴³⁵ Este carácter preparatorio del proceso posterior es lo que diferencia las Diligencias Preliminares de los actos previos, puesto que la finalidad de estos últimos es evitar el litigio, no prepararlo.

⁴³⁶ BARONA VILAR, S. (VV. AA.): *Diligencia Preliminar específica...* ob. cit., pág. 157. “Muy significativo es en este punto el exponente que se deriva de la aplicabilidad, antes del proceso, de la diligencia de concreción de los integrantes del grupo. Como tal diligencia, se podrá solicitar en un momento preprocesal. Iniciado el proceso, no cabe diligencia preliminar sino que entraría en juego la posibilidad de intervenir por mor de lo que prescribe el artículo 15 que, muy probablemente, cumple esa finalidad integradora en los términos que se desprenden de la regulación de las diligencias preliminares, afectando a los sujetos, pero también a las pretensiones que se ejercitan en el proceso mismo. La efectividad de esta función integradora podría también efectuarse en un momento posterior, a saber, en el trámite de la audiencia previa. No obstante, si bien con posterioridad en el proceso se va a poder tratar de sanar o integrar, en suma, el grupo de consumidores o usuarios, existen mayores dificultades de efectividad, derivadas fundamentalmente del tiempo que prescribe el legislador para alcanzar la finalidad pretendida”.

mediación sin embargo puede ser anterior, durante o posterior al proceso, eso sí, requiere que se interrumpa cualquier proceso en marcha.

7. *Voluntario*: carácter que comparten tanto la mediación como las Diligencias Preliminares, pero mientras en éstas dependen de la voluntad del sujeto que las solicita, en mediación ese carácter debe predicarse de todas las partes en conflicto, nadie puede ser obligado a someterse a un proceso de mediación.

8. *Urgente*: No así la mediación.

DILIGENCIAS PRELIMINARES	MEDIACIÓN
<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurisdiccional. (voluntaria o contenciosa, según opinión). - Son una serie de actos necesarios para que la práctica de la prueba se pueda realizar y tenga la eficacia suficiente para que el juez pueda pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. - En función del principio de economía procesal: estas actuaciones sirven en todo caso para el proceso posterior. - Judicial: no puede instarse estas actuaciones ante otros órganos o por vía distinta a la judicial (artículo 257 LEC 1/2000 sobre competencia) - Civil: no tiene cabida en otro orden (salvo el laboral). - Instrumental: solo tiene virtualidad en función del proceso. - Previa al proceso. - Preparatorio: del proceso ulterior (artículo 256 LEC 1/2000). Más concretamente de la interposición y desarrollo del proceso hacia la sentencia del fondo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza extrajurisdiccional. - No trata de preparar u ofrecer pruebas para el proceso posterior. Lo acontecido en mediación tienen carácter provisional y confidencial. - No puede ser utilizado como prueba en un proceso posterior cualquier declaración realizada (no confesión o allanamiento) ni el mediador puede ser requerido como perito o testigo salvo que las partes así lo decidan. En mediación de consumo esto está muy matizado. - No judicial, no se puede desarrollar la mediación por el juez. - Se desarrolla también en el ámbito penal, escolar, internacional, etc. - No está vinculada con el proceso posterior, al menos no como instrumento de éste. - Suele ser previa, aunque no necesariamente. - No función preparatoria del proceso.

<ul style="list-style-type: none"> - Autónomo: no son independientes del proceso sino que están vinculadas a él. - Previa: precisamente por su carácter preparatorio. - Urgente. 	<ul style="list-style-type: none"> - La mediación es independiente, se lleva a cabo por órganos distintos y por un procedimiento diferente. - Puede ser antes, durante o después de la tramitación de un proceso judicial, eso sí, requiere que se interrumpa cualquier proceso en marcha. - No urgente
---	--

2.- AUDIENCIA PREVIA

Al respecto ya nos hemos referido a esta figura en la primera parte de este trabajo⁴³⁷, si bien volvemos a puntualizar que fue introducida con la reforma de la LEC en 1984 y se regulaba en los artículos 691-693 de la LEC. Actualmente se denomina Audiencia previa al juicio y se encuentra en los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000.

En esta comparecencia tienen varios objetivos (artículo 414 LEC 1/2000):

- Intentar el acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso.
- Examinar las cuestiones procesales, es decir, se permite una posibilidad de subsanar los errores procesales que pudieran afectar el desarrollo normal de éste,
- Fijar con precisión el objeto de la controversia, (esto quiere decir que aparte de la posibilidad dialéctica, discutir los hechos, se permite transformar o modificar el objeto del proceso)
- Y en su caso, proponer y admitir prueba.

AUDIENCIA PREVIA	MEDIACIÓN
<ul style="list-style-type: none"> - Las partes acuden por sí mismos o representados por procurador, pero siempre deben acudir los abogados (en la práctica se realiza exclusivamente por los abogados, por lo que no es preceptiva la intervención de las partes). - Se realiza por el juez. - Dos momentos de conciliación: 	<ul style="list-style-type: none"> - Es necesaria la participación de las partes. Pueden acudir abogados pero su intervención no será nunca directa en la negociación. Mero asesor e informador. - Nunca por el juez. - No hay dos momentos de acuerdo o conciliación, sino todo un proceso para alcanzar el mismo.

⁴³⁷ Vid Supra. Primera parte. Capítulo 1.

<p><i>Primera conciliación:</i> art. 415 LEC. El juez comprueba si las partes han llegado a un acuerdo o si éste es posible. De carácter obligatorio.</p> <p><i>Segunda conciliación:</i> art. 428 LEC. El juez exhora a las partes para alcanzar el acuerdo. De carácter facultativo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El exhorto. Consiste en tratar de influir en las partes para que lleguen al acuerdo abandonando el posicionamiento adversarial. Se trata de buscar un cambio de actitud. Pero este exhorto no puede suponer una intervención activa del juez en la solución puesto que contaminaría su imparcialidad, no hay propuesta de solución. - Se ha convertido en una mera formalidad. - Solo se pueden discutir los hechos, no el derecho. En caso de que las partes estén totalmente de acuerdo sobre los hechos pero no pudieran poner fin al litigio el tribunal dictará sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia (artículo 428.3 LEC 1/2000) 	<ul style="list-style-type: none"> - No puede exhortar a las partes a que lleguen al acuerdo, puesto que no consiste en influir en ellas para que traten de llegar al acuerdo. Las partes que acuden a mediación es porque ya saben que quieren llegar al acuerdo, pero no saben como. No es necesario buscar un cambio de actitud, ésta ya la tienen, hay que buscar el medio. Puede consistir, como en consumo, en el ofrecimiento de una propuesta de solución. - No debe convertirse en una formalidad, puesto que se conseguirían efectos contrarios a los perseguidos (celeridad, eficacia, abaratamiento). - En caso de una discusión sobre el derecho en mediación familiar se debe buscar un asesoramiento legal externo al mediador. En consumo, se considera más directiva la mediación y se permite que el mediador asesore legalmente e incluso determine cual es según su opinión la solución más adecuada.
---	--

3.- MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO: EL DESISTIMIENTO, LA RENUNCIA Y EL ALLANAMIENTO

Esta expresión hace referencia a los casos en que un proceso puede concluir bien por un acto de disposición de las partes bien por caducidad de la instancia.

Los actos de disposición de las partes son:

- Renuncia
- Desistimiento

- Allanamiento
- Transacción, esta última ya analizada

Estos actos de disposición tienen en común, en general, el estar sometidos a los requisitos generales establecidos en el CC para la disposición de los derechos (*V. art. 6.2 C.c.*).

3.1.- EL DESISTIMIENTO

Es una declaración de voluntad del demandante de no continuar el proceso y separarse de él. Encuentra su fundamento en el principio dispositivo.

Es el acto del demandante por el que manifiesta su voluntad de abandonar el proceso que él ha iniciado. A diferencia de la renuncia, el Juez no dictará sentencia sobre el fondo del asunto con efecto de cosa juzgada puesto que el demandante puede volver a plantear de nuevo el proceso.

El desistimiento, al igual que la renuncia, es un acto personalísimo. Puede ser unilateral o bilateral. Es unilateral cuando es eficaz por la sola voluntad del demandante, lo cual es posible en 2 casos:

- Cuando el desistimiento se produce antes que el demandado haya sido emplazado.
- Cuando se produce en cualquier momento del proceso si el demandado está en rebeldía.

Es bilateral en cualquier otro caso. Se exige entonces la audiencia del demandado que podrá oponerse al desistimiento porque tenga interés en que el proceso continúe y se dicte sentencia sobre el fondo. También puede no oponerse.

Si el demandado no se opone, el Juez dicta auto de sobreseimiento que provoca la terminación del proceso sin efecto de cosa juzgada. Si el demandado se opone al desistimiento, entonces el Juez decidirá, a la vista de las circunstancias, si el procedimiento debe continuar o si debe terminar por auto de sobreseimiento.

El actor no necesita más que tener capacidad procesal, sin embargo su procurador necesita poder especial para realizarlo (o que el actor ratifique la petición de desistimiento) por las consecuencias perjudiciales que puede

tener para dicho actor el desistimiento (inutilidad de los gastos efectuados, costas de la contraria, posible pérdida del derecho por prescripción).

Sus efectos son:

- Se termina el proceso, pero puede volver a iniciarse mientras no haya prescrito el derecho. Termina a través de un auto de sobreseimiento y deja imprejuizado el fondo o firme la sentencia de la instancia cuando se desiste del recurso interpuesto.
- Desaparecen todos los efectos de la litispendencia, como la interrupción de la prescripción adquisitiva (art. 1946. 2º del C.c).
- Las costas se imponen al que desiste según practica unánime.

Puede tener lugar en cualquier momento del proceso. Ha de ser expreso aunque en algunos casos la ley anuda como consecuencia de la no realización de alguna conducta el efecto del desistimiento, caso del desistimiento presunto (por ej., en caso de fallecimiento del demandante si los herederos no comparecen).

Normalmente el desistimiento es una consecuencia de la transacción extrajudicial alcanzada por las partes.

3.2.- LA RENUNCIA

Hay que advertir que la LEC 1881 no regulaba la renuncia como forma de terminación del proceso. Se trata de una laguna legal que ha sido cubierta por la construcción doctrinal y jurisprudencial. La LEC 2000 si establece una regulación de la renuncia.

Se define como “una declaración unilateral de voluntad del demandante de abandono del derecho que sirve de base a la demanda que lleva como consecuencia una sentencia desestimatoria de aquella a favor del demandante”⁴³⁸ .

⁴³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit., pág. 126. También se define por CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA.). *Derecho Procesal Civil. Parte General...* ob. cit., pág. 370. como “la declaración del actor por la que afirma que su pretensión es infundada (art. 20.1). No se trata de una declaración negativa sobre los hechos propios ni afirmativa sobre los hechos de la parte contraria; sólo es una declaración negativa sobre la existencia del derecho hecho valer en la demanda”.

La renuncia es un acto de disposición del demandante que, si concurren determinados requisitos, provoca la terminación del proceso mediante sentencia absolutoria para el demandado con efectos de cosa juzgada.

Los requisitos para que se considere una renuncia son:

- Respecto a los *sujetos*: el actor debe tener la capacidad necesaria, según el derecho sustantivo, para disponer del derecho que se trate. El procurador necesita poder especial o ratificación posterior.

La renuncia es un acto personalísimo lo que supone que, si la parte procesal actúa en el proceso a través de representante legal, para que la renuncia sea eficaz es precisa una autorización judicial.

También hay que señalar que es un acto unilateral, es decir, no es necesario que la parte contraria muestre su aceptación o no, entre otras razones porque el demandado no tiene interés en oponerse a la renuncia ya que ésta implica su absolución.

- Respecto al *objeto* de la renuncia debe ser total (porque si es parcial no es una extinción del proceso, sino una modificación del proceso por reducción del mismo) y ser renunciante según el artículo 6.2º del C.c.

Si el objeto de la renuncia es el derecho o la acción, si se produce tal renuncia ésta siempre es total porque el derecho o la acción son indivisibles.

Es un acto unilateral del actor que puede formular en cualquier momento el juicio por escrito, y lleva como consecuencia una sentencia desestimatoria de la demanda con autoridad de cosa juzgada.

Los efectos principales son, por lo tanto, que se termina el proceso, la demanda (a diferencia del desistimiento) no podrá reproducirse después en otro proceso.

3.3.- EL ALLANAMIENTO

El allanamiento es la figura inversa a la renuncia. Se define como “es una manifestación del demandado con la que muestra su conformidad con la petición contenida en la demanda; manifestación que se puede producir en cualquier momento del proceso; si queremos decirlo de otra manera

podemos decir que el allanamiento es la declaración del demandado de que la demanda está jurídicamente fundada⁴³⁹.

Entre los requisitos necesarios encontramos:

- El sujeto necesita poder especial o ratificación del demandado.
- El objeto: solo pueden darse en los derechos renunciables de acuerdo con el art. 6º del C.c. por ello no cabe en los procesos en los que no rige el principio dispositivo. El allanamiento, para que produzca el efecto de terminar el proceso, debe ser total, pues si es parcial seguirá el proceso por el resto.
- Forma: no puede ser un allanamiento tácito, sino que tiene que ser expreso y en la forma exigida por el proceso de que se trate, y sin reservas ni condiciones.

Respecto a los efectos⁴⁴⁰ del allanamiento podemos destacar:

- Una vez producido el juez no puede entrar a valorar los hechos dado que estos quedan directamente admitidos.
- Esto no supone que el juez deba dictar sentencia favorable a favor del actor, dado que tiene libertad para examinar si existe una norma aplicable al caso.

Esta afirmación ha servido a muchos para considerar que un allanamiento es más un reconocimiento de hechos que una declaración de voluntad vinculante para el juez. No hay que confundir el allanamiento con la

⁴³⁹ también CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA.). *Derecho Procesal Civil. Parte General...* ob. cit., pág. 371. también PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit., pág. 128. “una declaración de voluntad del demandado por la que muestra su conformidad con el suplico de la demanda, lo que determina una sentencia de acuerdo con aquel suplico. Para algún autor es como el reverso del desistimiento, para otros sería el reverso de la renuncia, pero en todo caso el allanamiento no supone conformidad con los hechos o reconocimiento de los hechos (lo que diferencia de la admisión de hechos de art. 549 de la LEC y de la confesión) sin reconocimiento del derecho del actor”.

⁴⁴⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIROS. Ob. cit., pág. 129. “La doctrina y la jurisprudencia sostienen que el allanamiento obliga al Juez a dictar sentencia de acuerdo con el suplico de la demanda, pues de otro modo la sentencia sería incongruente, pero eso solo como regla, pues si el Juez advierte que existe un fraude o una renuncia en contra del interés o del orden publico o en perjuicio de tercero deberá dictar un auto ordenando continuar el procedimiento. (En este sentido, para el de cognición, el art. 41 del Decreto de 1952 antes citado). Si existen otras partes en la misma posición procesal del que se allana, el allanamiento no concluye el proceso para ellas, pues no puede perjudicarlas ni prejuzgar el fallo en cuanto a ellas. En cuanto a las costas si el demandado se allanase a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado (art. 523 LEC)”

admisión de los hechos, es decir, el demandado puede estar de acuerdo con el relato de los hechos realizado por el demandante pero no estarlo con las consecuencias jurídicas que el demandante desprende de esos hechos. La variante procesal que se produce en la conformidad con los hechos es que no hay prueba. El Juez decidirá con sentencia quién tiene razón.

El allanamiento es una declaración del demandado que supone que la demanda está jurídicamente fundada. Es la disposición de la facultad de oponerse a la pretensión del actor y por lo tanto un acto de fuerza procesal. Este acto tiene un efecto directo que es la terminación del proceso mediante la sentencia de condena. Precisamente por este efecto se establece que no cabe el allanamiento en los procesos en los que se ventilan relaciones jurídicas de ius cogens (art. 751.1) o cuando este encubra pretensiones o actos ilegales o suponga un fraude a la ley, o cuando se haga en perjuicio de terceros⁴⁴¹.

II. FIGURAS JURÍDICAS DE NATURALEZA MERCANTIL

Los contratos que vamos a analizar⁴⁴² a continuación son denominados *contratos de colaboración o de gestión* caracterizados por que una de las partes no defiende intereses propios sino ajenos (los de aquel con el que contrata). En este sentido VICENT CHULIA afirma que a estos efectos el

⁴⁴¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA.) *Derecho Procesal Civil. Parte General...* ob. cit., pág. 372. “Es decir, antes la jurisprudencia y ahora la LEC ponen el límite del poder de disposición de las partes en la no violación de las normas de orden público. Así pues, cuando la declaración del demandado contravenga el interés o el orden público, o cuando vaya en perjuicio de terceros, el juez no termina el proceso porque el demandado se haya allanado; en esos casos ordena su continuación por medio de un auto (art. 21.1). Es decir, para la LEC, el allanamiento es una declaración de voluntad de demanda por la que se impone al juez dictar sentencia condenatoria, siempre y cuando dicha declaración no suponga dejación ni violación de normas de orden público, o suponga perjuicio para el interés general o para terceros (fraude procesal o material). Éste es el sentido que tiene el art. 75.2 de la LJCA [Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa], que como sabemos, niega virtualidad al allanamiento cuando suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”.

⁴⁴² A parte de los que vamos a analizar se incluyen otros como el contrato de cuentas en participación que VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, 16ª edición, Valencia, 2003, pág., 848, define como “un contrato de colaboración entre dos sujetos (siempre es bilateral), en virtud del cual uno de ellos («cuentapartípe») aporta bienes en propiedad, dinero o derecho (incluido el de uso de bienes) a otro («gestor»), obligándose éste a aplicar dicha aportación a una determinada operación u operaciones o a una determinada actividad empresarial o profesional, que desarrollará independientemente y en nombre propio, y a informar, rendir cuentas y dar participación al cuentapartípe en las ganancias y pérdidas que resulten”.

comisionista, agente o corredor representa a la otra parte “tanto si está facultado a contratar en su nombre verdadero («poder de representación») como si no, es decir, se limita a promover sus negocios”⁴⁴³.

Las figuras que vamos a analizar son las siguientes:

- El contrato de comisión.
- El contrato de agencia.
- El contrato de mediación o corretaje.

1.- EL CONTRATO DE COMISIÓN⁴⁴⁴

El contrato de comisión está regulado en el artículo 244 del C. de C. concibiéndolo como un contrato de mandato mercantil. Este contrato se define como el “contrato convenido entre dos comerciantes, o entre un comerciante y otra persona, por el que una de las partes (comisionista) se obliga a realizar, por encargo y cuenta de la otra (comitente), una o varias operaciones mercantiles”⁴⁴⁵.

Las características que definen a este contrato son:

- Al tratarse de un mandato, el comisionista se obliga a “a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa”⁴⁴⁶, por cuenta o encargo de otra persona que es el comitente.
- El objeto del encargo ha de ser un acto de comercio.
- El comitente o el comisionista han de ser comerciantes.
- Es un contrato de carácter consensual, bilateral o sinalagmático.

⁴⁴³ VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., pág. 853.

⁴⁴⁴ GARRIDO, J.M.: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995. PEINADO GARCIA, J.I.: *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, Madrid, Civitas, 1996. ALCOBER GARAU: «Contrato de comiión: obligaciones del comisionista. Endoso de certificación administrativa», en *CCJC*, 18, 1988, pág 541 y ss. ENDARA, B.: *El mandato mercantil*, Barcelona 1904. DIEZ PICAZO, L.: «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios» en *ADC*, 1965, pág. 2817 y ss. GARCÍA PITA, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista» en *Estudios Menéndez*, III, págs 2817 y ss. GARRIGUES, «Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma», en *RCDI*, 1928, pág. 801 y ss.

⁴⁴⁵ URÍA, R.: *Derecho mercantil*, vigésimo octava edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 720.

⁴⁴⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, octava edición, Madrid, 2003.

- La diferencia principal con el mandato civil es que mientras que el mandato civil es esencialmente gratuito (aunque puede ser oneroso) el contrato de comisión es esencialmente oneroso (art. 277 del C.de C.).

El comisionista, al igual que el mandatario, siempre actúa por cuenta del comitente, pero puede hacerlo bien en nombre propio o bien en nombre del comitente.

Es un contrato que no se sujeta a ningún requisito formal, de manera que puede perfeccionarse por el consentimiento expreso o tácito. Sin embargo se entenderá aceptada la comisión cuando el comisionista realice alguna gestión que esté dentro de la esfera del encargo recibido y no sea para rehusarlo⁴⁴⁷.

Entre las obligaciones del comisionista encontramos:

- La obligación de cumplir fielmente el encargo recibido. En caso de no hacerlo será responsable de los daños que origine al comitente salvo por causa legal (art. 252 C. de C.). Esta obligación ha de ser cumplida personalmente puesto que es un contrato intuitu personae, pero se contempla la posibilidad de que pueda delegarse siempre que exista autorización previa del comitente. En este caso hay que distinguir si se trata de una comisión imperativa, indicativa y facultativa. Es imperativa cuando el comisionista está vinculado a las instrucciones del comitente en cualquier aspecto del negocio. Es indicativa cuando el comisionista hace indicaciones respecto a ciertos aspectos del encargo, pero hay otros que deja al arbitrio del comisionista según su prudencia o diligencia y a lo establecido en los usos del comercio. Es facultativa cuando el comisionista puede obrar a su arbitrio, debiendo también atenerse a los usos del comercio.

⁴⁴⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil...* ob.cit., pág. 378. “El comisionista, ni siquiera cuando es empresario de dicha actividad, está obligado a aceptar la comisión, pero si desea rehusarla tiene la carga de comunicarlo al comitente por el medio más rápido posible y confirmarlo inmediatamente por correo, custodiando y conservando diligentemente los efectos recibidos del comitente, hasta ser sustituido o que los tribunales se hagan cargo de los mismos. Es una carga impuesta por la Ley en aras de la seguridad y buena fe del tráfico mercantil y no una obligación contractual, dado que precisamente ni existe ni se quiere que exista contrato y su incumplimiento no determina que se tenga por aceptada la comisión, sino que haya que responder de los daños y perjuicios que se originen al comitente (art. 248 C. de C.)”.

- Informar al comitente de los aspectos que sean de interés para el éxito de la negociación así como de la celebración del contrato objeto de comisión (260 y 271 del C. de C.).
- Rendir y liquidar cuentas debiendo abonar intereses legales en caso de morosidad art. 263 C. de C.).

Entre las obligaciones del comitente se encuentran:

- Efectuar una provisión de fondos al comisionista, puesto que si no lo hace el comisionista podrá suspender el desempeño de la comisión (art. 251 C. de C.).
- Abonar la retribución o premio de comisión, salvo pacto en contrario (art. 277 del C. de C.). “El derecho a la retribución nace cuando se cumple el encargo, es decir, cuando se estipula el negocio jurídico de ejecución de la comisión, entendiendo la jurisprudencia que no basta el mero perfeccionamiento de dicho negocio jurídico de ejecución, sino que es preciso que se consume cumpliendo el tercero sus obligaciones o incumplándose éstas por causa imputable al propio comitente”⁴⁴⁸. Esto es lo que diferencia fundamentalmente la comisión mercantil del mandato civil, dado que éste último es en principio gratuito, aunque nada impide que se pacte una retribución. Otra importante diferencia es que el mecanismo de cobro suele ser a través de un tanto por ciento, es decir, que no se retribuye el trabajo sino una participación porcentual en el precio de una venta efectiva o de un conjunto de ventas⁴⁴⁹.
- Rembolsar al comisionista los gastos y desembolsos que hubiere efectuado.
- Por último, puesto que se contrata por su cuenta, debe asumir los efectos del contrato estipulado con el tercero, aunque siempre tiene a salvo el derecho a repetir contra el comisionista por faltas u omisiones realizadas durante el cumplimiento del contrato.

Al comisionista se le reconocen dos privilegios: el de retener los efectos que le fueran entregado mientras no se le abonen los gastos o anticipos realizados, pudiendo afectarlos al pago de los mismos, y el derecho de

⁴⁴⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil...* ob. cit., pág. 380.

⁴⁴⁹ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.M.: *El mandato y la comisión mercantil...* ob. cit., pág. 50.

preferencia o prelación “para que esas cantidades le sean pagadas con el producto de dichos géneros, mientras estén en su poder o a su disposición, con prevalencia sobre los demás acreedores del comitente”⁴⁵⁰.

Por lo tanto se trata de un mandato aplicado al ámbito mercantil, con las características propias de esta situación.

Al respecto se ha referido ALVAREZ MORENO cuando afirma que “en el marco de la mediación, el mediador interviene como puente de comunicación entre las partes, pero es un tercero neutral que ayuda a crear un clima adecuado para que las partes puedan transmitirse las sucesivas ofertas o propuestas para resolver su controversia. No sigue instrucciones de ninguna de ellas, solo transmite de modo objetivo aquello que las propias partes desean hacer llegar a las demás para tratar de poner fin a sus diferencias y regular sus relaciones en el futuro. Para el mediador, el fin primordial no es que las partes lleguen a un acuerdo, (aunque es deseable y trabajará por ello) sino que su función se limita a facilitar el restablecimiento de la comunicación entre las partes. Podríamos con ello concluir como diferencia entre estas dos figuras, aunque no es la única, el distinto carácter de la obligación principal dimanante del contrato: **sobre el comisionista pesa una obligación de resultado; sobre el mediador, en cambio, una de medios (la prestación de un servicio)** [la negrita es nuestra]”⁴⁵¹.

El resultado al cual se obliga el comisionista es a realizar o participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona. Por lo tanto tiene la obligación de concluir dicho contrato o de participar en dicho acto jurídico porque así lo ha requerido el comitente. No basta por lo tanto con propiciar su realización sino que ha de realizarlo en sí mismo.

2.- EL CONTRATO DE AGENCIA⁴⁵²

En el ordenamiento español no existe esta figura en el ámbito civil, al contrario que en Italia, donde el art. 1742 del C.c. lo define como el contrato

⁴⁵⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil...* ob. cit., pág. 380.

⁴⁵¹ ALVAREZ MORENO, M.T... ob. cit., pag. 966-967.

⁴⁵² ORTEGA PRIETO: *El contrato de agencia*, Bilbao 1993. MONTIANO MONTEAGUDO, M: *La remuneración del agente*, Madrid, 1997. LLOBREGAT HURTADO, M.L.: *El contrato de agencia mercantil*, Barcelona, 1994. MONTEAGUDO, F. y PALAU, F.: *Comentarios a la ley sobre el contrato de agencia*, Civitas, 2000. FALQUER, J.: *La protección jurídica del agente comercial*. M. Pons, Madrid, 1999.

mediante el cual una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada.

Sin embargo sí tiene un gran reconocimiento en el ámbito mercantil español.

El contrato de agencia mercantil se define este contrato como aquel por el que “una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otro de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos o concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones” (art. 1, Ley 12/1992, de 27 de mayo, que introduce la directiva 86/653/C.E.E.⁴⁵³ en nuestro ordenamiento interno y hace este contrato típico, frente a su atipicidad anterior).

El agente es por lo tanto un intermediario *independiente*⁴⁵⁴ cuya misión es *promover o concluir* contratos con terceros (por lo tanto puede actuar en nombre de aquel por el cual contrata con el tercero)⁴⁵⁵. La principal obligación es la de seguir *las instrucciones* del empresario siempre que estas sean razonables y no afecten a su independencia⁴⁵⁶. En este sentido SANCHEZ CALERO⁴⁵⁷ afirma que el contrato de agencia “ha de permitir que el agente organice su actividad profesional conforme a sus propios criterios, lo que implica que ha de mantener una cierta independencia respecto al empresario principal creando su propia organización”.

Se ha considerado por parte de la jurisprudencia como una subespecie del contrato de comisión, si bien la importancia que ha ido obteniendo ha

⁴⁵³ En relación a las diferencias entre la Directiva y la transposición a la misma, vid VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., págs 858 y 859.

⁴⁵⁴ Sobre la independencia Vid. SOLER. P: «Los acuerdos de agencia y el Derecho de la competencia», en RGD 1995, págs 5313 y ss.

⁴⁵⁵ VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., pág. 860. “Falta en la definición toda alusión a la «zona» y a la «exclusiva» del agente. Siguiendo el modelo legislativo alemán, el más liberal preexistente, el contrato puede pactarse o no con asignación de una zona o grupo de clientes al agente (aunque la designación d varios agentes para un mismo territorio puede ser conflictiva) y la zona o grupo de clientes puede asignarse con carácter exclusivo a un agente o sin carácter exclusivo. Sobre todo a efecto del cobro de «comisiones indirectas»: todas las devengadas en al zona, si es exclusiva”.

⁴⁵⁶ VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., pág. 860.

⁴⁵⁷ SANCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de derecho mercantil...* ob., cit., pág., 171.

dotado esta figura de sustantividad propia, a pesar de no estar contemplada en el C.de C.

Similitudes entre el agente y el mediador:

- El agente es una persona-puente entre otras dos, el empresario y el tercero. Sin embargo mientras que en la mediación el objetivo a conseguir es la aproximación de posiciones que permita la consecución de un acuerdo, en el contrato de agencia es la consecución de un contrato.

- Tanto el mediador como el agente son independientes de *las partes*. “Pero mientras la necesidad de independencia en la mediación busca consolidar la neutralidad del mediador, en el contrato de agencia tan sólo persigue formas más eficientes de comercialización para el comitente”⁴⁵⁸.

- El agente no concluye o promueve los contratos en su propio nombre sino en nombre ajenos.

- También puede ser destacable que se puede considerar que en ambos contratos existe o puede existir una obligación de medios y no de resultado. Poníamos de manifiesto en el apartado anterior que mientras el corredor debe obligarse a concluir la realización de determinado contrato o a participar en determinado acto jurídico, el agente se obliga a ello pero también a promover la realización de determinados contratos. Podemos entender entonces que su obligación es, junto con la de concluir contratos en nombre ajeno, *propiciar los medios* para que puedan concluirse algunos contratos. Así entendido el contrato de agencia puede encerrar una obligación de medios similar a la del contrato de mediación, si bien su objeto es totalmente diferente. Sin embargo, en contra de esta afirmación VICENT CHULIA⁴⁵⁹ considera que estos contratos “tienen como fin la promoción y estipulación de negocios jurídicos (que son los «contratos de ejecución»), no la realización de mera actividad material; y no una mera actividad, sino *resultados concretos*”.

⁴⁵⁸ ALVAREZ MORENO, M.T... ob, cit., pag 967.

⁴⁵⁹ VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., págs 853 y 854. “2) tienen como fin la promoción y estipulación de negocios jurídicos (que son los «contratos de ejecución»), no la realización de mera actividad material; y no una mera actividad, sino *resultados concretos*”.

Diferencias entre los contratos de mediación y agencia:

- También se diferencian en el carácter estable del contrato de agencia. “La agencia es un contrato de duración, estable, que prolonga la relación entre las partes (comitente y agente) y respecto al que pueden cambiar los terceros con los que el agente contrata. A la mediación se llega desde una relación jurídica existente entre las partes, en la que surge un conflicto, para cuya resolución se acude a un mediador, que puede estar designado o no en el propio contrato que vincula a las partes y el mediador es puntual (aunque para el desarrollo de la mediación sea necesario un espacio de tiempo) y no constante”⁴⁶⁰.

- Una de las características esenciales del mediador es la neutralidad respecto al resultado de la mediación y la imparcialidad respecto a las partes en conflicto. Sin embargo el agente no es una persona neutral. “El agente es, en otras palabras, un representante independiente del empresario (de una de las partes) (...). Por lo tanto la relación existente entre el empresario y agente comercial, aun siendo este independiente de aquel, nunca puede ser la generada entre una parte y el mediador, puesto que este no puede seguir instrucciones y menos de una sola de las partes”⁴⁶¹.

3.- EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE⁴⁶²

En el ámbito mercantil es frecuente hacer referencia al contrato de mediación que no tiene, sin embargo, nada que ver con la mediación como sistema de resolución de conflictos según estamos analizando en este trabajo.

Es un contrato atípico puesto que no está recogido en ningún cuerpo normativo. Se entiende por tal contrato en la jurisprudencia aquel por el cual “una persona se obliga a pagar una remuneración para que otra realice una actividad encaminada a ponerla en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna” (STS de 4 diciembre de 1953)

⁴⁶⁰ ALVAREZ MORENO, M.T...ob, cit., pag 968.

⁴⁶¹ ALVAREZ MORENO, M.T... ob, cit., pag 968.

⁴⁶² HUERTAS BARTOLOMÉ: Mediación mercantil en el ordenamiento laboral, Madrid, 1991. MILLÁN GARRIDO: «Introducción al estudio del corretaje» en RGD, 1987, págs 737 y ss.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ lo define como el contrato por el cual “una persona se obliga a abonar a otra (llamado mediador o corredor) una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o por servirle de intermediario en su conclusión”⁴⁶³.

Este contrato no se ha contemplado ni en el C.c. ni en el C. de C., sino que ha sido la práctica mercantil la que ha provocado el surgir de estos contratos con empresarios sectorialmente especializados.

Se exige para la existencia de este contrato los mismos requisitos que para el contrato de comisión mercantil: que alguna de las partes sea comerciante (normalmente el corredor o mediador) y que el objeto del contrato sea un acto del comercio.

Afirma JIMÉNEZ SÁNCHEZ que “la jurisprudencia lo considera como un contrato *sui generis*, con sustantividad propia, atípico, consensual y bilateral, *facio ut des*, por el que una persona se obliga a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato, en el caso de que le ponga en relación con un tercero con el que concertarlo. A falta de regulación legal específica, se aplicarán los pactos contractuales y supletoriamente el régimen de la comisión mercantil, aunque sea un contrato diferente puesto que el encargo de la mediación es puramente material, promover o facilitar la celebración de un contrato, frente al contenido jurídico de celebrarlo propio de la comisión”⁴⁶⁴.

Según lo manifestado, encontraríamos una *similitud* con el contrato de mediación civil que es objeto de nuestro estudio, se encuentra en que ahora, según lo manifestado por el autor anterior, la obligación no es de resultados, sino de medios. Sin embargo, existen importantes diferencias entre la mediación mercantil y la mediación de consumo objeto de nuestro estudio. No obstante hay autores y jurisprudencia que afirma lo contrario, entre ellos VICENT CHULIA que afirma que “el corredor tiene derecho a cobrar el premio siempre que el contrato que promovió llegue a celebrarse (STS de 26 de marzo de 1991, R. 2247), por ser el contrato de corretaje un contrato de resultado y no de medios o actividad (...). El resultado que da derecho a la retribución es la perfección del contrato encargado (...)”⁴⁶⁵.

⁴⁶³ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill. 3ª ed. Madrid., 1998.

⁴⁶⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil...* ob. cit., pág. 387.

⁴⁶⁵ VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., pág. 863.

Las *diferencias* son analizadas por ALVAREZ MORENO destacando fundamentalmente tres diferencias:

- Ciertamente ambas figuras pretenden la aproximación de las posiciones de las partes (puede ser entendido entonces como una obligación de medios), pero con una finalidad distinta. Mientras que el contrato de corretaje persigue la conclusión de un contrato entre la otra parte y el tercero, en la mediación se trata de dar solución a una situación conflictiva entre las partes.

- Respecto al papel que desempeñan ambas figuras, y en relación a lo ya expuesto respecto al contrato de agencia, el corredor no es totalmente neutral, al menos no en el sentido en el que es utilizado en la mediación. “[E]l corredor no puede ser auténticamente neutral entre su comitente y el tercero, puesto que primero debe seguir los presupuestos mínimos marcados por su comitente y, segundo, del resultado de su intervención depende la percepción de sus honorarios, por lo que se intentará por todos los medios que el negocio llegue a buen término entre las partes. Al mediador “*stricto sensu*” no le incumbe el resultado del proceso de mediación. Aunque evidentemente prefiera que se llegue a una solución satisfactoria del conflicto, el éxito o fracaso de la negociación entre las partes no le afecta, pues cobrará sus honorarios en cualquier caso (tal como se haya pactado, y probablemente asumiendo cada parte un tanto por ciento o la mitad de los mismos), y el mero hecho de que las partes se hayan sentado a negociar ya es un primer éxito de esa mediación. Lo demás dependerá de la labor del mediador y del comportamiento de las partes, que son dueñas del proceso”⁴⁶⁶.

A ello añade la autora la diferente forma de relación que se establece respecto al mediador, puesto que mientras que en el contrato de corretaje se establece entre una parte y el mediador (que será el encargado de buscar sucesivos terceros con los que el comitente celebrará distintos contratos), en la mediación como sistema de resolución de conflictos las partes están unida primeramente por una relación jurídica preexistente, el mediador actúa como tercero ajeno en la solución de esa controversia.

- Otra importante diferencia son las técnicas utilizadas por ambas figuras. El corredor ha de utilizar todos los medios a su alcance para que el tercero acceda a realizar el contrato con el comitente, es decir, ha de tratar de

⁴⁶⁶ ALVAREZ MORENO, M.T...ob, cit., pag 969.

convencer al tercero de los beneficios de contratar con el comitente. Sin embargo el mediador ha de basar su actuación en la comunicación entre las partes no consistiendo en convencer a ninguna de las partes, sino de que cada uno escuche los razonamientos del otro y solo a través del dialogo directo entre ellos consigan mover sus posiciones iniciales y facilitar así la solución al conflicto planteado. No se trata de convencer a nadie de los beneficios, sino de alcanzar un acuerdo mediante el dialogo y la comprensión mutua de las posiciones mantenidas.

4.- CONCLUSIONES

Estos contratos tienen como notas comunes:

- Son estipulados profesionalmente.
- Su fin es la promoción y formalización de contratos o negocios jurídicos (contratos de ejecución). VICENT CHULIA considera que esto es una obligación de resultados, no de actividad, es decir no de medios⁴⁶⁷. Se trata por lo tanto de una actividad de ejecución de la política comercial de aquellos con los que se contrata.
- Los servicios se prestan en interés de otra persona.
- El “mandatario” generalmente no es una empresa.

Sin embargo tiene algunas diferencias entre ellos:

- La duración del contrato: el de comisión y corretaje son contratos destinados a una actuación en concreto (tracto instantáneo) mientras que el de agencia es un contrato de cierta duración.
- En alguno de ellos existe representación de aquel por el cual contrata (contrato de comisión y agencia) y en otros no (corretaje donde se limita a aproximar clientes).
- La posibilidad de revocación. El contrato de comisión y corretaje son naturalmente revocables mientras que el de agencia no (aunque depende si es de duración definida o indefinida).

⁴⁶⁷ VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil...* ob. cit., págs 853 y 854. “2) tienen como fin la promoción y estipulación de negocios jurídicos (que son los «contratos de ejecución»), no la realización de mera actividad material; y no una mera actividad, sino *resultados concretos*.”.

- El resultado que se espera de los mismos. Mientras en el contrato de comisión y agencia es que el tercero con el cual se realizan las gestiones se obligue finalmente, es decir, se cumpla el contrato de ejecución. En el contrato de corretaje basta la mera aproximación de posiciones, sin tener que esperar a ver si se obliga el tercero con el mandante.
- La actuación de mandatario. En los contratos de comisión, agencia y gestión empresarial actúa parcialmente, protegiendo los intereses del mandante, mientras que en el contrato de corretaje es o puede ser imparcial.

De todos los contratos analizados podemos observar una importante **diferencia** respecto a la **mediación** objeto de nuestro estudio:

- En primer lugar, la formalización de este tipo de contratos no tiene como fin la resolución de conflictos, sino búsqueda de oportunidades para la conclusión de nuevos contratos en el desarrollo de la actividad mercantil o el aseguramiento de los ya concluidos.

- En segundo lugar, el papel del denominado mediador es muy diferente en unos y otros. Mientras que el mediador de consumo es el tercero encargado de dirigir el proceso de mediación y en su caso ofrecer alternativas de resolución sin que por ello pueda considerarse mandatario de ninguna de las partes, según hemos analizado en los temas anteriores. El mediador mercantil es una especie de mandatario dado que puede actuar en nombre y por cuenta del mandante, sirviendo de puente entre dos personas que desean realizar un acto mercantil que les una pero que no existe en el momento de la actuación del mediador. La relación entre el mandante y el mediador es previa y bilateral, no siendo necesario que establezca una relación con la otra parte con la que se formaliza el contrato⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ ALVAREZ MORENO, M^a Teresa. Ob, cit. Pág. 970. “Después de revisar todos estos tipos contractuales mercantiles parece que en todos ellos se repite un patrón de conducta: El mediador o intermediario en Derecho mercantil se concibe como la persona interpuesta que sirve de nexo para provocar la contratación entre dos personas que la mayoría de las veces ni siquiera tienen la necesidad para concluir la operación de llegar a contactar entre sí, salvo que el llamado mediador actúe en nombre del comitente. En la casi totalidad de los supuestos estamos ante la actuación de un sujeto (intermediario) obligado en virtud de su relación con el comitente (contrato de agencia, comisión, corretaje, etc.). Esta relación, previa y bilateral es al que motiva que el mediador funcione como nexo para la contratación posterior entre su comitente y un tercero, indeterminado y desconocido hasta el momento en que el desarrollo de la actuación del mediador permita individualizarlo”

III. FIGURAS JURÍDICAS DE NATURALEZA CIVIL

Por último, vamos a referirnos a algunas figuras que si bien se encuentran relacionadas con la mediación tienen importantes diferencias. Algunas de estas figuras constituyen más actos procesales que procedimientos en sí mismos (como la negociación) mientras observaremos que otras no se encuentran en nuestro ordenamiento como tales (med- arb o minitrial).

1.- FIGURAS AFINES AL ARBITRAJE

Se trata de una serie de figuras que, si bien suponen la intervención de un tercero, está no estaría dirigida a establecer la solución de un conflicto, o al menos no de la misma manera en que lo hace el árbitro, por lo que no participarían de la naturaleza heterocompositiva del arbitraje.

Sin embargo puede hacernos dudar respecto a si participan de la naturaleza de la mediación o no. Estas figuras son:

- El arbitrador.
- Los peritos dirimenes o la pericia contractual.
- El arbitraje informal.
- Los amigables componedores.

1.1.- LA INTEGRACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA INCOMPLETA: EL “ARBITRADOR”

En la LA de 1953 se distinguía entre la figura del árbitro y la del arbitrador.

Se trata del requerimiento a una tercera persona, a la que se llama arbitrador, pero no para que ofrezca una solución a la controversia surgida entre las partes de una relación jurídica, sino para que fije, complete o perfeccione alguno de los elementos propios de esa relación jurídica. Estamos en el caso del artículo 1447 del C.c.⁴⁶⁹. Ciertamente la fijación de ese elemento, por ejemplo el precio en una compraventa, lo realizará el

⁴⁶⁹ “Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada”.

arbitrador según su criterio, es decir, en equidad, pero su actuación es anterior a que surja el conflicto.

Algunos ejemplos de la figura del arbitrador lo encontramos en el ámbito administrativo, con las comisiones de arbitraje (que previó el art. 146.2 LCAP, que no llegó a desarrollarse al ser suprimido por la Ley 53/1999 de 28 de diciembre que reformaba al LCAP), cuya misión no consistía en resolver una cuestión litigiosa sino completar un contrato determinando alguno de sus elementos. También lo encontramos en los Jurados Provinciales de Expropiación de la Ley de Expropiación Forzosa, para la fijación del justiprecio.

MONTERO AROCA manifiesta que “se presenta esta figura cuando la partes, a la hora de completar o perfeccionar una relación, confían en un tercero la determinación de uno de los resultados o elementos propios de la relación, de forma tal que ésta sólo existirá desde que el tercero realice esa integración. (...). El tercero no actúa aquí evidentemente como árbitro, y ello a pesar del uso peligroso de la palabra “arbitrio”, la cual debe interpretarse sólo en el sentido de que el tercero no está vinculado por norma alguna para fijar el precio, debiendo actuar en el ejercicio de una ciencia o tomando su decisión con base en una técnica o ejercicio profesional, pero en el fondo conforme a su leal saber o entender o, dicho de otra manera, en equidad, sin perjuicio de que pueda impugnarse judicialmente su actuación cuando sea claro que ha faltado a la equidad (así en un caso similar lo dice el art. 1.690 C.c). Naturalmente si las partes fijaron al tercero las bases para la determinación del precio, la actuación por aquél fuera de las mismas es también impugnable judicialmente (como ya reconoció la STS de 22 de noviembre de 1966)”⁴⁷⁰.

Existen por tanto dos figuras diferenciadas, árbitro y arbitrador, cada una de ellas con unas atribuciones y alcance diferente y que se recogían en la antigua Ley de Arbitraje Privado de 1953.

MUNNÉ CATARINA habla de los tres momentos de la vida de un contrato y como puede intervenir un tercero en los mismos.

El primer momento, el de la *formación*, el tercero puede intervenir por cuenta de una de las partes actuando como un representante o mandatario sobre un precontrato.

⁴⁷⁰ MONTERO AROCA, J (Dir)...ob. cit., pág. 33.

El segundo momento, el de la *perfección*, el tercero actuaría por cuenta de una de las partes, como representante o mandatario de la voluntad de cualquiera de ellas.

El tercero, el de la *consumación o ejecución*, en cuyo caso se puede producir una sustitución en el cumplimiento de una obligación o varias obligaciones contractuales.

Para el autor la diferencia entre el mediador y el arbitrador se encuentra en el momento de su intervención, pues mientras el primero interviene en la fase de formación del contrato el segundo lo hace en los momentos posteriores. Así afirma que “cuando un tercero interviene por remisión de las dos partes en la formación o negociación de un contrato se habla de un mediador. Así pues, sólo se tratará de un arbitrador si el tercero interviene después de la formación de un contrato, en su perfección o ejecución, asumiendo la determinación de una actividad negocial concreta”⁴⁷¹. De esta forma se pone de manifiesto que no se debe confundir la mediación con la figura del arbitrador puesto que es diferente el momento del iter contractual en el que actúa cada uno de ellos. Sin embargo, para nosotros las diferencias principales estriban en el hecho de que el mediador actúa después del arbitrador, una vez surgida la controversia, y en que lo decidido por el arbitrador es *vinculante* para las partes, mientras que la mediación no.

Para que la intervención de un tercero pueda configurarse como un arbitrador son necesarios los siguientes requisitos en la sustitución de la actuación de las partes⁴⁷²:

- Subjetivamente absoluta: puesto que todas las partes deben estar de acuerdo en su intervención.
- Objetivamente parcial: puesto que solo puede sustituir a las partes en una determinada actividad negocial concreta.
- Integradora: el tercero solo decide en un determinado aspecto de la relación jurídica ya existente, no crea una relación jurídica nueva.
- Con relación al negocio jurídico preexistente: el negocio jurídico está ya iniciado y consumado entre las partes, aunque no plenamente formado.

⁴⁷¹ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 149.

⁴⁷² MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 150.

Existen por lo tanto dos negocios jurídicos, uno el que recoge la relación jurídica que ha de ser integrada y otro el negocio jurídico de *arbitramento*⁴⁷³, que tiene su causa en el primero. ¿Qué relación existe entre ambos?⁴⁷⁴ Se podría hablar que el de arbitramento es accesorio de primero, sin embargo no parece que este concepto sea muy acertado puesto que la validez de ambos negocios depende del otro. Si el arbitramento no se realiza (por que el arbitrador no acepte el encargo, por ejemplo) el primer negocio jurídico será nulo, de la misma manera que si el primero llegara a invalidarse el arbitramento carecerá de causa y será por tanto igualmente nulo.

Parece más acertado considerar que el primer negocio es directo, en el sentido de que es aquél que las partes han buscado desde el principio, siendo el negocio del arbitramento indirecto, puesto que a este se ha llegado de forma mediata o indirecta.

E incluso hablar de un negocio principal y otro secundario. Este negocio secundario es siempre bilateral en el sentido de que frente al arbitrador siempre estarán las partes de la relación jurídica principal que se han remitido a su actuación para la integración de dicha relación.

Respecto a la diferencia entre el arbitraje y la intervención dirimente de un tercero se ha referido BADENAS CARPIO cuando establece que “El arbitraje opera siempre sobre un litigio, el arbitraje necesita la existencia de una relación jurídica completa. Por el contrario, el arbitrador interviene en caso de inexistencia de litigio para integrar una relación jurídica completa. Sin embargo, la ausencia de litigio no tiene porque entrañar acuerdo necesariamente; las partes, no llegando a un acuerdo por sí misma, pueden pactar que sea un tercero quien determine el elemento de la relación que ellas fueron incapaces de determinar por sí mismas. Esto, en cuanto a la función. Más, en cuanto al contrato que da origen a ambas figuras, ya vimos que el convenio arbitral es el único contrato que puede dar origen al arbitraje, mientras que el arbitrio de un tercero no tiene un contrato determinado que le de origen; más bien se trata de una estipulación que la ley faculta hacer a las partes dentro de un contrato más amplio: sea éste el de compraventa, el de arrendamiento de

⁴⁷³ Termino utilizado por MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág 149 y ss.

⁴⁷⁴ Vid. MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., págs 151-152.

⁴⁷⁵ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit. págs. 49-50.

obra o el de sociedad”⁴⁷⁵. Otros supuestos de arbitrio de tercero, a parte de la compraventa en el citado art. 1447, los encontramos en los art. 1598 y 1690.

Se discute por la doctrina si la intervención del arbitrador debería introducirse dentro del ámbito de aplicación de la ley de arbitraje, siguiendo el ejemplo de algunos países, como Portugal en el artículo 1.3 de la ley 31/1986, de 29 de agosto.

Sin embargo la mayoría considera que cuando la Ley de arbitraje hace referencia a “cuestiones litigiosas” se refiere estrictamente a éstas y no incluyen la fijación o integración de una relación jurídica entre las partes. Es evidente que la solución va a depender del alcance que se le quiera dar a dicha expresión⁴⁷⁶, si bien no podemos olvidar que dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad en los contratos parece claro que, recogido o no en la Ley, es posible por las reglas generales que se designe un arbitrador.

Es interesante la sentencia recogida por LORCA NAVARRETE de la SAPB de 13 de marzo de 1992, donde resalta dos alternativas respecto a la decisión emitida por el arbitrador: puede considerarse como un arbitraje informal o bien puede ser tratada como un laudo susceptible de impugnarse por motivos de anulación⁴⁷⁷.

LORCA NAVARRETE afirma que “queda totalmente excluida la posibilidad de calificar uno u otra como lo que se conoce por arbitraje libre o informal, para referirse a aquel que se celebra sin ajustarse a las prescripciones legales, y que contempla el artículo 3.2 de la Ley –“cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren

⁴⁷⁶ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág.45.

⁴⁷⁷ En sentido contrario se manifiesta BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., págs. 61.”¿Qué función le corresponde desempeñar al tercero al que las partes delegan el nombramiento de los árbitros en el convenio arbitral? NAVARRO PÉREZ opina que se trata de un supuesto de mediación, más yo prefiero pensar que se trata de una arbitración. A mi entender, el supuesto es muy semejante al del art. 1447 C.c. Para que el nombramiento de los árbitros se tenga por cierto bastará que se deje su señalamiento al arbitrio de un tercero. Esta es la interpretación que se deduce de los párrafos 1 y 2 del art. 9 de la Ley de Arbitraje. Y no es mediación porque para que fuera así las partes tendrían que ser libres de aceptar o no la designación hecha por el tercero, cosa que no es posible a tenor del art. 9 de la Ley. Mientras que en la mediación la aceptación de la propuesta del tercero se produce con posterioridad y es libre, en la delegación a un tercero del nombramiento de los árbitros, la sumisión al nombramiento se produce con anterioridad a ésta, en el convenio arbitral, y es vinculante por alas partes; por eso, en ningún caso se puede tratar de una mediación”.

los requisitos necesarios para la validez de lo que alguna doctrina entiende por tal, a la luz de los límites impuestos ex lege a la autonomía de la voluntad y del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales – artículos 24 de la Constitución española, 1.255 del Código Civil y 11 de la Ley 36/1988-, teniendo en cuenta la rigidez del tipo contractual que describe como arbitraje la Ley –artículo 3.1:2 el arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley”–, es lo cierto que el mal llamado arbitraje informal no obliga arbitral sino contractualmente y que lo que puede convertir en vinculante aquella decisión, pactada en forma distinta a la prescrita, no es el convenio inicial, carente de fuerza, sino el posterior de aceptación, expresa o tácita, de la decisión ya emitida, y tal bilateral conformidad ex post no sólo no consta en las actuaciones sino que lo que en ellas resulta es el rechazo, previo y posterior, claro y terminante, de los ahora recurrentes a lo que iba hacer e hizo el tercero (...). Además, la función preceptiva que cumple todo laudo y su ejecutividad privilegiada impone atender al acto de la decisión no sólo considerándolo en su esencia genética, sino también en su función empírica y, en particular, en la eficacia jurídica que, cualquiera que sea la procedente en una valoración abstracta, se le atribuya, para fundar la calificación en lo que pristinamente sea y en aquello para lo que se quiere que sirva. Ello se traduce en que, *aunque la decisión del tercero se haya convenido sólo para completar un determinado negocio o integrar una relación jurídica incompleta, deba ser tratada a los efectos del recurso de anulación como un laudo, si se pretende atribuir al acto no la mera eficacia obligatoria que caracteriza al arbitrio, sino la específica y reforzada que la Ley 36/1988 reconoce al arbitraje –ejecución forzosa, artículo 52 excepción de arbitraje, artículo 11.1*”⁴⁷⁸.

Nos podemos hacer la siguiente pregunta ¿la actuación del centro o institución de arbitraje a la hora de determinar algunos aspectos del convenio arbitral, como la elección del árbitro, puede ser considerada como un arbitramento? Consideramos que la respuesta es negativa. Es cierto que en el centro arbitral se realizan actividades que integran algunos elementos del convenio arbitral, pero ello no supone que tenga la naturaleza jurídica de un contrato de arbitramento, puesto que va más allá, no agota su intervención en esta actividad integradora. No se limita a resolver o determinar aspectos no determinados en el convenio arbitral, sino que también resuelve conflictos de intereses entre las partes, sobre la validez y eficacia del propio convenio

⁴⁷⁸ En LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., págs. 156- 157.

arbitral o de su propia competencia para conocer el conflicto. Asimismo puede dejar indeterminados algunos aspectos del convenio arbitral sin que por ello éste sea inválido. Podemos por tanto afirmar que la Administración tiene una función integradora necesaria para el cumplimiento de sus funciones sin que por ello pueda identificarse con un contrato de arbitramento.

1.2. LOS PERITOS DIRIMENTES O PERICIA CONTRACTUAL

En este caso también se acude a una tercera persona para que, no según su criterio y arbitrio, sino según sus conocimientos técnicos, fije una obligación o determine si la obligación se ha cumplido correctamente. Será un juez o un árbitro quien, teniendo en cuenta lo establecido por el perito dirimente, determine la solución a la controversia⁴⁷⁹.

Por lo tanto tampoco en este caso estamos hablando de árbitro⁴⁸⁰. Así lo establece MONTERO AROCA cuando afirma que “lo que realmente

⁴⁷⁹ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *derecho de arbitraje español...* ob. cit. Pág. 64, también se refieren a ellos. “Conjuntamente con el arbitraje se suelen adoptar fórmulas tecnicizadas de resolución de la controversia como sucede con el Reglamento de Expertise Technique de la CCI, de París. La expertis technique consiste en la designación, por las partes o por el Presidente de la CCI, de un técnico que interviene para llevar a cabo la constatación (constat) a través de inspecciones y cálculos técnicos”. También se refiere a la “adaptation du contrat” “asumida también por la CCI, de París (...), persigue contrarrestar los desequilibrios contractuales que a menudo tienen lugar a causa de circunstancias imprevistas o no previstas por las partes, como la devaluación de la moneda o el aumento o la baja del precio del petróleo. El modo de reaccionar frente a tales circunstancias se lleva a cabo mediante las hardship clauses, que se incluyen en los contratos con el fin de llevar a cabo el reexamen de las situaciones necesitadas de solución, alcanzándose, de ese modo, una solución amigable entre los contratantes a partir de la proposición de un tercero que puede formular una recomendación o una decisión, de modo que mediante la adaptación se puede eliminar el contencioso”.

⁴⁸⁰ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *derecho de arbitraje español...* ob. cit., pág. 203, sostienen una posición distinta sin embargo al hablar de la actuación del perito en la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, en cuyo artículo 9 prevé que en caso de discrepancia en el precio de adquisición de una acción, este se fije por la apreciación de un perito nombrado de común acuerdo por la partes o en su defecto por el juez. “La propia LA admite como una forma más de arbitraje (...), al margen de lo prescrito por la LA, lo que denomina como intervención dirimente de un tercero y que, por no ajustarse a la LA, se califica de irritual o informal (...). A la vista de la ausencia de formalismo que caracteriza al supuesto contemplado en el artículo 9 LSAL (art. 3.1 LA), poco o muy poco parece acomodarse a las prescripciones de la LA, por lo que habría que concluir que se está en presencia de esta “cualquier otra forma” a que alude el artículo 3 LA, en la que dos o más personas pactan la intervención dirimente de un tercero y que, en definitiva, implica esa otra manera informal o irritual de entender y hacer posible el arbitraje al margen de la LA. En el caso concreto del tercero al que se alude, se trata de un perito con poder de dirimir, esto es, con un poder que viene caracterizado por la circunstancia misma de no poder ir más allá del que asiste a las propias partes. Más en concreto, lo que el artículo 9 LSAL consagra es la *pericia de un tercero dentro del arbitraje irritual*”. pág. 203. Asimismo justifican la consideración del perito dirimente como árbitro a pesar de que no se empleó la palabra laudo sino dictamen. Ver pág. 205.

importa es que no estamos ante arbitrajes, lo que supone como consecuencia inmediata y más importante que lo decidido por los peritos no es nunca título ejecutivo ni produce cosa juzgada. Con lo resuelto por los peritos, si una parte no cumple, habrá de acudir al proceso declarativo que corresponda o, en su caso, al arbitraje, para obtener una resolución de condena”⁴⁸¹.

Sería por lo tanto un perito que, por decisión voluntaria de las partes, ayuda a establecer con sus criterios técnicos y objetivos un elemento de la relación entre las partes, bien la obligación en sí misma bien si dicha obligación se cumplió adecuadamente.

Desde nuestro punto de vista, la diferencia entre el arbitrador y el perito dirimente se basan en dos cuestiones. El primero ha de resolver la cuestión aplicando su propio arbitrio, pero la remisión a él no se debe a ningún conocimiento técnico, unido al hecho de que su intervención es para integrar una relación jurídica sin que haya surgido conflicto alguno en la relación jurídica que se pretende integrar. El segundo, el perito dirimente, ha de actuar como tal, por lo tanto su criterio ha de ser técnico y no según su propio arbitrio, y en segundo lugar su actuación se produce una vez producido el conflicto.

Lo resuelto por ellas será considerado por el juez a al hora de dar una solución al conflicto que eventualmente enfrente a las partes. Pero la decisión del perito no tiene la eficacia de un laudo.

Si repasamos lo dicho respecto las dos figuras anteriormente analizadas, el arbitrador y el perito dirimente, es evidente que la intervención de estas terceras personas en los supuestos anteriormente mencionados no puede ser entendida como un arbitraje, pero ¿puede entenderse como una mediación?

La labor del mediador se dirige principalmente a la solución de un conflicto ya surgido. Las figuras anteriormente analizadas se desenvuelven en *etapas anteriores al conflicto en sí* o bien suponen la emisión de un informe basado en unos *conocimientos científicos* que ayuden a solucionar la controversia.

El papel del mediador no podrá identificarse con ninguno de ellos puesto que si bien éste tampoco va a decidir la solución de una controversia, su actuación no puede estar dirigida a fijar, según su criterio, determinados aspectos de una relación jurídica que las partes han dejado sin determinar,

⁴⁸¹ MONTERO AROCA. J (Dir). Ob. cit., Pág. 36.

por lo que tendrán que buscar una tercera persona (no el mediador) que lo haga por ellos, bien sea aportando esos criterios objetivos que ayuden a decidir, bien decidiendo por ellos. Tampoco podrá emitir informes según sus conocimientos técnicos para que un juez decida en última instancia.

El mediador en ocasiones informará a las partes de la situación jurídica en la que se encuentran, pero esta labor no puede ser entendida como un peritaje.

En determinados ámbitos de la mediación, como el familiar, no se permite que el mediador emita un juicio de valor que pueda inducir a las partes la solución de la controversia.

Debemos tener en cuenta que la mediación en el ámbito del consumo es a veces entendida como una propuesta que hace el mediador (según su conocimiento de la problemática) que después pueden aceptar o no las partes en conflicto. Así entendido podría tener cierta semejanza con la función de los peritos dirimientes, pero también es cierto que la función del mediador está dirigida a la consecución de un acuerdo por las partes en conflicto, no a ofrecer lo que según él, como experto en el ámbito del consumo, deban ser tomados por las partes como “criterios objetivos” a la hora de determinar su relación jurídica. El mediador puede servirse en su labor de peritos, pero él nunca será un perito para las partes. Es decir, el mediador decide en equidad, no en función de sus conocimientos técnicos (o al menos no solo en base a ellos), y sobretodo, no de manera vinculante como el arbitrador.

Por lo tanto, la función del mediador no consistirá en dar la solución que encaje en función de los hechos de un modo objetivo, sino en buscar la solución que satisfaga a ambas partes para que éstas decidan adoptarla y vincularse contractualmente a ella.

1.3.- EL ARBITRAJE INFORMAL

Nos remitimos a lo manifestado en el capítulo 2 de esta parte.

1.4.- ÁRBITROS Y AMIGABLES COMPONEDORES

Es interesante aludir, en cuanto puede tener cierta conexión con la figura del arbitraje, a la diferencia entre figura del árbitro de los amigables componedores.

A ellos se refirió BATALLA GARCÍA⁴⁸² cuando aludía a dos clases de jueces legos: “unos llamados árbitros, cuyo proceder y sentencia que se dicte, para su efectividad, ha de ser conforme a derecho, a lo alegado y probado y con las solemnidades prevenidas para los juicios ordinarios (art. 816 de la ley Rituaria) y otros que se denominan amigables componedores, los cuales decidirán las cuestiones en que intervengan con sencillez, rápida y sumariamente, sin las formalidades y recursos que autoriza la ley Procesal, es decir, según su leal saber y entender”.

Solo podían ser amigables componedores los varones mayores de edad, que se hallen en pleno goce de los derechos civiles y sepan leer y escribir.

Estos jueces legos tenían limitada su misión a avenir y reconciliar a las partes en los asuntos de índole meramente particular y privada que pudieran afectarles, excluyéndose por tanto aquellas otras cuestiones de carácter público. Debían decidir las cuestiones a ellos sometidas sin sujetarse a ninguna ley o norma más que su saber entender “limitando su acción a recibir los documentos que les presenten los interesados, a oírlos y a dictar su sentencia, deja a su prudencia y discreción el momento, forma y condiciones de la audiencia”⁴⁸³.

La diferencia entre los amigables componedores y los árbitros son recogidas por este autor estableciendo:

“El artículo 833 de la ley Rituaria, como hemos visto más arriba, está concebido en los siguientes términos: “Los amigables componedores decidirán las cuestiones sometidas a su fallo, sin sujeción a formas legales y según su saber y entender. Se limitan a recibir los documentos que les presenten los interesados a oírlos y a dictar su sentencia”. He aquí las circunstancias que determinan el carácter y naturaleza de este juicio y su diferencia esencial de los árbitros. (...) Los amigables componedores por el contrario no han de sujetarse a formas legales ni a otros procedimientos que luego expondremos. Tampoco están obligados los componedores a decidir la contienda con arreglo a derecho, sino según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada mirando las cuestiones bajo el aspecto de la equidad, de la prudencia y de la conciliación. (...), como dice Gregorio López en su glosa 10 a la ley 23, tit. 3º, Partida 3º, que sancionó la

⁴⁸² BATALLA GARCÍA, A.: *Juicio de árbitros y de amigables componedores*, Bosch, Casa Editorial., Barcelona, 1945. Pág. 58.

⁴⁸³ BATALLA GARCÍA, A.: *Juicio de árbitros...* ob. cit., pág. 86.

misma doctrina: de modo que, más bien que oficio de jueces, ejercen el de amigos y conciliadores. Por esta circunstancia, únicamente suelen someterse al juicio de que tratamos las cuestiones de poca entidad, o las que se promuevan entre personas unidas por estrechos lazos de amistad o de parentesco, y las que son tan complicadas o dudosas que es difícil resolverlas con arreglo a estricto derecho”.

Del texto leído podemos obtener muchas diferencias respecto a la mediación:

- El amigable componedor, aún decidiendo la cuestión controvertida según su saber y entender y por lo tanto no sometido a derecho, lo cierto es que *decide*, emite una sentencia o laudo (el autor utiliza indistintamente estos términos⁴⁸⁴). El mediador, en principio, no decide la solución de la controversia, son las partes las que lo hacen. Incluso cuando la mediación se concibe como una decisión del mediador que luego las partes pueden aceptar o rechazar, esta decisión nunca tendrá la consideración de laudo o sentencia sino, como hemos visto al hablar del arbitraje irritual, tendrá el mismo valor que un acuerdo privado o transacción.
- No solo pueden someterse a mediación las cuestiones de poca entidad, o promovidas por personas unidas por estrechos lazos de amistad o parentesco o de difícil resolución conforme a estricto derecho. Muy al contrario, pueden ser cuestiones de gran índole económica y a pesar de que un ámbito de la mediación muy desarrollado es la mediación familiar, también existe en sectores donde la relación entre las partes en conflicto es estrictamente económica (como en el sector del consumo); a ello debemos añadir que en muchas ocasiones se trata de conflictos que tienen una fácil solución según el derecho estricto, pero que ninguna de las partes se sentiría satisfecha con ésta solución por lo que prefieren encontrar una alternativa distinta a la estrictamente jurídica.

⁴⁸⁴ BATALLA GARCÍA, A.: *Juicio de árbitros...* ob. cit., pág. 105. “Por esta razón la ley no les impone el deber de fundar las sentencias como lo impone a los árbitros: pero será conveniente que expongan los hechos y razones en que funden su fallo, sujetándose a él a lo que se ordena en los arts. 359 y 360 de la ley Procesal, en cuando lo permitan los puntos o cuestiones sometidas a su decisión. Por la propia razón en lenguaje forense se llama laudo a esta sentencia, cuya voz, según el Diccionario de la Academia, es también sinónima de la de convenio. Para que haya laudo o sentencia se necesitará mayoría absoluta de votos.”

1.5.- LA CLÁUSULA MED-ARB

La mediación, arbitraje y conciliación son instituciones que, como regla general, se practican de forma independiente. Si embargo, en la práctica, sobre todo en países como Argentina o EEUU, en muchos casos el tercero ha de posibilitar la utilización combinada de distintos ADR si desea un mejor resultado. Surge así esta figura, constituida por una combinación entre la mediación y el arbitraje (Med- Arb) que suele ser incluida en los acuerdos de mediación o compromisos de intervención como consentimiento a la utilización combinada de éstos.

Esta combinación de los dos procesos puede ser:

- estipulada previamente por las partes en una cláusula med-arb.
- ser propuesta y aceptada en el momento que ellas terminan la mediación sin un acuerdo.
- o en el caso en que ocurra un impasse en el proceso de mediación.

¿Cuál es la razón por la que queremos combinar los dos procesos?:

1) ¿Por qué med-arb en lugar de mediación?: para asegurar una solución vinculante,

2) ¿Por qué med-arb en lugar de arbitraje?: para darle a las partes la oportunidad de resolver por auto-determinación.

Las cláusulas de med-arb hacen patente lo que venimos poniendo de manifiesto a lo largo de todo el trabajo. Cuando las partes conocen que el mediador podrá más tarde tener que decidir sobre la cuestión en un procedimiento de arbitraje, se sienten en cierta forma presionadas. En este sentido se manifestó en el Congreso Internacional de Mediación, celebrado en Italia que “Las cláusulas med-arb también tienen importancia porque a veces las personas necesitan ser amenazadas con un procedimiento vinculante, por ejemplo el arbitraje, para poder acordar. De manera que las cláusulas ayudan a que las partes arriben a un acuerdo más pronto, que se logrará en la etapa de la mediación”⁴⁸⁵.

Ciertamente, puede que esta presión favorezca la consecución del acuerdo, pero también es cierto que la fundamentación de la mediación consiste en

⁴⁸⁵ BASABE, N. E. y CATTANEO, M. R.: «MED-ARB- cuándo, cómo y porqué-», *Documentación del Congreso Internacional de Mediación*, Italia, 2000.

que las partes se sientan libres y en un contexto adecuado para alcanzar un equilibrio entre las ventajas de un acuerdo y la renuncia de sus intereses. Es decir, la mediación tiene como uno de sus objetivos el que las partes únicamente renuncien a parte de sus intereses si realmente están convencidas de ello, puesto que solo en este caso (y no tanto cuando la renuncia es por presiones externas) se conseguirá un acuerdo satisfactorio y se garantizará un mayor grado de cumplimiento.

“Por lo tanto, si la mediación y el arbitraje son ejercidos por la misma persona, la esencia de la mediación se verá vulnerada”⁴⁸⁶.

Entre las **ventajas** de este procedimiento encontramos el hecho de que se combinan la efectiva solución del conflicto (bien sea por acuerdo o por decisión del árbitro) así como la economía procesal, en el sentido de que muchas de las alegaciones o pruebas que se practiquen en uno de ellos no deberán ser repetidas en un momento posterior (respecto a esto ya nos hemos pronunciado en el apartado dedicado al arbitraje).

Sin embargo, también tiene sus **desventajas**:

- Las partes en conflicto que saben que el mediador tendrá autoridad para decidir es probable que sean menos cándidas que lo que serían en una mediación pura acerca de algunas cuestiones, como por ejemplo la manera en la que ellos priorizan sus intereses y estarán mucho menos dispuestos a aceptar resolver su disputa.
- Se encontrarán poco deseosos de ser espontáneos respecto de lo que es importante porque temerán que si no se alcanza el acuerdo el mediador transformado en árbitro use lo que le han revelado en contra de ellos

En esta situación, quizás lo más adecuado sería no informar a las partes de la posibilidad de proceder a un arbitraje posterior hasta el momento en que el “impasse” en la mediación se produzca. De esta forma las partes no se verían influidas por el posible proceso posterior y solo cuando no sea posible continuar con la mediación, pero habiéndose practicado ésta con toda libertad, plantear la posibilidad de que el mediador pase a desempeñar funciones de árbitro.

⁴⁸⁶ BASABE, N. E. y CATTANEO, M. R.: «MED-ARB- cuándo,... ob. cit.

“Cuando el neutral como mediador toma conocimiento de cierta información durante los esfuerzos por acordar que debería no ser tenida en cuenta en el proceso arbitral, nos preguntamos si es posible para el neutral levantar una “muralla china”, que estrictamente separe esa información, los insights y los puntos de vista desplegados durante las tentativas por el arreglo, del registro de las pruebas tomadas para el procedimiento de arbitraje... En la Conferencia llevada a cabo por la Sección de Disputas de la American Bar Association en Boston en 1999, Harold Abramson examinó el dilema que se presenta cuando un neutral trata de arbitrar y de lograr acuerdo en un caso. Esto es controversial y lleno de riesgo y no debe hacerse como una iniciativa ocasional. Propuso Protocolos para adoptar en algunas limitadas situaciones que hacen factible dedicarse a mediaciones reales y con todas sus instancias, que son las siguientes: el neutral y las partes consienten en el proceso combinado, el neutral es un profesional entrenado en ambos procesos, respeta la auto-determinación, no hará reuniones privadas sin consentimiento, en su papel de mediador no evaluará prueba, como árbitro no estará influenciado por la información recibida como mediador, los esfuerzos por el acuerdo no demorarán indebidamente el proceso arbitral, etc.”⁴⁸⁷.

En el área comercial hoy en día el arbitraje está probablemente a la cabeza de los métodos de resolución de disputas. En USA se pueden encontrar toda clase de combinaciones: comenzar con negociación, después pasar a mediación y al final el arbitraje. Cada vez se usan más las cláusulas de resolución de conflictos en los contratos en los que se encuentran toda clase de ADR combinados, especialmente med-arb⁴⁸⁸. En los países de latinoamérica se entrena a los abogados, mediadores y árbitros para hacerlo.

⁴⁸⁷ BASABE, N. E. y CATTANEO, M. R.: «MED-ARB- cuándo,... ob. cit.

⁴⁸⁸ PAZ LLOVERAS, E. y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (coord. científico). Libro Blanco... ob. cit., págs. 26-27. “En la fase de arbitraje, el procedimiento es similar al de un arbitraje tradicional. Se han desarrollado sistemas híbridos del procedimiento: *Med-luego-arb (med-then-arb)*: el procedimiento descrito anteriormente, salvo que se emplean distintos terceros neutrales en la mediación que en el arbitraje. Fue desarrollado con el fin de evitar conflictos, ya que se consideraba que la persona que había ayudado a redactar los primeros acuerdos en la mediación no debía de ser la misma que resolviese el arbitraje. **Mediación en la sombra (shadow-mediation)**: en esta modalidad, se emplean distintos terceros neutrales para cada una de las fases, aunque el mediador continúa como observador en la fase del arbitraje, quedando en espera, por si las partes deciden que alguno de los puntos debe quedar resuelto por medio de la mediación. *Co-med-arb*: combina aspectos de la mediación, *mediación en la sombra* y arbitraje, pero evita el tener que informar a dos terceros neutrales de forma separada sobre el caso. El árbitro acude pero no participa en las sesiones de mediación y es informado sobre el caso por el mediador. No obstante el árbitro no participa en la fase de reuniones de la mediación.”

2.- LA NOVACIÓN

La novación es la extinción de una obligación y la creación de otra nueva que la sustituye.

La novación “más que una institución material y positiva, más que un “acto”, es un efecto jurídico regulado –en ocasiones determinadas– por el Derecho positivo (...). En el vigente Derecho civil español, este efecto –la novación– viene producido por cualquier convención idónea para extinguir una relación obligatoria, sustituyéndola por otra nueva, siempre que exista –expreso o tácito (por incompatibilidad)– animus morandi o que la ley lo establezca como efecto inevitable: sólo en este sentido se puede hablar de contrato de novación, como aquel contrato típico o atípico, que, por voluntad de las partes o de la ley, produce la novación de una relación obligatoria preexistente. Por ello no es correcto hablar de contrato de novación, sino de contrato (compraventa, mutuo, etc.) novativo”⁴⁸⁹. Por lo tanto es un efecto jurídico regulado que pueden producir algunos contratos.

Es decir, la novación se identifica mejor con la idea de obligación, de relación jurídica de atribución y no tanto con la idea de contrato o negocio jurídico. En este sentido, un nuevo contrato puede extinguir, novar o modificar las obligaciones derivadas, pero no, propiamente, el contrato.

Clases de novación:

- Objetiva: es necesario un animus novandi expreso (art. 1.203 y 1204 C.c), variando el objeto o las condiciones principales, o animus novando tácito (art. 1204) por incompatibilidad entre las obligaciones (la antigua y la nueva).
- Subjetiva: tienen que cambiar los sujetos, distinguiendo entre la novación subjetiva por cambio de deudor (es un medio de extinguir) y la subjetiva por cambio de acreedor (como medio de transmitir, sin extinguir la obligación preexistente).
- Mixta: objetiva y subjetiva.

⁴⁸⁹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 119.

Si relacionamos la novación con la transacción⁴⁹⁰, PELÁEZ concluye que “si la transacción es un contrato de eliminación de una controversia siendo fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar el lugar de la primitiva, se puede concluir que la transacción produce una novación de las obligaciones anteriores. Las partes dadas las dificultades que tiene para resolver su controversia deciden eliminar la situación conflictiva que media entre las mismas y sustituirla por otra clara mediante la transacción, se dan todos los requisitos de la novación.”⁴⁹¹. El fin de la novación puede ser conseguido con otros contratos o negocios jurídicos bilaterales si en ellos puede incluirse una causa novandi. Sin embargo hay algunos contratos específicamente aptos para este efecto, que son la transacción, el compromiso y la mediación. Sin embargo en los contratos referidos, la novación que se produce, ya sea como fin en sí mismo ya como efecto eventual del mismo, siempre tienen como característica esencial componer la litis.

3.- EL MINITRIAL

Debemos destacar también la figura del minitrial, muy utilizada en Estados Unidos. Hace referencia a una especie de primera vista, antes de la iniciación del procedimiento judicial en sí, en el cual el juez trata de que las

⁴⁹⁰ La pregunta de si la transacción implica una novación de la relación jurídica precedente debe ser respondida de diferente forma en función de la teoría sobre la naturaleza jurídica adoptada.

Si tomamos como referente la *teoría declarativa*: la transacción y la novación serían figuras radicalmente distintas, puesto que la transacción se limitaría a fijar o declarar la relación primitiva. Aunque sí es cierto que existen situaciones excepcionales donde puede considerarse que la transacción tiene un efecto novatorio PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., págs. 123-124. “Ahora bien, el que en la típica transacción el efecto novatorio no se consiga, no quiere decir que no pueda hacerse una novación que implique modificación o extinción de la relación precedente de donde las partes arrancan sus pretensiones que han dado origen a la controversia. En estos casos se compone la litis, no fijando o declarando el derecho o pretensión discutida, eliminando o modificando su fuente (...). Otras veces, la novación se tiene cuando el negocio transaccional, por voluntad de las partes, elimina o sustituye o modifica al anterior. Y ello porque también expresamente se ha de entender por esa manifestación de voluntad de los transigentes que no ha fijado ni declarado nada, sino que su actividad se ha dirigido hacia la conclusión de un nuevo contrato o de otro de igual contenido del anterior, pero modificativo o extintivo del mismo” .

Si adoptásemos la *teoría traslativa*, que no lo hace la mayoría de la doctrina, sí se podría considerar que podría producirse una novación puesto que implica una modificación de la situación jurídica preexistente.

Por último si nos basamos en la *teoría constitutiva*, a pesar de que cierto sector considera que tampoco se puede decir que la transacción implique una novación, lo cierto es que no se produce una extinción de la obligación, nosotros consideramos que en este sentido también se produce una novación.

⁴⁹¹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., págs. 124-125.

partes acuerden la solución mediante la exaltación de las bonanzas de éste método sobre las desventajas del procedimiento contencioso. Es utilizado fundamentalmente por las grandes compañías y organizaciones. La preparación de un gran caso supone el examen de cantidades ingentes de documentación, ante el miedo de que se pase algún dato o de cometer algún error se propone el minitrial o tentativa de resolver el conflicto de forma no contenciosa. Consiste en una especie de simulacro en el que el tercero dirá como se resolverá el juicio de verdad.

Las diferencias de esta figura con la mediación son evidentes. Se trata simplemente de “compeler a las partes” a que lleguen al acuerdo, y con unas técnicas en cierta forma dirigidas a convencer a las partes y a tratar de llegar a “cualquier acuerdo”. Mientras que la mediación busca más una comunicación entre ambas partes que permita conseguir el acuerdo más beneficioso para ambos. Asimismo se ofrece a un tercero la posibilidad de adelantar la posible, o casi segura, resolución del conflicto en el proceso posterior, lo que supone una medida importante de presión.

Capítulo 5º:

EL PROCESO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

I. LOS ÓRGANOS QUE DESARROLLAN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

1.- AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y ÓRGANOS SUPERVISORES EN LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO

Encontramos distintos órganos que tienen atribuida la protección del consumidor y el usuario, como son:

- A nivel estatal se lleva a cabo a través de un órgano del aparato público, centralizado e inscrito en la estructura de la organización ministerial, el **Instituto Nacional de Consumo (INC)**.
- A nivel autonómico, la **Dirección de Consumo**, dividida a su vez en distintas delegaciones territoriales, vendría a ser su equivalente.
- El **Defensor del Pueblo**; figura prevista en el art. 54 de la C.E. y creada por ley en el año 1981. Tiene como objetivo la defensa de los derechos recogidos en el título I de la Constitución, dentro del cual está el de la defensa del consumidor. Tiene capacidad de supervisión de la actividad (ejecutiva eminentemente) de la Administración, y debe dar cuenta de su actuación a las Cortes Generales. El poder de investigación del Defensor del Pueblo se ejerce de oficio o a petición de parte, que puede ser un particular o una organización. Resuelve emitiendo sugerencias no vinculantes⁴⁹².
- Las **Asociaciones de Consumidores**.

Es otro de los elementos fundamentales para tratar de vencer la inferioridad que sufre el consumidor a través de su derecho a ser oídos y consultados por la Administración Pública al elaborar disposiciones legales.

⁴⁹² La figura del OMBUDSMAN finés, es similar al anterior pero limitado al ámbito del consumo y puede imponer prohibiciones a empresas concretas, respaldado por el Tribunal de Marketing, el cual puede imponerlas a través de multas. A nivel autonómico se creó en el País Vasco la figura del Arartko, que asume la defensa de los consumidores mientras no se establezca la figura del Defensor del Consumidor y usuario prevista en el estatuto autonómico.

En España las asociaciones de consumidores tienen dos papeles:

Bien pueden ser una asociación privada realizando actividades conciliadoras o mediadoras.

Bien organizaciones que asuman la representación de los consumidores en los conflictos individuales⁴⁹³.

Las asociaciones llevan a cabo algunas funciones que solo ellas pueden desempeñar, como son pleitear en nombre de los consumidores, ejercer presión social, concienciar a los consumidores de sus derechos y tratar de influir en la legislación.

Entre sus funciones destacan: interposición *de reclamaciones por la vía judicial o extrajudicial*, la representación en juicio de sus asociados para defender los intereses de éstos o los generales de los consumidores, el ejercicio de la acción de cesación en procesos administrativos, y pueden también crear sus propias oficinas de información al consumidor recibiendo y remitiendo reclamaciones, así como tratando ellos mismos de arreglar amistosamente los conflictos llevando a cabo actividades conciliadoras o mediadoras (labor que parece ir en aumento en los últimos años).

- **Las Corporaciones Locales.**

Estas cuentan con la circunstancia fáctica de la inmediatez o proximidad a los administrados, disponen de una larga tradición jurídica y administrativa de intervención en materia de protección del consumidor.

La protección del consumidor, ya sea a través del arbitraje o de la mediación, es una función eminentemente social, dado que afecta sobre todo y potencialmente a las clases sociales más desfavorecidas.

Los ayuntamientos tienen distintas funciones administrativas, entre las cuales se encuentra la función de servicio público desarrollada fundamentalmente por las OMICS. Junto a las fuentes del ordenamiento local, los municipios tienen potestad reglamentaria en las materias establecidas en el artículo 25.2 de LRBRL y tienen potestad reglamentaria en las leyes sectoriales en los ámbitos señalados por el artículo 41 de la LGDCU y en el artículo 42 de la Ley General de Sanidad. Bajo la

⁴⁹³ En Finlandia las organizaciones locales asumen más el papel de asesoría jurídica, mientras que la Asociación de Consumidores finesa desarrolla fundamentalmente la representación de intereses colectivos de los consumidores.

denominación de *Ordenanzas municipales para la defensa de los consumidores y usuarios* o el *Reglamento de participación ciudadana en materia de consumo* se han ido regulando distintos ámbitos, entre ellos el instituto de la *mediación*.

Y es por ello por lo que a pesar de que la LGDCU no exige que las oficinas de información al consumidor sean de carácter público, realmente hayan sido los ayuntamientos los que han llevado a cabo este servicio. Esta ley transforma a la actuación de los poderes públicos de un principio rector a un auténtico derecho que tutelan en primer lugar las Administraciones (OMICS) y en segundo lugar el Poder Judicial (art, 23 LGDCU).

Por lo tanto, aunque tanto el arbitraje como la mediación pueden realizarse por instituciones que no pertenezcan a la Administración Pública, el hecho de no gozar de características tan necesarias para el buen desempeño de estas funciones como son la gratuidad y el prestigio de la entidad, ha hecho que la protección del consumidor goce fundamentalmente del respaldo de la Administración.

Asimismo, actualmente, ante un conflicto de consumo los ciudadanos acuden más a las corporaciones locales y a la OMIC de la CCAA que a las asociaciones. Se trata por tanto de que entre la OMIC y las asociaciones no se produzca un reparto de competencias sino una complementación para asegurar una defensa rápida, eficaz y gratuita⁴⁹⁴.

2.- RESPECTO AL ARBITRAJE

Los órganos que estructuran el Sistema de Arbitraje de Consumo son las Juntas Arbitrales de consumo y los Colegios arbitrales. Las primeras tienen un carácter permanente mientras que los segundos están limitados a la cuestión litigiosa que se les somete.

- *Las Juntas Arbitrales de consumo:*

Es el órgano administrativo del Sistema de Arbitraje de Consumo. Aunque respecto a su naturaleza jurídica hay distintas opiniones.

⁴⁹⁴ En el caso de Vitoria, además de la OMIC, de ámbito municipal, se puede recurrir también a la Delegación Territorial del Gobierno Vasco donde sus inspectores al recibir reclamaciones actúan dando prioridad a la conciliación (denominada “buenos oficios” e incluso “labor mediadora”). Asimismo existe la Agencia Europea de Información al Consumidor del País Vasco, para los asuntos transfronterizos.

BADENAS CARPIO establece que “queda descartado que se trate de órganos judiciales porque ninguno de sus miembros puede ser de la carrera judicial ni goza del estatuto profesional de estos funcionarios. Igualmente debe desecharse la posibilidad de que se trate de órganos o entidades privadas, porque dependen económica y jerárquicamente de instituciones públicas, y están servidos, en parte, por funcionarios públicos. Hay que tomar por buena la tesis de RIVERO, que los califica de auténticos órganos administrativos, si bien, con matizaciones. Cierto, a mi juicio, que estamos en presencia de órganos que se incrustan en la organización administrativa de la que dependen (autonómica o local), lo que no está tan claro es que - como dice dicho autor- dicten actos administrativos recurribles en la vía administrativa. Salvo que el futuro Reglamento de Arbitrajes de Consumo cambie de orientación, lo que dictan las Juntas Arbitrales de Consumo no son actos administrativos (en el sentido más puro de la expresión), sino laudos arbitrales, sujetos, no a normas administrativas, sino a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”⁴⁹⁵.

Su ámbito puede ser estatal, autonómico, provincial, de mancomunidad de municipios o municipal.

Está integrada por un Presidente y un Secretario, designados por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral, sin que sea necesario que sean licenciados en derecho, aunque si es conveniente y en la mayor parte de los casos lo son.

Respecto a la vinculación de éstos con la Administración se establece que debe tratarse de “personal al servicio de las Administraciones públicas”, lo cual ha venido interpretándose de forma muy amplia de manera que el vínculo puede ser de naturaleza administrativa, laboral e incluso civil, como un contrato de arrendamiento de servicios.

La principal función de la Junta Arbitral de consumo es dirigir el procedimiento arbitral para conseguir que el Sistema Arbitral de Consumo funcione correctamente. Para ello realiza entre otras las siguientes tareas:

1. Fomento y formalización de los convenios arbitrales.
2. *Actuaciones de mediación* respecto de los conflictos planteados.

⁴⁹⁵ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., págs. 95.

3. Confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado oferta pública de adhesión.
4. Elaborar y poner a disposición de los interesados los modelos de convenio arbitral.

Consideramos que es distinta la función mediadora que realizan las Junta Arbitral de Consumo de la mediación de consumo que puede realizarse desde las propias OMICS o las Asociaciones de Consumidores. La diferencia vendría determinada en primer lugar por el momento del proceso en el que se realizan ambas, la primera una vez que el convenio arbitral se ha perfeccionado y las partes han iniciado ya el proceso de arbitraje, y la segunda cuando aún no se ha planteado la posibilidad de un arbitraje sino que es un paso previo.

En segundo lugar también pueden encontrarse diferencia en las funciones realizadas por ambas instituciones. ALVAREZ se refirió a la función realizada por la Junta Arbitral de Consumo alabando las ventajas que esta comparecencia podría tener “no solo si se logra la solución total de la controversia, sino también cuando la misma es parcialmente resuelta, o cuando ambas partes resultan convencidas de la conveniencia de suscribir un convenio arbitral, o cuando se subsana algún defecto que pudiera afectar a dicho convenio, o cuando se fija el objeto litigioso que más tarde será resuelto por los árbitros, o cuando las partes ya acuerdan proponer al colegio arbitral que en su día se designe la celebración de alguna prueba, con determinación, incluso, del perito”⁴⁹⁶. Son importantes todas estas ventajas, pero consideramos, como manifestaremos más adelante que no son estas las funciones propias de la mediación (delimitar el objeto del litigio, preparar la realización de alguna prueba o preparara el proceso de arbitraje posterior) sino que es un sistema totalmente distinto, aunque puede ser complementario.

- *Los colegios arbitrales:*

Para cada litigio concreto se constituye un Colegio Arbitral. La constitución del colegio arbitral está regulada en el artículo 11 del RDSAC, que establece la necesidad de tres árbitros:

⁴⁹⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 212.

Un *presidente*, nombrado por la Administración de la que depende la Junta Arbitral. Debe ser una persona al servicio de la Administración Pública, licenciado en derecho.

Un *representante del sector de los consumidores*, nombrado por la Asociación de consumidores en la que fue presentada la reclamación. Si la reclamación se presentó en una OMIC se elegirá por la propia Junta Arbitral o por las oficinas territoriales de consumo.

Un *representante del sector empresarial*, designado por las Asociaciones empresariales ante la Junta Arbitral. Si el empresario reclamado no forma parte de ninguna asociación empresarial adherida al Sistema Arbitral, será la Junta quien designe al representante del sector empresarial.

Actuará de Secretario del Colegio Arbitral el Secretario de la Junta Arbitral correspondiente o las personas que se designen a tal efecto. Tiene voz pero no voto y levantará acta de las actuaciones del Colegio Arbitral.

Nos vamos a centrar en la *función de mediación*. Ya observamos anteriormente que esta actividad se atribuye a las Juntas Arbitrales de Consumo por el artículo 4.b) del RDSAC, y no debe confundirse con la facultad de intentar la conciliación recogida en el 12.4 RDSAC que corresponde al Colegio Arbitral.

Es decir, que podemos distinguir dos intentos de avenencia entre las partes:

- El establecido en el artículo 4.b) del RDSAC que podemos identificar con la mediación y se desarrolla por la Junta Arbitral.
- El establecido en el artículo 12.4. del RDSAC que es una conciliación que se desarrolla por el Colegio Arbitral y no puede confundirse con la mediación. Así lo establece ABELLÁN TOLOSA cuando afirma que “no cabe confundir la labor de mediación que compete a la Junta Arbitral con la función conciliadora que fija en el artículo 12.4 para el colegio arbitral”⁴⁹⁷. Esta actuación se produce durante el trámite de audiencia, en el que el Colegio intentará conciliar a las partes, que en caso de conseguirse se recogerá en el laudo. Según el mencionado autor esta facultad de los árbitros “es potestativa, no imperativa. En el

⁴⁹⁷ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 400.

ejercicio de esta potestad, los árbitros han de actuar con sutileza y eficacia; siempre será más positivo alcanzar una solución heterocompositiva por acuerdo de las dos partes que la imposición de un laudo, pero el Colegio Arbitral ha de ser muy cuidadoso para que en el intento conciliatorio no se adelante la posición que se adoptaría en el laudo”⁴⁹⁸.

Se trata de propiciar que el conflicto quede resuelto antes de la celebración de la Audiencia arbitral.

Según ALVAREZ⁴⁹⁹ dentro de estas actividades mediadoras se incluirían:

En primer lugar procurar el *contacto de ambas partes*. La primera actuación debe ser por lo tanto el traslado al empresario del contenido de la reclamación del consumidor buscando una solución amistosa (rebajando las pretensiones de ambos u ofreciendo una solución alternativa).

En segundo lugar, *la formalización del convenio arbitral*. “si no se puede obtener ningún éxito en cuanto a la solución de la controversia, al menos si que lo sería convencer a ambas partes para que la sometan a la decisión arbitral”⁵⁰⁰.

En tercer lugar la *vigilancia de la adecuada formalización del convenio arbitral y la preparación del arbitraje* fijando las cuestiones controvertidas.

Destacamos lo manifestado por este autor respecto a la *necesaria separación de las funciones mediadoras y decisorias*. Manifiesta que “[L]a realización de esta actividad mediadora, a priori, es suficiente para que quien las desarrolle quede imposibilitado para participar en el subsiguiente colegio arbitral, conforme a las razones que más atrás se expusieron, en orden al prejuicio que puede haberse formado como consecuencia de aquella. Naturalmente se entiende que aquí la voluntad de las partes sigue siendo soberana. A ello se debe añadir, como también más atrás se advirtió, que es peligroso acumular en una misma mano las funciones mediadoras y decisorias, no solo porque quien las detente se puede dejar caer en la

⁴⁹⁸ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 428. El autor continúa manifestando en dicha página “El RDAC establece que la conciliación obtenida se incorporará al laudo: esta es una gran ventaja, puesto que así el acuerdo adquiere eficacia de cosa juzgada. Alguna doctrina (BADENAS CARPIO, J. M.) se muestra contraria a estas consecuencias y sostiene que una conciliación no puede adquirir eficacia de cosa juzgada”.

⁴⁹⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 131.

⁵⁰⁰ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 131.

tentación de estimular a la solución medida sirviéndose de la amenaza de una ulterior decisión más perjudicial, sino porque aunque tal comportamiento no se haya efectivamente seguido, las partes pueden sentirse compelidas por la posición de juzgador que tendrá más tarde quien inicialmente es sólo un mero mediador”⁵⁰¹.

3.- RESPECTO A LA MEDIACIÓN: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS OMICS

La Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) es un servicio público y gratuito que el Ayuntamiento presta a los vecinos.

Es un servicio de información y orientación destinado a los consumidores y usuarios para que puedan ejercer adecuadamente sus derechos básicos como consumidores de productos y bienes, así como para la utilización de diferentes servicios, indicando, cuando sea necesario, dónde dirigirse exactamente para solucionar los problemas. La O.M.I.C. también soluciona y ofrece respuestas a las quejas, dudas y reclamaciones.

¿Quién puede utilizar la OMIC?

Las personas que compran bienes y/o utilizan servicios como destinatarios finales.

No pueden utilizar los servicios de la OMIC aquellas personas que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios sin ser destinatarios finales

Éstos suelen dirigirse a ellas bien para informarse *antes* de comprar un bien, como una vivienda, un coche, un mueble, un electrodoméstico, etc., o de contratar un servicio, como seguros, obras, bancos, viajes, reparación de coche, bien para informarse sobre como presentar una queja o reclamación *después* de cualquier situación en que haya tenido problemas con sus derechos.

La OMIC no puede intervenir:

- Cuando son relaciones privadas entre particulares.
- En cuestiones iniciadas en vía judicial o en las que ya haya recaído sentencia judicial.

⁵⁰¹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 132.

- Cuando la reclamación es contra una Administración Pública.

Las principales funciones de las OMICS son:

En general:

- Informar a los ciudadanos sobre cómo defender sus derechos de consumidores y usuarios en la compra de bienes y en la utilización de servicios,
- Recibir quejas, denuncias y reclamaciones de consumidores y usuarios y remitirlas a entidades u organismos correspondientes.
- Indicar las direcciones y principales funciones de otros centros públicos o privados relacionados con temas de consumo.
- Realizar tareas de educación y formación en materias de consumo.

Las OMICS públicas tienen otras funciones:

Preceptivas:

- Autorización y registro de productos y servicios
- Productos o servicios suspendidos, retirados o prohibidos por su riesgo o peligrosidad para la salud o seguridad de las personas.
- Sanciones firmes impuestas por infracciones relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios.
- Regulación de precios y condiciones de los productos y servicios de uso común, ordinario y generalizados.

Facultativas:

- Tareas de educación y formación en materias de consumo
- Apoyar y servir de sede al sistema arbitral para dilucidar conflictos de intereses.
- Recabar información directamente de los organismos públicos
- Facilitar los resultados de los ensayos, análisis o controles de calidad realizados.
- *Mediar*, buscando soluciones por acuerdo entre las partes, en las quejas y reclamaciones

¿Por qué se crean los servicios de mediación? Porque se observó que los servicios prestados por lasOMIC eran servicios considerados como compartimentos estanco y el personal adscrito a él difícilmente podía solucionar los problemas planteados por falta de formación, de tiempo..., de forma que las tareas se reducían a una labor meramente informativa por lo que, el intento de ofrecer un mejor servicio, que fuera eficaz provocó la búsqueda de alternativas que ofrecieran una solución amistosa del problema, como por ejemplo a través de las mediaciones.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Es evidente la vinculación que guarda el proceso de mediación con el de arbitraje puesto que se desarrollan por los mismos órganos y se considera que ésta es un paso anterior al arbitraje. Sin embargo es cierto que ambos se diferencian en que mientras el arbitraje es un procedimiento *alternativo* a la jurisdicción, y por lo tanto excluye la posibilidad de recurrir a ésta, la mediación es un sistema *complementario* a la jurisdicción (dado que no tiene un laudo ni un efecto de cosa juzgada, según analizaremos más adelante).

1.- ESPECIALIDAD

Esta especialidad del proceso de arbitraje viene definida por el artículo 31 de la LGDCU y por una norma especial, RD 636/1993 de 3 de mayo. Se basa en algunos aspectos que ya hemos analizado: la cualidad de los sujetos (puesto que se dirige exclusivamente a los consumidores y usuarios), por el ámbito objetivo (son objeto del arbitraje las quejas o reclamaciones en relación a los derechos legalmente reconocidos), el órgano de decisión (Colegio arbitral), su configuración y designación⁵⁰².

En este sentido, la mediación, puesto que coincide en todos los aspectos con el arbitraje, excepto en el órgano de decisión (que sin embargo también debe tener una forma de designación y configuración específica) debe ser

⁵⁰²MARTINEZ GARCÍA, E: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil: (novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.

entendida como una institución de carácter especial, y por lo tanto diferente de otras figuras y necesitada de una atención exclusiva.

2.- ADMINISTRATIVIZACIÓN

La LA de 1988 admitió por primera vez la institucionalización del arbitraje, que supone que el arbitraje va a ser desarrollado a través de entidades públicas.

Es decir, que actualmente las partes pueden optar entre:

- Regular ellas mismas el arbitraje (arbitraje “ad hoc”), debiendo nombrar ellas a los árbitros, establecer las normas del procedimiento, los efectos, etc., respetando siempre las normas imperativas de la LA⁵⁰³.

- Encomendar el arbitraje a una institución especializada, que cuenta con árbitros específicos y un procedimiento recogido en sus estatutos. La institución arbitral puede ser entendida como “una persona moral que asume la función de gestionar y administrar el arbitraje mediante la aplicación de un Reglamento que protocoliza notarialmente y que las partes aceptan en orden a que sus cuestiones litigiosas sean resueltas”⁵⁰⁴.

Entre las instituciones a las que puede encomendarse el arbitraje encontramos, según el artículo 14 LA 2003:

- Las Corporaciones de derecho público que prevean en sus normas reguladoras el desempeño del arbitraje, en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.

- Las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos prevean funciones arbitrales.

En algunos países los conflictos de consumo se resuelven en el marco privado. En España la Administración es protagonista, es una institución permanente que presta su organización para la designación del colegio, el otorgamiento del convenio arbitral, etc. Esto se ha justificado por la

⁵⁰³ En este caso, si las partes no se ponen de acuerdo en el nombramiento del árbitro, tendrán que acudir a la formalización judicial del arbitraje.

⁵⁰⁴ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 132.

necesidad de asegurar, a favor de los consumidores, la imparcialidad del órgano arbitral⁵⁰⁵.

Como ventajas de la institucionalización del arbitraje encontramos, el prestigio y la confianza que ofrece una institución que se dedica única y exclusivamente a esta cuestión, la vigilancia constante del procedimiento y de la actuación de sus órganos, así como la existencia de un árbitro siempre disponible en caso de renuncia, recusación o imposibilidad de los árbitros designados⁵⁰⁶.

Sin embargo esta cuestión plantea algunos problemas. La Administración podría basarse en la información obtenida durante el proceso de arbitraje para adoptar determinadas medidas (sin perjuicio de la protección administrativa). Sin embargo esta situación se ha evitado mediante la distinción de las funciones de juez y árbitro, estableciendo incompatibilidades para desarrollar ambas funciones conjuntamente.

También la mediación puede encontrarse con esta problemática, puesto que a pesar de que la mediación puede desempeñarse a través de asociaciones privadas, la presencia de la administración en estos casos es también muy evidente, y los consumidores suelen dirigirse más a las OMIC que a éstas. Por lo tanto también es una institución fuertemente administrativizada.

⁵⁰⁵ Entre las ventajas establecidas por MONTERO AROCA: ob. cit., pág. 64-69, encontramos: la preexistencia de un procedimiento (lo que agiliza el inicio del arbitraje), el control de la institución arbitral del laudo emitido por su árbitro y la posibilidad de disponer de servicios y medios adecuados para facilitar el arbitraje.

⁵⁰⁶ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 47. “En especial las Cámaras de Comercio y los Colegios de Abogados son los llamados a ser los principales protagonistas del arbitraje institucional, o lo que es lo mismo, del arbitraje en su conjunto, porque se puede afirmar que, sin lugar a dudas, la ley establece una clara preferencia por este tipo de arbitraje. Hasta el punto de que si las partes hubieran designado directamente los árbitros (arbitraje ad hoc), y éstos o alguno de ellos no aceptasen o estuvieran imposibilitados para emitir el laudo, no cabe acudir a la vía judicial para poner en marcha el arbitraje. Por el contrario, si hubiera sometimiento a un arbitraje institucional, la institución prevista en el convenio podrá decidir las eventualidades que surjan con ocasión de la renuncia, recusación o imposibilidad de los árbitros designados. Con la gravedad de que “salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia si los árbitros hubieran sido designados directamente por las partes y todos o algunos de ellos no aceptasen o no pudieran emitir el laudo arbitral”. Por eso, resulta desaconsejable la utilización del arbitraje ad hoc. Bastará que el árbitro designado por la parte reticente no acepte, renuncie o quede imposibilitado para emitir el laudo, para que el procedimiento arbitral quede obstruido y expedita la vía de los tribunales de justicia para la resolución de la controversia.”

Sin embargo, consideramos que es más complicado establecer un límite a la actuación administrativa de la mediación. Como hemos visto es muy complicado pensar que un árbitro que luego pudiera decidir como juez la misma controversia, puesto que evidentemente se vería mediatizado en su decisión por lo acontecido en el arbitraje. Por ello se han separado las dos funciones muy claramente. Por lo tanto esta “filtración” de información es difícil que ocurra en un proceso judicial dado que no podrá adoptar medidas judiciales simplemente con lo acontecido en un procedimiento arbitral.

Sin embargo esta limitación no está tan clara si permitimos que los órganos que participen en ambos procesos sean los mismos. Es decir, que los problemas mencionados pueden agravarse si, como parece, los órganos arbitrales *cumplen además funciones de mediación*⁵⁰⁷ porque la diferenciación de funciones no es tan clara, ni en relación a los árbitros ni en relación a los jueces. Con facilidad la mediación puede desembocar en presiones más o menos sutiles, a veces, difíciles de resistir, sobre todo en localidades pequeñas o medianas.

3.- VINCULACIÓN AL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Este principio rige como norma general en el proceso civil y supone que corresponde a las partes litigantes decidir sobre si acuden o no a la jurisdicción para la satisfacción de un interés privado que solo a ellos corresponde.

En el arbitraje impera este principio, de forma que otorga al proceso distintos caracteres:

- Solo puede iniciarse a instancia de parte, sin que pueda hacerlo de oficio el árbitro o la institución arbitral.
- El objeto del arbitraje solo puede ser determinado por las partes a través de sus alegaciones y peticiones.
- Las partes de común acuerdo pueden terminar las actuaciones arbitrales antes de que se dicte el laudo por el árbitro, bien sea desistiendo de la demanda el demandante sin oposición del demandado (art. 38.2.a LA 2003), bien sea dando por terminadas las

⁵⁰⁷ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob. cit., págs. 775-776.

actuaciones (art. 38.2.b LA 2003), o bien alcanzando un acuerdo que sea recogido por el árbitro en el laudo (art. 36 LA 2003).

- La peticiones de las partes vinculan al árbitro, que no puede conceder más de lo pedido por las partes ni otorgar cosa diferente, ni dejar de resolver sobre alguna petición.

Este principio también rige el proceso de mediación, de forma que consideramos extrapolable lo afirmado en relación a la necesaria iniciación a instancia de parte, a la determinación del objeto de la mediación por las propias partes tanto a través del contrato de mediación como por sus alegaciones a la hora de hacer la reclamación ante el órgano mediador, y a la terminación anticipada del proceso por decisión de las partes (no solo de las enfrentadas por el conflicto sino también por el mediador).

Sin embargo este carácter dispositivo tiene una relación directa con la vinculación de las partes a la decisión del tercero. Y esta vinculación, o mejor dicho, voluntariedad del proceso tiene un alcance diferente en el arbitraje y en la mediación. En el arbitraje las partes son libres para someterse al procedimiento arbitral, si bien una vez formalizado el convenio éstas se encuentran vinculadas al mismo y deben someterse al laudo arbitral. La vinculación es hasta el final del proceso, pudiendo alegar la excepción de arbitraje en el caso de que uno de ellos quisiera desvincularse del mismo.

En mediación esa voluntariedad se manifiesta tanto al inicio del proceso como al final, en el sentido de que no se vinculan a la decisión del mediador hasta que ésta ha sido emitida. Es decir, el proceso es voluntario desde el principio hasta el final no existiendo una excepción de mediación que impida conocer el litigio a la jurisdicción. La pregunta que se plantea entonces es a qué vincula entonces la formalización del convenio o contrato de mediación. A esta pregunta daremos respuesta en el capítulo siguiente.

4.- COMPLEMENTO JURISDICCIONAL Y ARBITRAL

Es evidente que entre el proceso jurisdiccional, el arbitral y el de mediación existe una relación de interdependencia.

Vamos a analizar diversas cuestiones:

- La vinculación entre el proceso jurisdiccional y el arbitral.

- La vinculación entre el proceso jurisdiccional y el de mediación.
- La vinculación entre el proceso arbitral y el de mediación.

Respecto a la primera cuestión, la **vinculación entre el proceso jurisdiccional y el arbitral**:

Ya hemos afirmado en varias ocasiones que el arbitraje es un sistema *alternativo* al jurisdiccional. Esto supone que si para la solución de nuestras controversias optamos por un procedimiento arbitral, no podremos acudir al jurisdiccional. Las partes se vinculan a pasar por lo acordado por el árbitro en lugar de lo que hubiera acordado el juez. En cierto sentido se considera que a través del arbitraje se está otorgando la protección jurisdiccional (el arbitraje es una manifestación de esa protección jurisdiccional). Pero esta opción debe ser voluntaria y nunca impuesta para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se plantea la problemática de si los tribunales arbitrales pueden estar conculcando lo establecido en el Título VI de la Constitución, y concretamente el artículo 117.5 que establece que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales.

Es decir, la pregunta es ¿los árbitros están administrando justicia? La respuesta a esta pregunta va a depender de la naturaleza que se otorgue al arbitraje, ya tenga carácter contractual o jurisdiccional, cuestión a la que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, si lo que preguntamos es si mediante el arbitraje se elimina la posibilidad de obtener la tutela de los jueces, la respuesta debe ser negativa, en el sentido de que no conculcan el Poder Judicial del Estado⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 136. “[L]a “jurisdiccionalización” del arbitraje sólo posee una proyección exclusivamente funcional en la medida en que únicamente sirve para justificar un enjuiciamiento de modo similar al que realizan los Jueces y Tribunales estatales. Pero nada más (...). Por ello, una pretendida jurisdiccionalización de Tribunales y Cortes arbitrales sólo puede ofrecer una respuesta satisfactoria en la medida en que la labor de enjuiciamiento o de iurisdictio –si se quiere– que se realiza, sea entendida como acentuación del carácter procesal y garantista que llevan a cabo, ya que el resultado final esto es, el laudo, es esencialmente procesal, puesto que si así no se entendiera se desconocería el fundamental “derecho al debido proceso sustantivo” arbitral, impidiéndose la garantía de la tutela procesal efectiva. Por ello, y concluyo, la labor que realizan Tribunales y Cortes arbitrales no es jurisdiccional, sino procesal.”

No podemos considerar que los árbitros juzgan en vez de los jueces o, mejor dicho, no puede ser interpretado como que los árbitros tiene las mismas facultades que los jueces (por lo pronto no pueden hacer cumplir lo que se decidió en un laudo, puesto que no tienen la facultad de ejecución). Por estas razones es necesaria una *asistencia y control* del sistema jurisdiccional sobre el arbitral, de forma que a través de la conjunción de ambas se ofrezca en toda su amplitud las garantías a ese derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Estas funciones de asistencia y control de los tribunales sobre el arbitraje vienen recogidas en el artículo 8 de la LA de 2003, donde se establecen los tribunales competentes para el desarrollo de las diversas funciones, que son:

- A través de la formalización judicial del arbitraje⁵⁰⁹, cuando las partes no se ponen de acuerdo en la designación de los árbitros (art. 15.3 a 5 LA 2003)⁵¹⁰.
- En el periodo de prueba, cuando solicitan el auxilio de los jueces para realizar las pruebas que los árbitros por sí mismos no pueden hacer (art. 33 LA 2003).

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria...* ob. cit., pág. 186. “El mejor arbitraje es aquel que en ningún momento de su desarrollo necesita de la intervención de los jueces y tribunales estatales. A pesar de ello, la LA prevé esa intervención para cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros, en cuyo caso se procederá a instancia de cualquiera de ellas a la llamada formalización judicial del arbitraje. De esta modo la LA prevé en su Título VI la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional, regulándose de ese modo en el seno de la propia LA un proceso declarativo especial sobre formalización judicial del arbitraje que sigue, básicamente, los trámites del juicio verbal (art. 39.3 LA)”.

⁵¹⁰ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., pág. 33-34. “¿en qué consiste la intervención jurisdiccional, o formalización judicial de arbitraje que regulan los artículos 38 a 44 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre?. Pues, consiste en un juicio declarativo especial, por razón de la materia, por el cual, las partes que no se ponen de acuerdo en la designación de los árbitros, pueden solicitar del Juez de Primera Instancia del lugar donde deba dictarse el laudo, o en su defecto, a elección del actor, del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados (art. 39.1 la), su designación de conformidad con el procedimiento que regula el Título VI de la Ley de Arbitraje. Discrepo del parecer de ORTIZ NAVACERRADA, Según el cual, la intervención jurisdiccional puede servir también para determinar la cuestión litigiosa cuando falte la voluntad inequívoca de las partes de someter algún asunto a arbitraje; por que en tal caso, o bien carece de validez el convenio arbitral por falta de voluntad inequívoca y, por tanto no hay lugar al arbitraje, o hay que reconocer el parecer mayoritario, seguido por O’CALLAGHAN y GULLÓN BALLESTEROS, entre otros autores, según el cual, la formalización judicial del arbitraje tiene como única función (a diferencia de lo que significaba esta expresión en la Ley de 1953) la designación de los árbitros. Pues, como dice la Exposición de Motivos, «tal intervención se ha reducido a la estrictamente necesaria», encomendándose a los árbitros en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje”.

- A la hora de adoptar medidas cautelares (art. 11.3 LA de 2003) y provisionales que garanticen la ejecución del laudo ante el que se haya interpuesto recurso de anulación (art. 8.3 LA de 2003 en relación con el artículo 724 de la LEC).
- Para la ejecución forzosa del laudo (art. 44 y 45 LA de 2003).
- A través del control judicial de los laudos mediante la acción de anulación, cuyo conocimiento corresponde a la Audiencia Provincial (art. 40 y ss. LA de 2003).
- A través del exequátur de los laudos extranjeros (art. 46 LA de 2003).

Una de las aportaciones más importantes de la LA de 2003 es por tanto la clarificación de la relación entre el proceso judicial y el arbitral, dejando claro en su artículo 7 que en los asuntos que se rijan por la LA no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos que ésta así lo disponga⁵¹¹.

Respecto a la vinculación entre el **proceso jurisdiccional y el de mediación**:

También existe incompatibilidad con el proceso judicial, en el sentido de que el proceso de mediación debe ser un proceso autónomo que se desarrolle al margen de éste.

Tanto es así que, según vimos, las leyes de mediación familiar requieren que se suspenda el proceso eventualmente abierto en el momento en el que el juez considere que es posible llegar a un acuerdo. Esta suspensión se basa en el posible retroceso que puede sufrir la negociación por lo que vaya aconteciendo paralelamente en el juzgado. Lo mismo ocurre en la mediación en el ámbito de consumo, dado que entre los requisitos establecidos por las OMIC para que un conflicto sea mediable se establece que no se trate de cuestiones iniciadas en vía judicial o en las que haya recaído sentencia.

Sin embargo la mediación no es expresión de la protección jurisdiccional, es decir, la no intervención del juez en el proceso no es debido a se haya sustraído de su conocimiento el conflicto que esta siendo mediado, sino que se debe a que la mediación tendrá mejor resultado si la intervención judicial se produce una vez acabada ésta. Por lo tanto la mediación no excluye ni el

⁵¹¹ CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F.: «Valoración crítica de la Nueva ley de Arbitraje» en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 99 (2ª época), enero de 2004, pág. 60.

sistema de protección administrativa ni el judicial sino que se *complementan*. Por ello se dice que los sistemas alternativos de solución de conflictos *no pueden excluir la posibilidad de acudir a la protección jurisdiccional*.

La STC 4/1988, de 21 de enero explica los problemas de la implantación de medios no jurisdiccionales de solución de conflictos. “[E]l derecho a accionar judicialmente en defensa de los derechos o intereses puede ser válidamente retardado, si ello no acarrea la pérdida o extinción del derecho mismo cuya tutela se pretende o de su posible ejercicio y defensa posterior, ni supone indebida o irrazonable dilación en la posibilidad de instar y obtener una resolución judicial sobre la pretensión correspondiente. También puede someterse el derecho a la tutela judicial a condiciones previas a su ejercicio que impliquen la búsqueda de una solución extrajudicial de la controversia, incluso con procedimientos dirigidos por órganos administrativos, intención ésta de satisfacción de los derechos materiales o intereses de las partes que en nada se contradice con el carácter de remedio último del proceso, siempre que éste quede accesible tras el fracaso de esas vías extraprocerales previas y que éstas se orienten efectivamente a tal intención”⁵¹².

En mediación, la intervención judicial, aparte de lo establecido en líneas anteriores, se limita a la *homologación* del acuerdo ya alcanzado, cuando la mediación ha sido un éxito.

Por último, la **vinculación entre el proceso de mediación y el proceso arbitral**:

Debemos afirmar que ambos procesos se encuentran muy vinculados por la propia naturaleza de los mismos.

Según está concebida en la actualidad, la mediación es un *paso anterior* al proceso arbitral. La mediación que se administra institucionalmente, que es la más utilizada, está incluida dentro del proceso de arbitraje como una etapa más. Es decir, se recurre a la mediación:

- Como un paso previo a que el árbitro entre en conocimiento del conflicto, para tratar de llegar a una solución consensuada.

⁵¹² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 138.

- Como una actuación posible durante el proceso de arbitraje, es decir, una vez que el árbitro ha entrado a conocer el conflicto en cuestión.

Cuando se concibe como un paso previo al arbitraje en sí, la mediación formaría parte de lo que se denomina *procedimiento prearbitral*.

El procedimiento prearbitral y el administrativo tienen características en común, como es el establecimiento de garantías de lo que acontezca más tarde. Sin embargo el procedimiento prearbitral no es garante de los intereses generales sino que busca proteger el interés particular de los intervinientes rigiéndose fundamentalmente por la autonomía de la voluntad, por lo que aunque el procedimiento prearbitral consiste en una actividad administrativa se basa en una relación de derecho privado preexistente entre las partes. En este sentido se identifica el procedimiento prearbitral con la jurisdicción voluntaria.

El procedimiento prearbitral se identifica también con el periodo de tiempo en el cual se ha recibido una solicitud de arbitraje y esta solicitud ha de ser estudiada por la institución administradora del arbitraje. Este procedimiento prearbitral, suele concluir bien con una resolución del centro o institución de arbitraje por el que se acepte el arbitraje solicitado y por lo tanto la constitución del órgano de resolución del conflicto; o con una resolución en sentido contrario, rechazando la administración de arbitraje.

Pero existen formas anormales de conclusión del proceso prearbitral que son aquellas que no se producen como consecuencia de un pronunciamiento sobre la solicitud presentada, ya sea positivo o negativo, sino como consecuencia del desistimiento o allanamiento de las partes, de la acumulación a otro expediente prearbitral, la caducidad del expediente, o, podemos añadir, la desaparición del objeto del arbitraje, a través de la mediación o transacción⁵¹³.

⁵¹³ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 223. “Puesto que el centro arbitral no es competente para pronunciarse sobre la desaparición del objeto, la confusión, la renuncia a la acción y el allanamiento o la transacción respecto de las pretensiones, estos supuestos deberán vehiculizarse mediante el desistimiento del arbitraje.

Las consecuencias jurídicas de los referidos supuestos no pueden ser valoradas por el centro arbitral porque no forman parte de aquello que es de su competencia. Se trata, por ejemplo, de la desaparición del objeto o de la confusión de las partes en el procedimiento arbitral, y, en términos generales, se trata de pretensiones que las partes deberán formular ante el árbitro durante el procedimiento arbitral y que implicarían prejuzgar sobre el fondo de la cuestión litigiosa, es decir, que comportaría una extralimitación de facultades, con la consiguiente nulidad de los actos del centro arbitral por manifiesta incompetencia, así como la responsabilidad que contempla el artículo 16 LArb”.

Aquí es donde podemos encontrar la relación entre la mediación y el arbitraje. La mediación está siendo desarrollada como uno de esas formas de terminación del procedimiento arbitral motivada por la desaparición del objeto de éste a través de la conclusión de un acuerdo. No existe conflicto que someter al arbitraje.

En algunas Juntas Arbitrales la solicitud de arbitraje se denomina “de arbitraje y/o mediación”.

Deberá dejarse constancia en dicha solicitud si se quiere intentar previamente la mediación antes de entrar en el arbitraje en sí. Solo en el caso de que la mediación no fuera exitosa se acudiría al arbitraje.

Precisamente por este carácter prearbitral la mediación goza, como el procedimiento arbitral, de un importante carácter administrativo.

A parte de esta vinculación como parte del proceso arbitral, ya comentamos en páginas anteriores que existen también las denominadas *cláusulas med-arb*, donde las partes se vinculan de forma sucesiva primero a la mediación, y para el caso de que ésta fracase el arbitraje. Lo polémico de estas cláusulas es que el mediador y el árbitro pueden ser la misma persona. Según comentamos esta situación puede tener ciertas ventajas (como una cierta presión en las partes a la hora de la negociación y ahorro de tiempo) pero veíamos que se desvirtuaba la propia esencia de la mediación.

Ciertamente, puede que esta presión favorezca la consecución del acuerdo, pero también es cierto que la fundamentación de la mediación consiste en que las partes se sientan libres y en un contexto adecuado para alcanzar un equilibrio entre las ventajas de un acuerdo y la renuncia de sus intereses. Es decir, la mediación tiene como uno de sus objetivos el que las partes únicamente renuncien a sus intereses si realmente están convencidas de ello, puesto que solo en este caso (y no tanto cuando la renuncia es por presiones externas) se conseguirá un acuerdo satisfactorio y se garantizará un mayor grado de cumplimiento.”Por lo tanto, si la mediación y el arbitraje son ejercidos por la misma persona, la esencia de la mediación se verá vulnerada”⁵¹⁴.

⁵¹⁴ BASABE, N. E. y CATTANEO, M. R.: «MED-ARB- cuándo... ob. cit.

Observamos que en la práctica de los mediadores en España, la mayoría de los mediadores consideran que no es posible desarrollar ninguna actuación posterior en el caso de haber sido mediador, respuesta que nos parece muy adecuada con respecto a la propia esencia de la mediación. Aquellos que consideran que el mediador sí puede realizar actuaciones posteriores se limitan al traslado de actuaciones que se produce en caso de no llegar al acuerdo, pero nunca llegará a ser el árbitro de la misma controversia. Por lo tanto se excluye la posibilidad de desarrollar cualquier labor decisoria posterior a la mediación sobre el mismo conflicto.

Pero en el caso de que el mediador pudiera desarrollar funciones posteriores consideramos que lo más adecuado sería *no informar a las partes* de la posibilidad de proceder a un arbitraje o a cualquier otra actuación posterior hasta el momento en que el “impasse” en la mediación se produzca. De esta forma las partes no se verían influidas por el posible proceso posterior y solo cuando no sea posible continuar con la mediación, pero habiéndose practicado ésta con toda libertad, plantear la posibilidad de que el mediador pase a desempeñar funciones de árbitro.

La mediación puede producirse también *una vez iniciado el proceso arbitral*.

Es lo que la LA de 2003 ha recogido como *laudo por acuerdo de las partes*.

El artículo 36 establece que “1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminada las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. 2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”.

En este sentido se establece que, una vez concluido el proceso de mediación de forma exitosa, es decir, con acuerdo, las partes pueden solicitar al árbitro (que será otra persona distinta del mediador) que lo recoja en el laudo de forma que el acuerdo tenga los mismos efectos que el laudo arbitral.

De esta situación se infiere que el proceso de mediación tiene que haberse seguido *una vez iniciado* el proceso arbitral, es decir, una vez que el árbitro

ya conoce del litigio. Esto supone que se puede considerar que con la mediación ya se inicia el proceso arbitral (la solicitud de mediación es una solicitud de arbitraje y mediación en realidad) de forma que luego podemos acudir al árbitro que hubiera conocido de nuestro litigio en caso de no prosperar la mediación, o bien que el proceso arbitral se ha suspendido al intentarse la mediación y luego se reanuda simplemente para recoger el acuerdo alcanzado.

5.- GRATUIDAD

La LA de 2003 establece que el arbitraje ha de ser remunerado por lo que determina las normas necesarias para asegurar los honorarios de los árbitros.

Así el artículo 21.2 de la LA 2003 establece que “salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren”.

A pesar de ser un sistema remunerado, una de las ventajas más predicadas del arbitraje es su economicidad frente al sistema jurisdiccional. Sin embargo ésta ha sido puesta en tela de juicio por algunos autores. Las razones que se aducen son varias.

Por un lado los honorarios de los árbitros dependerán de su profesión de origen, así serán abogados o profesionales expertos en la materia en cuestión cuando se trate de un arbitraje de equidad. Si además es un arbitraje administrado habrá de satisfacer los gastos ocasionados a la Institución por esta cuestión. A ello debemos añadir que cada parte podrá acudir sola o por medio de representante (art. 30.2 LA 2003), con los gastos de asistencia letrada que esto supone. Por último es posible la necesidad de recurrir a algún perito o que se quiera protocolizar el laudo, y estos gastos deberán también asumírselos las partes (art. 37.8 LA 2003)⁵¹⁵.

⁵¹⁵ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral de Reclamaciones de consumo*, Generalitat de Valencia, Conselleria de Sanitat i Consum. Valencia. 1993, págs. 17-18.

Sin embargo, El arbitraje de consumo es *gratuito* salvo lo establecido para la práctica de las pruebas a instancia de parte (artículos 10.1 y 13.2 RDSAC). De esta forma, los gastos anteriormente dichos se ven realmente reducidos por la gratuidad del sistema arbitral de consumo.

En mediación, en general los gastos de prueba son menores dado que solo practican por acuerdo de ambas partes, no por decisión del mediador, y por lo tanto los gastos son compartidos o son abonados por quienes deciden ambas partes de común acuerdo.

Pero tratándose de la mediación en el ámbito del consumo, y dada la vinculación que existe entre ambos procedimientos, así como el reconocimiento por parte del la RDSAC (art. 4.b) de que entre las funciones de las juntas arbitrales está llevar a cabo funciones mediadoras, debemos afirmar que la mediación debería gozar del mismo carácter gratuito cuando se trata de un sistema administrado.

El artículo 13.3 del RDSAC establece que solo se puede condenar en costas por la práctica de la prueba y cuando se aprecie mala fe o temeridad. Debemos matizar sin embargo que en mediación no se debería llegar a la situación de tener que condenar en costas por mala fe o temeridad, dado que en el momento en el que el mediador apreciara cualquiera de estas dos circunstancias interrumpiría el proceso, al menos en mediación familiar.

Aún así consideramos necesario que la mediación sea considerada como gratuita a efectos de poder dar a conocer este principio y favorecer el desarrollo del sistema.

A pesar de que se afirma que una de las ventajas de la mediación es su bajo coste para las partes, debemos afirmar que esto será cierto siempre y cuando no haya que aportar peritos que deba pagar aquella parte que lo propone. Además será cierto solo cuando la mediación haya sido satisfactoria en algún aspecto, al menos a una satisfacción moral o personal; ya que si no se alcanza el acuerdo y es necesario acudir a otro sistema de solución de conflictos, bien sea el arbitraje o bien el proceso judicial, puede suponer quizás más un encarecimiento. De ahí la importancia de asegurar que el recurso a la mediación no es otra traba más que encarece el sistema así como de asegurar que tiene cierta eficacia, no debiendo convertirse en un mero trámite administrativo.

Ciertamente debemos tener en cuenta que el hecho de no tener que pagar a un abogado y un procurador ya es un dinero importante ahorrado.

6.- CELERIDAD

El artículo 31 de la LGDCU establece como única previsión que el arbitraje se realizará “sin formalidades especiales”. Sin embargo es evidente que existen una serie de límites a dicho informalismo. El arbitraje como proceso a través del cual se garantizan ciertos derechos subjetivos constitucionales no puede dejarse enteramente a la autonomía de la voluntad de las partes, sino que necesita que se respeten algunos principios mínimos orientadores del procedimiento⁵¹⁶ a través del cual se desarrolla.

El artículo 24 LA de 2003 enumera el de audiencia, contradicción e igualdad.

El carácter informal del arbitraje tiene por lo tanto un límite, el respeto a los principios anteriormente citados. Tanto las instituciones arbitrales como las partes tienen libertad para establecer el procedimiento arbitral que ellas consideren más adecuado, pero deben respetar estos principios no solo como esencia de lo que se entiende por arbitraje sino también como esencia de un proceso con las debidas garantías.

Por ello, la no observancia de tales principios permite a las partes solicitar a la Audiencia Provincial la anulación del laudo dictado. El antiguo artículo 45 de la LA de 1988 recogía expresamente en su párrafo 2 la anulación del laudo cuando “en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley”. El actual artículo 41 recoge entre los motivos de la anulación no es tan explícito respecto a la necesidad de observar estos principios pero se encuentra implícitamente recogido en su párrafo d) cuando establece como motivo “que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, no se han ajustado a esta Ley”.

⁵¹⁶ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 320. entienden por procedimiento arbitral “la sucesión de actos que comprende la instancia arbitral sustantiva ante el árbitro o árbitros y que tiene su origen en el momento en que el tribunal arbitral se constituye, mediante la aceptación del arbitraje, por los árbitros hasta el momento en que se pronuncia el laudo arbitral.”.

Es evidente que el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción están recogidos en una norma de carácter imperativo, por lo tanto no pueden ser vulnerados ni siquiera por acuerdo de las partes.

Así LORCA NAVARRETE afirma “tan constitucional es la tutela judicial efectiva que prestan Juzgados y Tribunales como la tutela procesal efectiva que prestan el árbitro o árbitros, lo que indudablemente implica un trámite procesal para hacerla posible, pero obviamente no jurisdiccionalizado, y que permite por ello conceptualarlo a través de un referente esencialmente procesal que se proyecta básicamente hacia la verificación de su sustantividad material de “aquí y ahora” a través de la actividad que el árbitro o árbitros llevan a cabo mediante el trámite técnico, acrítico, mecanicista y atemporal del procedimiento arbitral. El proceso arbitral es pues sustantividad –garantista– que neutraliza la atemporalidad mecanicista del procedimiento. Por ello al final se halla el proceso y su sistema de garantías que según la LA son esencialmente tres: audiencia⁵¹⁷, contradicción⁵¹⁸ e igualdad ⁵¹⁹entre las partes”⁵²⁰.

¿Qué ocurre en la mediación? ¿Son aplicables también estos principios?:

A pesar de que la mediación es un procedimiento que se caracteriza por su agilidad y flexibilidad, es evidente que esta falta de formalismos no puede identificarse con una ausencia total de garantías que otorguen cierta seguridad respecto al proceso y su eficacia.

Es importante acentuar la celeridad y simplicidad del proceso pero con respeto a determinadas garantías que deben considerarse fundamentales y con respeto a otras instituciones jurídicas. A pesar de que siempre quedará abierta la protección o la tutela jurisdiccional de los intereses, estos mecanismos deben cumplir unos *principios mínimos* que garanticen la seguridad y eficacia de estos procedimientos, entre ellos los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes.

⁵¹⁷ Principio que prohíbe que se dicte un laudo contra persona que no ha podido intervenir en el procedimiento arbitral. Se impide la indefensión de las partes.

⁵¹⁸ Principio que garantiza la imparcialidad de los árbitros y que significa que las partes deben poder no solo comparecer, sino contradecir las alegaciones que puedan determinar el contenido del laudo.

⁵¹⁹ Principio que asegura la igualdad de trato de los litigantes.

⁵²⁰ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 323.

En este sentido el problema de los sistemas alternativos es que se conviertan en un sucedáneo del poder de tutela, con menos garantías para el justiciable; quizás estos sistemas respondan mejor desde el punto de vista económico pero no nos podemos olvidar del sujeto como individuo digno de tutela o de protección⁵²¹.

La solución a los retrasos en la justicia no es la instauración de una “justicia-rápida” porque tan “injusto” es lo uno como lo otro. Los ciudadanos que acuden a la Administración de justicia pretenden que sus intereses sean satisfechos lo antes posible, pero no por ello debe ser una justicia acelerada porque el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es ilimitado. Está limitado por el principio de la buena administración de justicia y por el principio de proporcionalidad.

Estos principios (de audiencia, contradicción e igualdad), también deben regir la mediación, como determina la **Resolución 98/257/CE** sobre los principios que deben cumplirse por los órganos extrajudiciales, entre los cuales recoge los de contradicción, eficacia, legalidad y transparencia y el **Estatuto del Consumidor y Usuario de Baleares** que en su artículo 29 que reconoce que la mediación deberá contener como mínimo una *fase de alegaciones* y otra de *información* de las partes.

Tanto la audiencia de las partes como la igualdad de oportunidades para manifestar y defender sus derechos es lo que la mediación trata de conseguir esencialmente. Asimismo la contradicción es básica en el proceso de mediación, quizás no entendida como la necesidad de poder contestar o rebatir los fundamentos y hechos dados por una de las partes sino por el hecho de que cualquier diálogo, entendido como paso necesario para el entendimiento recíproco de posturas contrapuestas, exige necesariamente la posibilidad de contestar y rebatir siempre los argumentos dados por una de las partes. Estas condiciones deben ser aseguradas por el mediador.

La siguiente pregunta que deberíamos hacernos es ¿Cuánto dura un proceso de mediación?:

En el arbitraje se plantea como un sistema más rápido que el judicial, y la mediación como más rápido que el arbitral (aunque esto tiene ciertas matizaciones que más tarde veremos).

⁵²¹ BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial...* ob. cit., pág. 172.

En el arbitraje la emisión del laudo suele oscilar entre 3 y 5 semanas⁵²². El RDSAC ha establecido el plazo de 4 meses para la emisión del laudo (art. 14) pero antes han tenido que promoverse la audiencia, las pruebas y demás cuestiones procesales, de forma que el plazo será mayor desde que se inicia el proceso hasta que se tiene la solución al conflicto.

Está muy extendida la idea de que la mediación es un procedimiento mucho más rápido que el judicial y arbitral, sin embargo, a pesar de que no siempre será así, consideramos imprescindible que también se establezca un límite de tiempo, aunque prorrogable, para la consecución del acuerdo, dado que facilitará no solo la labor del mediador sino también el control por parte de instituciones superiores⁵²³.

El artículo 11.1 de la L.A de 1988⁵²⁴ y el actual art. 11 de la LA de 2003⁵²⁵ introduce la excepción arbitraje. Respecto a la excepción nos debemos plantear una cuestión importante en relación a la *celeridad*. Si la excepción ha de ser resuelta por sentencia y esta a su vez es susceptible de recurso (apelación y casación) se está haciendo un flaco favor a aquellos que acudieron a esta vía como forma rápida de solución de su conflicto.

⁵²² En relación con este aspecto nos encontramos con que los plazos establecidos para la realización del arbitraje (6 meses en la LA, 4 meses en la RDSAC o 3 meses en la LAU) se cuentan no desde el día de la presentación de la demanda sino desde la aceptación o designación de los árbitros (en la jurisdicción es desde la presentación de la demanda). En el arbitraje de consumo los laudos se dictan entre 1 y 2 meses después de iniciado el procedimiento, pero comienza desde que el colegio arbitral es designado, no desde que los árbitros notifiquen fehacientemente a las partes su aceptación. ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 33. “tampoco es desdeñable que en ese tiempo se verifican actuaciones encaminadas a la mediación -cuyo éxito tampoco se computa cuando se calculan los plazos en que el expediente concluye con laudo, pues no es el caso- y a la formación del convenio arbitral, si es que éste no preexistía a la solicitud de arbitraje”.

⁵²³ Así se ha establecido en el ámbito de la mediación familiar, donde se ha fijado un límite de tres meses generalmente prorrogable (art. 18 de la Ley 7/2001 de 26 de noviembre de mediación familiar valenciana, establece una duración máxima de tres meses prorrogable por otro plazo máximo de dos meses si no es posible llegar al acuerdo y se solicita por las partes; también el artículo 13 de la Ley 15/2003 de 8 de abril de mediación familiar canaria, que establece un plazo máximo de tres meses prorrogable por otros tres meses).

⁵²⁴ la LEC 1/2000 establece una nueva redacción del artículo “El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje en el convenio, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”

⁵²⁵ “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”.

En este sentido se aprecia que en la mediación, al no tener posibilidad de establecer dicha excepción de mediación (como ya hemos apuntado) podría ser considerado como un proceso más rápido que el arbitral.

Sin embargo frente a esa celeridad se pueden argumentar algunas cuestiones:

La primera que la mediación no asegura una solución al conflicto, puesto que el mediador solo se limita a dirigir el proceso o la negociación y, como mucho, a ofrecer una alternativa de solución que más tarde puede ser aceptada o no por las partes en conflicto. Pero esa posibilidad de que las partes no se pongan de acuerdo en la solución puede significar que el proceso acaba sin la avenencia de las partes con la consiguiente pérdida de tiempo y esfuerzo. Por ello consideramos imprescindible establecer mecanismos que aseguren la rapidez para que el tiempo de la mediación sea el menor posible y evitar mayores perjuicios en el caso de no alcanzar el acuerdo.

La segunda, que si bien es cierto que el acuerdo de mediación no es objeto de una excepción que sustraiga el conocimiento del conflicto a la jurisdicción, no es menos cierto que las dilaciones pueden venir de la falta de claridad que existe en cuanto a la vinculación de las partes en el contrato de mediación y las responsabilidades de ambos ante un incumplimiento del mismo.

Antes de terminar con este análisis consideramos importante destacar otra de las ventajas tanto del arbitraje como de la mediación frente al proceso jurisdiccional, la *discreción*. Estos procesos carecen de una publicidad real, de forma que evita que las relaciones entre las partes se envenenen, con lo que es más fácil reanudarlas con provecho de todos⁵²⁶, aunque lo cierto es que a pesar de que transcurran en el anonimato el interesado puede conocer todos los pormenores.

III. LA ELECCIÓN DEL MEDIADOR

1- LA DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR

Vamos a ver en primer lugar cómo se produce la designación de los árbitros para poder así establecer algunas normas para la mediación.

⁵²⁶ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob. cit., pág. 767.

La LA de 2003 recoge en su artículo 12 que a falta de acuerdo de las partes se designará un solo árbitro, en lugar de tres como se establecía en el artículo 13 de la LA de 1988.

En la designación de dicho árbitro la Ley reconoce una libertad total a la hora de realizar la designación de los árbitros, requiriendo únicamente respeto al principio de igualdad (artículo 15.2 LA de 2003).

Este nombramiento *por voluntad de las partes*, aunque no se recoja expresamente en la LA 2003 como lo hacía la Ley anterior, puede ser realizado bien a través de un acuerdo directo⁵²⁷, bien mediante la designación de un tercero que será el que determine quien será el árbitro, ya sea este tercero persona física o jurídica⁵²⁸.

Ese tercero puede ser una de las *instituciones arbitrales contempladas en el artículo 14* (corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos prevean funciones arbitrales). El nombramiento se efectuará según las normas de la institución en cuestión.

De la misma manera, puesto que la mediación es fundamentalmente desarrollada a través de asociaciones de consumidores o instituciones públicas, el mediador en principio no es designado por las partes sino que es ofrecido por el servicio. Esto tiene algunas desventajas como la desconfianza que puede generar si el ofrecimiento es desde una OMIC o Junta Arbitral debido a que su carácter es protector de los intereses de los consumidores, pero también puede tener ventajas, la neutralidad y la no vinculación con las propuestas del mediador.

En último lugar, a falta de acuerdo entre las partes o cuando no sea posible designarlo por el procedimiento establecido por éstas, el árbitro será designado de la forma establecida por la LA de 2003 en su artículo 15, distinguiendo el sistema según el número de árbitros establecido:

- Cuando se trate de un solo árbitro, será designado *por el juez* a través de la formalización judicial del arbitraje.

⁵²⁷ Artículo 9.1 LA de 1988: “El contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas del procedimiento. Si las partes no hubieran pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral”.

⁵²⁸ Artículo 9.2 LA de 1988: “Las partes podrán deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros”.

- Cuando se trate de tres árbitros, cada parte nombrará a uno de los árbitros y esos dos nombrarán al tercero, que será el presidente del colegio arbitral. Solo se remitirá la elección al juez cuando una de las partes no nombre al árbitro en un plazo de 30 días desde la recepción del requerimiento para que lo haga, o bien cuando los árbitros no se ponen de acuerdo en el tercero.
- Cuando sean más de tres árbitros los nombrará el juez a petición de cualquiera de las partes.

La competencia para esta designación la tiene el Juez de Primera Instancia del lugar del arbitraje (art. 8.1 LA 2003) y se realizará a través del juicio verbal (art. 15.4 LA 2003).

No se permite sin embargo un pacto a través del cual sea una sola de las partes las que determine el árbitro, dado que se vulneraría el principio de igualdad anulando el convenio arbitral dada la situación de privilegio de una de las partes.

Todo esto puede ser predicado respecto a la mediación. Sin embargo al faltar cualquier tipo de normativa al respecto, es muy difícil determinar que ocurrirá en caso de que las partes no se pongan de acuerdo a la hora de designar al mediador y no se haya remitido a las normas establecidas por una entidad administradora de la mediación, dado que la facultad de poder remitir esta cuestión al juez debe ser establecida normativamente. Actualmente podemos decir que siempre que la mediación se desarrolle como fase anterior al arbitraje pero incorporado al sistema arbitral, podemos ver la analogía de ambas situaciones y así considerar que es posible que el juez nombre al mediador, aunque esta interpretación no deja de ser un poco forzada. De ahí la necesidad de una normativa que permita conocer que ocurriría en este caso en mediación.

2- PROHIBICIÓN Y RECUSACIÓN DEL MEDIADOR

Es necesario tener en cuenta no solo como se designa al árbitro o al mediador, sino que es necesario determinar *quienes pueden ser árbitros o mediadores*. Para ello es necesario conocer si existe alguna prohibición para desarrollar estas funciones.

La LA 2003 establece un criterio de libertad seguido por otros países de nuestro entorno de forma que la única prohibición es que el árbitro sea una persona natural y goce de capacidad plena de obrar. Pero el artículo 13 de la LA 2003 añade a la legislación anterior “siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en ejercicio de su profesión”.

El RDSAC no hace referencia a las prohibiciones y causas de recusación de los árbitros. Su artículo 11.6 establece que en lo referente a las causas de abstención y recusación se remite a lo dispuesto en la LA.

La LA actual elimina la remisión a las causas de recusación de jueces y magistrados que existía en la anterior LA de 1988 “por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos”⁵²⁹. En lugar de esta remisión se prefiere una cláusula general en el artículo 17. Este artículo supone reconducir las causas de recusación a dos:

- Cuando concurren en el árbitro dudas justificadas de su imparcialidad e independencia.
- Cuando el árbitro no posea las cualificaciones convenidas por las partes.

Se mantienen el deber de comunicar a las partes las circunstancias que puedan lugar a recusación (art. 17.2) así como que solo puede ser recusado por causas que las partes hayan tenido conocimiento después de su designación (art. 17.3)

Pero sin duda otra novedad importante de esta Ley es precisamente haber establecido un procedimiento de recusación en su artículo 18.

En este procedimiento vuelve a darse especial importancia a lo establecido por las partes para estos casos, de forma que lo establecido en este artículo solo tendrá vigor en caso de de que no exista previsión por las partes.

Lo más destacable es que la Ley otorga capacidad para decidir sobre la recusación a los propios árbitros recusados. La decisión que adopten al respecto puede ser desestimatoria de dicha recusación. Ante esta situación existían dos opciones, o bien permitir acudir a los Tribunales ante una decisión desestimatoria de la recusación, o bien permitir que una vez emitido

⁵²⁹ Exposición de motivos, apartado IV.

el laudo por el árbitro recusado, éste sea objeto de anulación a través de la acción de nulidad (artículo 41 LA 2003).

Se optó por la segunda opción, dando como razón principal la economía procesal, dado que “la posibilidad de acudir directamente a los Tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad. Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento”⁵³⁰.

¿Pero todo esto es aplicable a la mediación?:

LORCA NAVARRETE hace un análisis interesante sobre la recusación del órgano decisorio en los sistemas heterocompositivos extrajudiciales en el marco de la Ley del Deporte (LD). En ella se identifica la conciliación con el arbitraje, hasta el punto en el que se establece que “el sistema de recusación de quien realice las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas”⁵³¹ deberá ser indicado en el sistema de arbitraje que adopten los Clubes deportivos, Federaciones, etc.

A pesar de que como hemos dicho la LA de 1988 no hacía referencia al procedimiento que debe seguir esa recusación, la LEC preveía para la conciliación extrajudicial en su antiguo art. 464 que *si se suscitaba con ocasión de una conciliación la recusación, se tiene por intentada sin trámites*.

El referido autor considera que dicho artículo no debía ser aplicado a la conciliación en el deporte porque consideraba que si se plantea una recusación es porque no se desea la conciliación. Este autor defiende que para estos casos no sea de aplicación lo establecido en la LEC sino lo que los propios Clubes o Federaciones establezcan en sus estatutos. Y lo mismo opina para la mediación. “Y a mayor abundamiento ésta es la idea que ha de presidir la mediación o figuras afines de heterocomposición extrajudicial en las que ni tan siquiera existen referencias “marco”, como la LEC, para la

⁵³⁰ Exposición de Motivos, apartado IV.

⁵³¹ Art, 82.2.d) LD.

conciliación. Por consiguiente, ¿qué hacer? Se pueden hacer dos cosas. O bien que las correspondientes normas estatutarias regulen la recusación como mejor crean oportuno o bien, aplicar los términos “y...las condiciones de la legislación del estado sobre esta materia” (art. 87 LD) que –superando los aspectos técnicos que esa aplicación conlleva– no sería otra que la del arbitraje. Por tanto, se aplicarían los artículos 17 a 19 LA. Personalmente opino que esta segunda opción es la correcta, no sólo a través de una hermenéutica “amplia” del artículo 87 LD, sino también porque considero que el procedimiento de recusación que establece la LA es técnicamente correcto para la finalidad que se persigue”⁵³².

Por lo tanto el referido autor defiende la aplicación de lo dispuesto en la LA a la recusación de los órganos heterocompositivos extrajudiciales, a falta de previsión estatal y como mejor opción frente a tener por realizado el acto.

Sin embargo debemos hacer algunas puntualizaciones:

- LORCA NAVARRETE parte de la mediación como sistema heterocompositivo de resolución de conflictos. En este marco, y puesto que la solución debe venir del tercero que dirime la controversia, puede que tomar el acto por realizado no parezca la mejor opción. Nosotros sin embargo, consideramos la mediación ante todo como un sistema autocompositivo de resolución de conflictos. No existe un tercero con capacidad de decidir la controversia. Incluso, considerando que el mediador puede ofrecer una solución al conflicto que luego las partes pueden aceptar o repudiar, como es considerado por algunos en el sector del Derecho de Consumo (y que no compartimos), seguimos entendiéndolo como autocompositivo puesto que las partes son las que definitivamente hacen suya esta decisión.

La recusación muestra una **desconfianza acerca de la neutralidad e imparcialidad** del órgano extrajudicial. Concretamente, la mediación, según acabamos de ver, se fundamenta en la neutralidad e imparcialidad del mediador y su “fuerza” frente a las partes es dada precisamente por esta imagen, y no por un poder decisor que no tiene. Una recusación al mediador supondría una vulneración a uno de los principios fundamentales de la

⁵³² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 213.

mediación y por lo tanto no tendría sentido continuar con el proceso. A ello debemos añadir que si el mediador no decide la solución de la controversia, la recusación solo puede fundarse en un manejo del proceso de mediación de forma parcial y preferente para alguna de las partes. Si no se suspendiese el proceso, se corre el riesgo de o bien no llegar nunca al acuerdo ante los recelos de la parte que se considera agraviada o bien, una vez alcanzado, que este no se cumpla. Por ello consideramos básico **tener por terminada la mediación** desde ese instante, dejando a las partes que sean ellas quienes decidan si se intenta una nueva mediación con otro mediador o se toman otro tipo de medidas.

Debe tenerse en cuenta que hablamos de la recusación como un impedimento grave a la continuidad de la labor del mediador. Sin embargo ello **no** debe tomarse en el sentido de que ante **cualquier manifestación** por alguna de las partes de **falta de neutralidad o imparcialidad** sea motivo de terminación de la mediación, puesto que es bastante usual que se pongan en tela de juicio las actuaciones del mediador a lo largo del proceso. Hablamos por tanto de aquella situación en la que el mediador no es capaz de convencer a la otra parte de su neutralidad o bien de aquella situación en la que la actuación del mediador no cambiará nunca la opinión de una de las partes.

También debemos tener en cuenta que la recusación es un recurso poco utilizado en la mediación, puesto que tratándose de un proceso fundamentalmente voluntario, si una de las partes considerase que el mediador no está cumpliendo con su función de forma adecuada, **siempre tiene abierta la posibilidad de terminar el proceso en cualquier momento**, teniéndose éste como intentado sin avenencia de las partes.

Por último, si una vez pasado el proceso de la mediación y firmado el acuerdo entre las partes se probase que el mediador no ha cumplido fielmente su encargo, no se trataría, desde nuestro punto de vista de una causa de recusación del mediador que invalida el “laudo” alcanzado, sino de un caso en el cual se alcanzó el acuerdo con un vicio en el mismo, dado que la labor parcial o no neutral del mediador, o el mal manejo del proceso ha podido hacer creer que se firmaba el acuerdo correcto para la situación sin ser así. Por lo tanto se trataría de un **vicio del consentimiento contractual**.

3- INICIO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

El inicio del proceso de arbitraje de consumo es diferente al momento de inicio del proceso de arbitraje común.

En el arbitraje común, la LA de 1988 establecía que el momento a tener en cuenta será cuando los árbitros hayan notificado por escrito a las partes la aceptación del arbitraje (art. 22.1 LA de 1988). Sin embargo esta situación ha cambiado con la LA de 2003 que establece el momento del inicio del arbitraje aquel en que una de las partes recibe el requerimiento de la otra para someter la controversia a la decisión arbitral. La Exposición de motivos aduce que “parece lógico que los efectos jurídicos propios del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento, incluso aunque no éste perfectamente delimitado el objeto de la controversia. Las soluciones alternativas permitirían actuaciones tendentes a dificultar el procedimiento”.

Sin embargo el RDSAC establece que el proceso comenzará con la designación del colegio arbitral (art. 10.1 RDSAC).

Puede parecer que tanto en el arbitraje común como en el arbitraje en el ámbito de consumo ya no es necesaria la aceptación del árbitro, sin embargo esto no es del todo cierto.

Se puede pensar que a pesar de lo establecido por el RDSAC existe una aceptación, si bien tácita desde el momento en que aceptan ser incluidos en las listas de árbitros. Sin embargo compartimos con DIAZ ALABART⁵³³ el hecho de que si bien el momento recogido en el artículo 10.1 del RDSAC es el momento en el que comienza a correr el plazo para laudar, no podemos saltarnos un de los principios básicos del arbitraje como es la necesaria aceptación del árbitro.

A ello debemos añadir el hecho de que si no fuera necesaria la aceptación no podría conocerse con claridad el momento a partir del cual es exigible la responsabilidad del árbitro, la posibilidad de abstenerse o de ser recusado.

En este sentido se manifiesta ABELLÁN TOLOSA⁵³⁴ para quien la diferencia es clara, y es que en el arbitraje de consumo los árbitros vienen predesignados por las respectivas Organizaciones de Consumidores y Usuarios. Asimismo el autor pone de manifiesto la necesidad de conocer el

⁵³³ DIAZ ALABART, S.: «Apuntes sobre el arbitraje de consumo... ob. cit., pág. 116.

⁵³⁴ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 423.

momento en que comienza el proceso de arbitraje “pues está consensuado entre los prácticos del arbitraje de consumo que la segunda norma supletoria –después de la LA- a partir de ese momento es la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en la fase previa era la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

La designación se comunica a los árbitros, si bien no se exigen los requisitos de que dicha comunicación sea de forma fehaciente ni que la aceptación del encargo sea por escrito, como establecía el artículo 15 en sus párrafos 1 y 2 de la LA de 1988. Sin embargo sigue siendo necesario que quede constancia de ambos actos, la recepción y la aceptación, de forma que será aplicable lo establecido en el artículo 5 en relación a las notificaciones y comunicaciones. Es decir, se considerará recibida el día en que se entregue personalmente en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, y se permite cualquier medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado.

El plazo para la aceptación es de 15 días y en caso de no recibir dicha aceptación se considera que no ha aceptado el nombramiento.

Esta aceptación se formaliza en el contrato de dación y recepción del arbitraje, que obliga a los árbitros y a la Corporación o Asociación que administre el servicio. Este contrato va a permitir pedir responsabilidades en el ejercicio del arbitraje.

Nosotros hemos identificado este momento en la mediación con el denominado *contrato de mediación* que tiene como contenido fundamental la aceptación del mediador de la responsabilidad de mediar en el conflicto en cuestión⁵³⁵.

Por lo tanto, si bien se ha modificado lo establecido en la LA de 1988 respecto a que la aceptación del árbitro determinaba el inicio del proceso

⁵³⁵ El contenido del contrato de dación y recepción del arbitraje y el del contrato de mediación es muy similar, dado que en ambos se obliga a realizar tanto la mediación como el arbitraje según las normas establecidas (en el arbitraje estas normas son dadas por la LA, en mediación aún no existe regulación al respecto) y dentro del plazo. También surge según CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 86. “el derecho a percibir los honorarios correspondientes, respecto a los cuales –y, en general respecto a los gastos que pueda originar la administración de arbitraje– prevé la Ley que los árbitros puedan exigir a las partes, salvo pacto en contrario, la correspondiente provisión de fondos (art. 16.2)”.

arbitral, esta aceptación sigue siendo necesaria para determinar en qué momento comienza el la responsabilidad del árbitro, según establece el artículo 21 LA de 2003.

Respecto al número de árbitros, pueden ser uno o más de uno, en cuyo caso constituirán el Colegio arbitral. Éste se caracteriza al mismo tiempo por el hecho de que deben ser siempre numero impar (para evitar así un bloqueo en la toma de decisión), ha de nombrarse un presidente (elegido por mayoría entre los propios árbitros o el mayor de edad en caso de discrepancia) y por último que a falta de acuerdo sobre el número de árbitros será uno (art. 12 LA de 2003) al contrario de lo que establecía la LA de 1988 que eran tres.

Si aplicamos lo manifestado respecto al arbitraje a la mediación podemos encontrar algunas diferencias:

En mediación también se prevé la posibilidad de que sean **más de un mediador** los que participen en el conflicto en cuestión, pero no formarán un colegio mediador sino que estarán practicando la comediación.

No existe un presidente puesto que todos los mediadores tienen el mismo rango y su trabajo debe estar orientado a un mismo objetivo, conseguir desmenuzar el conflicto hasta el punto en que las partes puedan decidir la solución. Por ello **no** es necesario que los mediadores se constituyan en **número impar**. El mediador no tiene funciones decisorias por lo que la posibilidad de que la decisión se vea bloqueada ante un “empate” en la toma de decisiones no puede producirse. Ciertamente podrían producirse varias propuestas de decisión, pero nada impide que todas estas propuestas puedan ofrecerse a las partes para que acepten las que mejor satisfaga sus intereses. A ello podemos añadir que si los propios mediadores no son capaces de ofrecer una solución consensuada ellos mismos, tampoco podrán ofrecer una imagen de consenso y diálogo que las partes en conflicto puedan hacer suya⁵³⁶.

⁵³⁶ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., pág. 92. “En cuanto al número de mediadores a elegir, este mismo precepto distingue según el tipo de controversias. Así, en primer lugar, en caso de conflictos colectivos, la composición de la Delegación será de cuatro Mediadores, como mínimo, a doce, como máximo; en segundo lugar, cuando los conflictos sean plurales, como regla general, la Delegación estará compuesta por dos miembros, no obstante, en supuestos excepcionales, cuando el Secretario lo considere oportuno, la Delegación se compondrá de un mínimo de cuatro a un máximo de doce miembros; y en tercer lugar, en caso de conflictos individuales, las Delegaciones se compondrán de dos mediadores. La Delegación debe guardar «una composición paritaria» que obliga implícitamente a que su número de miembros sea siempre par”

En este sentido se manifiesta LORCA NAVARRETE en relación al arbitraje informal, el cual consideramos especialmente cercano a la mediación y donde establece no solo que no es necesario el número impar de árbitros. Afirma que “el artículo 3.2 LA alude a la intervención dirimente de uno o más terceros, por lo que no cabe duda que el tercero podrá ser uno, pero cuando sea más de uno *¿su número ha de ser necesariamente impar?* Personalmente pienso que cabe que la intervención del tercero lo sea en número par, aunque *parece conveniente* que cuando se trate de más de un tercero lo sea en número impar para evitar problemas insolubles en el momento de pronunciar la decisión que ponga término a la intervención que los terceros. Por el contrario, si se trata de una institución que prevea en su Reglamento tales funciones, habría que estar a sus propias previsiones.”⁵³⁷.

Podemos tomar como referencia lo establecido en las normas que regulan la mediación el ámbito laboral:

Las normas de Procedimiento y Tramitación del SIMA⁵³⁸ establecen en su artículo 18.1.4 que la designación por el SIMA se efectuará de entre los mediadores comprendidos en la lista elaborada por el Servicio. Se designarán dos mediadores, uno proveniente de los nombrados por las organizaciones empresariales y otro por las sindicales, salvo que las partes acuerden un número distinto de mediadores a designar. Asimismo en su artículo 18.1.5 establece quienes podrán ser nombrados mediadores en función del conflicto que se trate.

El artículo 10.5 del ASEC⁵³⁹ establece “la designación del mediador o mediadores prevista en el número anterior se producirán entre las personas incluidas en las listas que apruebe la Junta de Gobierno del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, que serán periódicamente actualizadas. Tales listas comprenderán los mediadores propuestos por las organizaciones firmantes. De conformidad con lo previsto en el artículo 5, las partes podrán recurrir, en su caso, al órgano de mediación específico incorporado al Servicio”.

⁵³⁷ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., págs. 62 y 63.

⁵³⁸ Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.

⁵³⁹ Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales.

El artículo 11.2 del RASEC⁵⁴⁰ establece que “el Servicio elaborará una lista de mediadores y árbitros que facilitará a los demandantes de sus servicios. Dicha lista se compondrá con los nombres aportados en número igual por las partes firmantes del ASEC, y en ella se integrarán los mediadores y árbitros procedentes de los órganos constituidos por los Convenios y acuerdos a que se refiere el artículo 10.3 de este Reglamento y a los efectos de dicho precepto.

Corresponde a las partes de un conflicto sometido al ASEC la designación del mediador o mediadores, así como del árbitro o árbitros de entre los comprendidos en la lista. En el supuesto de que no efectúen dicha designación, la misma podrá ser realizada por el Servicio”⁵⁴¹.

Lo acontecido para la mediación laboral ha sido también practicado en la mediación de consumo, donde el mediador es en principio propuesto por las partes (por ellos mismos o por la Asociación de Consumidores que le respalde), pero en caso de no ponerse de acuerdo se elegirá por la institución mediadora.

IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR

Existen en mediación una serie de principios que limitan la actuación del mediador tratando de garantizar su “buen hacer” y ofreciendo a las partes que se someten a este sistema de resolución de conflictos tener ciertas garantías respecto al resultado del proceso.

Sin embargo la primera pregunta que debemos hacernos es **¿cuál es la labor del mediador?:**

⁵⁴⁰ Reglamento de aplicación al ASEC

⁵⁴¹ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., pág.51. “A tenor de los art.s 44º del A.T.A.M.I.B. y 5.1 del R.T.A.M.I.B., el Tribunal balear desarrolla sus actividades a través de un cuerpo de Mediadores, que son designados libremente por las diversas organizaciones empresariales y sindicales que integran el T.A.M.I.B. y un Cuerpo de Árbitros, nombrados unánimemente por la totalidad de sujetos que conforma el T.A.M.I.B. Para resolver los concretos conflictos que se planteen ante el T.A.M.I.B., el propio art. 5.1 del R.T.A.M.I.B. establece que hay que designar «la correspondiente Delegación del T.A.M.I.B.». Esta Delegación, que se compone de los sujetos que van a conocer del asunto, según el procedimiento solicitado por las partes en controversia, puede ser de mediación o de arbitraje. A la hora de llevar a cabo actuaciones conciliadoras y mediadores, pro disposición del art. 5.1. del R.T.A.M.I.B., la Delegación tendrá una composición paritaria en lo que a representaciones de los trabajadores y empresarios se refiere y adoptará sus acuerdos por unanimidad”

Las garantías que se consideran fundamentales para los sistemas alternativos de resolución de conflictos han sido establecidas por el Consejo de Europa en su Comunicación (1998) 198 y en la **Recomendación relativa a los Principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE)**⁵⁴².

Establece esta recomendación que a pesar de que estos procedimientos han surgido como consecuencia de la desproporción entre el valor del litigio y el coste de los procedimientos anteriores siendo su principal aportación la flexibilidad procedimental, es necesario que se establezcan una serie de *principios esenciales* que:

- Garanticen buenos resultados.
- Faciliten su aplicación.
- Aumente la confianza en estos procedimientos (tanto de los propios consumidores como de los demás órganos de resolución de litigios).

Al tener como origen el *Libro Verde* de 1993⁵⁴³ también la aplicación de estos principios se encuentra limitado a aquellos procedimientos en los que se produzca una *intervención activa* de un tercero.

¿Qué quiere decir con esa intervención activa? entienden por activa la intervención dirigida a una *propuesta o imposición* de la solución.

Con esta definición dada por la resolución (98/257/CE) se podría plantear la duda de si la mediación, entendida en términos generales, se incluye dentro de estos procedimientos de intervención activa de un tercero, dado que no impone ni propone⁵⁴⁴ la solución del conflicto, sino que simplemente

⁵⁴² D.O. nº 1115 de 17.4.1998, pág. 0031-0034.

⁵⁴³ (98/257/CE) "Considerando que la presente Recomendación debe limitarse a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución; que, por lo tanto, no se refiere a los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo".

⁵⁴⁴ El mediador si puede proponer algunas posibilidades de solución, pero estas posibilidades entran a ser objeto de debate y negociación por las partes (propone alternativas). Esto es muy diferente al hecho de que el mediador, después de conocer las posiciones de las partes, decida cual es la posible solución del conflicto (una vez acabada la negociación, el procedimiento). Esta solución propuesta luego es aceptada o rechazada por ellas (hace una propuesta definitiva de solución). Esta es la mediación que se practica en el ámbito sanitario. Desde el momento en el que se otorga al mediador el "poder" de dar una posible solución al problema, aunque sea una simple propuesta, aunque se pueda rechazar por las partes, desde nuestro punto de vista se está otorgando una función que no corresponde a la figura de la mediación, al menos como es entendida en el ámbito familiar.

aproxima posiciones y dirige un proceso en el cual las partes son las que deciden la solución a su controversia.

Esta Recomendación ha sido posteriormente ampliada por la **Recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo**. Ésta se aplicará a los órganos responsables de los procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una *aproximación* de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo⁵⁴⁵.

Parece por lo tanto que dicha Recomendación amplía o al menos equipara el concepto de intervención activa del tercero a aquella que se limita a aproximar posiciones⁵⁴⁶, de forma que no deja ninguna duda respecto a la inclusión de la mediación en su ámbito de aplicación.

Evidentemente el mediador no puede dar una solución al conflicto pero, puesto que su intervención favorece la consecución del acuerdo, se considera que su actuación en este sentido es también activa.

Esta recomendación de 4 de abril de 2001 establece que sus principios no se aplicarán a los mecanismos de reclamación en materia de consumo

⁵⁴⁵ El considerando nº 9 de esta Recomendación establece “los principios deberán respetarse en cualquier otro procedimiento, independientemente de su denominación, en el que un tercero facilita la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo, por ejemplo, haciendo propuestas informales sobre las opciones de solución. Los principios se aplican solo a los procedimientos de solución de litigios en materia de consumo designados como alternativos a la solución de litigios por la vía judicial”.

⁵⁴⁶ En este sentido parece expresarse BARONA VILAR, S. (VV. AA.): *Tutela de los consumidores y usuarios...* ob. cit., pág. 44. “La Recomendación [98/257/CE] no se refiere, sin embargo, a todos los cauces extrajurisdiccionales sino tan sólo a aquellos supuestos en que interviene un tercero que propone o impone una solución, de ahí que recientemente se haya aprobado una nueva Recomendación que extiende su consideración a aquellos procedimientos en los que el tercero interviene Inter. Partes, esto es, tratando de que sean las partes las que lleguen al acuerdo ellas mismas”. Asimismo establece en la nota al pie 22, pág. 54 “Se excluyen de la misma los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en lo que interviene directamente el consumidor, o en los que un tercero ejerce esta función en nombre de la empresa, puesto que forman parte de las discusiones habituales entre las partes previas al planteamiento de cualquier litigio, cuya resolución se encomendaría a un órgano independiente de resolución de litigios o a un órgano judicial. Los órganos heterocompositivos, que imponen la decisión, que resuelven no consensuadamente, quedan excluidos de esta Recomendación, en cuanto ésta es el complemento de la Recomendación de 1998, que se refería, precisamente, a las ADRs heterocompositivas, cuyo exponente esencial es el arbitraje o sistemas similares en materia de consumo”.

gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o los mecanismos en que una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de la empresa.

Una vez que sabemos que la labor del mediador es entendida como una intervención activa en el litigio vamos a tratar de determinar **qué se incluye dentro de esa intervención activa**.

Los mediadores destacan, por este orden⁵⁴⁷, las funciones que consideran incluidas en la labor de mediar:

La actuación del mediador es, en primer lugar, ser un *mero facilitador activo* de la comunicación entre las partes, siendo éstas las que alcancen por sí mismas la consecución del acuerdo. Se desarrolla dentro de unas pautas marcadas por el proceso de mediación que permiten a éste marcar unos límites que faciliten su labor mediadora. El proceso de mediación es el medio a través del cual el mediador puede desplegar sus funciones en un marco de responsabilidad y garantía de su propia actuación así como de responsabilidad y garantía de la actuación de las partes⁵⁴⁸.

La actuación del mediador está dirigida a la necesidad de *ofrecer alternativas* que permitan satisfacer a ambos teniendo en cuenta sus posiciones. Esto es lógico teniendo en cuenta que en el ámbito del consumo

⁵⁴⁷ Esta gradación la obtenemos del trabajo de investigación realizado a través de un cuestionario remitido a varios mediadores de consumo. BLANCO CARRASCO, M.: *La mediación de consumo en España...*ob., cit. Se les pedía elegir tres opciones entre cinco relativas a las funciones de los mediadores. Un 27% optó por la función de ofrecer alternativas, un 25% por la de dirección del proceso, un 22% por la de informar a las partes, y 17% por la de dar a conocer al otro las posiciones del primero y en último lugar, con un 9% la posibilidad de asesorar a las partes.

⁵⁴⁸ ÁLVAREZ MORENO, M. T.: ob. cit., pág. 977. “El proceso es una de las herramientas del mediador. El proceso como tal integra dos elementos diferenciados: la discusión de los problemas que han originado la disputa y cómo se discuten estos. La responsabilidad fundamental del mediador radica en conducir la mediación (y nunca el fondo del asunto discutido entre las partes)”. La autora continua estableciendo que “un proceso bien llevado no consiste sólo en establecer una buena comunicación, sino que puede cambiar por completo el enfoque de una situación. Es labor del mediador diseñar el proceso, lo cual se traduce en planificar una estrategia para conseguir que las partes:

1. Entiendan el objetivo de la mediación.
2. Se comuniquen.
3. se traten con respecto en un plano de igualdad y como colaboradores.
4. Aborden los problemas fundamentales con actitud comprensiva hacia las necesidades e intereses legítimos del otro.
5. Presenten nuevas ideas para desbloquear situaciones.
6. Elaboren acuerdos duraderos.

el mediador debe ofrecer una alternativa que recoja lo que según su criterio sería más adecuado para la solución del conflicto.

En segundo lugar lo importante es la *dirección del proceso de negociación* y en tercer lugar *informar* a las partes sobre su situación.

También se destaca la actuación del mediador como *intermediario*, en el sentido de hacer conocer a cada parte la posición del contrario.

Por último hay que señalar que el *asesoramiento* es considerado como una posible actuación del mediador, aunque de menor importancia y relegada a determinadas situaciones (aparece en último lugar dentro de las opciones propuestas).

Por último estamos viendo que cuando la mediación se desarrolla en otros ámbitos, como el de consumo o el laboral, la función del mediador va más allá de ser mero conductor de un proceso y facilitador de la comunicación. Se reconoce al mediador la posibilidad de ofrecer una alternativa formal, que recoja su propuesta de solución según lo manifestado por las partes.

Debemos decir que esta “nueva función” reconocida en estos ámbitos puede suponer un importante cambio en el funcionamiento de la mediación, sobretodo en la forma de comunicación de las partes. Cuando la mediación no conlleva la redacción de una propuesta por el mediador las partes se centran en una comunicación con la otra; las pruebas y los argumentos se dirigen a la otra parte para tratar de cambiar sus posiciones y así conseguir un acuerdo.

Cuando el mediador tiene esta función decisoria, aunque no sea vinculante, la comunicación se va a dirigir al mediador tratando de convencerle a él sobre la fundamentación de su posición y que de esta forma su propuesta proteja lo más posible sus intereses.

La sola posibilidad de que los mediadores puedan realizar este tipo de labor (que en mediación familiar no se realiza) nos permite determinar que la actuación del mediador de consumo es mucho más activa que la del mediador familiar, y su neutralidad está matizada en cuanto puede informar y asesorar en determinados casos (es decir, dar su opinión como profesional respecto a una situación).

A esto debemos unir que, como vamos a ver en el capítulo siguiente el mediador puede llevar a cabo una serie de actuaciones en caso de no alcanzarse el acuerdo final, que no se desarrollan en ámbitos como la

mediación familiar. Entre estas actuaciones están la posibilidad de abrir un expediente sancionador a la empresa.

Ahora pasaremos a analizar los principios recogidos en la Recomendación de forma que nos permita perfilar un poco más la actuación de los mediadores.

Los principios de esta Recomendación se refieren exclusivamente a aquellos que son aplicables a los órganos encargados de dichos procedimientos y no al proceso en sí, puesto que podrían en este sentido añadirse otros como el de **voluntariedad o gratuidad**. Asimismo es destacable que los principios establecidos para estos procedimientos coinciden con los establecidos en nuestra legislación para el arbitraje.

1.- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

El Consejo establece que la independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción.

Cuando la decisión se adopte de *forma individual*, esta independencia estará garantizada por las medidas siguientes:

- La persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función,
- La duración del mandato de la persona designada deberá ser suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado,
- Cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones.

Cuando la decisión se adopte de *forma colegiada*, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios antes enunciados.

El Consejo de Europa considera en su Recomendación 98/257/CE que la independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada garantizando la **imparcialidad y neutralidad** de su acción.

Es lo que LORCA NAVARRETE identifica como la ajeneidad del árbitro o árbitro supectus. Una ajeneidad de dos tipos, por un lado ajeneidad respecto a las partes y por otros ajeneidad respecto a la controversia. Nosotros, en mediación, nos referimos a ello como *neutralidad e imparcialidad* respectivamente.

El principio de imparcialidad supone que el mediador no tiene ningún tipo de relación con las partes, es decir, que no representa los intereses de ninguno de ellos y debe abstenerse de actuar en el caso de que tenga una relación personal o profesional. Por lo tanto es un principio que afecta al mediador con las partes.

El principio de neutralidad se refiere a la relación del mediador con el resultado del conflicto. Esto supone que no podrá imponer un acuerdo determinado (y por lo tanto en principio tampoco se permitiría ninguna táctica de presión) y no debe orientar a las partes a acuerdos que se correspondan con su escala de valores.

Con estas afirmaciones se nos presentan las siguientes dudas: *¿Cómo puede hablarse de imparcialidad cuando los servicios de mediación de consumo se desarrollan por instituciones cuyo principal objetivo es la protección del consumidor? ¿Cómo puede el mediador no imponer su escala de valores si se encuentra en una institución protectora de los consumidores? ¿Cómo reaccionara ante situaciones que no favorecen al consumidor si este es precisamente uno de los valores que orienta su actuación?*

Una posible respuesta sería que esta necesidad de proteger al consumidor no es incompatible con el respeto de las posiciones de cada una de las partes y de la igualdad en la negociación. Sin igualdad en la negociación no hay acuerdo⁵⁴⁹.

Sin embargo podemos preguntarnos también, *¿realmente se consigue esa igualdad de trato o existe alguna actuación que pone en peligro esa imparcialidad o neutralidad?*

Algunas actuaciones del mediador pueden encontrarse en la frontera de lo que la imparcialidad y neutralidad requieren, como por ejemplo la labor de información y asesoramiento.

⁵⁴⁹ Según MARTÍN CASALS, M.: *La Mediación Familiar en el Derecho Comparado: algunas propuestas de regulación en España a la luz de las tendencias europeas*. Ponencia de las Jornadas Internacionales organizadas por la UNAF, Madrid, Noviembre 2.000, esta imparcialidad no impide actuaciones por parte del mediador para reequilibrar las posiciones de desequilibrio (Recomendación R 1 (98)).

Algunos autores consideran que en mediación no se puede asesorar jurídicamente a las partes “ya que mientras que las primeras (la información) conservan intacta la imparcialidad del mediador los consejos suponen una evaluación de las circunstancias particulares y la recomendación de una acción específica que pondría en peligro su imparcialidad respecto a las partes. La función del consejero jurídico es la típica de los abogados, y no es propia de los mediadores”⁵⁵⁰.

Otros autores⁵⁵¹ afirman que la intervención del mediador de consumo debe ser a lo sumo informadora del procedimiento a seguir, de otros procedimientos existentes, de la finalidad de la reunión, limitándose asimismo a ofrecer una opinión sólo cuando las partes le cuestionen cómo deberían resolver el problema, a no ser que haya una ignorancia o incapacidad manifiesta que muevan al mediador a tratar de suplir esa información deficiente de una de las partes.

Por lo tanto, la posibilidad de que el mediador pueda asesorar a las partes en el conflicto ya es una cuestión complicada.

Como expresión de este principio consideramos básico la necesidad de asegurar la **confidencialidad** del mediador. Su capacidad y competencia se verían perjudicadas si no se ofrece una desvinculación con el eventual proceso posterior que pueda desarrollarse.

La propia LA de 2003 ha establecido la importancia de este aspecto en el proceso arbitral, puesto que el artículo 24.2 establece que “los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”⁵⁵².

Por ello se suscribe en mediación familiar el denominado *compromiso de intervención*, que ofrece una cierta seguridad a las partes de que la

⁵⁵⁰ REQUENA, M.: *Propuestas del Consejo de Europa sobre formación y uso de la mediación. Jornadas de mediación para la ruptura de la pareja*, ATYME, Madrid, 24 y 25 de septiembre de 1999.

⁵⁵¹ como ONDARZA Y VICARIO.

⁵⁵² CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F.: «Valoración crítica de la Nueva ley de Arbitraje» en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 99 (2ª época), enero de 2004, pág. 67. los autores consideran esta referencia a la confidencialidad como insuficiente puesto que “(...) el artículo 24.2 debería haber contenido una referencia explícita a la mencionada L.O. 15/1999 [de Protección de Datos de Carácter personal] y en particular al artículo 26.1 de esta última, que exige que toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos”.

información que durante el proceso se maneje no tendrá una aplicación posterior y que el mediador pueda así evitar acudir al juzgado como perito o como testigo. “En este punto la regulación legal es necesaria, pues el criterio dispar de los jueces puede dar al traste con el sentido de la mediación”⁵⁵³. También se refiere a este principio SEIJAS QUINTANA cuando afirma la necesidad de que el juez rechace cualquier medio de prueba que pueda vulnerar dicho principio, “salvo que las partes, de mutuo acuerdo, decidan presentar los datos que estimen convenientes a la solución contenciosa de la causa”⁵⁵⁴.

Sin embargo, esta cuestión, que nos parece vital al menos en el ámbito de familia, parece que no ha sido considerada como tal en el sector del consumo.

Nos planteamos si los mediadores pueden desempeñar, en caso de no conseguirse el acuerdo por la mediación, otras funciones en relación con el conflicto de las partes, incluso funciones de arbitraje en el mismo conflicto. La confidencialidad puede no verse en entredicho puesto que no es necesaria su intervención como perito o testigo, pero si su independencia puesto que evidentemente se verá condicionado por lo acontecido en el proceso de mediación y “contaminado” por la información alcanzada durante ésta. Es más, incluso en el caso de que el mediador consiguiera distanciarse de su función anterior, evidentemente las partes se verían influidas por lo acontecido, pudiendo producirse recelos. Si las partes conocen antes de iniciar el proceso que el mediador puede ser el árbitro que resuelva su conflicto en una fase posterior evidentemente su actuación en la mediación estará condicionada y por lo tanto las ventajas que esta institución puede aportar se verían mermadas⁵⁵⁵.

Por ello consideramos básico que así como en el arbitraje se ha establecido unas causas de inhabilidad y recusación (en la anterior LA 1988 se recogía un régimen de incompatibilidades, de forma que no podían actuar como

⁵⁵³ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La mediación familiar...* ob. cit., pág. 20

⁵⁵⁴ SEIJAS QUINTANA, J. A.: «Mediación, Jueces y Leyes», Documentación del *Congreso Internacional de Barcelona*, 1999, pág. 107.

⁵⁵⁵ nos remitimos a lo manifestado respecto al MED-ARB. Si, como hemos expresado anteriormente un juez no puede desarrollar la mediación precisamente por la posible influencia que esto puede tener a la hora de tomar una decisión, y si se considera el arbitraje como un método jurisdiccional de solución de conflictos en cuanto que el árbitro sustituye al juez en su función de decisor del conflicto, consideramos que lo que se predica para uno debe ser igualmente predicado para el otro.

árbitros los Jueces, Magistrados, Fiscales en activo y quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel, como Notarios, Registradores de la Propiedad, Agentes de cambio y bolsa, etc.) de la misma manera debe establecerse un régimen de incompatibilidades en el que se incluya el ejercer de árbitro en la misma cuestión litigiosa.

Respecto a la relación de estos procedimientos con el judicial el Consejo estableció “Considerando que un órgano sólo puede ser imparcial si en el ejercicio de sus funciones no está sometido a presiones que podrían influir sobre su decisión; que, en consecuencia, ha de garantizarse su independencia sin que ello implique el establecimiento de *garantías tan estrictas como las destinadas a garantizar la independencia de los jueces en el sistema judicial*”⁵⁵⁶.

Esta afirmación se relaciona con las reticencias de parte de la doctrina a una regulación de la mediación porque considera que ésta perdería su informalidad característica. Es decir, para parte de la doctrina es necesario un sistema de garantías pero su regulación no debe ser la misma que la dada en el proceso judicial e incluso arbitral, dado que se eliminaría la principal aportación de la mediación que es su agilidad procedimental.

No estamos del todo de acuerdo con esta afirmación, puesto que como venimos poniendo de manifiesto es necesario establecer unos principios mínimos que garanticen la actuación del mediador y el resultado del proceso. Así lo ha entendido el Consejo de Europa al ofrecer estas Recomendaciones analizadas. Sin embargo es cierto que esta regulación debe ser lo menos exhaustiva posible, evitando que la burocratización reste flexibilidad al sistema.

2.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Además se pone de manifiesto que la *eficacia y la protección* de los derechos sólo se consigue si se garantiza la *transparencia* tanto del procedimiento como de los órganos. ¿Cómo se consigue esa transparencia?:

- A través de una *información*: que permita a las partes hacer valer su punto de vista e informarse sobre los hechos expuestos y declaraciones de expertos. Sin embargo me parece interesante el que

⁵⁵⁶ Página 2 de la Recomendación (98/257/CE).

establezca que no es necesaria la audiencia oral, opinión que no compartimos respecto a la mediación.

- A través de la *eficacia*: se refiere a solucionar los problemas del proceso judicial, es decir, las costas elevadas, largos plazos y los procedimientos lentos. (conseguir eficacia)
- Mediante la *equidad*: para la cual es necesario un papel activo del tercero que es importante porque con frecuencia actúan sin asesoramiento jurídico⁵⁵⁷.

Se adoptarán las medidas convenientes para garantizar la transparencia del procedimiento. Entre dichas medidas se incluirán:

1) La comunicación por escrito, o en cualquier otra forma apropiada, a cualquier persona que lo solicite, de la información siguiente:

- Una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano, así como los límites que puedan existir en relación con la cobertura territorial y el valor del objeto de los litigios,

- Las normas relativas a la consulta del órgano, incluidas, en su caso, las gestiones previas impuestas al consumidor, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del procedimiento,

- El posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas al reparto de los costes con posterioridad al procedimiento,

- El tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales, equidad, códigos de conducta, etc.),

- Las modalidades de toma de decisión en el órgano,

- El valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, para el profesional o para las dos partes. Si la decisión tuviera carácter obligatorio, deberán precisarse las sanciones aplicables en

⁵⁵⁷ “Considerando que, con el fin de aumentar la eficacia y la equidad del procedimiento, conviene asignar a la institución competente un papel activo que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio; que este papel activo resulta aún más importante en la medida en que, en el marco de los procedimientos extrajudiciales, con frecuencia las partes actúan sin asesoramiento jurídico;” (pág. 2 de la recomendación)

caso de incumplimiento de la decisión. Lo mismo se aplica a las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

2) La publicación, por el órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados.

3.- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN⁵⁵⁸

Este principio se corresponde con los principios de audiencia y contradicción comentados respecto al arbitraje anteriormente. Por lo tanto, la Unión Europea también ha considerado necesario recoger la necesidad de respetar estos principios en los ADR.

El procedimiento que habrá de seguirse implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos.

En este sentido VICARIO ZEARSOLO⁵⁵⁹ establece que “se impone a los mediadores el acatamiento al principio de contradicción, no pudiendo éstos negar la audiencia a las partes para que formulen las alegaciones que estimen oportunas y necesarias para su defensa y propongan las pruebas que les interesen”. La labor de mediación exige el conocimiento de la legislación vigente, incluida la procesal, para así contribuir a la propuesta resolutoria aunque ésta se base finalmente más en la equidad que en el Derecho Positivo.

4.- PRINCIPIO DE EFICACIA⁵⁶⁰

La eficacia del procedimiento estará asegurada por medidas que garanticen:

- El acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal,

⁵⁵⁸ se corresponde en el arbitraje con los principios de audiencia y contradicción (artículo 24 LA y artículo 10 RDAC).

⁵⁵⁹ VICARIO ZEARSOLO, F.: *Manual de Consumo...* ob. cit., pág. 121, nota al pie nº 4.

⁵⁶⁰ el ordenamiento dota de ciertas cualidades inquisitorias al árbitro (artículo 22.2 y 26 de L.A o 10.3 y 13.2 RDSAC) pero siempre teniendo como límite la cuestión litigiosa objeto de debate.

- La gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados,
- La fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión,
- La atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

Este principio justifica nuestra afirmación de que es posible que el mediador y las partes adopten ciertas *medidas cautelares* que ofrezcan seguridad a los intervinientes en el proceso respecto al objeto de la controversia.

Añade a la Recomendación de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo que, una vez planteado, el litigio se tramitará en el plazo de tiempo más breve posible que permita la naturaleza del mismo.

El órgano responsable deberá efectuar un control periódico de su evolución para cerciorarse de que la tramitación del litigio de las partes se realice de forma rápida y adecuada. Asimismo se establece un control necesario del comportamiento de las partes asegurándose que respetan su compromiso de buscar una solución adecuada, justa y oportuna y si el comportamiento de una de ellas no es adecuado plantear la posibilidad de acudir a otro procedimiento.

5.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano⁵⁶¹.

Toda decisión se justificará y comunicará por escrito, o de cualquier otra forma apropiada, a las partes interesadas, en el menor plazo posible⁵⁶².

⁵⁶¹ En caso de litigios transfronterizos, la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, en los asuntos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁵⁶² Este principio es más complicado cuando se trata de arbitrajes de equidad y también en mediación, dado que el sometimiento es al marco normativo a los límites de la legalidad en el sentido de que lo que se acuerde sea posible dentro de estos límites, pero no está obligado a acordar según lo establecido en la ley. Al respecto nos referimos más adelante cuando tratemos el problema de la homologación por el juez de los acuerdos alcanzados.

El *Dictamen del Comité de las Regiones* sobre la Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y Recomendación de la comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (1999/C198/11), considera preciso añadir a este principio que el órgano extrajudicial decida no solo con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, sino también con sujeción a la equidad, si las partes así lo desean.

La LA de 2003 parece haber recogido esta recomendación dado que ha invertido la regla general que establecía la LA de 1988 que en caso de que las partes no digan nada al respecto se consideraría que el arbitraje es en equidad, puesto que ahora la regla general es que el arbitraje es de derecho (art. 34 LA 2003).

6.- PRINCIPIO DE LIBERTAD

La decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente.

La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio.

7.- PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN

El procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

En arbitraje, deben acudir debidamente representadas, sin ser necesaria la presencia de abogado o procurador (puede ser otro representante no necesariamente abogado en ejercicio) siendo la junta quien determine la insuficiencia de la representación.

El artículo 21.3 LA de 1988 establecía expresamente que las partes podrán actuar en el procedimiento arbitral por sí mismas o por abogado en ejercicio.

La actual LA de 2003 recoge esta posibilidad expresamente en el artículo 30 en relación a las audiencias y el artículo 10.2 del RDSAC recoge el mismo contenido para el arbitraje de consumo.

Por lo tanto la postulación o representación no es obligatoria, sino potestativa y además no tiene que ser profesional, pudiendo representarse la parte a sí misma. Respecto a la figura del procurador, ni siquiera se nombra en el artículo anteriormente referido, por lo que no parece necesaria su intervención.

La solicitud de arbitraje de consumo es utilizada para formalizar el convenio de arbitraje, por lo que se requiere la firma del propio consumidor, pudiendo actuar por éste otra persona en su nombre, siendo necesario para ello apoderamiento expreso. Sin embargo, cuando la representación es para el colegio arbitral, es decir, para el procedimiento en sí, el artículo 21.3 LA exige que dicho representante sea un abogado en ejercicio.

Al respecto se manifestó ALVAREZ ⁵⁶³ estableciendo que “no se entiende muy bien la limitación contenida en el artículo 21.3 LA, pues si el abogado es una garantía indudable para la vía jurisdiccional, no tiene porqué serlo el arbitraje, donde las mejores defensas puede que sean las que realicen otras personas, sobre todo cuando se trate de arbitraje de equidad. De otra parte, no olvidemos que el artículo 20.1 LGDCU autoriza la representación de las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos de los consumidores, contenidos en el artículo 2.2 LGDCU”. En este sentido también se manifiesta LORCA NAVARRETE cuando afirma “no obstante, insisto en que si la parte puede actuar por sí misma, cualquier otra persona siempre que sea capaz y apoderada, puede actuar por la parte en el procedimiento arbitral sin necesidad de que esa persona sea un procurador”.⁵⁶⁴

En mediación nos encontramos con una situación difícil de congeniar, puesto que hay que destacar que una de las aportaciones principales de la mediación es que se requiere la *presencia directa* de las partes implicadas en el conflicto. La mediación se basa por lo tanto en el ofrecimiento de un

⁵⁶³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 112.

⁵⁶⁴ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 333. también se refiere a esta cuestión CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 95.

espacio que permita a las partes negociar en igualdad de condiciones y a través de una participación directa.

Así es entendido en el *ámbito familiar* donde, según hemos visto, los abogados pueden participar en la mediación pero nunca tomarán la posición de las partes. Son las partes las que negocian, si bien pueden hacerlo asistidos por sus abogados a los que se permite asistir a las sesiones pero como personas ajenas a la negociación por si consideran que es necesario asesorar a sus clientes. Si se permitiese una negociación exclusivamente entre abogados o representantes no tendría ningún sentido la presencia de un tercero dado que un abogado es una persona perfectamente capacitada para realizar una negociación y no se entendería la necesidad de que otro negociador, el mediador, participe en ella.

En el *ámbito del consumo* nos encontramos con dos situaciones:

- La primera que la empresa, como persona jurídica puede actuar por sí misma en la negociación si bien siempre a través del órgano que tenga encomendada la realización de dichos actos. Es decir, que será el representante de la empresa quien negocie protegiendo los intereses empresariales. Sin embargo esta afirmación no desvirtúa lo anteriormente manifestado respecto a la necesaria participación directa de los sujetos puesto que este representante es la única forma legal posible para que la empresa manifieste su voluntad, por lo que no es una persona que protege los intereses de otra por la que actúa en el proceso de mediación, sino que es una persona necesaria como medio de expresar la voluntad de la persona jurídica.
- La posibilidad de que las Asociaciones de consumidores puedan participar en la mediación representando los intereses de varios consumidores. Entendemos que si se permite en el arbitraje este tipo de participación debe también permitirse en la mediación. Sin embargo consideramos que la verdadera aportación de la mediación es precisamente la participación directa de las partes, por ello hemos limitado nuestro estudio a los conflictos intranacionales y a los conflictos en los que participe el consumidor como persona individual. Si una asociación participase en mediación representando un grupo de consumidores lo único que estaría aportando la mediación frente al arbitraje es que en lugar de obtener una decisión

vinculante, obtendrían una decisión no vinculante. Sin embargo consideramos, como hemos venido poniendo de manifiesto, que la mediación va más allá y por ello nos hemos centrado en otro tipo de conflictos en este trabajo de investigación.

Sin embargo la cuestión de si las partes pueden acudir a estos procesos mediante un representante ha quedado zanjada puesto que las Recomendaciones anteriormente analizadas han reconocido la necesidad de que acudir a estos procedimientos alternativos de resolución de conflictos no limite la posibilidad de acudir representados.

En el ámbito laboral esta cuestión se ha zanjado permitiendo expresamente la representación de las partes para la mediación⁵⁶⁵.

8.- PRINCIPIO DE EQUIDAD

Este principio fue introducido en la Recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (no recogido, al menos independientemente, en la anterior resolución) que establece:

- *Respecto al procedimiento*: la posibilidad de no aceptar o rechazar el procedimiento en cualquier momento, la posibilidad de presentar cualquier prueba confidencialmente (salvo que se acuerde su transmisión al contrario), se animará a las partes a cooperar en el procedimiento fundamentalmente facilitando la información y dispondrán de un tiempo para decidir su aceptan o no la solución propuesta por el mediador.

⁵⁶⁵ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., págs. 84-85. “Así conforme a la regulación laboral, el art. 12.1 del R.T.A.M.I.B. dispone que al acto de la mediación las partes pueden acudir «por sí mismas o por medio de representantes o apoderados, que consten debidamente acreditados». Por su parte, en relación al arbitraje, el art. 17.f) del R.T.A.M.I.B. dispone que las partes pueden asistir al mismo mediante representantes debidamente acreditados o, en su caso acompañados de sus asesores. En este sentido, en tanto que los arbitrajes pactados en acuerdos interprofesionales así como los laudos que se pueden dictar tiene garantías y efectos procesales, también hay que tener en consideración la regulación contenida en la L.P.L. (...) Estos apoderamientos menos formales pueden resultar muy útiles en determinados casos, como por ejemplo, de imposibilidad de comparecencia del interesado”.

- *Antes de la aceptación de la propuesta del mediador, las partes deben ser informadas de:* la posibilidad de aceptar o rechazar, que la propuesta puede ser menos beneficiosa de la que podría imponer un órgano judicial, la posibilidad de acudir a un asesor, la posibilidad de acudir a otro procedimiento (judicial o extrajudicial) y del valor de la solución adoptada por el mediador.

Debemos destacar lo manifestado en el *Dictamen del Comité de las Regiones (1999/C198/11)* anteriormente referido, cuando afirma que el objetivo de estas actuaciones no puede ser sustituir los mecanismos de solución ya existentes en los Estados miembros por nuevos órganos europeos, sino que es más conveniente remodelar los órganos existentes para cumplir las normas mínimas ya definidas o por definir.

9.- OTROS ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

A parte de los principios inspiradores es necesario tener en cuenta también algunas cuestiones importantes que pueden ayudarnos a delimitar mejor el proceso de mediación. Estas cuestiones surgen principalmente de la comparación con el procedimiento de arbitraje.

1. La inactividad de las partes supone la finalización del proceso de mediación:

Según lo establecido en el artículo 31 de la LA de 2003, la inactividad de las partes en el procedimiento arbitral no impide que se pronuncie por el árbitro o árbitros el laudo, ni le priva de eficacia.

Nos encontramos con varias situaciones:

- Si la inactividad es del demandante al no presentar la demanda en plazo⁵⁶⁶, los arbitros pueden dar por terminada las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su *voluntad de ejercitar alguna pretensión*. En este sentido vemos como el sistema arbitral reconoce al empresario como parte legítima del arbitraje y esta afirmación resta, en cierto sentido, fuerza a la denominada

⁵⁶⁶ Establecido por las partes o acordado por el árbitro (artículo 29 LA 2003)

unidireccionalidad del arbitraje dado que permite el mantenimiento del proceso incluso sin demanda del consumidor.

- Si la inactividad es del demandado no presentando la contestación en el plazo establecido, los árbitros continúan las actuaciones. Sin embargo establece que la actuación del demandado en este caso no se podrá interpretar como un allanamiento ni como una admisión de hechos por el demandante.
- Si la inactividad es de cualquiera de las partes en la audiencia o pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo según las pruebas de las que disponga.

Esto parece claro cuando falta alguna de las partes, pero ¿y si faltan ambas? En este caso al árbitro le quedan dos opciones, o bien considerarlo un desistimiento impidiendo pronunciarse sobre el fondo y debiendo por tanto archivar las actuaciones, o bien suspender el proceso y esperar a que caduque la instancia arbitral (en el plazo de seis meses). Lo que está claro es que en este caso “lo que no es posible sería que sin contar con la opción de las partes de continuar el procedimiento de arbitraje, el árbitro o árbitros la suplanten y vayan a buscar “fuera” lo que las partes no les hayan alegado o probado. Ello no es posible.”⁵⁶⁷

La mediación, precisamente por su característica esencial que requiere la participación directa de las partes, establece una especial importancia a la comparecencia. La inactividad de cualquiera de las partes **deberá ser considerada como un desistimiento del proceso de mediación sin que en ningún caso deba el mediador continuar con el proceso.**

Cuando nos encontramos en ámbitos como el *familiar* esta afirmación es evidente, puesto que no se puede negociar sobre cuestiones familiares sin la presencia de uno de los implicados, sobretodo por el hecho de que el mediador no tiene ni siquiera la facultad de emitir una propuesta de solución, por lo que ¿qué va a poder negociar si solo tiene los argumentos e intereses de una de las partes?

Cuando nos encontramos en el ámbito de *consumo* esta afirmación también es cierta. Si una de las partes permanece inactiva durante el proceso, nada hace pensar que se activará una vez acabado éste aceptando o

⁵⁶⁷ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 346.

rechazando la decisión del mediador. Por lo tanto nos encontraríamos con que el mediador ha formulado una propuesta sobre la que no podrá obtener la valoración de una de las partes, por lo que no parece muy lógico realizar dicho esfuerzo, debiendo recurrir a otros procedimientos.

Otra opción es que la parte que ha permanecido inactiva durante el proceso podría “activarse” a la hora de aceptar o repudiar la decisión. Algunas personas pueden opinar que en este caso la inactividad de una de las partes no ha influido en absoluto en el proceso puesto que al fin y al cabo existirá una decisión emitida por el mediador que ambas partes han aceptado o rechazado. Sin embargo, la decisión del mediador debe ofrecer una solución donde se de respuesta a las inquietudes y argumentos de cada una de las partes que pueda convencer a ambas de la conveniencia de ésta. Si en la elaboración de la propuesta solo se han podido tener en cuenta los argumentos de una de las partes en conflicto, qué garantía ofrece la aceptación posterior de la decisión por la parte inactiva. Lo más probable es que dicha decisión no recoja ningún interés de esta parte, por lo que la mediación sería un proceso inútil en cuanto que aquello que realmente puede aportar no va a ser recogido en dicha decisión.

Por último, y quizás lo más importante, es que si el mediador emitiese una decisión aceptada por solo una de las partes ante la inactividad de la otra, esta **decisión nunca vincularía a la parte inactiva**, dado que para que una persona se obligue frente a otra es necesario su consentimiento, en este caso su aceptación. Según dijimos, el proceso de mediación no obliga a someterse a la decisión del mediador, por lo tanto el resultado de esta mediación seguida sin la participación de una de las partes nunca podría ser considerada un contrato vinculante para la parte inactiva.

2. La posibilidad de acordar medidas cautelares en mediación:

Una de las principales novedades de la LA de 2003 es el reconocimiento de que el propio árbitro puede adoptar medidas cautelares, salvo que las partes hayan acordado otra cosa (art. 23 LA 2003).

Sin embargo siguen sin tener potestad para hacer cumplir las medidas acordadas, para lo cual seguirá siendo necesario acudir a la jurisdicción. El hecho de que el árbitro acuerde estas medidas no restringe la posibilidad de que se adopten también medidas por el juez cuando así lo inste la parte interesada, porque según reconoce la Exposición de Motivos de dicha Ley

“las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”⁵⁶⁸.

¿Qué ocurre en mediación? Lo usual en los ámbitos de mediación es que se considere que los mediadores no tienen facultades para adoptar medidas cautelares. A lo sumo, se puede acordar el establecimiento de una medida cautelar siempre que estén de acuerdo ambas partes.

Desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que no tiene esta facultad, el mediador ha de estar atento a las situaciones que se le presentan, no pudiendo dejar a voluntad de las partes el aseguramiento de los derechos de éstas. Por ello, y en virtud del principio de legalidad y de eficacia de los ADR estudiados anteriormente, consideramos que si bien no podrá adoptar estas medidas directamente, debe (y es un deber no una facultad) informar a la parte que puede verse lesionada en sus derechos de esta situación y tratar de obtener el acuerdo de las partes respecto a la adopción de dicha medida. En caso de no obtener ambos consentimientos la parte agredida, una vez conocida la situación podrá solicitar al juez la adopción de dichas medidas cautelares (aunque no es lo deseable puesto que el objetivo es evitar la jurisdicción) y fundamentalmente, pondrá de manifiesto la buena o mala fe de la parte que se opone a la adopción de dicha medida, pudiendo ser motivo de suspensión del proceso de mediación.

3. *Las pruebas en el proceso de mediación:*

La fase probatoria del proceso arbitral goza de la mayor libertad siempre que se respeten los principios de defensa e igualdad. Por lo tanto se permite la máxima flexibilidad respecto a las pruebas. Serán las partes las que acuerden la realización de dichas pruebas y, si no se pronuncian al respecto será el propio árbitro quién así lo acuerde. Por lo tanto podrán acordarse por el árbitro a instancia de parte o de oficio, corriendo los gastos a cargo de quien las haya propuesto en cada caso, según establece el artículo 13 del RDSAC.

Los medios de prueba más usuales son la documental, la pericial y la inspección ocular. La LA de 2003 presta especial atención a la prueba pericial en su artículo 32 y a la asistencia judicial para la práctica de las pruebas en su artículo 33. La asistencia podrá consistir tanto en la práctica de la prueba acordada por el árbitro ante el tribunal competente, como en la

⁵⁶⁸ Exposición de Motivos, apartado V.

adopción de las medidas por el tribunal para que sea practicada ante los árbitros.

El art. 299.2 de la LEC 1/2000 ha introducido la posibilidad de utilizar los medios de reproducción de palabra, sonido e imagen.

Asimismo debemos tener en cuenta que el art. 11.1 de la LOPJ establece que no surtirán efectos las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Se afirma que las pruebas acordadas en el proceso arbitral tienen que ser pruebas admisibles en derecho. No se trata de que sean pruebas legales sino de que no sean contrarias a la ley (art. 44) particularmente por violación de derechos fundamentales. El consumidor y la empresa no deben afrontar, en principio, más gastos que los de las pruebas que ellos propongan. No obstante se puede producir una eventual condena en costas cuando la pruebas practicadas a instancia de parte atiendan a temeridad y mala fe⁵⁶⁹.

“La práctica de la prueba en el arbitraje se halla presidida por el *principio de libertad formal en el procedimiento probatorio*. Este principio significa que la regulación del procedimiento probatorio en el arbitraje es atípica y no sujeta a plazo preclusivo alguno salvo que se disponga contrariamente. Este principio significa, por tanto, que los árbitros no se hallan sujetos en su fijación a un principio de legalidad alguno que implique una concreta aplicación legal preceptiva y de orden público. Muy al contrario, el procedimiento probatorio, al igual que el desarrollo mismo del procedimiento arbitral, tan sólo se halla sujeto a la voluntad de las propias partes o a las normas establecidas en los reglamentos de las instituciones arbitrales (arbitraje institucional) o en su defecto al cuerdo de los árbitros. Se contrapone, por tanto, libertad formal a legalidad adjetiva propia de las leyes de procedimientos (en concreto, LEC). Esa atipicidad procedimental debe respetar en todo caso los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes”⁵⁷⁰.

En mediación a pesar de que se establece como no necesario que sean admisibles en derecho, que no es un requisito imprescindible bastando que

⁵⁶⁹ DÍAZ ALABART: *Tribunales...* ob. cit., pág. 130. Distingue entre la gratuidad total o básica, sugiriendo la previsión de una pequeña tasa para evitar la proliferación de peticiones poco razonables.

⁵⁷⁰ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., Pág. 387.

se trate de pruebas que sean suficientes para las partes (que para ellas tengan el valor de prueba sin necesidad de formalismos); lo cierto es que consideramos que el límite para la admisión de estas pruebas tan flexibles es igualmente la vulneración de algún derecho fundamental de alguna de las partes en conflicto⁵⁷¹. La única matización al respecto consiste en que normalmente en mediación no se acordarán pruebas que no estén de acuerdo en practicar ambas partes, por lo que en caso de practicarse alguna prueba que no se encuentre dentro de la estricta legalidad sería con el consentimiento del afectado, pero insistimos, debiendo quedar a salvo siempre la protección de sus derechos más fundamentales.

Respecto a si la proposición de la prueba en el arbitraje es de parte o puede acordarse de oficio, debemos decir que aunque en principio la proposición de la prueba es a instancia de parte, mientras que la práctica de dicha prueba es en principio de oficio, aunque ciertamente incluso los árbitros pueden decidir la realización de determinadas pruebas⁵⁷².

El mediador en el *ámbito familiar* no puede acordar de oficio la práctica de una prueba, al menos con carácter general. La proposición puede ser de parte o del mediador pero la práctica solo puede ser acordada por las partes. Esta afirmación es más discutible si nos encontramos en el *ámbito del consumo*, donde parece que se acepta la posibilidad de practicar alguna prueba decidida por el mediador a pesar de que las partes no estén de acuerdo en las mismas. Esta diferente concepción puede basarse en el hecho de que el mediador ha de hacer una propuesta de solución que satisfaga a

⁵⁷¹ A ello nos referiremos cuando hablamos de la necesidad de homologación del acuerdo por parte del juez y los requisitos para esta homologación.

⁵⁷² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., Págs. 388-389. “Tradicionalmente la proposición ha sido y sigue siendo una actividad dispositiva de parte, mientras que la práctica en cambio ha sido y sigue siendo una actividad esencialmente oficial o presidida por la oficialidad. Este esquema, ya clásico, se rompe cuando la proposición de la prueba es, a la vez, dispositiva y oficial y la práctica deja de ser también esencialmente oficial y asume asimismo un eminente carácter dispositivo. La fórmula de confluencia sustantiva la asume el artículo 26 LA cuando señala que “los árbitros practicarán a instancia de parte o por propia iniciativa, las pruebas...” lo que supone que el árbitro o árbitros practiquen de oficio o a instancia de parte las pruebas que aquél o aquellos dispongan (de oficio) o le propongan las partes (principio dispositivo). La conclusión no puede ser más adecuada a la sustantividad de la prueba en la LA y supone que los árbitros practican las pruebas que se propongan a instancia de parte, y que asimismo, se practican las pruebas que ex oficio el propio árbitro o árbitros estimen oportunas hacer valer en el procedimiento. Por consiguiente, no tiene excesivo sentido las diligencias para mejor proveer en el procedimiento arbitral”

ambas partes quizás necesite criterios objetivos que fundamenten esta decisión.

Respecto a qué pruebas se consideran admisibles y cuales no, observamos que en arbitraje el criterio no se establece exclusivamente en función de las leyes, sino que se establece también según el criterio del árbitro y la naturaleza de los hechos. En este sentido se manifiesta LORCA NAVARRETE cuando afirma que “en la LA no se establece un *numerus clausus* en cuanto a los medios probatorios que se estimen, admisibles y pertinentes, debiéndose tener en cuenta que el criterio de admisibilidad que ahora se establece no es el legal, en el sentido de que sólo sean pruebas admisibles las admitidas por la LEC o el CC, sino que la admisibilidad ha de vincularse con la propia naturaleza sustantiva de las cosas y objetos (hechos) sometidos al conocimiento y resolución del árbitro. Y lo mismo hay que señalar respecto al criterio de la pertinencia de una prueba. Una prueba es pertinente cuando tiene una relación de medio a fin con el objeto sobre el cual se proyecta el propio procedimiento arbitral (...). O dicho de otro modo, que la “admisibilidad en derecho” hay que concretarla con el derecho a la tutela procesal efectiva en el arbitraje, lo que no supone vincularse necesariamente con las diversas fuentes de prueba *uti singulis*”⁵⁷³.

El artículo 28 LA de 1988 recogía además el *principio de inmediación*, que hace referencia a la necesaria proximidad del árbitro con el medio de prueba. Artículo establece que si se incorporase un nuevo árbitro durante el arbitraje en sustitución de otro anterior “se volverá a practicar todas las pruebas que se hubieren realizado con anterioridad, salvo si el árbitro se considera suficientemente informado por la lectura de las actuaciones”. En este sentido se pronuncia también la LA de 2003 en su artículo 20 cuando afirma que “una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas”.

Este principio se proyecta en un doble sentido, bien como una necesaria proximidad física del árbitro con quien propone la prueba, es decir con las partes (de forma que se establece un vínculo entre la proposición de la prueba y su práctica después de una valoración de su conveniencia), bien como una proximidad documental entre el árbitro y la realización de dicha prueba. Por lo tanto se establece que si la proximidad documental no es

⁵⁷³ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., págs. 389-390.

suficiente como para establecer la proximidad física a pesar de no haber sido el árbitro testigo de la proposición y práctica de la prueba, dicha prueba tendrá que volver a realizarse⁵⁷⁴.

Esto no ocurre en mediación. En caso de sustitución del mediador parece asentada la idea de que no debe volver a practicarse la prueba realizada puesto que quien debe considerarse suficientemente informado son las partes y no el mediador puesto que no será el quien tome la decisión.

Esto es así muy claramente en el ámbito de la mediación familiar. Pero si nos encontramos en el ámbito del consumo, aunque sea para poder tomar una decisión que luego pueda ser rechazada por las partes parece necesario que conozca, en el mismo sentido anteriormente manifestado, lo acontecido en la práctica de las pruebas.

6. Los plazos para emitir la decisión por parte del mediador:

El arbitraje común es más flexible en lo que a plazos se refiere puesto que solo recoge el plazo para laudar, que es de 6 meses prorrogable por otros dos (art. 37.2 LA 2003). Sin embargo el arbitraje de consumo recoge algunos plazos más a parte del de 4 meses (es más reducido) para emitir el laudo, como son el plazo máximo de 3 meses para celebrar la audiencia de las partes desde la constitución del colegio arbitral (art. 12.1 RDSAC).

Junto a esta diferencia de plazos para laudar, también debemos tener en cuenta que ambos cuerpos normativos establecen momentos distintos para que dicho plazo empiece a computar.

En la LA se inicia desde la fecha de la presentación de la contestación de la demanda o de la expiración del plazo para presentarla. En el RDSAC el plazo comienza desde la designación de los árbitros.

⁵⁷⁴ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 391. “En un caso, la inmediatez supone la cercanía física del árbitro con la fuente y medio probatorio propuesto y practicado. En otro, en cambio, supone la cercanía documental del árbitro, asimismo, con la fuente y medio probatorio aportado. El primer tipo de inmediatez supone, en todo caso, la existencia de un vínculo de unión entre quien propone y práctica la prueba y quien es su destinatario, esto es, el árbitro o árbitros. O dicho de otro modo, se trata de la inmediatez de la parte con el árbitro competente del arbitraje, con independencia del modelo oral o escrito de procedimiento que se adopte. En cambio, la cercanía documental es tan sólo la que propicia la inmediatez formal o adjetiva que no precisa de la inmediatez sustantiva o material que implica la cercanía física(...). Por tanto, en contexto del artículo 28 LA la excepción afectaría a cualquier tipo de inmediatez cuando, sea cual sea, haya quedado constancia escrita, de la misma ya que basta con que el árbitro sustituto se considere suficientemente informado por la lectura de las actuaciones”

Asimismo mientras la LA permite que las partes puedan pactar un plazo distinto al establecido en por ésta, el RDSAC no lo contempla. Para DIAZ ALABART⁵⁷⁵ las partes no podrían pactar un plazo menor a esos 4 meses, pero sí podrían de común acuerdo conceder un plazo mayor dado que tanto la LA como el RDSAC contemplan la posibilidad de prórroga por acuerdo de las partes (art. 37.2 y 14.2 respectivamente).

La mediación ha de estar, desde nuestro punto de vista, sometida a plazo para la obtención del acuerdo o de la propuesta de solución. Sin embargo, el proceso ha de ser flexible y desde nuestro punto de vista no ha de existir ningún plazo más que mediatice y vincule a las partes o al mediador. El plazo al que nos referimos ha de ser menor del establecido para el arbitraje de consumo, puesto que sino no tendría mucho sentido acudir a este sistema siendo una de las virtudes más aplaudidas la supuesta celeridad del proceso.

En mediación familiar, los plazos establecidos suelen ser de tres meses prorrogables por otro periodo igual. Desde nuestro punto de vista, el plazo de la mediación de consumo debería ser aún menor a esos tres meses.

7. Obstáculos en la actuación del mediador: presiones

Los mediadores prestan especial importancia, como ya hemos manifestado, al principio de neutralidad y la imparcialidad, sobre todo respecto a la empresa. Sin embargo este principio tiene dos importante obstáculos:

- a. *La protección del consumidor*: como ya hemos apuntado anteriormente es paradójico que se mantenga la imagen de neutralidad del servicio cuando la razón de ser de éste es precisamente la protección de una de las partes en conflicto, el consumidor.
- b. *Las presiones que puede sufrir el mediador y las que éste puede producir en las partes*: la mediación es un sistema donde se produce una influencia recíproca. Esa influencia se manifiesta de dos formas:
 - a. En primer lugar, el mediador se puede encontrar presionado en el ejercicio de su cargo (por varios motivos).
 - b. Ante las presiones que sufre el mediador en el ejercicio de su cargo, éste puede optar por dos opciones: o bien actúa tímidamente, perdiendo el control del proceso, o bien actúa presionando a las partes, olvidando el deber de no dirigismo⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ DIAZ ALABART, S.: «Apuntes sobre el arbitraje de consumo... ob. cit., pág. 122.

Entre las causas de presión señaladas por los mediadores encontramos las siguientes:

La *actitud de las partes* es lo que más presiona al mediador en su labor, puesto que no solo tiene que lidiar con un conflicto que ya es complicado en sí mismo, sino que ha de añadir la necesidad de “convencer” a las partes de las ventajas de este tipo de sistema sin olvidar la idea de que la solución solo llegará si ellos trabajan y ponen de su parte. Una actitud activa que normalmente debe promover el propio mediador puesto que acuden a este servicio cansados y desanimados, con la sensación de que es un paso más, inservible, tedioso y obligatorio, por el que hay que pasar antes de llegar al juicio.

A ello añadimos las *circunstancias externas*, como son las presiones de plazos legales o lugares pequeños donde el mediador puede fácilmente conocer a alguna de las partes. También la necesidad de estar *justificada la propia existencia del servicio*, por el hecho de se puede considerar que la mediación no sirve de nada si no se llega a un acuerdo (no solo por el consumidor o el usuario, sino también por parte de la Administración).

Todo lo manifestado hace que el mediador pueda sentir que la imagen del servicio como neutral, rápida, sencilla, barata y creativa (fuente del único “poder” con el que cuenta el mediador) se vea muy dañada y por lo tanto se encuentre limitado en su actuación.

Felipe VICARIO ZEARSOLO⁵⁷⁷ contempla la posibilidad de que el mediador de consumo adopte posturas cuasijudiciales o de presión. Una posibilidad que, según el autor, existe más aún si se goza de una potestad sancionadora por el propio mediador (al respecto también nos hemos referido más adelante).

Cuando habla de posturas cuasijudiciales o de presión se refiere, entre otras cosas, a la *persuasión* sobre la base de una posible infracción administrativa sancionable o sobre la posibilidad de que el mediador pueda desempeñar funciones posteriores (como por ejemplo ser el árbitro de la cuestión en una instancia posterior).

A estas cuestiones nos hemos referido al tratar el proceso de mediación.

⁵⁷⁶ ONDARZA ZUBIETA, I.: *Resolución informal...* ob. cit., pág. 97.

⁵⁷⁷ ONDARZA ZUBIETA, I.: *Resolución informal...* ob. cit., pág. 71.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR

No existe en el RDSAC una normativa expresa respecto a esta cuestión y tampoco existe una remisión expresa a la LA.

La LA de 2003 recoge en su artículo 21 la normativa general sobre la responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales, de forma que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mal fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros”.

Se distinguen tres tipos de responsabilidades en relación al arbitraje: la responsabilidad directa de los árbitros, la de la corporación por incumplimiento del encargo de administrar el arbitraje y la responsabilidad directa de la entidad por la actuación de los árbitros⁵⁷⁸.

Respecto a la **responsabilidad de los árbitros**⁵⁷⁹, la tipología de las causas que pueden dar lugar a la responsabilidad de los árbitros son estructuradas por ABELLÁN TOLOSA⁵⁸⁰ de la siguiente forma:

- Transgresiones legales de tipo procedimental, como la omisión del trámite de audiencia.
- Infracciones formales, como infracción del plazo de 4 meses para dictar el laudo.

⁵⁷⁸ CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno...* ob. cit., pág. 87. “la responsabilidad directa de la corporación o asociación se supedita a que sea ella la que haya nombrado los árbitros, porque como ya hemos visto, es perfectamente posible la designación de los mismos por las partes dentro del arbitraje institucionalizado. Sin embargo, a diferencia de lo que opina el mismo autor, entiendo que el reconocimiento de la acción directa, semejante al que se hace a favor del perjudicado frente a la compañía aseguradora en la Ley de Contrato de Seguro (art. 76), no es un supuesto de legitimación extraordinaria, porque en ésta el acreedor ejercita en nombre propio un derecho ajeno o demanda, también en nombre propio, al titular de una obligación ajena, mientras que en el supuesto de las acciones directas el acreedor ejerce un derecho propio (concedido directamente por la ley) contra quien, aunque es tercero en su contrato, no lo es en la situación jurídica contemplada en su totalidad”.

⁵⁷⁹ LORCA NAVARRETE, A. M.: «La responsabilidad del árbitro en el arbitraje de consumo» en Estudios sobre consumo: año 17, nº 67 (2003) págs, 57-63.

⁵⁸⁰ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 420.

- . Infracciones del contenido del laudo, como no resolver todos los puntos controvertidos.
- . Extralimitaciones de competencias, como emitir un laudo sin la sumisión expresa de las partes o en ausencia de convenio.

Esta responsabilidad es de carácter civil o penal, no reconociéndose la posibilidad de una responsabilidad disciplinaria. Esto es evidente en los casos del arbitraje ad hoc o arbitraje diferido, ya que no hay una institución que asuma la potestad disciplinaria, pero en el arbitraje institucional debería recogerse una responsabilidad administrativa, dado que puede borrar de su lista de árbitros a aquél que ha incurrido en algún tipo de responsabilidad, pero no impone sanciones.

La *responsabilidad civil*, la doctrina mantiene dos posturas respecto a cual es la naturaleza de la responsabilidad del árbitro. Una parte de la doctrina sostiene que se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual (art. 1903 y 1902 a 1910 del C.c.), mientras que otra parte de la doctrina considera que se trata de responsabilidad de carácter contractual (vinculándolo al contrato de mandato en la mayoría de los casos, art. 1709 C.c.)

Desde nuestro punto de vista se trata de una responsabilidad contractual producto de la participación del árbitro en la dación o recepción del arbitraje, relación que hemos considerado como contractual según hemos manifestado a lo largo de este trabajo. En la misma situación se encontrará el mediador después de participar en lo que hemos denominado contrato de mediación.

Esta afirmación la podemos sustentar en la propia LA de 2003.

La LA de 1988 recogía en su artículo 16.1 que los árbitros respondían frente a las partes por los daños que su conducta causare por dolo o culpa. Durante la tramitación parlamentaria de la LA de 2003, y a pesar de se partía de la misma consideración que en la ley anterior, la enmienda del Grupo Parlamentario CIU modificó la responsabilidad por daños de los árbitros de forma que el actual artículo 21 establece que responderán “por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”.

Esta modificación ha supuesto una reducción en la responsabilidad de los árbitros. Según CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHAN supone la no aplicabilidad de los artículos 1104 y 1902 “correspondiendo la carga de la

prueba de la concurrencia de la mala fe, temeridad y dolo, a la parte que quiera exigirla. Por otro lado, se ha de hacer notar, que una vez iniciada la acción por dolo, su renuncia para hacerla efectiva resultará nula, conforme determina el artículo 1.102 C.C.”⁵⁸¹.

Por lo tanto, la responsabilidad del árbitro y mediador es **contractual** derivada de la consideración de que la relación que une a las partes con el árbitro o mediador después de la aceptación o dación del arbitraje es un contrato.

La polémica está en que tipo de contrato (si mandato o arrendamiento de servicios, que ya hemos analizado antes) pero en todo caso será una responsabilidad contractual.

LACRUZ manifiesta en relación al arbitraje que “la relación árbitros-partes es pura y estrictamente contractual, y el árbitro cumple la función confiada por los interesados y en tanto que aceptada. El ordenamiento no le confiere ningún cargo ni función (sí, en cambio, al Juez), y sólo a posteriori protege y da cierta eficacia a lo que ha hecho. En caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento del encargo y función asumida por el árbitro, su responsabilidad es de tipo contractual y no la responsabilidad del órgano judicial”⁵⁸².

Si se considera que se trata de un *contrato de mandato*, la responsabilidad se produce cuando incumpliendo el mandato de cumplir su cargo fielmente el árbitro causare algún tipo de daño o perjuicio por actuar con dolo o culpa. Para poder iniciar el juicio civil en el que se dilucide el perjuicio es necesario haber interpuesto el recurso de anulación⁵⁸³. En este sentido se manifiesta LACRUZ cuando afirma que “son efectos de ese contrato la obligación de los árbitros de cumplir fielmente su encargo –dictar laudo dentro de plazo (art. 30), y sin excederse en su decisión, respecto del ámbito del conocimiento conferido ni contraviniendo cualquier otra norma de procedimiento o relativa al laudo de que pueda derivar la nulidad o ineficacia

⁵⁸¹ CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F.: «Valoración crítica de la Nueva ley de Arbitraje» en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 99 (2ª época), enero de 2004, pág. 61.

⁵⁸² LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Derecho de obligaciones...* ob. cit., pág. 370.

⁵⁸³ MONTERO AROCA, Ob. cit., pág. 89.”En cambio, para proponer la demanda no será necesario esperar a que en el arbitraje exista laudo firme, y ello porque puede que ni siquiera exista el laudo; si el árbitro incumple el plazo no debe haber laudo y si pueden haberse producido los daños y perjuicios”.

de este último (art. 45)-. Incurrirán en otro caso en responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa (cfr. S. 26 de abril de 1999). No creo (frente a otras posiciones) que sea solidaria la responsabilidad de los árbitros si son varios componentes del colegio arbitral y los responsables del daño (cfr. Art. 1137 y 1723 Cc.). Por ser responsabilidad contractual, serán de aplicación a la de los árbitros las reglas generales sobre la misma”.

Si se considera como un contrato de arrendamiento la responsabilidad vendría dada por el incumplimiento de sus obligaciones, que son principalmente la prestación del servicio, que como ya hemos analizado anteriormente se trataría de una obligación de medios. Dicho servicio ha de prestarse también con atendiendo a las instrucciones del arrendador respondiendo además de los daños y perjuicios causados por falta de pericia o no aplicación de técnicas.

Tal y como ya analizamos antes, consideramos que el mediador *deberá responder del incumplimiento de sus obligaciones*, que son la prestación del servicio de mediación entendido también como una *obligación de medios*. Sin embargo *no responderá si no cumple las instrucciones dadas por las partes en conflicto* dado que no está vinculado a ellas por el principio de neutralidad e imparcialidad que rige la labor del mediador. Si responderá en el caso de que cause daños y perjuicios como consecuencia del *mal desarrollo de su profesión o por falta de pericia*.

La *responsabilidad penal*, es consecuencia de los delitos y faltas cometidos en el ejercicio de la función arbitral.

Puede llevar aparejada la inhabilitación para ejercer como árbitro de las Corporaciones o Asociaciones en el caso de tener antecedentes de declaración judicial de responsabilidad⁵⁸⁴.

Para el mediador no hay nada establecido. ¿Se le aplicarán las mismas normas que al árbitro? Consideramos que debería ser aplicable y que ésta es

⁵⁸⁴ MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje...* ob. cit., pág. 57.”A diferencia de los supuestos en los que un tercero se encarga, exclusivamente, de designar al árbitro ex artículo 9 LArb, las instituciones arbitrales cuando administran el arbitraje tienen la aludida responsabilidad directa por actuación del árbitro. No incurre el centro arbitral en esa responsabilidad directa por la actuación del árbitro. No incurre el centro arbitral en esa responsabilidad directa cuando se limita a designar al árbitro, puesto que el artículo 16 LArb hace referencia al «*arbitraje encomendado*». Así pues, esta responsabilidad in solidum sólo puede derivar del hecho diferencial de administrar el arbitraje, y se configura como una responsabilidad *in vigilando*”.

una cuestión básica que debería ser objeto de análisis por el legislador y establecer algunas normas mínimas al respecto.

Nos parece interesante resaltar la posibilidad de establecer también una responsabilidad de carácter administrativo, según lo manifestado por LLOMPART en el ámbito de la mediación laboral en las Islas Baleares cuando establece que “según el art. 13.2 del R.T.A.M.I.B., los Mediadores a la hora de ejercer funciones «pueden solicitar de las partes en conflicto datos e informes necesarios para el cumplimiento de su misión». Ahora bien, en esta labor deben estar sometidos a una total confidencialidad y guardar absoluta reserva con respecto a las informaciones a que tenga acceso. En caso de incumplimiento de este deber, el R.T.A.M.I.B. no prevé consecuencia alguna; sin embargo, si la infracción es grave, en tanto que, como hemos visto, las listas de Mediadores son flexibles, una de las posibles medidas a tomar es que el Mediador sea cesado. En este sentido, el art. 13.1 del R.T.A.M.I.B. añade que «las respectivas organizaciones pueden proceder, libremente, a la sustitución parcial o total de sus respectivos representantes, en el cuerpo de mediadores». A tal efecto, tan sólo se exige «previa comunicación escrita a la Secretaria del Tribunal». En caso contrario, el mandato de los Mediadores es indefinido”⁵⁸⁵.

Respecto a la **responsabilidad de la corporación o de la Administración por incumplimiento del encargo de administrar el arbitraje**, estamos haciendo referencia a una responsabilidad civil en aquellas situaciones en las que se incurra en mala fe, temeridad o dolo, por ejemplo, cuando se acepte una solicitud de arbitraje que no debiera ser aceptada o se dilatara en exceso el plazo para la designación del Colegio Arbitral.

La corporación o asociación arbitral puede incurrir en responsabilidad civil, dado que es ella quien acepta la responsabilidad de administrar el arbitraje, aunque sea un árbitro por ella designado quien realice el acto perjudicial. Pero además puede incurrir en responsabilidad cuando no acepte administrar el arbitraje de forma discrecional, es decir, por una causa no prevista en sus reglamentos como excluyente de su función arbitral. Esta responsabilidad es consecuencia de los daños que causa la negativa ante la su confianza en la oferta pública.

⁵⁸⁵ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., pág.52.

Respecto a la **responsabilidad del la Administración por la actuación del árbitro**, se trata de una responsabilidad recogida en el artículo 21 LA 2003 que reconoce acción directa al perjudicado frente a órgano encargado de la Administración del Arbitraje, si bien este tiene la facultad de repetir contra los árbitros.

A parte de la acción directa contra el árbitro por sus propios actos se reconoce que cuando el arbitraje se administra por una entidad, como ocurre en el caso del arbitraje de consumo que se gestiona por la Autoridad pública, existe también una acción directa contra dicha entidad. Al ser una entidad de carácter público la acción deberá llevarse a cabo a través de lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Régimen Administrativo Común, que establece la obligación de indemnizar a los administrados en las lesiones que sufran como consecuencia del funcionamiento norma o anormal de los servicios públicos salvo por causa mayor.

La Administración solo tendrá *acción de repetición* contra dichos árbitros cuando éstos hayan incurrido en dolo o culpa grave (art. 145.2 LRJAPPAC).

Según ABELLÁN TOLOSA⁵⁸⁶ “se trata de un caso de legitimación extraordinaria porque la Administración no es la titular de la obligación por no haber sido la Junta Arbitral la que ha actuado con dolo o culpa ni la que ha causado daño o perjuicio”.

No podrá pedirse la responsabilidad civil de los árbitros asta que el laudo sea firme.

Como **conclusión** de todo lo anteriormente manifestado podemos afirmar:

- Que existe una especial vinculación entre el proceso de arbitraje y el proceso de mediación debido fundamentalmente a la consideración de la mediación como un paso previo al arbitraje.

- Que a pesar de esta vinculación existen diferencias importantes, sobretudo en lo que se refiere a la representación de las partes, las consecuencias de la inactividad de una de ellas y lo relativo a las pruebas.

- Que existen muchos aspectos del proceso de mediación que aún no están regulados y que, a falta de una normativa específica, parece lógico que se

⁵⁸⁶ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 420.

aplique lo establecido para el arbitraje, fundamentalmente en lo relativo a la responsabilidad en la actuación de los mediadores.

- Que la mediación de consumo presenta aspectos mucho más cercanos desde un punto de vista procesal al arbitraje que a mediaciones realizadas en otros ámbitos, como el familiar, donde los criterios son totalmente diferentes al proceso arbitral.

ARBITRAJE DE CONSUMO	MEDIACIÓN DE CONSUMO
<ul style="list-style-type: none"> - Jurisdiccional (en el sentido de que excluye la posibilidad de acudir a esta vía). - El árbitro está dotado de un poder de decisión. - El laudo tiene efectos similares a la sentencia judicial. - Se pueden adoptar medidas cautelares. - Especialidad. - Administrativizada. - Voluntaria. - Alternativa. - Gratuita. - Celeridad. - No es necesaria la presencia de abogados y procuradores, pero sí que las partes acudan debidamente representadas. - Principios de audiencia, contradicción e igualdad (art. 21 L.A y 10.1 del RAC). - Forma de escrita del acuerdo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Extrajurisdiccional (no excluye la posibilidad de acudir a esta vía). - No tiene poder de decisión, aunque en consumo se considera que debe emitir una propuesta de solución no vinculante. - No tiene los mismos efectos que una sentencia judicial. - Se pueden adoptar medidas cautelares. - Debería dotarse de especialidad. - Administrativizada. - Voluntaria. - Complementaria. - Debería ser gratuita. - Celeridad. - No es necesaria la presencia de abogados y procuradores aunque sí quiere pueden acudir debidamente representadas. Lo que sí es exigible es una presencia directa de las partes en el proceso. - También principios propios CE7257/98. <ul style="list-style-type: none"> Independencia Confidencialidad Transparencia Contradicción Eficacia Legalidad Libertad Representación - Flexibilidad en las formas del acuerdo. En consumo es necesaria la escrita.

VI. LAS ETAPAS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN.

En primer lugar vamos a analizar cómo se considera el proceso de mediación familiar desde un punto de vista teórico para pasar a analizar la práctica de la mediación en el ámbito del consumo. Como Teoría general del proceso de mediación partimos de lo establecido para la mediación familiar, ámbito donde se ha producido una mayor producción teórica al respecto

Como ya se ha citado anteriormente en la definición de mediación, el proceso es, en todo caso, *voluntario y no vinculante*, de tal forma que podrá comenzar y continuar únicamente si así lo deciden las partes. En el caso de que cualquiera de ellas decidiese poner fin a la mediación, deberá notificarlo a la otra parte y al mediador.

Pero no son sólo las partes las que pueden decidir acerca de la finalización del proceso, también el mediador puede hacerlo. Es por ello importante que establezca los supuestos en los que él considere que se debe poner fin a la mediación (como por ejemplo, si una de las partes está utilizando la información que durante las sesiones celebradas está saliendo a la luz para manipular a la otra).

Puesto que se ha definido al mediador como un tercero imparcial, no podrá representar a ninguna de las partes, de modo que *únicamente controla los aspectos procesales* de la mediación.

Podrá reunirse el mediador por separado con cada una de las partes. Estas reuniones tienen un carácter confidencial, por lo que no podrá transmitir la información que allí reciba a no ser que se le autorice expresamente para ello.

1.- LAS ETAPAS DEL PROCESO EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En el modelo de Sara Cobb (que es quizás el más completo y por lo tanto puede servir de referencia para su aplicación en los distintos ámbitos con las modificaciones necesarias), se pueden diferenciar en cada encuentro cuatro etapas o reuniones. Éstas pueden realizarse en un solo encuentro de unas dos horas y media, si bien, en el caso de que una de las etapas sea muy larga, el encuentro puede llegar a prolongarse durante varios días. Aunque esta última situación sea posible, lo más conveniente es tratar de realizar todo el proceso

en un día puesto que es preferible que las partes puedan finalizar cada encuentro llegando a un acuerdo.

El proceso total de mediación (desde el inicio hasta la firma definitiva del acuerdo y su notificación al juez, en caso de que sea necesario en función de la legislación de los diferentes países) se puede realizar a lo largo de varios encuentros y estos pueden constar, a su vez, de una o varias etapas o reuniones.

De modo que podemos diferenciar:

1. *Contacto y recepción*

Alguno de los integrantes del equipo o un secretario entrenado explica a las partes en qué consiste el proceso de mediación, cuáles son sus características, sus beneficios e inconvenientes (consideramos esto último como un punto clave, especialmente en este momento en el que la gente o no sabe qué es esto de la mediación o está mal informada al respecto).

Se les cita para un encuentro cara a cara. Pueden acudir juntos o por separado.

2. *Primera etapa: premediación*

Todas las personas que se definen como *enfrentadas* en el conflicto están presentes con el mediador o mediadores.

En su intervención el mediador apunta a tres objetivos básicos:

1.- Definir el contexto como compartido, de tal forma que todos, las partes y el mediador, se involucren en la tarea. Al definir el problema como compartido se define a la mediación como una oportunidad para trabajar con los problemas.

2.- Devolver el protagonismo a las partes, puesto que la tarea de resolver el problema les compete a ellas.

Una vez se ha explicado todo, si las partes lo desean comienza el proceso de mediación. Como garantía de salvaguarda de la confidencialidad existe lo que se denomina "*acuerdo de confidencialidad*" firmado tanto por las partes como por los propios mediadores.

Puede fijarse también por anticipado el tiempo máximo que durará el proceso.

3. Tercera etapa: negociación de cada una de las cuestiones controvertidas

Se trata de realizar un despliegue del problema, es decir, las partes explican cuál es para ellas el problema, debiendo definirlo lo más claramente posible (el hecho de poder contar la historia en un contexto diferente y de conformar con el mediador un nuevo sistema modifica ya la historia). Una vez que cada parte ha intervenido el mediador realiza un resumen de la historia, resumen que debe contener las palabras clave y los valores de cada parte, en el que se ha de reposicionar positivamente a las dos partes y expresar lo más claramente posible el problema.

Se trata de que al final de esta etapa cada parte haya empezado a ver que no es independiente, que se empiece a producir un reconocimiento del protagonismo del otro, es decir, del co-protagonismo.

Durante esta etapa el mediador puede tener reuniones privadas con alguna de las partes si se produce un momento de impás en la negociación. Sin embargo esta técnica puede perjudicar la neutralidad del mediador si no se utiliza con cuidado.

4. Cuarta etapa: redacción del acuerdo

En esta cuarta etapa se espera que se produzcan las mayores recontextualizaciones en la relación entre las partes y en la forma de comprender y visualizar el problema definido. En ella se intenta por primera vez trabajar explícitamente hacia el acuerdo.

Podemos diferenciar los siguientes pasos:

1. Narrar una historia alternativa. Será útil sólo en la medida en que pueda cambiar la perspectiva que tenían de la situación conflictiva. Produce un efecto de re-encuadre o recontextualización.
2. Construir el acuerdo. En este momento se identifican las similitudes, las diferencias, las áreas de conflicto que impiden llegar a un acuerdo y se discuten las alternativas. El objetivo es, en definitiva, tratar de buscar y encontrar soluciones nuevas. Si las partes llegan a un acuerdo, se comienza a trabajar en la escritura del mismo.

3. Formas de escribir el acuerdo⁵⁸⁷.
 - Concretarlo verbalmente con las partes para ser redactado posteriormente por el equipo de mediación. Después se lee, se modifica si es necesario y se firma tanto por las partes como por el mediador.
 - Escribirlo con las partes.

La meta que se persigue es que las partes recorran todo el proceso, que probablemente finalizará tras varios encuentros. La estructura del encuentro se puede variar en función de los objetivos, por lo que no siempre es necesario repetir todas las etapas de la reunión.

2.- LAS ETAPAS DEL PROCESO EN LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

Una vez analizado el proceso de mediación en el ámbito familiar pasamos a comprobar las diferencias entre la teoría y la práctica en el ámbito del consumo. Del análisis observaremos que la mayor parte de estas etapas no se siguen en este ámbito, lo que ha motivado nuestra duda respecto a si nos encontramos realmente ante una verdadera mediación, o al menos ante un verdadero proceso de mediación.

La mediación (o intentos conciliadores o mediadores) se está desarrollando desde las asociaciones de consumidores o desde la Administración pública (por las OMIC, Oficinas Municipales de Información al consumidor, o los Servicios de Consumo de las Comunidades Autónomas). Como consecuencia de la falta de regulación respecto a la mediación de consumo los procedimientos llevados por cada uno de ellos no son homogéneos.

Sin embargo todos tienen más o menos unos pasos comunes: la audiencia a las partes conjunta o por separado (la conjunta es más aconsejable propiciando el principio de contradicción), permitir un turno de palabra y la necesidad de levantar un acta del resultado obtenido.

⁵⁸⁷ Sea cual fuere la forma de realizarlo ha de estar redactado de forma que las partes queden legitimadas, los posicionamientos sean positivos, sea claro y se indiquen conductas observables, se defina el acuerdo como temporario, y se establezcan criterios que permitan evaluar el cumplimiento de lo pactado

Aparte de estas notas, podemos observar gran variedad de actuaciones. Por ejemplo, mientras que en los Servicios territoriales de la administración autonómica, la función de mediación se realiza a través de la inspección al domicilio del demandado y siendo portadores de lo manifestado por el reclamante, las OMICS tienen un procedimiento mucho más formalizado y normalmente previo a la vía judicial (aunque también puede ser durante el proceso judicial).

En primer lugar observamos que el proceso de mediación suele ir precedido de un *intento de conciliación*.

Este intento consiste en un *contacto telefónico* a partir del cual el reclamante ha formalizado su reclamación y el reclamado realiza sus manifestaciones, de las que se da traslado a la parte contraria por escrito y que deberá contestar en el plazo de 10 días. En segundo lugar se les *cita* en una reunión en la que se intenta que las partes traten de alcanzar el acuerdo. Las únicas formalidades de esta cita consisten en el respeto del turno de palabra y del principio de contradicción. En este momento las partes aportan su visión del problema, en presencia de la otra parte (que se correspondería con la primera y segunda etapa) y posteriormente son preguntados sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

VICARIO ZEARSOLO se ha referido al proceso de mediación que se desarrolla en la OMIC de Vitoria, que nos parece uno de los más formalizados, de la siguiente forma:

“Las oficinas de titularidad pública, y en base la capacidad con que cuenta la Administración de citar a los administrados ante la misma, en día y hora señalados, a fin de atender a temas de interés para los mismos, convoca a las partes, las cuales por sí o acompañadas de asesor y en presencia de experto en Derecho, plantean sus distintos puntos de vista sobre la reclamación, y en su caso, y previo acuerdo de voluntades, de forma voluntaria y por escrito plasman el resultado de la misma. Si se da la *avenencia*, firmando en la prueba de conformidad, la correspondiente *acta*, que será fuente de derechos y obligaciones entre las mismas. En caso contrario se levantará *acta justificativa de la no avenencia*, o del intento, sin efecto, por incomparecencia de la reclamada, o el desistimiento, por el mismo motivo, para el caso de la reclamante (...). El modelo de mediación utilizado entre nosotros está impregnado de un cierto formalismo, si bien limitado al turno

de palabra, la celebración de audiencia y la firma del referido acuerdo en acta”⁵⁸⁸.

Como vemos, es en la reunión conjunta cuando hablamos en realidad de un proceso de mediación. Las partes se reúnen, solos o acompañados por un representante o experto en derecho, para abordar el tema del conflicto. Estas reuniones pueden alargarse durante horas, e incluso contar con varias sesiones.

Si se llega a un acuerdo, se redactará un acta del mismo, que es un contrato privado entre ellos y por lo tanto fuente de obligaciones y derechos.

Si no hay avenencia, también se redacta un acta estableciendo que no se alcanzó el acuerdo y el motivo de esta situación.

En este último caso, pueden producirse algunas actuaciones posteriores: una reiteración de la reclamación, una propuesta de peritación o el traslado del expediente a Asociaciones de consumidores para que planteen el conflicto judicialmente.

De lo manifestado, y en comparación con las etapas del proceso que hemos analizado en el apartado anterior observamos como no existe una diferenciación tan clara entre unas etapas y otras. Las fases de pre-reunión y reunión pública se unen (suponiendo que la pre-reunión se produzca, aunque esta puede ser limitada a una explicación a ambas partes, incluso telefónicamente, de las características de la mediación) mientras que en otros ámbitos, como el familiar, se les dedica sesiones enteras. La segunda (reunión privada) y tercera (reunión interna del equipo) en principio no se realizan y la última etapa (una nueva reunión conjunta), que supone la redacción del acuerdo parece que no se diferencia de las anteriores.

Por último, la gran diferencia entre los procesos seguidos en el ámbito familiar en relación a los procesos de ámbitos como el sanitario y el de consumo, es precisamente el resultado final de todo ese proceso.

En el ámbito de la *mediación en conflictos sanitarios* se produce una gran diferenciación entre la etapa de conciliación y la de mediación. El conciliador trata de informar a las partes sobre las distintas alternativas ante el problema e intenta manifestar las ventajas de la consecución del acuerdo. Solo en el caso de no poder alcanzarlo por ellos mismos (porque la

⁵⁸⁸ VICARIO ZEARSOLO, F.: *Manual de consumo...* ob. cit., pág. 121. La cursiva es nuestra.

participación del conciliador no es activa en este sentido, como ya hemos manifestado anteriormente) se pasa a la fase de mediación, que consiste en una proposición (en función de lo manifestado por las partes en la etapa anterior) de acuerdo, al cual las partes podrán manifestar las objeciones o correcciones que consideren y que el mediador incluirá o no en su propuesta. Una vez realizado esto las partes aceptan o no el acuerdo.

En realidad, en nuestra opinión, en el ámbito sanitario se identifica la mediación con una propuesta de solución por parte de una tercera persona ajena al conflicto, dotada de una cierto poder (bien por su formación en leyes, por su experiencia en el sector o por su carácter neutral), pero no el suficiente para imponer la solución. Es, en realidad, una *fase intermedia entre la conciliación y el arbitraje* que consiste exclusivamente en una *propuesta* (es decir, el objetivo se centra en la consecución del acuerdo según el modelo de Harvard) sin preocuparse de otros objetivos que generalmente se predicen de la mediación como es la restitución de la comunicación entre las partes.

Esta misma situación la encontramos en el ámbito del consumo, donde por una parte de los profesionales se considera que la mediación termina con una *decisión* del mediador que luego las partes podrán aceptar o rechazar, es decir, una decisión no vinculante del mediador.

También ocurre esto en el ámbito laboral, donde si no existe esa propuesta o decisión por el mediador, es decir, si se alcanza el acuerdo por las propias partes sin ser necesaria la propuesta del mediador, no estaríamos ante una mediación sino ante una conciliación⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., págs. 100-101. Si no es necesaria la propuesta de la Delegación porque llegan al acuerdo por sí mismas, es una conciliación. Si hay propuesta de la Delegación que las partes pueden aceptar o no estaríamos ante una mediación. “El procedimiento de conciliación-mediación puede finalizar por mutuo acuerdo de las partes, sin propuesta de la Delegación de Mediación. En estos casos, estamos ante una auténtica conciliación, pues la correspondiente Delegación no ha tenido que hacer uso de la posibilidad de sugerir soluciones para poner fin al conflicto. Ahora bien, puede ocurrir que las partes en conflicto, incapaces de solucionarlo, necesiten nuevos planteamientos para finalizar su controversia. (...). Ello supone que la mediación puede finalizar por dos motivos (12.4 R.T.A.M.I.B.): 1º Por acuerdo entre las partes, lo que supone que ambas han aceptado la propuesta de solución de conflicto o una de las realizadas por la Delegación de Mediación. (...). 2º) la conciliación-mediación también puede finalizar por desacuerdo, el cual a su vez puede obedecer a la incomparecencia de la parte no solicitante, o la desavenencia entre las partes”.

Esta consideración ofrece una diferencia importante entre el arbitraje y la mediación en el ámbito del consumo, el laudo es obligatorio para las partes, mientras que la decisión del mediador no lo es puesto que puede ser rechazada por las partes.

Sin embargo, parte de los teóricos de la mediación rechazan que esta función decisoria, aunque no vinculante, permita hablar de mediación como tal. No estaríamos ante una auténtica mediación dado que el mediador se estaría extralimitando en sus funciones de facilitador de la comunicación y suministrador de alternativas, en plural, y no de la alternativa correcta. Considera este sector que así concebida no podríamos hablar de mediación en el sentido estricto del término.

Sea como fuere, parece imprescindible que se determine, aunque sea sucintamente cual es el objeto del proceso de mediación así como las garantías que ofrece dicho procedimiento dado que, a pesar de que la especial vinculación entre la Administración y los servicios de mediación de consumo pueden ofrecer ya ciertas garantías a la hora de afrontar el procedimiento, debe quedar claro la relación entre el proceso de mediación y el eventual proceso arbitral o jurisdiccional posterior.

Respecto a las garantías necesarias del proceso de mediación en el ámbito laboral y a su vinculación con la administración se refería LLOMPART cuando afirmaba que “la regulación legal de los procedimientos convencionales analizada pretende otorgarles una serie de garantías y consecuencias que están en íntima conexión con el proceso judicial laboral, haciendo asimismo que los acuerdos y laudos puedan llegar a constituir verdaderas normas jurídicas. (...) En conclusión, como quiera que los procedimientos cuentan con el apoyo público en tanto que sus productos tiene una serie de garantías legales y su financiación depende desde un punto de vista material, de subvenciones públicas, se puede afirmar que estos procedimientos, pese a no ser públicos tienen un carácter cuasi público (...). Todas las garantías –que ya han sido apuntadas en el apartado anterior– suponen un punto de conexión entre los procedimientos extrajudiciales pactados en acuerdos interprofesionales sobre materias concretas y el proceso judicial, de manera que la regulación de éstos no es ajena a lo establecido en la ley procesal. Ello provoca que tales efectos dependan, en la medida de lo posible, de que esos procedimientos sean respetuosos con la L.P.L.; en caso contrario, los mismos no se verán amparados por las garantías

a las que hemos aludido. Asimismo, esta equiparación facilitará la labor interpretativa de determinados preceptos convencionales que, como veremos, serán analizados a la luz de la ley rituaría. Finalmente, determinadas cuestiones que no han sido tratadas por los agentes negociadores del Acuerdo deberán ser integradas por lo dispuesto en la normativa referente a la conciliación prejudicial. En relación con ambos procedimientos, como se deduce del art.16 del R.T.A.M.I.B.; que regula el inicio del procedimiento arbitral, la conciliación-mediación y el arbitraje no son procedimientos necesariamente escalonados, es decir, no se requiere agotar el primero para acceder al segundo”⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., pág.58 y 59.

Capítulo 6º:

EFICACIA DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS

Vamos a analizar la eficacia que tienen los distintos acuerdos alcanzados. Para ello vamos a distinguir entre la eficacia del acuerdo alcanzado antes de haber iniciado el proceso de mediación y una vez finalizado el proceso de mediación.

Antes de iniciar el proceso de mediación nos encontramos con el convenio de mediación y el acuerdo de mediación.

Después del proceso de mediación nos encontramos con el acuerdo alcanzado por las partes en conflicto.

I. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN ANTES DE ALCANZAR LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO

1.- ¿EXISTE LA EXCEPCIÓN DE MEDIACIÓN?

Vamos a tratar de analizar los efectos que tiene la firma del convenio de mediación. Ya adelantamos en páginas anteriores los efectos, positivo y negativo, que se predicaban del convenio arbitral cuando tratábamos de determinar la naturaleza jurídica de ésta.

Vamos a ahondar más en este tema para así tratar de determinar que efectos se producen con la firma del convenio de mediación. Todo el análisis que realizamos a continuación se basa en una comparación con lo establecido para el convenio arbitral.

1.1.- LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE

Hasta la promulgación de la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, la doctrina había discutido reiteradamente sobre el carácter de esta excepción. La mayoría consideraba, como MONTERO AROCA, que el legislador había establecido claramente que se trata de una excepción dilatoria del art. 533 de la LEC, incluyéndola dentro de aquellas que se refieren al objeto del proceso “por cuanto suponen una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del convenio arbitral”. Sin embargo esta consideración como

excepción dilatoria tenía muchos problemas en la práctica, lo cual motivó que poco a poco la doctrina defendiera su consideración como excepción declinatoria.

La reforma de la LEC se ha hecho eco de la problemática anterior, puesto que el artículo 63 de la LEC de 1/2000 establece como único medio para denunciar la falta de jurisdicción (por corresponder el conocimiento a tribunales extranjeros o a árbitros) y la falta de competencia (objetiva y territorial) la declinatoria.

Del mismo modo la LA de 2003 ha recogido expresamente esta solución, disponiendo en su artículo 11: “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”.

Asimismo, el artículo 7 de la citada ley hace referencia al efecto negativo del convenio arbitral estableciendo que: “En los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”.

Por lo tanto, con carácter previo a la contestación a la demanda, el demandado debe alegar la declinatoria para denunciar la falta de jurisdicción y de competencia de todo tipo del tribunal (art. 63 LEC 1/2000) o la sumisión de la cuestión al arbitraje (art. 11.1 LA 2003). Por lo tanto se elimina toda discusión doctrinal al respecto.

La declinatoria, que se regula en los art. 63 y ss. de la LEC 1/2000, tiene las siguientes características:

- La declinatoria se puede proponer ante el tribunal que esté conociendo del proceso o bien ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado para que éste lo remita al primero⁵⁹¹.
- La declinatoria se propone con carácter previo a la contestación a la demanda.
- Con carácter general, la declinatoria produce el efecto de suspender el procedimiento. Sin embargo la LA de 2003 ha previsto esta situación y afirma que la declinatoria no impedirá ni la iniciación ni prosecución de las actuaciones arbitrales (art. 11.2 LA 2003).

⁵⁹¹ El tratamiento procesal de la jurisdicción puede hacerse de oficio o a instancia del demandado.

- Tiene que presentarse por escrito, donde el demandado expondrá las razones por las que entiende que el Juez carece de jurisdicción;
- De este escrito se da traslado al demandante para que éste, por escrito, exponga las razones por las que cree que el Juez tiene jurisdicción;
- Oídas las partes, el Juez resuelve dictando un auto, absteniéndose de conocer si considera que carece de jurisdicción y acordando el sobreseimiento del proceso. Si el Juez considera que tiene jurisdicción, entonces mandará continuar el proceso y el demandado deberá contestar a la demanda.

Para finalizar, nos resulta interesante lo establecido por la actual *Ley Concursal*, 22/2003 de 9 de julio donde se establece en su artículo 52 una distinción. Si cuando se inicia el concurso el deudor se encuentra en proceso arbitral iniciado, dicho proceso continuará, si bien el resultado del mismo no será ejecutable. Sin embargo si el proceso arbitral no se ha iniciado pero sí existe convenio arbitral, éste quedará en suspenso y no podrá el concursado intervenir en un procedimiento arbitral posterior mientras dure el concurso.

Asimismo el artículo 53 de dicha ley establece que el juez del concurso queda vinculado por los laudos y sentencias judiciales firmes, sin embargo se da la posibilidad de que otorgue a dichas resoluciones el “tratamiento concursal que corresponda”. Esto supone que el juez podrá considerar los derechos que surjan de este laudo o resolución judicial incluidos o excluidos del procedimiento concursal, pero debemos tener presente que éstos no serán ejecutivos según hemos manifestado anteriormente⁵⁹².

1.2.- LA EXCEPCIÓN EN MEDIACIÓN

No hacemos referencia a la excepción de transacción, no porque no tenga conexión con el tema que se está estudiando en este momento, sino porque el momento en el que puede plantearse la excepción de transacción es diferente al momento en que puede plantearse la excepción de mediación.

La primera se produce cuando las partes, después del contrato de transacción y por lo tanto de la composición de su diferencia mediante las

⁵⁹² SUAREZ ROBLEDANO, J.M. (VV.AA.): *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Editorial Colex, Madrid, 2003, págs. 135-135.

recíprocas concesiones, eliminan la controversia, de forma que su relación jurídica ha sido establecida con carácter preclusivo⁵⁹³. En este caso las partes no pueden volver a plantear la cuestión ante un juzgado, puesto que la controversia se ha solucionado de forma satisfactoria. Estamos hablando de una *excepción una vez solucionada la controversia por las partes*.

La excepción de mediación hace referencia a un momento anterior, en concreto, si las partes pueden, *sin haber alcanzado la solución al conflicto*, acudir a los tribunales a solucionarlo, evitando el proceso de mediación al que se habían comprometido.

En mediación la situación es por lo tanto más parecida en este momento al de la excepción de arbitraje, pero sin embargo, es muy diferente también de ésta.

Los efectos que pueden atribuirse al convenio de mediación serían:

- *Un efecto positivo*, en el sentido de que el acuerdo de mediación obliga a las partes a someter a mediación los conflictos que puedan surgir entre ellos en relación a una determinada relación jurídica contractual o no contractual. Este acuerdo tiene por lo tanto el mismo efecto que el recogido en el artículo 1091 del C.c para el resto de los acuerdos, es fuerza de ley para las partes.
- *No tiene un efecto negativo*, el acuerdo de mediación no produce los efectos de una excepción, puesto que las partes no sustraen el conocimiento del litigio al órgano jurisdiccional.

El órgano jurisdiccional siempre tiene competencia para conocer el conflicto de las partes. El incumplimiento del convenio de mediación solo puede llevar aparejado los mismos efectos que los incumplimientos en el

⁵⁹³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (VV. AA.): *Elementos de Derecho Civil II. Volumen segundo...* ob. cit., págs. 362 y 363. “(...) concluida la transacción, queda liquidada y precluye toda discusión sobre la situación o relación jurídico-material hasta entonces controvertida, de modo que las partes se vinculan a lo acordado libremente en el arreglo dispositivo que celebran para superar su discusión y eludir el caos del juicio de los tribunales. Por consecuencia de ello, cada una de las partes se compromete a dar a su convención este alcance preclusivo y a no replantear la cuestión que se ha superado pacíficamente mediante el contrato, de modo que, si alguna de ellas intentase repristinar la discusión ante los órganos jurisdiccionales, la otra podría oponerle útilmente, con la misma fuerza que al *exceptio rei iudicatae*, la *exceptio litis per transactionem finitae*. A esta virtualidad de la asunción por las transigentes de al superación de la controversia entre ellos, se refiere el art. 1816 Cc cuando significa, en términos cuyo alcance poco preciso conviene luego examinar, que *la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada*”.

resto de los contratos. Ahora bien, puesto que obligar a un cumplimiento “in natura” no es posible dado el carácter voluntario de la mediación, los efectos se reducen a la indemnización de los daños y perjuicios.

Como fundamento de lo que estamos exponiendo encontramos entre otras afirmaciones la vertida por Consejo de Europa cuando establece “los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial; que, por lo tanto, la utilización de la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio”; (98/257/CE, p.3).

Es muy interesante lo establecido por el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre el Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁵⁹⁴, en cuyo apartado 3.2.2 establece “(...)se infiere que la existencia de dicha cláusula [de mediación] podría solamente dar lugar a aceptar *la no admisibilidad del recurso al juez mientras no haya tenido lugar la aplicación material del proceso de ADR*. En cualquier caso, esta solución no debería admitirse para los contratos de adhesión, *los contratos relacionados con el consumo* y los contratos laborales. En efecto, la naturaleza de algunos asuntos demuestran que las cláusulas de ADR podrían ser peligrosas cuando una de las partes está en situación de debilidad”.

Por lo tanto, se podría considerar que los ADR son una excepción procesal (en sentido negativo) solo en el sentido de que impedirían el conocimiento del juez mientras no se pruebe que al menos se ha intentado su aplicación. Sin embargo se excluye igualmente esta posibilidad para los conflictos en materia de consumo dada la posición más débil del consumidor frente al empresario.

Hemos visto que la mediación no es fundamento para una excepción procesal en el sentido de que se pueda evitar la vía jurisdiccional alegando la existencia de un contrato de mediación, puesto que dicho contrato no supone la exclusión de la vía jurisdiccional en el conocimiento del conflicto. Otra cosa sería, como ocurre en nuestro país, que las Juntas arbitrales recojan en la misma solicitud la voluntad de someterse a la mediación y si esta no funciona al arbitraje. En este sentido sí podría alegarse dicha excepción

⁵⁹⁴ (2003/C85/02)

puesto que el sometimiento a la mediación es solo un paso previo al arbitraje y éste último sí excluye la jurisdicción. Pero en este caso la mediación tendría dicho carácter simplemente porque se encuentra vinculado al convenio arbitral como paso previo a éste.

En definitiva, aunque no existe “excepción de mediación” es necesario conocer a qué obliga la realización del convenio de mediación, para ello vamos a analizar que ocurre en caso de incumplimiento del contrato por una de las partes, en caso de desistimiento de ambas partes y la ineficacia del convenio de mediación.

2.- INEFICACIA DEL CONVENIO O CONTRATO DE MEDIACIÓN

En relación con el arbitraje se distingue entre las causas de ineficacia propias de los contratos y las específicas del convenio arbitral.

Para analizar las causas de ineficacia propia de los contratos vamos referirnos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 1990⁵⁹⁵ que recoge los motivos por los que se puede invocar la nulidad del convenio arbitral y los divide en tres tipos:

- Subjetivos: según lo establecido en los artículos 1254 a 1280 y 1300 a 1314 del C.c. aplicados al arbitraje, de forma que las partes deben tener capacidad de obrar o actuar a través de representante.
- Objetivos: cuando el convenio arbitral recaiga sobre materias indisponibles, materias inseparablemente unidas a las indisponibles, las resueltas por resolución judicial firme, salvo las surgidas en ejecución y las que exijan intervención del Ministerio Fiscal⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 513.

⁵⁹⁶ A ello podemos añadir cuando se trate de una cuestión litigiosa no especialmente determinada en el convenio arbitral (art. 1 LA), que no afecte a las partes o vincule a otras personas que no sean los árbitros (art. 1 LA), que fije un número de árbitros que no sea impar (art. 13 LA), que la designación de los árbitros no sea voluntaria (art. 1 LA), o una de las partes esté en situación de privilegio respecto a la otra (art. 9.3 LA) o se haga con error en la persona que lo invalide, que las partes tengan algún tipo de reserva que afecte a la decisión de los árbitros, que no se cumplan las formalidades de la LA para la sustanciación del procedimiento arbitral (art. 21 LA).

- Formales: afectan a que el convenio arbitral no exprese la voluntad inequívoca de someterse al arbitraje o que no suscriba por escrito el convenio arbitral.

Sin embargo, de la lectura de la LA podemos obtener algunas situaciones más que dan lugar a la nulidad del convenio arbitral y por lo tanto del laudo que resuelva la cuestión (art. 41.1 LA 2003).

- Las partes o los árbitros no fijan la cuestión litigiosa.
- Se fija en el convenio un número de árbitros que no sea impar.
- Las normas de procedimiento establecidas en el pacto no cumplen las formalidades esenciales establecidas por la Ley de Arbitraje para la sustanciación del proceso arbitral.
- El convenio arbitral coloca a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

Nos resulta especialmente importante la posibilidad de que se considere nulo el convenio arbitral por falta de competencia de los árbitros.

La falta de competencia de los árbitros ya fue tratada someramente en la LA de 1988 en su artículo 23⁵⁹⁷ y con más detenimiento lo hace la LA de 2003 en el artículo 22. Mediante este artículo se consagra lo que en la doctrina alemana se conoce como Kompetenz-Kompetenz. Se trata de determinar que:

- Los árbitros tienen competencia para juzgar si el convenio arbitral es válido o no. El artículo destaca especialmente que los árbitros podrán decidir la nulidad del contrato principal sin que ello suponga la nulidad del convenio arbitral. Afirma el artículo que “el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La

⁵⁹⁷ “1. La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales. 2. Si los árbitros estimaren la oposición planteada sobre las cuestiones del párrafo anterior quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la cuestión litigiosa sin que quepa recurso contra la decisión arbitral. La decisión arbitral desestimatoria sobre estas cuestiones podrá impugnarse, en su caso, al solicitarse la anulación judicial del laudo. 3. En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por éstos aunque no hubiese sido invocada por las partes”.

decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entraña por sí sola la nulidad del convenio arbitral”.

- Su competencia abarca no solo las cuestiones relativas a la competencia estrictamente sino también cualquier otra cuestión que impida que se entre a juzgar el fondo de la controversia, excepto las cuestiones sobre el propio árbitro que tiene un tratamiento especial en el proceso de recusación e imposibilidad de ejercicio de las funciones arbitrales (artículos 17, 18 y 19 LA 2003).
- Estas excepciones de falta de competencia deben plantearse como tope en el momento de la presentación de la contestación a la demanda, salvo que se trate de una excepción sobre la actuación del árbitro excediéndose de su competencia (que deberá plantearse en el momento en que se conozca) o que la excepción se plantee con posterioridad a éste momento por una razón justificada.
- No podrá impedirse la alegación de estas excepciones a pesar de que la parte que las alega haya participado en el nombramiento del árbitro.
- Los árbitros decidirán estas cuestiones con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

Debemos sin embargo tener en cuenta que para que sea ineficaz un convenio arbitral en el ámbito del consumo por razón de la competencia del árbitro, tendremos que atender a dos aspectos:

- Por un lado el objeto o la materia que se somete al arbitraje. En este sentido a parte de lo manifestado habrá que tener en cuenta lo establecido en el RDSAC cuando afirma en su artículo 8 que la Junta Arbitral de Consumo podrá denegar las solicitudes de arbitraje cuando se trate de las materias establecidas en el artículo 2.2 del mismo cuerpo normativo. Es decir, que se denegará el arbitraje por invalidez del convenio arbitral si éste recoge entre sus materias sometidas a arbitraje las que han sido excluidas del arbitraje de consumo.
- Por los sujetos que se someten al arbitraje. Los artículos 2 y 5 del RDSAC establecen que la Junta Arbitral de Consumo solo admitirá solicitudes procedentes de personas que tengan la

consideración de consumidores y usuarios, de forma que procederá al archivo de la reclamación cuando se refiera a una cuestión no susceptible de someterse a arbitraje. Estaríamos ante un caso de invalidez por falta de legitimación de los sujetos. Nos remitimos al concepto de consumidor analizado en páginas anteriores⁵⁹⁸. Si bien cabe determinar que para iniciar el proceso de arbitraje no se exige prueba de ser consumidor, sino que basta con tener la apariencia de serlo. Si después de iniciado el procedimiento se llega a tener conocimiento de que no era realmente consumidor, el árbitro debe cesar en sus actuaciones inhibiéndose del conocimiento del litigio.

Respecto al convenio de mediación podemos aplicar, evidentemente, las mismas causas establecidas para el resto de los contratos, pero, ¿podría aplicarse alguna de las causas específicas recogidas para el convenio arbitral?

Actualmente la mediación no tiene ningún tipo de regulación donde se recojan estas causas, pero podemos analizarlas:

- En relación a la forma, dada la especial vinculación con el arbitraje, parece lógico que se sigan los mismos criterios que los recogidos en la LA, por lo que si el convenio no se formalizara de forma escrita según lo manifestado anteriormente podría ser causa de nulidad, si bien también se aplicarían los criterios de flexibilidad formal establecidos para el convenio arbitral.

- La fijación de la cuestión litigiosa es un tema controvertido, puesto que uno de los principios de la mediación es que puede ser objeto de esta cualquier cuestión que se relacione con el conflicto siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo en que sea sometida a la mediación. Por lo tanto entendemos que el criterio podría ser más flexible que en el arbitraje, pudiendo someter a mediación cualquier cuestión, a pesar de no estar inicialmente recogida en el convenio de mediación, siempre y cuando esta posibilidad sea aceptada por ambas partes. Lo que si resulta claro es que en este caso el mediador no es la persona a quien corresponda fijar la cuestión litigiosa, sino a las partes.

⁵⁹⁸ Vid supra Segunda parte. Capítulo 3°.

- Respecto al número de mediadores, es necesario recordar que la LA de 2003 ha establecido que será necesario un número impar de árbitros, siendo, a falta de acuerdo, necesario uno solo. En mediación no es exigible un número impar de mediadores, puesto que la función de mediación no es decisoria, por lo que la razón de ser de esta exigencia numérica no tiene sentido, nunca puede bloquearse una decisión del mediador por ser número par porque un mediador nunca tomará la decisión, sino las partes. En el ámbito del consumo se considera que el mediador ofrece una decisión en función de su propio criterio que luego las partes pueden aceptar o rechazar. Si se tratase de un número par de mediadores sí podría producirse un bloqueo a la hora de ofrecer una única decisión. Pero ¿qué impide que se ofrezcan dos? En el caso de que existan dos opiniones contrarias de los mediadores puede que una posibilidad sea que se ofrezcan ambas alternativas y que las partes elijan aquella que más se ajusta a sus intereses.

- Respecto a la vinculación de las normas del procedimiento, consideramos que esto se produce para las partes y sobretodo para el mediador después de firmar el contrato de mediación, es decir, una vez abandonada la etapa de premediación, por ello nos remitimos al que vamos a determinar en el apartado siguiente.

- En el caso de que el convenio de mediación colocase a una de las partes en cualquier situación de privilegio respecto a la designación de los mediadores (que como ya hemos expuesto es una situación difícil que se da en la práctica), nos remitimos a lo manifestado respecto a la designación de los mediadores⁵⁹⁹.

- Por último solo añadir que sería aplicable a la mediación la ineficacia por la incompetencia del mediador. Es evidente que el mediador no podrá resolver cuestiones conflictivas de personas que no tengan la consideración de consumidor o empresa. Y también debe estar limitado por las materias que son objeto de arbitraje puesto que como vimos en su momento, a pesar de que no existe nada legislado al respecto, consideramos que el objeto de la mediación y el arbitraje coinciden dado que se están desarrollando ambos sistemas de forma complementaria.

⁵⁹⁹ Vid supra Segunda parte, capítulo 5º.

3.- INCUMPLIMIENTO POR UNA DE LAS PARTES DEL CONVENIO O CONTRATO DE MEDIACIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LA VOLUNTARIEDAD

La responsabilidad civil alcanza a las personas no solo por el incumplimiento o el cumplimiento inexacto de las obligaciones contractuales (responsabilidad contractual) sino también por los daños que cause a otra persona por la realización de un acto ilícito (responsabilidad extracontractual o aquiliana).

Si el deudor (o la parte obligada a realizar la prestación) es responsable de los mismos, se puede solicitar por el acreedor el cumplimiento forzoso en forma específica o la indemnización por daños y perjuicios. O ambos al mismo tiempo.

¿Cuándo será responsable el deudor? La responsabilidad contractual viene dada por el incumplimiento o el cumplimiento inexacto de la obligación contractual.

El deudor *es responsable*, como regla general, si hay culpa en dicho incumplimiento o cumplimiento inexacto, salvo que, aún sin culpa se establezca por la ley o la obligación (acordada por las partes) que será responsable.

El deudor *no es responsable*, como regla general, cuando el incumplimiento sea consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor (sin culpa), salvo que la obligación exonere de responsabilidad aunque exista culpa.

Esto supone que los particulares, al establecer la obligación entre ellos, pueden acordar lo que les plazca respecto a la responsabilidad salvo que no se podrá eximir de ésta cuando el incumplimiento se produzca dolosamente (de mala fe) según artículo 1102 C.c.

Cuando se produzca un incumplimiento o un cumplimiento inexacto debemos diferenciar si aún es posible o no obtener la prestación:

Si *es posible todavía obtener la prestación* nos encontramos con dos opciones:

- O bien el deudor es conminado (incluso judicialmente) a realizar o perfeccionar o completar la prestación realizada.
- O bien se hace llegar al acreedor lo debido por el deudor: tomándolo del patrimonio del deudor, tomando el juez decisiones por el deudor, o ejecutando una cosa del deudor.

Si *no es posible el cumplimiento*, podremos solicitar una indemnización por daños y perjuicios, que deben cubrir no solo la prestación que no se cumplió sino también los daños y perjuicios que se produjeron por el cumplimiento inexacto o moroso.

Por lo tanto la indemnización es solo posible cuando no sea posible la restitución in natura. Por lo tanto no puede optar por el cumplimiento o por la indemnización, sino que primero ha de intentarse el cumplimiento y solo en segundo lugar se prestará una indemnización. Solamente existe la posibilidad elegir (solo hay opción) cuando se trate de obligaciones recíprocas.

Una vez analizada a grandes rasgos la situación respecto a los contratos en general, vamos a tratar de determinar los efectos que produce el incumplimiento por una de las partes del contrato de mediación.

Para ello es necesario abordar la situación partiendo del análisis del **alcance del principio de voluntariedad del proceso de mediación**.

Cuando las partes en conflicto deciden someter su solución al procedimiento arbitral, la voluntariedad se manifiesta al inicio del proceso. Es decir, las partes deben hacer una manifestación expresa de su voluntad de someter el conflicto al arbitraje antes de que este pueda iniciarse. Sin embargo, una vez realizada dicha manifestación, ambas partes se encuentran vinculadas al proceso arbitral puesto que no podrán sustraer el conflicto del conocimiento del árbitro salvo voluntad conforme de ambas partes. Se exige una voluntad acorde de ambas partes tanto para iniciar el proceso arbitral como para suspenderlo. Por la voluntad de una sola de las partes no podrá suspenderse el proceso puesto que se encuentra limitado por la excepción de arbitraje que puede alegarse ante cualquier intento de acudir a la jurisdicción para la solución del conflicto (salvo cuando se trate del recurso de anulación).

Por lo tanto, la realización del convenio arbitral supone la obligatoriedad de someterse a la decisión del árbitro en las cuestiones objeto de dicho convenio, siendo susceptible de interponer la excepción de arbitraje en el caso de que se acuda directamente a la jurisdicción para solventar la cuestión litigiosa.

La pregunta en la mediación de consumo es ¿es obligatoria la mediación una vez suscrito el convenio regulador? Según lo manifestado respecto a la voluntariedad del proceso y la necesidad de que ambas partes se encuentren en disposición de entablar una negociación, parece que no podría obligarse a la parte que se niega a iniciar la mediación a realizarla, por mucho que exista

un convenio de mediación anterior. Pero entonces ¿qué sentido tendría firmar un convenio de mediación si no tiene ninguna consecuencia su incumplimiento?

En ciertos ámbitos la mediación ha sido establecida como obligatoria, pero no es lo normal. En el ámbito del derecho del trabajo se ha creado el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos laborales (ASEC). Las organizaciones firmantes acuerdan crear un Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA). Dentro del ámbito del acuerdo citado, el recurso a la mediación es obligatorio cuando se solicite por una de las partes. Es decir, aquellas empresas o sectores que hayan suscrito el Acuerdo⁶⁰⁰ están vinculados a lo establecido en la normativa del SIMA y por lo tanto deben obligatoriamente acudir a mediación cuando se den los requisitos para ello⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Art. 4 del RASEC (Reglamento de Aplicación del Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales) establece en su apartado primero: “Sin perjuicio de lo anterior, la aplicabilidad del Acuerdo en cada uno de los sectores o empresas afectados por el mismo se producirá a partir del momento en que los representantes de los trabajadores y de los empresarios, o sus Organizaciones representativas, con legitimación suficiente para obligar en el correspondiente ámbito, suscriban el instrumento de ratificación o adhesión de conformidad con lo previsto en este reglamento. La adhesión o ratificación ha de ser incondicionada y a la totalidad del Acuerdo”:

⁶⁰¹ El artículo 10.3 del Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales establece en relación a la mediación: “Dentro del ámbito del presente Acuerdo el procedimiento de mediación será obligatorio cuando lo solicite una de las partes.

No obstante ello, la mediación será preceptiva como requisito preprocesal para la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la Jurisdicción Laboral por cualquiera de las partes.

Igualmente, la convocatoria de la huelga requerirá, con anterioridad a su comunicación formal, haber agotado el procedimiento de mediación en los términos que se determine en el Reglamento de Aplicación. Ello no implicará la ampliación por esta causa de los plazos previstos en la legislación vigente.” El ASEC cumple la función que el convenio arbitral tiene en el arbitraje. Las normas de procedimiento y tramitación del SIMA serían las normas que las partes en el convenio de mediación podrían adoptar. En este ámbito el procedimiento es el siguiente: se promueve la mediación mediante un escrito de iniciación del procedimiento, en el cual las partes designan el mediador que desean entre la lista de mediadores elaborada por la Junta de Gobierno del SIMA. La mediación debe realizarse en el plazo de los diez días siguientes a la presentación del escrito (art. 18 Normas de Procedimiento y Tramitación del SIMA). Si en dicho escrito las partes no designan el mediador, será el SIMA quien lo haga. Y se establece en el artículo 18.2.2. de las normas de procedimiento y tramitación del SIMA que “la actividad del mediador o mediadores comenzará inmediatamente después de su designación, y el procedimiento se desarrollará según los trámites que el órgano de mediación considere apropiados, no estando sujeto el procedimiento a tramitación establecida”.

Por lo tanto, la actividad del mediador comenzará desde su designación, no siendo necesaria ninguna aceptación del cargo y consiguiente notificación a las partes como en el arbitraje. En estos casos, dado que se ha suscrito el ASEC la mediación va a ser obligatoria.

Sin embargo, lo normal es que la mediación sea establecida como un recurso voluntario. Debemos por lo tanto conocer el alcance de esta voluntariedad.

Hay quien piensa que a pesar de haber manifestado inicialmente en *convenio de mediación* su voluntad de someter los conflictos futuros a la mediación no podría obligarse a nadie a continuar en un proceso cuya participación es puramente voluntaria.

Sin embargo la situación no es tan fácil puesto que nos encontramos en una disyuntiva: por un lado existe un contrato que obliga a las partes y por lo tanto es ley para ellas, pudiéndose adoptar todas las medidas establecidas para el incumplimiento de los contratos, y por otro lado nos encontramos con que la mediación no supone una exclusión del proceso jurisdiccional y además es totalmente voluntaria.

No parece que tenga mucho sentido firmar un convenio de mediación para los conflictos futuros si llegado el conflicto las partes pueden luego acudir sin problemas a la jurisdicción o arbitraje alegando la voluntariedad del proceso.

Si según hemos manifestado, el convenio de mediación es un contrato, como tal su incumplimiento debe traer ciertas consecuencias, ¿pero cuales?

La primera a tener en cuenta sería la obligación de *indemnizar los daños y perjuicios* causados por dicho incumplimiento. Según el artículo 1258, los contratos obligan no solo a lo pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Este artículo cobra una especial importancia en la mediación donde la buena fe no es solo un elemento externo del convenio de mediación, sino interno, en el sentido de que la buena fe de las partes es un requisito para que el proceso de mediación pueda llevarse a cabo. Tanto es así que el mediador debe interrumpir el proceso cuando aprecie mala fe por alguna de las partes. Según lo manifestado, el incumplimiento no sería solo el negarse a iniciar el proceso de mediación, sino que podría extenderse al caso en que se aprecie mala fe por alguna de las partes, de forma que obligaría a la indemnización de los daños basados en la confianza puesta por el otro en la predisposición a la negociación.

Actualmente a parte de la aplicación de las reglas generales de incumplimiento de los contratos (art. 1258 C.c), se puede considerar como

consecuencia del incumplimiento el hecho de que la suscripción de un contrato de mediación es un indicador de la forma de actuar de la empresa (fundamentalmente) en el mercado y, por lo tanto, como sustentador de la confianza de los consumidores en la buena fe de ésta en los conflictos que pudieran surgir entre ellos. Por ello, el no someterse a una mediación, si bien no pueda ser entendida como un incumplimiento del contrato de mediación puesto que el sometimiento a su proceso es voluntario, si podría entenderse que es un incumplimiento de la obligación de buena fe o buenos oficios que dicho contrato supone si no se puede motivar esa falta de sometimiento de forma suficiente.

En este sentido se manifiesta el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil*⁶⁰² que afirma en su punto 3.2.1 “de este modo se podría suponer que las partes que rechazan dicho procedimiento comprometerían su responsabilidad contractual y se expondrían a una condena por daños y perjuicios. Por el contrario, una vez establecido el procedimiento de mediación o conciliación, las partes solamente tendrían la obligación de intentar alcanzar honestamente un acuerdo, y que el término negociado del litigio no puede, en ningún caso, ser una obligación. Por lo tanto, cada una de las partes deberá ser libre en todo momento de poner fin al procedimiento de negociación y su responsabilidad sólo podría investigarse si se aportase la prueba de su mala fe”.

Junto a esta consecuencia, otra opción podría ser el establecer como *obligatorio al menos acudir a una sesión de mediación*. Esta es la solución adoptada en algunos países y consiste en considerar que lo que resulta obligatorio es acudir a una primera entrevista con el mediador a fin de que este pueda informarle de las ventajas de la mediación y poder tener la oportunidad de conocer las posiciones de la otra parte antes de remitirse a la jurisdicción. Pero a pesar de esto, la mediación no puede ser la base de una excepción procesal. Lo deseable sería que se suspendiera el procedimiento jurisdiccional o arbitral hasta que se realice esa primera entrevista de mediación (para evitar que dos procesos de naturaleza diferente, contencioso y no contencioso, se sustancien a la vez) pero en ningún momento va a suponer que el Juez no tenga capacidad para conocer del litigio.

⁶⁰² (2003/C85/02), 3.2.2.

Ya hemos visto que el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil*⁶⁰³ admite la posibilidad de que no se permita acudir al juez mientras no haya tenido lugar la aplicación material del proceso de ADR, si bien excluye esta posibilidad en los contratos de adhesión, conflictos de consumidores y laborales por la situación de debilidad de una de las partes del contrato.

En relación con lo manifestado debemos tener en cuenta lo establecido para el ámbito laboral respecto a la excepción de mediación. Se reconoce la existencia de un procedimiento de mediación en curso que permite obligar a las partes en el abstenerse de someter el conflicto a otros procedimientos judiciales o extrajudiciales. Esta posibilidad está recogida reglamentariamente e incluso se reconduce a la vía de la excepción arbitral del art. 63 de la LEC 1/2000. LLOMPART manifestaba al respecto “sobre la posibilidad de que un mismo conflicto se intente resolver simultáneamente ante el T.A.M.I.B. y ante cualquier otro órgano, ya sea judicial, administrativo o convencional, el art. 2.6 del R.T.A.M.I.B. establece que «*durante la tramitación del procedimiento de Mediación y arbitraje ante el T.A.M.I.B., las partes en los mismos se abstendrán de someter el conflicto a otros procedimientos judiciales o extrajudiciales para su resolución*». Así pues, queda recogido el principio de no concurrencia con cualquier otro tipo de procedimientos mientras se desarrolle uno de los previstos en el R.T.A.M.I.B. En cuanto a las consecuencias de esta incompatibilidad, hay que distinguir los siguientes supuestos: en el supuesto de que esos procedimientos concurren al mismo tiempo con un proceso judicial, la S.T.C. 217/1991, de 14 de noviembre, reconoció la posibilidad de que se paralice la vía judicial cuando a través de una excepción la contraparte indique que el conflicto jurídico debería someterse a un procedimiento convencionalmente establecido. Concretamente, el art. 63 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece la posibilidad de proponer una declinatoria cuando el conocimiento del asunto corresponda a árbitros o exista falta de competencia”⁶⁰⁴.

Otra alternativa, también utilizada en otros países como Finlandia, ha sido que el incumplimiento conlleve la *inclusión* de la empresa (normalmente es

⁶⁰³ (2003/C85/02), 3.2.2.

⁶⁰⁴ LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación...* ob. cit., pág. 64.

el incumplidor) *en una lista* que ponga de manifiesto la falta de buena fe a la hora de realizar estos contratos.

En España, no existe una lista negra, pero si existe otra medida de presión, *un expediente sancionador* que se levanta cuando *el comerciante o empresa* (no el consumidor) no ha colaborado en ningún momento con la OMIC. Consiste en entender que se estaría produciendo una *obstrucción a las funciones públicas de intermediación en materia de consumo*.

Esta actuación que se fundamenta en la LGDCU y en el RD de 1945/83 que contemplan la posibilidad de sancionar la obstrucción a la tramitación e intento de solución de las reclamaciones, una previsión que en principio no se refiere a las mediaciones de las OMICS sino a la inspección pero que es utilizada como fundamento para ésta. Sería una infracción no en el fondo de sus actuaciones sino en las formas o procedimiento. Consiste en remitir un escrito al director del departamento (de consumo de la OMIC) y se da un nuevo plazo a la empresa para que manifieste lo que estime oportuno. Si no contesta se podría abrir un expediente sancionador, con sanciones de escasa cuantía.

En mediación familiar no está contemplada esta posibilidad puesto que se entiende que el hecho de que se pueda abrir un expediente sancionador a una de las partes cuando no colabora en la mediación puede presionar a ésta a adoptar una determinada postura e incluso disuadirla para hacer ciertas concesiones.

Estas medidas pueden ser consideradas excesivas, fundamentalmente partiendo de que el proceso de mediación es voluntario. Sobre todo porque es voluntario para ambas partes y no solo para los consumidores, de forma que se trataría de una medida de presión de difícil justificación y que estaría desvirtuando el principio de neutralidad del mediador así como el de igualdad de las partes.

Para algunos mediadores esta actuación tiene un respaldo legal mientras que para otros no es posible esta actuación sancionadora en la mediación ya que se basa en la buena voluntad de las partes. El respaldo de este tipo de actuación no es judicial sino fundamentalmente administrativa recogida en el artículo 17.2 in fine y 10.2 del RD 1945/1983 pero está dirigida fundamentalmente a sancionar a los empresarios. Solo se recoge la posibilidad de un expediente sancionador para el consumidor, como posibilidad teórica, en el art. 5.1 del RD 1945/1983.

Esto podría llevarnos a pensar que el procedimiento de mediación se concibe como un sistema de solución de conflictos en beneficio del consumidor (y eventualmente del empresario) que en ningún caso podrá perjudicarlo, aunque no actúe de la forma esperada (mientras que al empresario sí puede perjudicarlo). Sin embargo, también es cierto que es prácticamente impensable que el consumidor inste la mediación para después poner trabas a la consecución del acuerdo, puesto que él es quien más beneficiado resulta de este tipo de procedimientos.

Una vez más vemos como el desequilibrio inicial puede afectar a las medidas y actuaciones posteriores del mediador.

En ciertas Comunidades Autónomas, como Madrid, se ha previsto la elaboración de *Códigos de Conducta*⁶⁰⁵ que vinculen en cierto sentido a las empresas que lo suscriban a adoptar determinadas conductas en el mercado. También se prevé por esta comunidad la posibilidad de dar una especie de *sello de calidad* a las empresas que se obliguen a acudir a medios extrajudiciales de solución conflictos. Este sello puede ser retirado en caso de la negativa posterior a acudir a éstos.

Sea cual sea la opción adoptada, consideramos que sería conveniente que en estos casos se estableciera como obligatoria al menos una sesión de mediación donde plantear la problemática y al menos conocer los impedimentos que manifiesta la parte “incumplidora” del convenio para negarse a la mediación. Quizás el buen hacer del mediador permita iniciar el proceso o quizás el poner de manifiesto a la parte incumplidora los efectos de esta actuación contra los propios actos permita un cambio en la actitud obstruccionista de la parte que se niega a la mediación.

Por último señalar, a pesar de ser una consecuencia del proceso de mediación una vez iniciado éste (y no antes como son los casos anteriores), la posibilidad de que el mediador tome ciertas medidas en caso de conocer la existencia de una infracción objeto de sanción. Esta situación debe ser puesta en conocimiento del empresario por parte del mediador⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Artículo 41 de la Ley 11/98 de Protección de Consumidores de la Comunidad de Madrid.

⁶⁰⁶ El 61 por ciento considera que sí se informa de que se ha cometido una infracción frente al 39 por ciento que dice que no, lo que vuelve a poner de manifiesto la falta de homogeneidad en cuestiones de procedimiento tan importantes como ésta.

Nos cuestionamos también si la infracción conocida puede ser introducida como objeto de la mediación. La mayoría de los mediadores consideran que una infracción no puede ser objeto de la negociación en ningún caso, mientras que otros⁶⁰⁷ consideran que depende del tipo de infracción.

Nos parecía interesante puesto que este tipo de actuación no se da en mediación familiar. Si el mediador conoce que se ha cometido un falta o delito decidirá si interrumpe o no la mediación (normalmente deberá interrumpirla) pero no se contempla que pueda ser objeto de negociación durante las sesiones de mediación.

Como *resumen* de lo anteriormente manifestado podemos considerar que el contrato o convenio de mediación sería un contrato entre las partes al que **no** se reconoce **efecto negativo** puesto que no es una excepción procesal que impida a la jurisdicción conocer del proceso, pero **sí** tiene un **efecto positivo** en cuanto que vincula a las partes por ser ley entre ellas.

Esa vinculación supone que en caso de incumplimiento del contrato podemos considerar que existe:

- La obligación de *indemnizar los daños y perjuicios* causados por dicho incumplimiento. El carácter voluntario del proceso impide el cumplimiento in natura de la obligación contraída.

- La necesidad de *acudir al menos a una sesión de mediación* de forma que si las partes incumplen esta obligación pueda ser objeto de responsabilidad la parte incumplidora. Una vez cumplido este requisito las partes podrán suspender el proceso en cualquier momento.

- La posibilidad de abrir un *expediente sancionador* en caso de apreciarse mala fe en la actuación de las partes, fundamentalmente por parte del empresario, que se fundamente en el RD 1945/83. También se contempla la posibilidad de que se retire el sello de calidad a la empresa incumplidora.

- La *retirada del sello de calidad* otorgado por su vinculación a determinados Códigos de Conducta, dado que la no sumisión a sistemas alternativos ha sido uno de los motivos de su otorgamiento.

- Asimismo debería establecerse la *necesidad de motivar la decisión de no acudir al proceso o de suspenderlo*. La realización del contrato de mediación supone una vinculación al menos en cuanto a la intención de las partes a la

⁶⁰⁷ Un 44% de los mediadores encuestados.

hora de resolver los conflictos. Supone un reconocimiento de la buena fe y de la intención conciliadora que puede haber sido tomada en cuenta por los consumidores a la hora de consumir productos de dicha empresa. Si permitiésemos que la empresa contrate sustentándose en esta buena fe y atención al cliente y sin embargo una vez surgido el conflicto se permite la suspensión del proceso de mediación sin más, se estaría vulnerando la confianza del consumidor que podría verse perjudicado por la apariencia de buena fe por la cual contrató. Precisamente por esa *vinculación a los actos propios* debe exigirse la motivación ante el no sometimiento al proceso de mediación y a falta de ésta reconocer la existencia de unos daños y perjuicios en el consumidor que deben ser compensados.

Todo lo establecido en el apartado anterior para el convenio de mediación es extrapolable al contrato de mediación.

Sin embargo sabemos que uno de los contenidos del contrato de mediación es la vinculación tanto de las partes a los principios de la mediación así como a las normas que eventualmente se hayan recogido en el reglamento o estatutos de la entidad que administra la mediación.

Asimismo, a través del contrato de mediación el mediador se vinculaba expresamente al conflicto ya surgido y se somete a todas las normas que regulan la prestación del servicio de mediación.

Vimos que tiene especial importancia la vinculación de las partes con el principio de confidencialidad puesto que esto va a suponer que tanto las partes como el mediador se comprometen a no acudir a cualquier proceso posterior como testigos de lo acontecido en la mediación.

Por lo tanto, a los efectos ya vistos para el convenio de mediación, debemos añadir la **vinculación a los principios de la mediación y las normas reglamentarias de la institución administradora de la mediación, tanto por las partes como por el mediador.**

Esto supone que se puede añadir como causa de incumplimiento del contrato el no respetar los principios que rigen la mediación, con las consecuencias que esto conlleva según las reglas generales de los contratos.

Por lo tanto, no respetar estos principios puede llevar aparejada la suspensión del proceso, pero además puede ser considerado como una causa,

no tanto de nulidad del contrato puesto que el contrato se concluyó perfectamente, sino de **incumplimiento** del contrato de mediación.

Nos referimos concretamente a tres supuestos importantes:

La mala fe de alguna de las partes del contrato. La mediación supone la necesidad de buena fe por las partes, puesto que su falta haría del todo imposible la negociación. Si se prueba la mala fe, es decir, que se acudió a mediación con el objeto de dilatar el proceso judicial o de obtener pruebas para su utilización posterior, puede reconducirse al incumplimiento del contrato o al menos a la doctrina de la vinculación a los actos propios. En este sentido ver lo manifestado en el apartado relativo a las medidas adoptadas en caso de no alcanzar el acuerdo.

- Lo establecido en el apartado anterior se vincula con el principio de confidencialidad, en el sentido de que, puede llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la responsabilidad civil o penal que pueda determinarse.

- La responsabilidad del mediador en el cumplimiento de su cargo es otra de las cuestiones importantes a tener en cuenta en este momento. Si se prueba que existe alguna causa que comprometa la actuación del mediador (falta de neutralidad o confidencialidad) podría exigirse la responsabilidad derivada de esta mala práctica.

4.- EL DESISTIMIENTO DEL CONVENIO O CONTRATO DE MEDIACIÓN

En el apartado anterior hemos visto la posibilidad de que una de las partes no quiera cumplir el convenio de mediación. Se podría considerar que se trata de una renuncia de una de las partes al convenio arbitral. Sin embargo vamos a ver que en el arbitraje y en la mediación, no puede existir una renuncia al convenio arbitral, en todo caso existirá una renuncia conjunta de ambas partes al arbitraje o la mediación que debe denominarse más correctamente desistimiento del convenio de mediación o arbitraje.

El antiguo artículo 11 de la LA de 1988 establecía en su apartado 2º que “las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderán que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o todos los

demandados, si fueren varios, realicen, después de personados en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria”.

Si observamos con detenimiento este artículo, a pesar de referirse a una renuncia del convenio arbitral, no puede estar haciendo referencia a ella.

El convenio arbitral y el convenio de mediación, como contratos bilaterales, no pueden ser objeto de renuncia unilateral por las partes, puesto que se estaría dejando en manos de las partes el cumplimiento del contrato. La renuncia es por esencia un acto unilateral, y, según hemos visto en el apartado anterior, el incumplimiento del convenio o contrato de mediación no puede entenderse como una renuncia al mismo por la simple voluntad de una de las partes, sino que lleva aparejado los efectos del incumplimiento de los contratos.

Por lo tanto no es posible una renuncia, como acto unilateral de una de las partes del convenio arbitral o de mediación.

El artículo 6 de la LA de 2003 hace referencia a la renuncia tácita de las facultades de impugnación, estableciendo “si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”. Este artículo no está haciendo referencia a una renuncia al convenio arbitral, sino a una renuncia, ahora sí como acto unilateral, de una facultad, la de impugnación de determinados actos, que se entenderá que se renuncia a ella cuando no se denuncien dichos actos en el plazo previsto. Por lo tanto una cosa es renunciar al convenio arbitral, que no es posible como contrato bilateral, y otra es renunciar a determinadas facultades dentro del proceso arbitral, que sí es posible puesto que son facultades individuales.

Lo que sí es posible es un desistimiento del convenio arbitral. Este desistimiento podrá realizarse de dos formas:

- Bien a través de un “convenio” entre las parte, quedando abierta la vía jurisdiccional. Una renuncia por lo tanto acordada por ambas partes en conflicto.
- Bien mediante la sumisión tácita a la jurisdicción de Jueces y Tribunales. Cuando sea una de las partes quien renuncia a la

mediación acudiendo a la jurisdicción, es necesaria la sumisión tácita de la otra para considerarla como desistimiento⁶⁰⁸.

Por ello, cuando el anterior artículo 11 de la LA de 1988 se refería a renuncia, en realidad se hace referencia a un desistimiento. Así lo manifiesta BADENAS CARPIO⁶⁰⁹ cuando afirma “Cuando el art. 11 LA alude a la posibilidad de que las partes puedan dejar sin efecto el convenio arbitral, renunciando al mismo, no se está refiriendo verdaderamente a una auténtica renuncia. Técnicamente cuando las partes, mediante convenio, deciden dejar sin efecto lo acordado, no están renunciando a nada, ya que la renuncia es siempre un acto jurídico unilateral. Más esto sucede en el caso de que las partes acuerden un contraconvenio antes de que los árbitros emitan el laudo. Sin embargo, cuando la concorde voluntad de dejar sin efectos el convenio arbitral no se produce simultáneamente, para LORCA NAVARRETE, se produce una efectiva renuncia (tácita) por parte de uno de los compromitentes en el momento que presenta una demanda, por las mismas causas, ante la jurisdicción ordinaria. No obstante, a mi parecer, que creo coincide con el sentir mayoritario, para que esa eventual renuncia del compromitente que presenta demanda ante los Tribunales, produzca sus efectos, haciendo ineficaz el convenio arbitral, es preciso que el otro compromitente «renuncie» a su vez al convenio arbitral no invocando en el momento procesal oportuno la excepción de arbitraje. (...) Lo que está claro, a mi modo de ver, es que la ineficacia del convenio arbitral no se produce, por este motivo, mediante la renuncia unilateral de cualquiera de las partes, sino por el acuerdo en contrario de las mismas (simultáneo o sucesivo, expreso o tácito) respecto del convenio arbitral que las unía hasta ese momento”.

⁶⁰⁸ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., págs. 115-116. “La concepción procesal de la renuncia al convenio arbitral (...) prevalece sobre su consideración contractual o negocial habida cuenta que no es posible acceder a la segunda, esto es la contractual (...) tal y como la regula la LA, si se parte de la premisa de que todo contrato es un negocio jurídico bilateral productor de obligaciones pues la renuncia al convenio arbitral se hace depender de la sola voluntad de una de las partes que encuentra a su paso la respuesta bilateral –no sustantiva, sino procesal– del demandado. (...). Por tanto, no es posible partir de una concepción contractual de la renuncia del convenio arbitral, pues cuando una de las partes acude a los Tribunales estatales en lugar del arbitraje que había acordado mediante convenio, es evidente que está renunciando ella sola al arbitraje y, si se trata de asimilar contrato-convenio arbitral resulta obvio que no podría extinguirse por la sola renuncia de una parte, salvo que se adopte el esquema negocial propio de la litis contestatio (...)”

⁶⁰⁹ BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral...* ob. cit., págs. 155-156.

El autor considera que nunca hay una renuncia unilateral puesto que aunque una de las partes renuncie, es necesario que la otra también lo haga, aunque sea tácitamente, no invocando la excepción de arbitraje

CONVENIO ARBITRAL	CONVENIO DE MEDIACIÓN Y CONTRATO DE MEDIACIÓN
<p>Es un contrato: por el que las partes acuerdan someter todos los conflictos presentes o futuros al arbitraje.</p> <p>- Efectos:</p> <p>- Positivo: el sometimiento a la mediación de las cuestiones litigiosas entre las partes.</p> <p>- Negativo: excepción de arbitraje.</p> <p>No puede ser objeto de renuncia unilateral.</p>	<p>Es un contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Supone el sometimiento de los conflictos presentes o futuros a la mediación - Requiere la aceptación del mediador del cargo y el sometimiento de todos a los principios de la mediación. Pueden coincidir con el momento anterior o no. <p>- Efectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Positivo: el sometimiento a la mediación de las cuestiones litigiosas entre las partes. En el contrato de mediación se añade además la vinculación a los principios de la mediación y a las normas de la institución administradora de la mediación. - No Negativo: No excepción de mediación. <p>No objeto de renuncia unilateral, será un incumplimiento: el convenio de mediación es ley entre las partes y no puede ser objeto de renuncia unilateral. Dos situaciones controvertidas.</p> <p>El carácter voluntario del procedimiento dificulta que la suspensión unilateral de la mediación sea considerado un incumplimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Necesidad de regular cuando el mediador incumple sus funciones y la responsabilidad al respecto. - Puede ser objeto de desistimiento: por convenio de ambos o por sumisión tácita.

<ul style="list-style-type: none"> - Puede ser objeto de desistimiento: por convenio de ambos o por sumisión tácita. - Puede ser nulo. <ul style="list-style-type: none"> - Nulo: según art. 1255 y 1261 del C.c. - Anulables: por vicio o incapacidad de los contratantes. - Ineficacia por revocación expresa posterior. <p>Causas de ineficacia derivada de la LA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El convenio no tiene la forma exigida. - No se fija la cuestión litigiosa. - número de árbitros que no sea impar. - Las normas de procedimiento no cumplen las formalidades esenciales. - Situación de privilegio respecto a la designación de los árbitros. - Falta de competencia de los árbitros. Bien por razón de la materia bien por razón de los sujetos (incluidas las causas de RDSAC) 	<p>Puede ser nulo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nulo: según art. 1255 y 1261 del C.c. - Anulables: por vicio o incapacidad de los contratantes. - Ineficacia por revocación expresa posterior. <p>Causas de ineficacia derivada de la LA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sería conveniente exigir forma escrita. - No necesariamente debe fijarse. - Puede no ser impar. - Las normas de procedimiento no cumplen las formalidades esenciales. - Situación de privilegio respecto a la designación de los árbitros. - Falta de competencia de los árbitros. Bien por razón de la materia bien por razón de los sujetos (incluidas las causas de RDSAC)
--	--

II. LA EFICACIA DEL ACUERDO ALCANZADO POR LAS PARTES DESPUÉS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

El proceso de mediación puede finalizar de dos formas, bien sin haber alcanzado el acuerdo que solucione el conflicto entre las partes (por imposibilidad de las partes, por suspensión del proceso o por cualquier otra circunstancia), bien habiendo alcanzado el acuerdo que solucione el conflicto entre las partes.

Tanto en uno como en otro caso el resultado de la mediación se recogerá en un acta en la cual se hará constar:

- La imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre todos los puntos conflictivos.
- Los acuerdos parciales alcanzados mencionando los puntos sobre los que no se ha alcanzado el acuerdo.
- Si se ha alcanzado la solución sobre todos los puntos en conflicto.

En el caso de que se haya alcanzado el acuerdo por las partes, bien sea por sí mismas en función de lo acontecido en el proceso de mediación, bien sea por la aceptación de las partes de la decisión emitida por el mediador, la pregunta que nos hacemos ahora es ¿qué eficacia tiene el acuerdo alcanzado?

Para ello vamos a analizar la diferencia entre la eficacia del laudo, una vez finalizado el proceso de arbitraje, y la transacción, figura que como sabemos no conlleva la necesidad de un proceso análogo. Esta comparación nos permitirá conocer la eficacia que puede tener el acuerdo de las partes alcanzado en un proceso de mediación.

1.- EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN: EL ACUERDO DE LAS PARTES

Vamos a tratar de determinar la diferencia existente entre el arbitraje, la transacción y la mediación en relación a cuál es el resultado final.

1.1.- EL RESULTADO DEL ARBITRAJE

El procedimiento arbitral termina con la emisión del laudo. LORCA NAVARRETE establece que el laudo se concibe desde una vertiente sustantiva y formal como “el único modo posible de poner termino al procedimiento arbitral regularmente tramitado y que, resolviendo definitivamente acerca las misma cuestiones planteadas en la instancia arbitral, pone término a la misma, alcanzando el efecto de cosa juzgada formal cuando contra el mismo haya precluído el término para pedir su anulación”⁶¹⁰.

Pero, ¿cuando acaba el proceso en mediación? Hay que tener en cuenta dos aspectos:

- No existe un laudo, solo existe un acuerdo de las partes o una decisión del mediador que las partes pueden aceptar o no, según como se conciba la mediación y el ámbito en el que nos encontremos.

- No solo puede acabar así, sino que existe la posibilidad de que las partes o el árbitro pongan fin al proceso sin haber alcanzado la solución al

⁶¹⁰ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 401.

conflicto, dado que es un proceso enteramente voluntario, sin que por ello se considere que no ha habido mediación. La mediación se ha producido tanto si hay acuerdo como si no (por ello no incluimos el tercer acuerdo dentro de la mediación). Este intento de avenencia se recogerá en un acta. Como veremos más adelante.

La estructura del laudo se aproxima más a las sentencias emitidas en los procedimientos jurisdiccionales que a un acuerdo de las partes en conflicto. Sin embargo el resultado de la mediación, el acuerdo entre las partes, no podrá ser considerado nunca como un laudo ni como una sentencia.

Precisamente por la vinculación manifestada del laudo con las sentencias, se plantean respecto a éste cuestiones que afectan a las sentencias, y que no podrán predicarse de la mediación.

La sentencia se define como “un acto del juez (y, por consiguiente, un acto del Estado) que supone una declaración de voluntad del Estado en la que se afirma existe o inexistente el efecto jurídico pedido en la demanda. Desde este punto de vista, la sentencia es un mecanismo aplicador del Derecho, ya se entienda el Derecho como resultante de la propia sentencia, ya sea entendido aquél como el elemento determinante de sentencia”⁶¹¹.

El TC (sala 1) en su resolución de 20 de junio de 1993 establece las siguientes diferencias entre los laudos y las sentencias:

- Respecto al objeto, “el árbitro sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el artículo 1 de la Ley vigente”:

- Respecto a los sujetos, “pone énfasis en la diferente configuración del Juez titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido por tanto de imperium, y del árbitro desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública”.

- Respecto a la función que desarrollan, “la función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese “casi” está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido

⁶¹¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA). *Derecho Procesal Civil...* ob. cit., pág. 347.

propio se traduce en la carencia de potestad o poder. El árbitro, que no puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por no ser órgano jurisdiccional (...) necesita además del brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo...porque sólo a los Jueces les corresponde hacer ejecutar lo juzgado”.

- Respecto al contenido de lo resuelto, “El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto en sede constitucional porque el recurso de nulidad no trasfiere a la Audiencia Provincial la jurisdicción ordinaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera revisoria del juicio de equidad en sí mismo”.

El artículo 37.2. LA de 2003 establece un plazo de 6 meses para emitir el laudo. Este plazo es prorrogable salvo manifestación expresa en contra de las partes, por un periodo de dos meses como máximo.

En el arbitraje interviene intensamente el Notario, si bien, partir de la LA de 2003 es solo cuando así lo requieran las partes, bien sea para la protocolización que ahora es facultativa (art. 37.8 LA 2003)⁶¹², bien sea en relación a las notificaciones fehacientes.

Debemos tener en cuenta que la LA de 1988 establecía en con carácter general la obligación de protocolizar el laudo. Sin embargo excluía esta necesidad en determinados sectores, según establecía en su disposición Adicional Primera, entre los que se encontraba el ámbito del consumo, junto con el seguro privado, las cooperativas y la propiedad intelectual. En todos ellos se eliminó la necesidad de protocolización. ¿A que se debe esta concesión? Fundamentalmente a la importante intervención de la Administración, considerando innecesaria la intervención del notario.

1.2.- EL RESULTADO DE LA TRANSACCIÓN

Hemos visto la especial vinculación del acuerdo de las partes con la transacción. Vamos a tratar de analizar ahora qué efectos produce este acuerdo.

⁶¹² Protocolizar es según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1985 “asegurar su conservación e identidad y dar autenticidad a su fecha, si es que no la tuviera, todo ello de acuerdo con el artículo 1227 del Código Civil”.

El artículo 1816 establece: “La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”.

El Código civil atribuye dos efectos a la transacción, la autoridad de cosa juzgada y la ejecutividad. Según esto se podría decir que la transacción produciría efectos similares a los del laudo y la sentencia, pero esto tiene muchas matizaciones.

Existen dos posturas respecto al valor jurídico de la transacción; una que la equipara con la sentencia atribuyéndole por tanto el efecto de cosa juzgada así como un procedimiento especial de ejecución de la sentencia, y otra que la equipara a un contrato, con los mismos efectos y fuerza que el resto de los contratos.

Estas dos posturas han sido recogidas en el propio Código, puesto que mientras el artículo 1809 hace referencia expresa a la transacción como un contrato y por lo tanto se le deberían aplicar los artículos 1.091, 1.258 y 1.278 del Código Civil, el 1816 le atribuye, como ya hemos visto, ejecutividad y autoridad de la cosa juzgada, propio de las sentencias.

La opinión dominante es aquella que establece que el resultado de la transacción tiene entre las partes el mismo efecto que una sentencia⁶¹³. Es decir, lo resuelto tiene la fuerza de una sentencia para las partes en disputa. Pero, como establece PELÁEZ,⁶¹⁴ lo determinante es saber si se trata de una *igualdad* entre sentencia y transacción o se trata de figuras *distintas* aunque muy parecidas.

Las principales diferencias entre transacción y sentencia son:

- Que mientras la sentencia es un acto de un órgano jurisdiccional, la transacción lo es de las partes.
- La sentencia es una manifestación de la voluntad de la ley y la transacción es una manifestación de la voluntad de las partes.

⁶¹³ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II...* ob. cit., pág. 442. “Se reconoce a la transacción como el equivalente de una sentencia, con la consiguiente facultad de las partes transigentes de oponer a la otra *la exceptio rei per transactionem finitae* si plantea al órgano judicial la controversia que ya fue resuelta transaccionalmente, de análoga forma a la oponibilidad de la excepción de cosa juzgada material si en lugar de una transacción hubiese mediado una sentencia, por lo que los mismos límites subjetivos y objetivos que delimita esta excepción son aplicables a aquella. (...) La equiparación de la transacción y sentencia no impide que pueda ser impugnada por error, dolo, violencia o falsedad de documentos (S. de 10 de abril de 1985)”.

⁶¹⁴ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 141.

1.3.- EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN

Tal y como venimos afirmando hasta ahora, desde nuestro punto de vista, el proceso de mediación terminará con un acuerdo entre las partes que determinará la solución de la controversia y producirá una aclaración, modificación o transformación de la relación jurídica que une a las partes en conflicto.

Si analizamos el resultado del arbitraje en relación con el resultado de la mediación vemos que se trata cuestiones totalmente diferentes. El laudo, según hemos manifestado es una decisión dada por un tercero al cual se reconocen efectos, sino iguales sí similares a la sentencia.

Sin embargo en mediación terminación del proceso viene a plasmarse en el acuerdo de las partes sobre la cuestión litigiosa. Aunque se trate de la decisión del mediador sobre la cuestión litigiosa, lo que permite hablar de avenencia entre las partes es la manifestación de voluntad a la hora de aceptar dicha decisión. Es por lo tanto un acuerdo de voluntades aceptando la decisión dada por un tercero, mediador, lo que permite hablar de solución al conflicto.

Por lo tanto, la primera diferencia entre el arbitraje y la mediación es que mientras que en el arbitraje el laudo o decisión del arbitro es muy similar a las sentencias jurisdiccionales, en mediación, a pesar de que puede concebirse como una decisión del mediador (aunque no nos parece lo más adecuado) nunca se asimilará a una sentencia, sino que se considerará siempre un acuerdo o contrato entre las partes en conflicto para solucionar éste.

Hasta ahora la mediación nos resulta más próxima a la figura de la transacción que la del arbitraje en relación a la mediación, puesto que la mediación es ante todo un contrato entre las partes y el resultado de esta mediación no podrá ser considerado nunca como un laudo.

Sin embargo es cierto que de la transacción se proclaman algunos efectos que no sabemos si también pueden predicarse de la mediación.

Por ello vamos a analizar algunos de esos efectos producidos por el arbitraje y la transacción que no pueden permitir ver algo de luz en los efectos del acuerdo entre las partes alcanzados a través de la mediación. Entre estos efectos destacamos el efecto de cosa juzgada y la ejecutividad de lo resuelto.

2.- EL EFECTO DE COSA JUZGADA

2.1.- EN QUÉ CONSISTE EL EFECTO DE COSA JUZGADA

La doctrina viene distinguiendo tradicionalmente entre la cosa juzgada formal (art. 207 LEC 1/2000) y la cosa juzgada material (art. 222).

La *cosa juzgada formal*, se identifica con la preclusión, dado que hace referencia a la imposibilidad de recurrir o impugnar una resolución judicial cuando han transcurrido los plazos establecidos en la ley para realizarlos (art. 207.3 y 4). Produce, a su vez, como efecto la vinculación jurídica para el órgano jurisdiccional y para las partes de lo dispuesto en la resolución. Esta firmeza se predica no solo de la sentencias sino de cualquier resolución judicial.

La denominada *cosa juzgada material o simplemente cosa juzgada* (LEC 1/2000, art. 222) se predica exclusivamente de las sentencias y supone la imposibilidad de que, a través de un nuevo proceso, una resolución judicial se oponga o contradiga a otra resolución judicial dictada en un proceso previo.

La cosa juzgada tiene por lo tanto una doble manifestación:

- En primer lugar, la *función positiva o prejudicial*. Se refiere a la vinculación del juez a lo decidido en otro proceso anterior. En este caso, no se trata de la existencia de dos procesos idénticos sino que se trata de la existencia de un segundo proceso en el cual existen o se plantean cuestiones parciales ya resueltas en un proceso anterior. Lo resuelto sobre esa cuestión parcial en el proceso anterior vincula al Juez del segundo proceso⁶¹⁵.
- En segundo lugar, la *función negativa o excluyente*, el llamado “non bis in idem”. Ello implica la imposibilidad de que se dicte sentencia en un segundo proceso idéntico al que ya ha sido resuelto por sentencia firme. ¿Cómo opera procesalmente? Si se ha planteado un segundo proceso idéntico al ya resuelto, entonces será el demandado quien lo pondrá de manifiesto en la contestación a la demanda. Se resolverá sobre ello en la audiencia previa al juicio.

⁶¹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA). *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ob. cit., pág. 360.

2.2.- EL EFECTO DE COSA JUZGADA EN EL ARBITRAJE

El laudo, una vez pasado el plazo para solicitar su anulación (dos meses desde la notificación del laudo según el artículo 41. 4 LA de 2003), es firme y tendrá los mismos efectos que la cosa juzgada. Se trata por lo tanto de que no solo resuelve definitivamente la controversia, sino que lo hace firmemente. Por lo tanto, el laudo tiene el siguiente efecto:

- *Cosa juzgada formal*: supone que una vez pronunciado el laudo, no puede ser modificado ni por el árbitro ni por las propias partes (en este último caso no desde la firma sino desde el transcurso del plazo para pedir la anulación). Supone por lo tanto la inatacabilidad⁶¹⁶ del laudo. Asimismo abre la el camino para le ejecución, ya sea voluntaria o forzosa. Pero también es el requisito previo para que se produzca el otro efecto de cosa juzgada material.

- *Cosa juzgada material*: el laudo arbitral ha de ser tenido por un juez o arbitro posterior como declaración de verdad, de forma que si se plantea un nuevo proceso en la jurisdicción o en un arbitraje posterior lo resuelto por el árbitro primero ha de ser tomado como algo ya resuelto. Asimismo supone que no podrá dictarse un nuevo laudo sobre el mismo objeto de arbitraje⁶¹⁷.

⁶¹⁶ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 483. “No obstante, la inatacabilidad directa del laudo ya firme quiebra, y ello porque el laudo se encuentra sometido al plazo de cinco años que se concede para neutralizarlo por medio de la demanda de revisión (art. 1.800 LEC)”.

⁶¹⁷ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 440. “En la LA, la cosa juzgada material o ad extra presenta dos aspectos: Uno positivo, en cuanto que implica que la cosa juzgada material se impone al arbitraje o jurisdiccionalización ulterior como declaración de voluntad contenida en el laudo y no, como declaración de verdad. En este sentido ha de ser entendido el artículo 1.251 C.c que habla de la cosa juzgada como “presunción de verdad”. El segundo aspecto que la LA presenta de la cosa juzgada material es de carácter negativo, en cuanto que, según la LEC, la cosa juzgada material representa una excepción oponible ante la jurisdicción estatal o en un arbitraje posterior. En consecuencia, el laudo arbitral firme produce idénticos efectos a la cosa juzgada debido, en primer lugar; al “aquietamiento” de las partes respecto de su contenido y por la proyección, en segundo término, de ese “aquietamiento” en una instancia posterior; ya sea esta judicial o arbitral. Y tanto es así que el efecto implícito en la “formalidad” de la cosa juzgada, se vincula a las partes en la “materialidad” de la misma”.

En mediación, aunque lo veremos más adelante, no se produce este efecto de cosa juzgada, en primer lugar porque evidentemente no existen recursos contra lo decidido por las partes (aunque tampoco existen en arbitraje según ha recogido la nueva LA de 2003 al sustituir la expresión recurso de anulación por la acción de anulación del laudo) dado que es un acuerdo no una decisión tomada por un tercero; en segundo lugar porque, a pesar del acuerdo, puede plantearse el conflicto ante la jurisdicción o el arbitraje dado que este conflicto no ha sido resuelto definitivamente. Profundizaremos en esta idea más adelante.

2.3.- EL EFECTO DE COSA JUZGADA EN LA TRANSACCIÓN

Una vez que sabemos que significa procesalmente el efecto de cosa juzgada, debemos saber que la mayoría de la doctrina niega a la transacción un efecto de cosa juzgada en sentido técnico⁶¹⁸.

Entonces cabe preguntarse cual es el sentido de la expresión utilizada en el art. 1816 del Código Civil.

Aunque la transacción es un contrato, parece evidente que el legislador ha querido ir más allá de los efectos que producen todos los contratos, que son ley para las partes. La transacción está más próxima a los efectos de la sentencia que a los de los contratos.

Así lo manifiesta PELÁEZ cuando establece que “la transacción tiene una fuerza superior al valor de la ley que tiene todo contrato entre las partes, pero tampoco podemos identificarla con la cosa juzgada de las sentencias. Luego ¿cuál es la interpretación adecuada de la cosa juzgada aplicada a la transacción?”⁶¹⁹.

Para este autor la transacción es ante todo un contrato entre las partes, aunque ciertamente es un contrato que sustituye a un proceso. Como contrato no puede evitar que se inicie un proceso sobre el mismo objeto, por lo que niega una equiparación de la transacción con el efecto de cosa juzgada tanto

⁶¹⁸ Entre otros ALBALADEJO. M.: *Derecho civil II...* Ob. cit., pág. 852. “la ley, para dar una idea del carácter obligatorio de la transacción, habla metafóricamente, de que para las partes tiene la autoridad de la cosa juzgada”. Si bien el autor afirma que cuando hablamos de transacción judicial equivale a una sentencia firme y la transacción extrajudicial equivale a cualquier otro contrato, en ob. cit. Pág. 851.

⁶¹⁹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 163.

en sentido negativo como positivo⁶²⁰. Sin embargo sí reconoce una vinculación del juez a lo acordado, puesto que debe tenerlo en cuenta y no contradecirla aunque la considere injusta. Si podrá entrar el Juez en el análisis de si se trata de un contrato valido o no, pero no de si la solución aportada habría sido la que él hubiera dado, puesto que tiene que respetar lo acordado por las partes.

En este sentido se manifiesta FENECH⁶²¹ “(...) La cosa juzgada de la transacción que no puede hacerse valer, por ejemplo, por medio de la excepción de la cosa juzgada en el proceso civil, ni tratarse por el procedimiento incidental, quiere decir que el Juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta: pero esta cosa juzgada no impide que el Juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc., o sea, que el Juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. Solo en este sentido puede hablarse propiamente de la cosa juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma”.

Es evidente que ambos autores reconocen una fuerza mayor de la transacción frente al resto de los contratos de nuestro ordenamiento, dado que no solo es ley entre las partes sino que además vincula al juez de alguna manera. En principio, el juez al que se alegue la existencia de un acuerdo transaccional es libre en la forma de apreciar el contrato, como con cualquier otro contrato. Aunque según establece PELÁEZ⁶²² “no obstante, el acuerdo transaccional, en tanto no sea expresamente impugnado por el cauce del art.

⁶²⁰ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 164 establece. “La transacción aunque elimine una controversia autocomponiendo diferencias, e incluso aprobándola judicialmente, es ante todo y sobre todo, un contrato que sustituye a un proceso. La función negativa de la cosa juzgada impide que habiéndose realizado un proceso correctamente, con todas las garantías y terminado por sentencia (firme de fondo) se inicie otro sobre el mismo objeto. La transacción al ser un contrato no puede evitar, por sí misma, que se abra un proceso con el mismo objeto, un acuerdo de partes nunca es equiparable a un proceso jurisdiccional, haciendo imposible la analogía desde este punto de vista”. Asimismo en la pág. 165. “La vinculación prejudicial o positiva producida por una sentencia es una consecuencia de haberse llevado a cabo un proceso con todas las garantías previstas y para evitar contradicciones se impide dictar una resolución nueva sobre el mismo objeto procesal. En buena lógica, se observa que la transacción al sustituir al proceso no puede, en sentido estricto, predicarse de ella la función positiva de la cosa juzgada; el resultado transaccional, al ser fruto de un contrato, no puede equipararse nunca con la sentencia que es el término y consecuencia de un proceso jurisdiccional”.

⁶²¹ FENECH: «El arbitraje», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, (Barcelona), nº 3, pág. 182.

⁶²² PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 165.

1.817 del Código civil, se impone al Juez y vincula a éste al emitir su fallo impidiendo que en ningún nuevo proceso se decida una pretensión de modo contrario a como lo han resuelto las partes en la transacción (no dos resoluciones distintas de un mismo objeto procesal)”.

Por lo tanto el juez está vinculado a lo acordado por las partes impidiendo que su fallo sea contrario a lo establecida por éstas⁶²³, sin que ello suponga que no pueda entrar a valorar la validez del contrato transaccional.

Respecto a la sentencia se predica el efecto de cosa juzgada por la eficacia jurídica procesal de la misma. La resolución alcanzada en la sentencia ha sido el producto de un proceso con todas las garantías y el principio de economía procesal impide volver a enjuiciar una controversia ya resuelta. Sin embargo la solución alcanzada en la transacción no es el producto de un proceso, no se ha producido un enjuiciamiento.

Esta vinculación del juez al contrato de transacción no se debe sin embargo a un efecto positivo de cosa juzgada desde el punto de vista procesal, porque como acabamos de ver esto no es posible. Entonces, ¿a que se debe esta vinculación del juez a lo resuelto por las partes?:

Gran parte de la doctrina lo vincula a la *eficacia refleja de la transacción*. Se hace referencia con esto al hecho de que la transacción es considerada no como la solución producto de un procedimiento con garantías sino como *supuesto de hecho*, como elemento objetivo de la situación conflictiva y por lo tanto como condición necesaria a la hora de la construcción, modificación o extinción de la relación jurídica en cuestión⁶²⁴.

⁶²³ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Elementos de Derecho Civil II. Volumen segundo...* ob. cit., pág. 364. “Por ser la transacción, no una declaración de lo que es el derecho, sino un arreglo dispositivo entre particulares, no parece que pueda tener el valor de la cosa juzgada en el sentido negativo de quedar obligado el juez a absolver en la instancia por haber aquélla intervenido. Tampoco habría de tener la transacción el valor de la cosa juzgada en el sentido positivo de ser vinculante para el juez, puesto que al no haber juicio no se da el presupuesto de la regla tradicional *res iudicata pro veritate habetur*. Todo ello no obstante y en el esfuerzo de dar algún sentido a la declaración del art. 1816, se apunta la idea de que el contenido de la transacción, en cuanto no impugnada ni revocada, se impone al juez para evitar que la pretensión ante él deducida no se decida en sentido distinto a como ya han arreglado entre ellos los transigentes”.

⁶²⁴ GOMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Madrid, 1979. *Derecho Procesal civil, Apéndice. La reforma del Proceso Civil por Ley de 6 de agosto de 1948*, Madrid, 1985. “El derecho privado sustantivo (civil, mercantil) puede hacer de una sentencia supuesto de hecho de un determinado efecto, tomándola como condición de la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica material; bien por sí sola, bien como un elemento dentro de un complejo de hechos y actos jurídicos. No se trata entonces de la declaración de la sentencia, sino del hecho de la sentencia: ésta viene considerada como un hecho jurídico”.

Las partes por la transacción resuelven una controversia de forma que la solución alcanzada tiene valor en sí misma y es independiente, obligando de esta forma a las partes y al juez a respetarla y a no contradecirla⁶²⁵.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de abril de 1985 (R.a. 1.690) sobre este tema bastante clarificadora en su considerando primero: “Que aun cuando la autoridad de cosa juzgada que el art. 1.816 del Código civil atribuye a la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, dado que a la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con el riesgo de nulidad, se contraponen la irrevocabilidad de tales sentencias, tienen, sin embargo, de común, a los fines que aquí interesan, que los mismos elementos subjetivos y objetivos que delimitan la cosa juzgada material, delimitan también la *exceptio pacti* o excepción de transacción, con idéntica consecuencia de vincular al órgano jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla”.

En esta sentencia se hace referencia a la existencia de la **excepción de transacción**. Por ello debemos preguntarnos qué tipo de excepción es. Para ello es necesario hacer una distinción entre la transacción judicial y la extrajudicial:

La transacción, según venimos viendo es una figura que pone fin al proceso porque lo deja sin objeto. CORTÉS DOMÍNGUEZ lo define como “el negocio jurídico procesal cuyo objeto es la regulación de la relación y jurídica litigiosa, en orden a la composición del litigio, y que por ello tiene como efecto directo la extinción del proceso (art. 1.809 CC)”⁶²⁶.

Esta transacción es judicial cuando se recoge como parte del proceso, y es extrajudicial cuando se realiza al margen del mismo.

⁶²⁵ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 169. “cuando el código civil, en el art. 1.816 dice que “la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada” está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato (art. 1.091 del Código Civil), entre las partes contratantes. Esta loable intención ha llevado al legislador a servirse de una expresión que, por analogía transacción-sentencia, ha motivado confusiones e incertidumbre. Verdaderamente, la transacción produce un efecto vinculante similar al de la función positiva de la cosa juzgada –y se le podría atribuir, analógicamente, si no pudiéramos explicarlo de otra forma–, pero éste es un fruto del efecto reflejo de la transacción en cuanto que es un hecho que incide en el mundo de las relaciones jurídico-materiales, transformándolas”.

⁶²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA). *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ob. cit., pág. 373.

Sin embargo LACRUZ matiza que es mejor entender como transacción judicial “la que es llevada a cabo ante un órgano jurisdiccional o incorporada a un procedimiento”⁶²⁷. Solamente la transacción judicial puede ser objeto de la vía de apremio⁶²⁸.

Es decir, que para que se ponga fin al proceso, la transacción tiene que haber sido hecha ante el juez como parte de un proceso (transacción judicial), porque si se realiza fuera del proceso (transacción extrajudicial) hay que introducirla en éste para obtener una resolución judicial al respecto, que condene o que absuelva. Es decir, que esta última no termina el proceso ni evita la sentencia, sino que determina el sentido de ésta.

La transacción extrajudicial es un contrato que se realiza por las partes independientemente del proceso jurisdiccional. Si se trata de utilizar este acuerdo en un proceso ha de ser alegada como excepción que tendrá el valor de un nuevo hecho que se aporta al proceso y que hace inaplicable la pretensión del actor. Es decir, se ha producido un cambio sustancial, una novación en la relación jurídica que está siendo observada por el juez⁶²⁹.

Sin embargo la transacción ya realizada al margen del proceso puede ser sometida a la aprobación del juez, de forma que se convierte en transacción judicial dado que supone la inclusión de la transacción en el proceso, puesto que va a ser aprobado mediante auto. Ya no va a ser utilizado como un hecho que impide resolver (transacción extrajudicial), sino como un instrumento para resolver.

Al respecto PELÁEZ establece “en nuestro Derecho vigente, sin identificarla, existe una gran similitud entre la excepción de cosa juzgada y la de *transactione finitae*. Las dos, impiden volver a conocer un pleito de

⁶²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: (VV. AA.). *Elementos de Derecho Civil II. Volumen segundo...* ob. cit., pág. 364.

⁶²⁸ Esta vía de apremio ha sido contemplada en la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, en el artículo 517.2-3º y el artículo 19.1. Este último establece que los litigantes pueden transigir sobre el objeto del proceso «excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». En el apartado 2 de dicho artículo establece que dicho acuerdo transaccional será homologado por el juez que esté conociendo el litigio. Precisamente la audiencia previa (art. 414.1 Lec) trata de conseguir dicho acuerdo entre las partes en conflicto que en caso de conseguirse debe ser homologado, de forma que «surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial» (art. 415.2 Lec 1/2000)..

⁶²⁹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., Pág. 204.

nuevo, porque ya ha sido resuelto o por sentencia firme, en un caso, o por transacción judicial en otro. Por este motivo tenemos que considerarla como “excepción de derecho procesal o de forma” (...)⁶³⁰.

Sin embargo, a pesar de esta afirmación, CORTÉS DOMÍNGUEZ considera que la transacción judicial no produce efecto de cosa juzgada alegando dos cuestiones:

- La primera que solo los actos judiciales decisorios en el fondo producen este efecto.
- La segunda, que dado que la transacción, como contrato de contenido material, está sometido a una posible declaración de nulidad, no tiene carácter permanente ni inmutable. El autor concluye “la transacción, pues, como todo negocio jurídico que produce eficacia material, determina sólo y exclusivamente las relaciones jurídicas interpartes, eficacia que nada tiene que ver con la de la cosa juzgada. Si tiene eficacia ejecutiva, en cuanto que la ley (art. 1.816 CC y 517.2.3º) configura la transacción como título de ejecución”⁶³¹.

Tanto si se trata de una transacción extrajudicial como si se trata de una transacción judicial, puede ser objeto de excepción en la contestación a la demanda, pero mientras que en la primera se trata de una excepción de derecho material o de fondo, en la segunda se trata de una excepción de derecho procesal o de forma.

2.4.- EL EFECTO DE COSA JUZGADA EN LA MEDIACIÓN

Según lo analizado respecto a la estructura y el efecto tanto del arbitraje como de la mediación, podemos decir que la mediación tiene mayor proximidad a lo establecido respecto a la transacción.

⁶³⁰ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., Pág. 205. DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ, ob. cit., Vol. II, pág. 73. “Al tener una naturaleza procesal, el Juez debe analizar y pronunciarse sobre las excepciones perentorias de este carácter antes de entrar en el fondo del asunto; pero cuando el pleito, ya concluso, está listo para sentencia. La resolución procesal es siempre previa al análisis de la cuestión de fondo. Sólo si el Juez desestima todas las excepciones procesales propuestas, está en condiciones de pronunciarse sobre el derecho del actor a la tutela que solicita. Si acoge una excepción procesal debe dictar sentencia absoluta de la instancia, lo que conlleva la absoluta ineficacia de todo lo actuado. Una sentencia de esta clase viene a decir que, por razones procesales, el Juez ni siquiera puede entrar a decidir sobre la materia que ha sido objeto del proceso, que queda imprejuzgada”.

⁶³¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (VV. AA). *Derecho Procesal Civil. Parte General*, ob. cit., pág. 373.

En primer lugar porque el **acuerdo de mediación** no toma su estructura de la sentencia ni del laudo puesto que es un acuerdo de voluntades y no una decisión de un tercero que deba contener los fundamentos y las pruebas que sustenten dicha decisión. Y esto es así incluso en la mediación de consumo donde se emite una propuesta de decisión, dado que son las partes quienes asumen dicha propuesta haciéndola suya, de forma que su estructura es más cercana a la del contrato de transacción fundamentalmente porque ambas tienen la misma naturaleza.

Respecto al efecto de **cosa juzgada**, precisamente por no compartir la naturaleza de decisión de un tercero como el laudo no pueden predicarse los efectos de cosa juzgada en el sentido manifestado para el laudo.

La duda se plantea entonces si a la mediación se le debe reconocer esa mayor fuerza reconocida a la transacción frente al resto de los contratos.

Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa por varias razones:

- Porque tanto el contrato de mediación como el de transacción tienen la misma causa y la misma estructura por lo que parece lógico que el efecto que ambas produzcan sea el mismo.
- Porque la mediación normalmente se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública, siendo administrada por las OMICs o las Juntas Arbitrales. Si bien las mediaciones no pueden ser consideradas como judiciales, en el sentido que no se desarrollan en un proceso judicial, si es cierto que de lo acontecido en el proceso administrativo se deja constancia en un acta. Éste acta supone que existe una cierta homologación, no judicial, pero sí administrativa, de lo acordado por las partes, sobretudo por el hecho de que se ha realizado en la presencia de un tercero cualificado, el mediador e incluso es propuesta de éste. Por todo ello debe serle reconocido una eficacia similar a lo establecido para la transacción en el sentido de ser algo más que un simple acuerdo.

Ese algo más se identifica no tanto con el efecto de cosa juzgada sino con la **eficacia refleja** de este tipo de contratos, en el sentido anteriormente analizado. Es decir, lo acordado en un contrato de mediación no va a suponer que no pueda ser objeto de un proceso posterior, sino que supone que el juez debe tomar como supuesto de hecho el acuerdo alcanzado por las partes ante un tercero imparcial.

Esta eficacia de la mediación viene abalada además por el hecho de que hemos considerado la posibilidad de que la mediación pueda ser entendida también como un **arbitraje informal**. A este tipo de arbitraje, ya analizado anteriormente precisamente se le reconocen los mismos efectos que a una transacción, ya sea judicial o extrajudicial.

“En el contexto de la LA sólo va a producir efectos idénticos a la cosa juzgada el laudo pronunciado en el marco del procedimiento formal o ritual (...) mientras que el arbitraje informal posee sólo eficacia contractual vinculante para las partes y no frente a terceros. El T.S. en STS de 21 de febrero de 1977 (R 611) y de 10 de marzo de 1986 (en ReCivAr. T. II num. 2 de 1987, pág. 248) ha hecho confluír la intervención de uno o más terceros una vez realizada con la decisión de obligado cumplimiento para los sujetos que se sometieron a la intervención dirimente del tercero, de modo que aún cuando en estos casos no se regula la impugnación de su decisión como lo hiciera nuestro Derecho histórico (...), el TS ha indicado con apoyo en la doctrina jurisprudencial _SS. de 21-IV-56 (R. 1941) y 22-XI-66 (R. 4991)—, que la intervención dirimente del tercero abriría la censura de un órgano ad quem cuando esa intervención falta manifiestamente a la equidad, con menoscabo de las prudentes pautas de un *arbitrium boni viri*, pues, si así no se hiciera, se desconocería el fundamental “derecho al proceso debido” en el orden jurisdiccional civil, impidiendo la tutela judicial efectiva (art. 24 C), ya que a través de la intervención de un tercero arbitrador, según jurisprudencia, si bien no se estatuye un arbitraje en el sentido procesal y propio de la institución, ello no impide el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia”⁶³².

⁶³² LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 62. También analizan otras cuestiones importantes, estableciendo:

“a) El artículo 3.2 LA alude a la intervención dirimente de uno o más terceros, por lo que no cabe duda que el tercero podrá ser uno, pero cuando sea más de uno *¿su número ha de ser necesariamente impar?* Personalmente pienso que cabe que la intervención del tercero lo sea en número par, aunque *parece conveniente* que cuando se trate de más de un tercero lo sea en número impar para evitar problemas insolubles en el momento de pronunciar la decisión que ponga término a la intervención que los terceros. Por el contrario, si se trata de una institución que prevea en su Reglamento tales funciones, habría que estar a sus propias previsiones.

b) no señala la LA el *procedimiento* que han de seguir esos terceros. Igualmente opino que cualquier fórmula “procedimental” es buena por muy atípica que sea, siempre que el resultado final sea precisamente el dirimente, sin descartar que pueda adoptar *incluso* por la vía institucional.

c) Que la LA llama expresamente *resultado* de la intervención dirimente decisión y no, en cambio, laudo. Este aspecto pone de relieve el carácter contractual que preside la intervención del tercero o terceros. A su vez la decisión ha de ser aceptada *después* de emitida. Aunque la LA no requiere la forma escrita *ad substantiam* en orden a su aceptación, lo normal es que sea escrita. El carácter contractual de la aceptación de la decisión después de emitida se justifica en que despliega su eficacia como si de la aceptación de un contrato se tratara”. págs. 62-63.

Por lo tanto, bien sea por su similitud con la transacción, bien sea por considerar la mediación como un arbitraje informal, el efecto va a ser el mismo. El acuerdo de mediación tendrá la misma eficacia que la transacción.

Por último, solo nos queda añadir que existe la posibilidad de que el resultado de la mediación alcance el efecto de cosa juzgada según se ha recogido en el LA de 2003 cuando en su artículo 36 hace referencia al **laudo por acuerdo de las partes**. Este artículo supone que en caso de que las partes alcancen un acuerdo al margen del proceso arbitral, podrán traer lo acordado al proceso mediante la solicitud de que sea recogido en un laudo, y de esta forma “tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”. Es decir, tendrá efecto de cosa juzgada, pero no como resultado de la mediación sino como resultado del arbitraje.

Por lo tanto, a pesar de que en esta situación el acuerdo alcanzado por las partes en mediación pueda alcanzar la eficacia del laudo, no es porque éste acuerdo la tenga por sí mismo, sino porque las partes han querido ampliar la eficacia del mismo mediante la “homologación” arbitral. El acuerdo tendrá dicha eficacia porque deja de ser un acuerdo de mediación para ser un laudo.

3.- LA EJECUCIÓN

3.1.- LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Respecto a la ejecución del laudo, debemos partir de que la propia esencia del arbitraje supone que en principio la decisión del árbitro debía de ser cumplida sin más por las partes, puesto que fueron ellas quien, a través de un convenio arbitral decidieron someter el conflicto a la decisión del arbitro, cosa que no ocurre por ejemplo en la jurisdicción. Por lo tanto lo normal es el cumplimiento voluntario del laudo, como resultado de su sometimiento voluntario a la decisión del árbitro. ABELLÁN TOLOSA manifiesta que la voluntariedad intrínseca al sistema propicia que el cumplimiento pacífico de los laudos sea muy alto, en torno al 95 %⁶³³.

Sin embargo, a veces esto no ocurre así, y según hemos visto el laudo es título extrajudicial recogido en el artículo 517.2 de la LEC que fundamenta la ejecución del mismo.

⁶³³ ABELLÁN TOLOSA, L.: «El sistema arbitral de consumo»... ob. cit., pág. 434.

Para la ejecución del laudo la LA ha previsto un *sistema de ejecución forzosa* del laudo. Debemos tener en cuenta que nos encontramos en esta situación cuando una de las partes no se someta al laudo dictado por el árbitro.

La LA establece que la ejecución ha de llevarse a cabo no por el árbitro que dictó el laudo sino por el *Juez de Primera Instancia* del lugar donde se haya pronunciado el laudo (art. 8.4 LA 2003 y 545 LEC).

Como vemos la ejecución es un ámbito en el que no tiene competencia el árbitro de forma que mientras que éste puede decir el derecho a través del proceso de arbitraje, no puede ejecutar lo dicho por él, teniendo que recurrir a la jurisdicción para el cumplimiento del laudo.

La ejecución forzosa si *requiere la intervención de abogado y procurador*. “Mientras que en el desarrollo del arbitraje los sujetos que contraen el convenio de actuarlo no necesitan valerse, para intervenir en el mismo, ni de abogado ni de procurador; es más, el propio desarrollo del arbitraje, por su sencillez y simplicidad, debe ser ajeno a cualquier intervención técnica de profesionales en Derecho, en cambio, cuando se entra en la ejecución del laudo, la actividad del árbitro termina y comienza la de un órgano de la Administración de Justicia del Estado, que por la actividad procedimental que desarrolla, nada le conecta con la labor llevada a cabo por el árbitro, salvo, claro está, la específica ejecución del laudo”⁶³⁴.

Mientras que la LA no preveía la *ejecución provisional* del laudo en el caso de que se hubiese recurrido esta es posible en la LA de 2003 que en su artículo 45 afirma que “el laudo es ejecutable aún cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación”. Sin embargo se va a permitir la suspensión de la ejecución cuando se ofrezca caución por el valor de la condena más los daños o perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo.

Esta ejecución provisional supone que la resolución que trata de hacerse efectiva aún no es firme. El laudo puede no ser firme cuando se interponga lo que ahora se denomina *acción de anulación del laudo*, sustituyendo la desafortunada utilización del recurso de anulación de la LA de 1988.

Esta acción de anulación del laudo tiene su fundamento en no haber observado las garantías necesarias en el arbitraje de forma que la decisión

⁶³⁴ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 450.

arbitral no puede ser considerada una plasmación del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

En este sentido se manifiesta LORCA NAVARRETE cuando establece que “en base a una cualificación del recurso que, en esencia, lo es de anulación se incide básicamente en errores “in procedendo”. De ahí que las cuestiones de fondo del laudo arbitral sólo podrán ser atacadas indirectamente en función de una posible anulación que se sustente en la inobservancia de las garantías en el desarrollo de la instancia arbitral. O las que deben observar el árbitro o árbitros en la emisión del laudo. En particular las que afectan al orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral por el convenio arbitral, pero decididos por el árbitro o árbitros. Por ello la anulación del laudo arbitral, también ahora, no ha de pretender, según doctrina del TS sobre el recurso de nulidad (...), corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en su proceso de elaboración, creando dificultades al móvil que preside el arbitraje, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la naturaleza del recurso no consiente”⁶³⁵.

La LA 2003 establece en su artículo que la anulación del laudo arbitral procede:

1. Cuando el convenio arbitral no exista o no sea válido.
2. Cuando alguna de las partes en conflicto no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
3. Cuando los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
4. Cuando en la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.
5. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

⁶³⁵ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 498.

6. Cuando el laudo sea contrario al orden público.

Algunas de estas causas son apreciables de oficio o a instancia de parte (2, 5 y 6) mientras que el resto deben ser alegadas a instancia de parte.

Estas causas de nulidad son aplicables tanto al laudo arbitral en un arbitraje de derecho como de equidad y el plazo para poder ejercitar la acción es de 2 meses desde su notificación.

Los motivos anteriormente aludidos no permiten a la *Audiencia Provincial*, que es el tribunal competente para conocer el recurso según el art. 8.5 LA 2003, conocer las cuestiones de fondo sobre el laudo salvo cuando se trate de puntos no sometidos a su decisión en el convenio arbitral o cuando sea contrario al orden público.

También al respecto se ha manifestado LORCA NAVARRETE cuando establece que “llegado a este punto, insisto “caliente”, se derivan importantes consecuencias. Esto es, que si como se ha indicado el recurso de anulación sólo va a servir para controlar (“anular”) el laudo arbitral a nivel de denuncia de planteamientos exclusivamente formales o adjetivos, va a suceder que se otorga al árbitro o árbitros el don de la infalibilidad en todo aquello que sustantivamente –“cuestión de fondo”– constituye el contenido del laudo. Y esto es simplemente tremendo. Pues el árbitro que actúa impecablemente –formalmente se entiende– puede erigirse en un “pequeño o gran dictador” acerca de las cuestiones de fondo cuando aquellas, no sólo no se correspondan con el derecho, sino también con el sentido de la equidad. Ya que ¿qué es la equidad? La “naturalidad” de su contenido escapa “materialmente” a cualquier control. De modo que al final ¿qué queda? Queda un árbitro o árbitros “señores de un enjuiciamiento” que no es posible ni controlar ni denunciar, ya que el artículo 45 LA no lo posibilita”⁶³⁶.

3.2.- LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

Vamos ahora a centrarnos en la ejecución de la transacción de forma que nos permita obtener algunas conclusiones y determinar si alguna de ellas pueden ser aplicadas a la mediación.

⁶³⁶ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 509.

Respecto a la *ejecución procesal*, debemos tener en cuenta que la LEC 1/2000 considera título extrajudicial de ejecución las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen las transacciones judiciales o acuerdos homologados en juicio (art. 517.2.3). Lo mismo se desprende del artículo 1816 dado que establece que la transacción judicial es la única que puede considerarse título de ejecución⁶³⁷.

Solo tendrían la consideración de título ejecutivo entonces las *transacciones judiciales*, dado que entendemos por aquellas las realizadas por el órgano jurisdiccional o las incorporadas al proceso a través de una homologación judicial.

La *transacción extrajudicial* en sí misma no sirve como título o causa de apertura de la ejecución *salvo homologación judicial*, estando entonces en el supuesto de una transacción judicial, y a pesar de esto es la más frecuente en la práctica.

La transacción judicial y la extrajudicial coinciden en todo excepto que la primera se celebra ante el Juez del proceso que se está llevando a cabo. De esta forma la transacción adquiere fuerza ejecutiva⁶³⁸.

Cuando hablamos de una transacción extrajudicial, hacemos referencia a aquella que se produce al margen del proceso, aunque luego puede incorporarse a él convirtiéndose en transacción judicial o jurisdiccional.

⁶³⁷ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., Pág. 227.

⁶³⁸ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., págs. 221 y 222."El Estado está obligado a la ejecución forzosa frente al acreedor a quien corresponde la acción ejecutiva, para promover la actividad de los órganos jurisdiccionales encaminada a la efectividad del derecho subjetivo privado, a una tutela jurídica de contenido determinado.

En conclusión, el término acción ejecutiva designa con bastante precisión el derecho del acreedor a que se despache ejecución y se realicen cuantos actos ejecutivos tienen carácter de ordinarios con objeto de dar eficacia a su derecho.

La acción ejecutiva tiene como condición el título ejecutivo, que es el presupuesto fundamental en el que se basa toda ejecución forzosa: nulla executio sine título. Si el que afirma el derecho a la tutela está en posesión de un título ejecutivo podrá solicitar directamente el despacho de la ejecución y el Juez deberá acceder a ella; sino posee un título ejecutivo no le quedaría otra posibilidad que incoar un proceso de declaración con la finalidad de obtenerlo.

El título ejecutivo, y a reserva de ulteriores precisiones, es un documento del que se deduce que el ejecutante tiene derecho a la ejecución. Este documento lleva aparejado dos efectos: el derecho del ejecutante al despacho de la ejecución y la obligación del juez a despacharla. (...) El título ejecutivo tiene carácter abstracto –respecto de la acción, no prueba el derecho del ejecutante a la tutela jurídica o a la responsabilidad del ejecutado –y opera como condición necesaria y suficiente para el despacho de la ejecución –sólo prueba la existencia de un derecho procesal al despacho de la ejecución”.

Se trata de aquellas situaciones en las que el acuerdo alcanzado lo es bien porque aún no se ha iniciado el proceso (por lo que se evita la iniciación del mismo), bien porque iniciado el procedimiento se realiza una transacción sin aprobación judicial.

“Incluso, suponiendo que se efectúa la transacción al margen de un proceso iniciado y posteriormente se incorpora al mismo pidiendo que se archive todo (sin recabar la aprobación judicial), el resultado es el mismo, porque la autoridad judicial circunscribiría su actuación a una mera lectura, decretaría (si se decretaba) la unión de la misma, y archivo del proceso, a la manera de la más simple protocolización. (...) Lo habitual en los supuestos de sustitución simple (transacciones extrajudiciales) es que los efectos preventivos o extintivos del pleito pretendidos por la misma, se suelen obtener por otros medios procesales distintos a la alegación de la transacción propiamente dicha; así pidiendo las partes la suspensión del proceso y dejándolo caducar, desistiendo el actor o allanándose el demandado. Por todo ello si uno de los contratantes incumple sus obligaciones, sólo puede ser compelido coactivamente por la vía del juicio declarativo, mediante la oportuna acción de condena. La vía ejecutiva, como antes se indicó, cabrá si el título ejecutivo lo permite al amparo del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil; o las medidas cautelares del art. 1.428. La transacción como tal no bastará para abrir la vía de la ejecución de las sentencias”⁶³⁹.

Sin embargo, cuando se trata de las *transacciones judiciales*, éstas quedan recogidas como parte del proceso. Un acto en el que no solo intervienen las partes, a la hora de la consecución del acuerdo, sino también el juez, que recoge la transacción y la homologa mediante una sentencia. “Estamos en un supuesto de sustitución cualificada porque las partes no se limitan a sustituir la decisión jurisdiccional; se cualifica –en relación a la simple– al someter la transacción al conocimiento y aprobación del Tribunal”⁶⁴⁰.

Por lo tanto la transacción extrajudicial no puede llevarse a cumplimiento inmediatamente, sino que es preciso que se haya declarado su eficacia en el correspondiente juicio. Es decir, es necesario para poder ejecutar lo establecido en la transacción que el contenido de esta sea recogido por el juez. Así lo afirma PELÁEZ, “[E]n un proceso declarativo al que hemos acudido solicitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la

⁶³⁹ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 246.

⁶⁴⁰ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 247.

transacción- por lo tanto la tutela de los acuerdos transaccionales-, el título o “causa petendi” que sirve de fundamento a nuestra acción (demanda en cuanto a que hemos afirmado la acción en un proceso concreto) es la transacción misma, acreditando su fehaciencia mediante un documento; éste es un simple medio del que nos valemos para probar el contenido de nuestras afirmaciones (...). Por otro lado, la transacción al novar las obligaciones, presupuesto del contrato, y crear otras nuevas en su lugar⁶⁴¹, se constituye en la única fuente de la que surgen los compromisos adquiridos por las partes”⁶⁴².

Sin embargo debemos puntualizar que si bien debe someterse al criterio del juez para que la transacción sea título ejecutivo, lo cierto es que el juez no podrá revisar el fondo de dicho contrato de transacción salvo lo necesario para determinar si es contrario a la moral o al orden público. De esta forma la “homologación” del juez se centra en los aspectos formales y materiales del contrato, no en el fondo de la solución establecida en dicho acuerdo⁶⁴³. En este sentido también los acuerdos alcanzados en mediación necesitarán la homologación del juez o del árbitro para alcanzar fuerza ejecutiva⁶⁴⁴.

⁶⁴¹Debemos tener en cuenta que ocurre cuando la transacción se consiga mediante la compensación mutua con derechos o cosas distintas de las iniciales pretensiones que iniciaron el litigio. Nos encontramos que la introducción de estos nuevos derechos pueden ser entendidos como un cambio de demanda, que en principio está prohibido. Sin embargo esta prohibición se ve compensada en cierto sentido puesto que no permitiendo el cambio de la demanda, “sí permite modificaciones posteriores de los pedimentos iniciales... siempre que estas modificaciones no sean sustanciales y, sencillamente porque, aunque supongan una alteración, no se les considera de entidad suficiente como para ser constitutivas de un cambio de demanda. Lo difícil es, claro está, precisar cuando una determinada modificación altera sustancialmente lo pedido y cuando no; tarea poco menos que imposible de abordar en abstracto y con pretensiones de validez general. (...) En la transacción compleja los nuevos elementos no pretenden clarificar ni completar posturas; éstas están muy claras: las partes lo único que quieren es eliminar la controversia pendiente entre ellas –que motivó el pleito– de común acuerdo, amigablemente, y por eso introducen nuevos elementos que les permitan lograr el convenio deseado. Lo incorporado es un simple medio que no altera para nada la materia objeto del proceso; al contrario, permitirá lograr la avenencia entre las partes” PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 259.

⁶⁴² PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 187 y 188.

⁶⁴³ PELÁEZ, F. J.: *La transacción...* ob. cit., pág. 257. “no puede revisar el fondo, el contenido de los actos transaccionales (puede examinar –eso sí– que no sea contrario a la moral o al orden público); se ciñe a comprobar la regularidad de los requisitos formales y materiales (art. 1.809 y ss. Del Código Civil), para que el contrato sea válido y pueda producir sus efectos extintivos de una controversia” Para FENECH: «El Arbitraje», ob. cit., pág. 163 y ss. “el Juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta; pero... no impide que el Juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc”.

⁶⁴⁴ Vid infra, Capítulo 8º, Segunda parte, 3.4.

Una vez el Juez dicte sentencia⁶⁴⁵ y reconozca lo establecido en la transacción podrá obligarse a la otra parte a cumplir lo establecido, pero no porque se reconozca a la transacción una fuerza ejecutiva que no tiene, sino porque la sentencia que si que tiene esta fuerza ejecutiva así lo establece.

ARBITRAJE	TRANSACCIÓN
<p>- Resultado: Laudo. Similar a la sentencia</p> <p>Efecto de cosa juzgada: Formal: inatacabilidad del laudo. Material: excepción de arbitraje (ante un proceso jurisdiccional o arbitral posterior).</p> <p>Ejecución:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ejecución forzosa: no puede ejecutarse por el árbitro, es necesario acudir al Juez de Primera Instancia (art. 8 LA) y debe ser asistido de abogado y procurador. - Se pueden adoptar medidas cautelares por juez o el árbitro. <p>- Acción de anulación. Ejecución provisional.</p>	<p>Resultado: contrato ¿Similar a la sentencia?</p> <p>Parte de la doctrina considera que sí porque tiene efecto de cosa juzgada y es ejecutiva (art. 1.816 C.c). Otra parte de la doctrina considera que es un contrato, pero con un alcance superior al normal.</p> <p>Efecto de cosa juzgada: Se niega este efecto en sentido técnico, dado que no ha habido proceso con garantías. Pero se reconoce la eficacia refleja de la transacción (especie de cosa juzgada material), supone su valoración como supuesto de hecho en un posible proceso posterior (elemento objetivo). Las partes y el juez no pueden cuestionar su contenido, no pueden contradecirlo.</p> <p>Ejecución:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Obligaciones recíprocas: art. 1124 C.c. optar: solicitar el cumplimiento o resolver el contrato (daños y perjuicios + intereses). - No obligaciones recíprocas: solo solicitar el cumplimiento. Dos situaciones: - Transacción extrajudicial: no es título ejecutivo (salvo que se homologue por una sentencia judicial o se recoja en otro título ejecutivo). Es necesario un proceso declarativo previo. Si es fundamento de una medida cautelar. - Transacción judicial: sí es título ejecutivo (art. 517.2.3). <p>No Recursos, puesto que no tiene procedimiento.</p>

⁶⁴⁵ Según PELÁEZ la forma más adecuada para la adopción de un acuerdo de transacción por parte del juez es el AUTO, encontrando como argumento principal el art. 369 de la LEC 1881, que aunque no está definido como tal sino que se limita a enumerar los casos en los que la resolución debe adoptar esta forma, estableciendo que éstos se dictarán cuando una cuestión no esté establecido que se resuelva en sentencia, como es el caso de la transacción.

3.3.- LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO ALCANZADO POR LAS PARTES EN MEDIACIÓN

Consideramos que todo lo establecido hasta ahora respecto a la transacción en lo relativo a su ejecutabilidad puede ser predicado para el acuerdo que se alcance como consecuencia del proceso de mediación.

El acuerdo será ejecutable por lo tanto sólo si se recoge en alguno de los documentos establecidos en el artículo 517. Es decir, que podrá ejecutarse como título judicial si se recibe la homologación del juez encontrándonos entonces en el supuesto del artículo 517.2.3 LEC 1/2000, o bien si se recoge (bien el acuerdo bien alguna de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo) en alguno de los documentos no judiciales que llevan aparejada la ejecución según el art. 517.3 (como es el laudo por acuerdo de las partes del artículo 36 LA de 2003) teniendo el límite de su necesario contenido económico y mayor de 50.000 pesetas.

Vamos a centrarnos ahora en la homologación judicial del acuerdo de mediación.

3.3.1.- La homologación judicial de los acuerdos

El acuerdo, en sí, es como cualquier otro convenio o acuerdo de voluntades es ley entre las partes y por lo tanto fuente de derechos y obligaciones para las partes.

Este acuerdo puede ser revisado por el juez en caso de que, como consecuencia de su incumplimiento o como consecuencia de un procedimiento judicial posterior, tenga el juez conocimiento de su existencia. Sin embargo, esta revisión debe realizarse exclusivamente respecto de su alcance y su legalidad, es decir, si dicho contrato cumple los requisitos necesarios respecto a sus sujetos, objeto y causa para que se encuentre dentro de la legalidad, siempre como garante a su vez de cualquier situación abusiva o no equitativa que pueda producirse.

La afirmación de que nadie mejor que las propias partes en conflicto puede encontrar la solución a éste es una de las más manejadas en el ámbito de la mediación. Sin embargo, a pesar de que parece que en principio la solución así alcanzada no podría ser objeto de objeción alguna, la necesidad de homologación de los acuerdos alcanzados por parte del juez tampoco ha

sido discutida en ningún momento. ¿Por qué la “mejor solución” necesita un control por parte del juez?

Esta afirmación podría llevarnos a pensar que la necesidad de que dicho acuerdo se encuentre dentro de unos parámetros podría ser considerada como una negociación “sui generis”, llegando necesariamente por otros medios a la misma solución que la aportada judicialmente.

Las referencias a las materias indisponibles son muchas, imposibilitando expresamente la negociación o la adopción de acuerdos respecto a ellas. Esta indisponibilidad proviene principalmente de la necesidad de garantizar prioritariamente el orden público. Pascual ORTUÑO define el **orden público** como “aquel sector de las relaciones sociales que no admite renuncia ni regulación distinta a la derivada de la ley (...) las materias que se atribuyen a éste ámbito, denominado indisponible, no resultan claras de la propia ley”⁶⁴⁶.

Sin embargo, este autor también afirma que en realidad esas posiciones son meramente nominales. En muchas ocasiones el criterio a utilizar es el de la voluntad de las partes “por lo que los principios de orden público y las materias indisponibles que lo integran han de ser analizados según un cierto relativismo de conclusión que nos hará ver que casi todo es negociable”⁶⁴⁷.

Sea como fuere, lo cierto es que el juez participa del proceso de mediación homologando los acuerdos alcanzados. Pero esta homologación o control, ¿en que se fundamenta?, y, ¿es necesaria en todos los casos?

Respecto a la primera pregunta, existen varias circunstancias que *fundamentan el control judicial* de lo acordado.

En primer lugar porque los sistemas de control de estas características han sido establecidos *a favor de los propios ciudadanos* (y por ellos mismos). Su objetivo es fundamentalmente asegurar que la decisión se ha adoptado conscientemente por las partes. Debemos destacar sin embargo que ésta es la función principal del mediador, asegurarse que las decisiones que se tomen por los enfrentados en el conflicto sean con pleno conocimiento de sus consecuencias, por lo que en realidad, en este sentido, la vigilancia del juez es más un control sobre el control.

⁶⁴⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La exigencia legal...* ob. cit., pág. 10.

⁶⁴⁷ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La exigencia legal...* ob. cit., pág. 11.

Asimismo encontramos como fundamento de este control la necesidad de que el sistema adopte determinadas *garantías en defensa de los intereses de los ciudadanos*. Entre ellas, no solo de que lo acordado cumple los requisitos generales de los contratos, sino también a través del control de la duración del proceso, para que no se utilice como método para dilatar el proceso, aunque esto es más bien función del mediador, “imponiendo una profesionalidad predeterminada al mediador al que le será exigible una preparación técnica específica y, en definitiva, aportando un referente último y eficaz para el caso de que cualquiera de las partes salga del proceso de negociación iniciado”. Del mismo modo debe garantizarse que este conflicto no será objeto de una disputa en un futuro.⁶⁴⁸

En segundo lugar el derecho a la tutela judicial efectiva requiere un control sobre la negociación y la mediación cuando se producen *intrajudicialmente* (es decir, dentro de un procedimiento judicial) dado que *influirán en que el proceso concluya de forma correcta y por lo tanto es responsabilidad del juez por lo que debe tener ciertas garantías de que así está ocurriendo*. Cuando la negociación es fuera del proceso, la corrección del procedimiento de mediación se deja a las propias partes y al mediador (o abogado o tercero participante).

Pero sobre todo, dado que el orden público supone la protección de intereses superiores (en el ámbito de familia sería el interés del menor y en el de consumo el de los consumidores y usuarios), la necesidad de homologación vendría precisamente por la necesaria *garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos*. “[E]l límite de la capacidad de disposición de las partes ha de estar en la necesidad de no transgredir principios constitucionales y libertades públicas como los de la igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar, la protección de los menores e incapaces y la protección de la familia”⁶⁴⁹ pero no en función de las propias opiniones del juez, no por sus propios valores (puesto que entonces se vería contaminado el principio de imparcialidad o neutralidad) sino desde la perspectiva de lo socialmente ajustado o aceptado.

⁶⁴⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La exigencia legal...* ob. cit., pág. 16. “[L]a aprobación de los acuerdos por el juez aporta la plena garantía objetiva de que, tanto el proceso de formación de la voluntad, como la expresión de la misma no va a ser materia de controversia en el futuro”.

⁶⁴⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La exigencia legal...* ob. cit., pág. 17.

El artículo 41.1.f de la LA de 2003 se refiere a ello. ¿Cuándo se considera que un laudo vulnera el orden público y por lo tanto es objeto de anulación?

Este concepto gira en torno al cumplimiento por parte del laudo de las garantías recogidas en nuestra constitución para proteger los derechos fundamentales. Concretamente la vulneración se puede plantear por varias vías⁶⁵⁰:

- Vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva
- Vulneración del derecho a un árbitro “ordinario”, entendido en el sentido de que no sea un árbitro elegido libremente por las partes.
- Cuando no se permita el acceso a la jurisdicción
- Cuando el laudo arbitral no sea congruente.

Esta visión procesal del orden público debe ser completada con una visión material del mismo concepto. Sin embargo esta última es más difícil de definir. LORCA NAVARRETE considera que “a la expresión “orden público” debe atribuirse un alcance garantista y tutelador de derechos y libertades fundamentales, interpretados de conformidad con la jurisprudencia del T.C., pero en un doble ámbito y no solo el procesal, pues conjuntamente con este se hallaría el material, por el que un laudo sería atentatorio del orden público cuando vulnerara la estructura de un orden jurídico justo y tal vulneración provenga del contenido arbitrario y por tanto no justo del laudo arbitral”⁶⁵¹.

Según ALVAREZ⁶⁵² dicho concepto debe interpretarse desde una perspectiva constitucional, como mecanismo de defensa de los principios que garanticen los derechos fundamentales o libertades públicas, pero englobando no solo los principios reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, sino cualquier principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, no solo los procesales.

Es interesante lo establecido al respecto por LORCA NAVARRETE en relación al arbitraje. “Tras la promulgación de la Constitución de 1978,

⁶⁵⁰ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 519.

⁶⁵¹ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español...* ob. cit., pág. 521.

⁶⁵² ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español...* ob. cit., pág. 88.

el orden público ha dejado de tener el valor y contenido que tuvo antaño en orden a atribuir eficacia al arbitraje internacional. Con arreglo a la nueva orientación contenida en al STC 43/1986, de 15 de abril, el orden público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del artículo 24 C. Frente a criterios ya obsoletos que crearon situaciones sumamente arbitrarias, mediante la creación de una particular concepción del orden público, la normativa constitucional impone, en cambio, un nuevo talante y tratamiento respecto al llamado “orden público”. En efecto, el concepto de orden público, como señala la STC 43/1986, ha adquirido verdadera dimensión a partir de la Constitución de 1978, pues su vulneración sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con clara infracción de los derechos fundamentales. De este modo se asiste a la formulación de un concepto nuevo de orden público que adquiere un contenido distinto a su anterior formulación, en función de las exigencias del artículo 24 C. El orden público y su vulneración giran en torno al cumplimiento o no por el laudo de las garantías procesales fundamentalmente recogidas en el texto constitucional”⁶⁵³.

Respecto a la segunda pregunta, *la necesidad de la homologación*, ¿será necesaria en todo caso?

Consideramos que no. El acuerdo al que lleguen las partes es ley entre ellas. Es decir, es fuente de obligaciones y derechos. En principio, mientras el acuerdo sea respetado por las partes la necesidad de un control por parte del juez no se justifica. *La intervención del juez viene motivada* más bien como consecuencia de la *falta de cumplimiento de lo acordado por alguna de las partes*. En este caso, y puesto que la mediación carece de posibilidad de exigir el cumplimiento de lo acordado, se instará el procedimiento arbitral o judicial determinado por la ley según el objeto y la cuantía de lo acordado. Es entonces cuando el juez ha de proceder al control y la revisión, de forma que pueda determinar si dicho contrato es susceptible de ejecución y adoptar las medidas adecuadas para ello.

Debemos destacar también que la participación del mediador es una forma de control de la legalidad, dado que ningún mediador colaborará en la

⁶⁵³ LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: Opinión compartida por el Dictamen del Comité Económico y Social (2003/C85/02)

consecución de un acuerdo que no se encuentre dentro de los parámetros de nuestro marco jurídico. En este sentido el mediador aparece como garante del interés necesario de protección en primera instancia, y el control que realiza el juez es un control posterior, normalmente ante la falta de cumplimiento de lo acordado, otorga poder ejecutivo a lo acordado por las partes. Pero añade algo más, el control del juez no alcanza a la satisfacción de los intereses en litigio, algo que si ocurre en mediación. El mediador es a su vez controlador de la satisfacción de los intereses de ambas partes, de que la solución alcanzada sea no solo consciente y legal sino también satisfactoria para ambas partes, en este sentido la mediación añade un plus al control que realiza el juez.

3.3.2.- La homologación arbitral de los acuerdos

Hemos visto como las partes pueden *decidir* acudir a un juez para que homologue el acuerdo alcanzado en mediación. Así se establece por ejemplo en la mediación familiar donde el acuerdo alcanzado por las partes debe ser objeto de homologación por el juez convirtiéndose por tanto en el Convenio Regulador que regulará la situación familiar después de la crisis matrimonial. En este caso es obligatorio acudir al juez. En otros ámbitos, como el de consumo no es obligatorio dado que las partes, mediante el acuerdo de las partes lo que hacen es dejar si objeto un futuro conflicto judicial. Sí podrá ser objeto de reconocimiento judicial determinadas obligaciones asumidas en el contrato en caso de que se incumplan.

Sin embargo, el hecho de que la mediación de consumo se desarrolle fundamentalmente dentro del propio proceso arbitral y además normalmente en un arbitraje administrado por una institución arbitral hace que nos preguntemos si es necesaria una homologación arbitral de lo acontecido durante la mediación.

Esta posibilidad se ha recogido en el artículo 36 de la LA de 2003, cuando habla del **laudo por acuerdo de las partes**, que establece que “1. si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. 2. El

laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia”.

Este artículo supone el reconocimiento a las partes de la facultad, no de la obligación, de otorgar al acuerdo alcanzado en mediación la eficacia de un laudo. Es necesario para ello no solo que las partes lo soliciten al árbitro sino que dicho proceso arbitral se hubiese iniciado.

Es necesario por tanto la consideración o bien de que el proceso arbitral se inició y al margen del mismo se produjo la mediación, o más adecuado parece, considerar que el proceso arbitral mismo se inicia con un intento de mediación que en caso de ser exitoso podrá finalizar con los mismos efectos que el laudo en sí.

En este caso, y según establece el propio artículo, el árbitro “homologará” el acuerdo “si no aprecia motivos para oponerse”. De esta forma hace un análisis similar al que realiza el juez, si bien prestando atención al hecho de que el objeto del acuerdo debe ser competencia del árbitro y las partes en conflicto.

Pero a parte de esta posibilidad, en caso de que las partes no soliciten esta homologación arbitral, debemos tener en cuenta que el hecho de que el arbitraje se desarrolle en el ámbito de la Administración supone que de la mediación realizada, tanto exitosa como no, se dejará constancia a través de un **acta**. En dicho acta participará el mediador, si bien no como parte sino como testigo cualificado.

Esto nos hace pensar, que a pesar de que la mediación no reciba la homologación arbitral a través del laudo por acuerdo de las partes, siempre tendrá una eficacia mayor que el resto de los contratos. Esta especial eficacia viene dada por la existencia de un documento que deja constancia de los acuerdos alcanzados así como de las circunstancias de dicha negociación. Vimos como algunos mediadores afirmaban que lo acontecido en mediación puede luego ser tomado como prueba en el proceso arbitral posterior dado que el expediente administrativo puede ser solicitado por el árbitro e incluso por el juez. Por lo tanto, la presencia del mediador y de la institución arbitral en la negociación y en la firma del acuerdo final de mediación dan a éste una eficacia mayor que los contratos en general.

En este sentido debemos tener muy en cuenta la necesidad de regular aspectos tan importantes como la confidencialidad del mediador.

3.3.3.- Dificultades y ventajas en la ejecución del acuerdo alcanzado por las partes

Uno de los principios considerados básicos en mediación es la necesidad de asegurar la *confidencialidad* del mediador. Su capacidad y competencia se verían perjudicadas si no se ofrece una desvinculación con el posible proceso que puede iniciarse en el caso de que la mediación fracase.

Por ello se suscribe en *mediación familiar* el denominado *compromiso de intervención*, que ofrece una cierta seguridad a las partes de que la información que durante el proceso se maneje no tendrá una aplicación posterior y que el mediador pueda así evitar acudir al juzgado como perito o como testigo. “En este punto la regulación legal es necesaria, pues el criterio dispar de los jueces puede dar al traste con el sentido de la mediación”⁶⁵⁴. También se refiere a este principio SEIJAS QUINTANA cuando afirma la necesidad de que el juez rechace cualquier medio de prueba que pueda vulnerar el principio de confidencialidad, “salvo que las partes, de mutuo acuerdo, decidan presentar los datos que estimen convenientes a la solución contenciosa de la causa”⁶⁵⁵.

En el *ámbito del consumo* nos encontramos con una situación particular; el hecho de que exista un acuerdo firmado por ambos en la Administración, aunque este no sea ejecutivo, puede suponer una cierta presión ante la posibilidad de ser utilizado posteriormente en un juicio⁶⁵⁶ y por lo tanto persuadir al empresario o al consumidor a no terminar la mediación, a pesar de que este deber de confidencialidad sigue presente en este ámbito como principio fundamental de la mediación.

⁶⁵⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La mediación familiar intrajudicial...* ob. cit., pág. 20

⁶⁵⁵ SEIJAS QUINTANA, J. A.: *Mediación, Jueces...* ob. cit., pág. 107.

⁶⁵⁶ Por ello nos preguntamos ahora sobre la posibilidad de que el acuerdo alcanzado pueda ser utilizado en un proceso posterior y de qué forma puede hacerse. La respuesta a esta pregunta ha sido abrumadora. El 88 por ciento de los encuestados consideran que si es utilizable lo acordado por las partes en un proceso posterior. Por lo tanto, en cierta forma puede entenderse que la mediación puede cumplir una labor de preparación del proceso posterior y relacionado por tanto con la figura de las Diligencias Preliminares anteriormente analizada.

El artículo 24.2 hace especial hincapié en esta cuestión en el proceso arbitral, de forma que establece que “los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

A pesar de la importancia de la confidencialidad, lo cierto es que lo acontecido en mediación puede ser utilizado posteriormente pero ¿cómo?⁶⁵⁷:

Se puede aportar el expediente administrativo, bien a instancia de la propia administración, bien a instancia del juzgado, para:

- Acreditar que la mediación se intentó con resultado *positivo o negativo*, y, en su caso, la existencia de un acuerdo firmado por las partes que establece una serie de derechos y deberes que obligan a las partes y que si no afecta a materias indisponibles podría hacerse cumplir.
- Para *aportar pruebas*: como la inspección que se hubiera realizado en su caso puede ser utilizada como prueba o pruebas de que se produjo un acuerdo que se incumplió por una de las partes (en principio no se puede ir contra los propios actos).

Como hemos visto, esta es una de las principales diferencias de la mediación de consumo con otros ámbitos, como el familiar, donde la práctica de la mediación en principio no puede ser utilizada para aportar pruebas a un eventual proceso judicial posterior (de lo alegado por las partes, de las pruebas practicadas o de los acuerdos alcanzados) salvo que ambas partes habiliten para ello al mediador. En caso de no ser así, y gracias al compromiso de intervención, el mediador viene obligado por el acuerdo de confidencialidad firmado por las tres partes.

⁶⁵⁷ Las respuestas a estas preguntas han sido: Prueba documental, pericial e incluso testifical, ya que se firma el acuerdo entre las partes. como prueba del incumplimiento de un acuerdo dado que el documento de acuerdo está emitido por un organismo público y como tal tiene gran valor en los casos de incumplimiento. El acta de mediación que pueden aportar las partes como elemento de prueba en el juicio correspondiente. Una prueba más que debe aportarse directamente por el interesado (se facilita copia tras el acto) o por petición del juzgado, en fase probatoria. Por el juez solicitando documentación del expediente de reclamación a la OMIC. Puede entenderse que existe incumplimiento contractual si la mediación se ha firmado por ambos. Es una prueba informativa. Es un acuerdo transaccional regulado en el artículo 1809 Código civil.

Asimismo, en mediación familiar, una vez alcanzado un acuerdo definitivo se da una copia del mismo a cada una de las partes, que evidentemente puede ser aportado por ellas en un proceso posterior. Sin embargo el mediador siempre tendrá un deber de confidencialidad del cual solo se exime si las partes así lo permiten, pudiendo evitar el requerimiento del juez. Esto no ocurre en mediación de consumo, donde la vinculación con la Administración Pública hace más difícil el mantenimiento del deber de confidencialidad, dado el carácter público del procedimiento.

¿Cuál es el verdadero límite de la mediación? Es que exista auténtica voluntad de las partes de llegar al acuerdo, su buena fe y el hecho de que la mediación no es posible en todos los supuestos, existen casos no mediables.

La Administración de Justicia es lenta y costosa ¿cómo pueden mantenerse unas decisiones con calidad jurídica (garantías) sin reproducir los problemas de burocratización y lentitud del formalismo de la justicia? La adhesión al sistema arbitral no es más que una declaración de intenciones, para que luego tenga éxito el arbitraje es necesaria una verdadera voluntad de las partes en conflicto. CASAS VALLES⁶⁵⁸ establece que “el éxito del arbitraje de consumo no depende solo del interés de los consumidores sino, sobre todo, de la voluntad de las empresas”, esto mismo es predicable de la mediación.

⁶⁵⁸ CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31...* ob. cit., pág. 775.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El objetivo de estas conclusiones es no solo recapitular lo dicho a lo largo de todo este trabajo en relación a la mediación en el ámbito de consumo sino también abrir un debate sobre cuestiones tan importantes como la necesidad de la modernización de la justicia, de establecer sistemas que cubran las nuevas necesidades de los consumidores en la resolución de sus conflictos asegurando una proporcionalidad entre los fines y los medios o la forma de incorporar dichos sistemas a nuestro actual ordenamiento jurídico.

I. EL CONCEPTO DE LA MEDIACIÓN COMO ADR

Primera: La mediación es un sistema alternativo de resolución de conflictos.

La mediación está incluida dentro de los conocidos como Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR). En esta categoría se incluyen una gran variedad de instituciones, gozando todas ellas de una naturaleza y unas características diversas.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista todas ellas tienen un elemento en común, *la intervención voluntariamente aceptada de una tercera persona*.

Esta afirmación supone dejar fuera de las ADR figuras como la negociación o la transacción.

La negociación no es un ADR en sí misma, sino una *técnica* empleada por muchos profesionales, entre ellos los mediadores u otros terceros, para la aproximación de posiciones que permita la consecución del acuerdo.

De la misma manera, tampoco la transacción es un ADR, sino la *eficacia o el alcance* que puede ser otorgado al el acuerdo alcanzado mediante éstas.

Partimos, por lo tanto de la necesidad de la intervención de un tercero para considerar que estamos ante un ADR.

Segunda: La mediación es un sistema autocompositivo de resolución de conflictos.

El alcance de dicha intervención nos va a permitir determinar si dicho ADR es un sistema *autocompositivo o heterocompositivo* de solución de

conflictos, dependiendo de si la solución al mismo fue alcanzada por las propias partes o por la intervención de dicho tercero.

La mediación debe ser interpretada como un sistema *autocompositivo* de resolución de conflictos en cualquier caso.

Esta afirmación ha sido puesta en entredicho en diversos ámbitos, como el del consumo, donde, ciertamente, la determinación del alcance de la intervención del tercero es complicada. En este sector se incluyen dentro de las funciones del mediador la emisión de una propuesta formal de solución que las partes deberán aceptar o rechazar voluntariamente, terminando en cualquier caso el proceso de mediación después de dicha propuesta.

Si dicha oferta o propuesta de solución es efectivamente aceptada por ambos ¿la solución al conflictos la ha dado el mediador o las propias partes aceptando dicha propuesta? Desde nuestro punto de vista incluso en estos casos la mediación es un sistema autocompositivo, dado que son las partes las que, mediante la aceptación voluntaria, hacen suya la propuesta del mediador.

Dentro de los ADR distinguimos también aquéllos en los cuales el tercero *tiene una intervención vinculante* para las partes o para al menos una de ellas, como por ejemplo el arbitraje o el ombudsman de ciertos sectores (bancos).

Respecto al arbitraje, pieza fundamental en este estudio debido a su vinculación con la mediación en el sector del consumo, debe destacarse la especial configuración que tiene frente a otros ADR y que lo individualizan muy claramente.

- La remisión voluntaria del conflicto que enfrenta a las partes al sistema arbitral tiene un importante efecto preclusivo en el acceso a la jurisdicción, dado que *excluye* su conocimiento del litigio. Esto supone que el arbitraje es un sistema *alternativo* al jurisdiccional (salvo en las acciones de cooperación o asistencia y en la acción de anulación), mientras que el resto de los ADR son *complementarios* a la jurisdicción, de manera que la remisión del conflicto a los mismos no excluye su conocimiento a la jurisdicción.
- El resultado del arbitraje es un *laudo*, de efectos similares a la sentencia, cosa que no ocurre en otros ADR, cuyo resultado es un *acuerdo privado* entre las partes salvo homologación judicial o regulación al respecto.

Tercera: Nuestro concepto de mediación.

Por último, solo nos queda manifestar la diferente naturaleza jurídica de los ADR, puesto que si bien encontramos ADR que no tienen naturaleza contractual (conciliación, el minitrial) hay otros que si gozan de ella, e incluso de una naturaleza mixta (contractual y procesal) como el arbitraje y la mediación.

Teniendo en cuenta estas características hemos definido la mediación como:

“Sistema extrajudicial, no judicial y autocompositivo de solución de conflictos, de carácter voluntario, a través del cual un tercero neutral e imparcial, el mediador, ayuda y guía a las partes involucradas en una situación conflictiva para que, a través de un proceso, sean éstas quienes alcancen un acuerdo mutuamente aceptable en un contexto más flexible e informal que el que se encuentra en los espacios clásicos de resolución de conflictos”.

Hemos adelantado que en el ámbito del consumo esta definición tendrá sus características propias:

- Entre las funciones del mediador se encuentra la posibilidad de *ofrecer una solución* a las partes del conflicto, que *no* será *vinculante* para las partes mientras éstas no la acepten.
- La mediación de consumo tiene como objetivo básico la *solución del conflicto*, y no simplemente la gestión del mismo.

Por ello añadimos en la mediación de consumo lo siguiente a dicho concepto: *“Para alcanzar dicha solución el mediador podrá proponer la solución que considera más adecuada sin que ésta vincule a las partes, pudiendo ser aceptada o rechazada por cualquiera de ellas”.*

II. LA MEDIACIÓN CARECE DE UNA NORMATIVA GLOBAL.

Primera: Ningún país de nuestro entorno tiene una normativa global detallada sobre los ADR, salvo Argentina y Paraguay.

Existen algunas iniciativas sectoriales que permiten constatar la *promoción de los sistemas alternativos* fundamentalmente en sectores como el familiar y el de consumo. Así encontramos países como Francia donde se han creado autoridades consultivas en el ámbito familiar, otros países como

Dinamarca, Suecia o Finlandia han creado estructuras como el *Consumer Complaint Boards* financiadas directamente por el Estado, o países como Portugal donde existen programas de formación profesional de jueces o abogados. Se trata en definitiva de buscar en el ordenamiento jurídico un resquicio que permita introducir y tener en consideración los ADR.

De todas las experiencias desarrolladas observamos que es necesario distinguir los ADR en función de cómo sean requeridos, distinguiendo los normativos de los convencionales.

Algunos Estados miembros han adoptado legislaciones sectoriales que establecían la creación de organismos donde se desarrollan los ADR, como Dinamarca (donde destacamos el Forbrugerklagenævnet o comisión de mediación del consumidor) Irlanda (comisión de conciliación de la comisión de relaciones laborales) Finlandia (oficina de litigios relacionados con el consumo) y Suecia (oficina nacional de reclamaciones del consumidor y la oficina de daños imputables a la circulación por carretera).

Segunda: En España la mediación se ha desarrollado en distintos ámbitos con unas características muy diferentes entre sí.

- Un diferente desarrollo normativo:

En el ámbito *familiar* se está produciendo un desarrollo legislativo importante con la promulgación de varias leyes de mediación en distintas Comunidades Autónomas. Así encontramos la Ley 1/2000 de 16 de abril de 2001 de mediación familiar de Cataluña, la Ley 7/2001 de 26 de noviembre de mediación familiar de la Comunidad Valenciana, la Ley 4/2001 de 31 de mayo reguladora de la mediación familiar en Galicia y la reciente Ley 15/2003 de 8 de abril de Mediación familiar de Canarias.

También en el ámbito *laboral* está bastante desarrollado gracias a la Ley 11/1994 de 4 de mayo y a la existencia de acuerdos interprofesionales que regulan el proceso de mediación con gran claridad.

Sin embargo el ámbito *penal* encuentra un escaso apoyo en la pequeña referencia del artículo 19 apartado 3 de la Ley 5/2000 de responsabilidad penal del menor, a pesar de la Recomendación europea nº R(99) 19 sobre mediación en materia penal de 15 de septiembre de 1999.

- Diferentes objetivos:

En el ámbito *familiar* se trata de conseguir un acuerdo entre las partes en crisis familiar que les permita encontrar una organización de su vida a partir de la separación, es decir, que no se trata reconciliar a la pareja.

En el ámbito *penal* el objetivo a alcanzar con la mediación es la obtención del arrepentimiento del menor infractor y el perdón de la víctima de forma que se pueda articular una medida de reparación y así evitar o disminuir la pena de un delito o falta así como la responsabilidad civil derivada de ellos.

En el ámbito *laboral* se trata un requisito preprocesal incluso a veces obligatorio, llegando a ser la mediación el medio de poder dar por satisfecha la actuación conciliadora necesaria para poder pasar a instancias superiores.

- Diferentes funciones del mediador:

El *papel del mediador* también es diferente según el ámbito en el que nos encontremos.

En el *familiar* y el *penal* es un gestor de la comunicación entre las partes enfrentadas en conflicto pudiendo ofrecer alternativas, pero la solución del conflicto vendrá de las propias partes.

En el ámbito *laboral, sanitario y de consumo* el mediador tiene un papel más activo, en el sentido de que dará una *propuesta de solución*, por lo tanto la solución al conflicto será la que el mediador proponga, si bien las partes pueden aceptarla o no.

- Diferente valor del acuerdo alcanzado:

En la mediación *familiar* el acuerdo será privado o podrá ser objeto de homologación por el juez alcanzando la fuerza de una resolución judicial (a elección de las partes).

En la mediación *penal* se reconoce una eficacia a la reconciliación de las partes que es la conclusión de todas las actuaciones o la suspensión del fallo, pero no se alcanza un acuerdo como tal ni se vinculan las partes a través de un contrato.

En la mediación *laboral* el acuerdo alcanzado tendrá la fuerza de un convenio colectivo y por tanto eficacia erga omnes entre las partes.

En el ámbito *sanitario* el acuerdo se recoge en un acta de forma que será vinculante para las partes como una transacción. Esta es la eficacia que se reconoce también a la mediación de consumo.

Como vemos, cuando utilizamos el término mediación estamos haciendo referencia a un sistema alternativo de resolución de conflictos que adopta unas características propias según el ámbito en el que se desarrolle.

Tercera: En el ámbito del consumo, la mediación carece de cualquier clase de normativa.

A pesar de estas directrices europeas, no se ha desarrollado en España ninguna regulación en relación a la mediación. El único sistema alternativo de resolución de conflictos desarrollado es el sistema arbitral. Esto no es extraño si se observa lo acontecido en otros países donde la mayoría carece de una ley de mediación como tal, salvo Argentina y Paraguay.

Sin embargo, de la normativa estudiada podemos concluir:

- Una evidente *tendencia a la promoción* de sistemas de resolución de conflictos de carácter amistoso, menos formal y propiciando la participación de las partes en al solución.

- La remisión a estos sistemas suele ser *genérica*, en el sentido de que se remiten en general a los sistemas alternativos de resolución de conflictos. En las ocasiones en las que se concreta a qué sistemas se está refiriendo, suelen ser el arbitraje y la conciliación los más utilizados (artículo 31 de LGDCU, artículos 87 y 88 de la Ley del Deporte, artículo 32 de la Ley 39/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico). Es destacable que la Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre no ha aprovechado la reciente reforma realizada en el ámbito arbitral para incorporar la mediación como fase previa a su procedimiento. La única referencia que encontramos que permita hablar de solución consensuada del conflicto es en su artículo 36 referente al laudo por acuerdo de las partes. La Exposición de Motivos de esta Ley reconoce, sin embargo, que a través de este artículo “la Ley no hace sino dar cobertura legal a algo ya frecuente en la práctica y que no merece objeción alguna”. Pero entonces ¿Por qué no ha recogido la mediación más expresamente?

- Como *remisiones expresas* a la mediación, encontramos a nivel estatal solo el artículo 107.2 de la LAP. A nivel autonómico son más las Comunidades Autónomas que se refieren a la mediación. Destacan con especial importancia el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares (que en su artículo 29 reclama la regulación reglamentaria de la mediación estableciendo que el proceso deberá contener al menos una fase de alegaciones para el reclamado y otra de información para el reclamante) y la Ley 16/2003 de 22 de diciembre de Estatuto de las personas consumidoras y Usuaris del País Vasco (que también pone el acento en la necesidad de una reglamentación de la mediación). También se refieren a ella expresamente las Comunidades de Madrid, Canarias y Asturias, si bien se limitan a nombrar la posibilidad de recurrir a mediación sin más desarrollo normativo.

Esta confusión legislativa e institucional se traduce en una *falta de homogeneidad en la práctica* de la mediación.

Cada Comunidad Autónoma, e incluso cada Ayuntamiento, organismo e institución con “funciones mediadoras”, actúa de la forma que más se acomoda a sus necesidades pero sin un hilo conductor que ofrezca unas garantías para el consumidor. Algunas organizaciones ofrecen un sistema más formalizado, mientras que otras llaman mediación a simples intentos conciliadores telefónicos.

Consideramos imprescindible que, puesto que es una practica cada vez más generalizada, se proceda a regular determinados aspectos (como el concepto, ámbito de actuación y garantías) que permitan una actuación coherente desde los distintos sectores encargados de la protección del consumidor.

Sin embargo también compartimos que esta regulación debería ser en relación a los aspectos básicos de la mediación, así como en relación a los aspectos específicos de la mediación en cada ámbito, sin que ello suponga una burocratización y un encorsetamiento de estos sistemas cuya especial característica es la rapidez, agilidad y proporción, fundamentalmente en la cuestión del tiempo.

Por ello es necesario determinar el proceso que debería seguir la mediación, al menos sus pasos mínimos. Esta falta de respaldo jurídico y de seguridad en la práctica produce recelos e inseguridad en los consumidores y usuarios, que prefieren acudir a los métodos tradicionales, aunque menos eficaces, antes que arriesgarse con una práctica que desconocen.

Ante todo lo manifestado podemos afirmar que es necesaria por tanto una colaboración con los tribunales para que los sistemas extrajudiciales puedan desplegar toda su virtualidad y que no se conviertan en mecanismos más rápidos pero menos seguros y efectivos en lo que a la protección de los derechos de los ciudadanos se refiere. Pero junto con ésta, es también necesaria la colaboración de la Administración, ya sea proporcionando ella misma estos mecanismos ya sea facilitando su establecimiento.

Esta colaboración necesaria no supone que los sistemas alternativos de solución de conflictos sean una amenaza para los sistemas judiciales. Más bien al contrario, deben entenderse como un complemento necesario para que el objetivo, la solución de los conflictos de una forma eficaz, pueda alcanzarse. Los sistemas alternativos son muy adecuados en ciertos conflictos, como aquellos de escasa cuantía, los transfronterizos y los que se desarrollen en el ámbito del comercio electrónico o internet. Pero serán muy inadecuados en muchos otros en los que la mejor solución será la que llegue a través de un procedimiento judicial.

Solo nos queda por afirmar que para que esto sea posible es necesaria una importante labor de información, educación y concienciación de las características, ventajas y desventajas de la utilización de estos procedimientos. Las nuevas necesidades sociales demandan nuevas respuestas jurídicas, pero no se sabe exactamente qué se está demandando, por lo que es necesario un importante despliegue de información y concienciación respecto a la diferencia entre los distintos ADR y sus posibilidades de aplicación. Una labor que debe comenzar desde la propia universidad, impulsando estudios sobre los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de forma que comience a fraguarse esa necesaria convicción social desde los propios profesionales, para que este tipo de mecanismos comience a desplegar todos sus efectos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

Primera: La especial vinculación de la mediación en el ámbito del consumo al sistema arbitral.

La mediación es considerada como un **paso previo** al arbitraje en este sector, de forma que puede solicitarse:

- *Antes de la remisión al sistema arbitral:* mediante la presentación de la reclamación o queja ante las Asociaciones de Consumidores, los organismos de consumo como las OMICs o algunos órganos especializados de ciertos sectores como los seguros.
- *Incluso una vez remitida la reclamación al sistema arbitral:* El artículo 4 del RD 363/1993 por el que regula el sistema arbitral de consumo recoge entre las funciones de las Juntas Arbitrales la mediación respecto a las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios. Esto supone que ya se ha solicitado el sistema arbitral, pero debe ofrecerse la posibilidad de acudir en primer lugar a la mediación, antes de que se constituya el Colegio Arbitral. De esta manera la solicitud de ciertas Juntas Arbitrales de Consumo como la de Cataluña denominan su solicitud como de mediación y/o arbitraje.

Sin embargo esta vinculación hace imprescindible poner de manifiesto grandes diferencias entre estos sistemas alternativos de resolución de conflictos.

- La diferente función de los terceros: el árbitro emitirá un laudo, mientras que al mediador a lo sumo se le reconoce la posibilidad de emitir una propuesta de solución que las partes harán suya aceptándola o rechazándola, no siendo este acuerdo ejecutivo. Esto nos ha permitido afirmar que mientras uno es un sistema heterocompositivo de resolución de conflictos, el otro es un sistema autocompositivo de resolución de conflictos.
- El diferente alcance de la decisión del tercero:
 - El laudo es ejecutivo y la sumisión al arbitraje constituye una excepción procesal, dado que excluye el conocimiento del conflicto por la jurisdicción, excepto en lo relativo a la acción de anulación del laudo del artículo 40 de la LA.
 - El acuerdo de mediación no es ejecutivo, y la sumisión a la mediación no es objeto de excepción procesal, puesto que, como recoge la U.E en numerosas resoluciones y recomendaciones, los ADR no pueden obstaculizar el derecho a acceder a la jurisdicción puesto que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

La diferencia entre la mediación y el arbitraje se encuentra precisamente en el momento en el cual las partes deciden someterse a la decisión del tercero.

Esto supone que mientras en el arbitraje la sumisión a dicha decisión es anterior a la emisión de dicha decisión, en la mediación es posterior a la emisión de dicha decisión.

Esta afirmación supone el reconocimiento de que la mediación es la misma figura que el **arbitraje informal** recogido en el artículo 3.2 de la LA de 1988 y que no ha sido contemplada en la nueva ley de arbitraje de 2003. Sin embargo es una opinión que no comparto.

Este artículo establecía que “cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato”.

Al igual que en la mediación, la decisión emitida por un árbitro informal no es un laudo, dado que dicha decisión solo es vinculante si, después de emitida, es aceptada tácita o expresamente por las partes en conflicto.

Sin embargo, existe una importante diferencia entre ambas figuras.

- En el arbitraje informal, antes de la emisión de la decisión por el árbitro no existe ninguna vinculación entre las partes. Así lo afirma ALBALADEJO cuando establece que lo que vincula a las partes no es el primer contrato de arbitraje, que es inválido o no existe, sino el acuerdo-aceptación de la decisión del tercero.
- En la mediación sí existe, antes de la emisión de la decisión, un acuerdo válido y vinculante entre las partes, es el contrato de mediación. Esta vinculación no es respecto a la decisión del mediador, que las partes son libres de aceptar o rechazar, sino al propio proceso en sí.

Segunda: La naturaleza contractual de la mediación de consumo. El convenio de mediación como característica principal de la mediación de consumo.

Hemos defendido la naturaleza contractual de la mediación en consumo. Para ello ha sido necesario distinguir tres momentos en el proceso de mediación.

- 1.º Antes de que surja el conflicto.
- 2.º Una vez surgido el conflicto.
- 3.º Una vez solucionado el conflicto.

En la mediación de consumo se contempla la posibilidad de una vinculación contractual de las partes antes de que surja el propio conflicto. Éstas tienen la facultad de remitir los conflictos futuros al proceso de mediación mediante una especie de convenio arbitral al que hemos denominado *convenio de mediación*.

Esta posibilidad deriva expresamente de la vinculación de la mediación al arbitraje. En el arbitraje se contempla la posibilidad de que las partes se vinculen al sistema arbitral a través de un acuerdo denominado convenio arbitral, por lo que dicha posibilidad debe también ser contemplada para la mediación.

Sin embargo ambos convenios se diferencian en lo siguiente:

- El convenio de mediación es un negocio jurídico atípico, puesto que no se encuentra regulado en ningún cuerpo normativo, mientras que el convenio arbitral es un contrato típico recogido en la LA de 2003.
- Son contratos con una eficacia procesal evidente, en el sentido de que las partes acuden voluntariamente a los mismos permitiéndoles solucionar el conflicto planteado y así evitar la vía judicial. Sin embargo, dicho alcance procesal es muy diferente dado que las partes se están vinculando a dos sistemas muy diversos.

Mientras el arbitraje supone la seguridad de una solución al conflicto que se alcanzará mediante el laudo, la mediación no garantiza la consecución del acuerdo entre las partes.

De la misma manera, mientras el arbitraje goza de un proceso con todas las garantías debidas y que tendrá la virtualidad de que su desarrollo correcto garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la mediación sin embargo no puede ser considerado como un proceso mediante el cual se esté ejercitando este derecho fundamental con todas sus garantías, sino solo una posibilidad de no tener que acudir al proceso.

Tercera: A pesar de la vinculación al sistema arbitral el contrato de mediación no es un convenio arbitral.

Hemos observado que la presentación de la solicitud por parte del consumidor ante las Juntas Arbitrales o entidades encargadas de prestar el servicio de arbitraje se denominan solicitud de Mediación y/o Arbitraje.

Sin embargo debemos poner de manifiesto que el *objeto del consentimiento* es diferente en un caso y otro.

En el arbitraje se consiente que sea un tercero el que decida la controversia entre las partes sometiéndose a lo decidido por éste. No parece necesario que se exprese la voluntad de las partes de cumplir la decisión de los árbitros puesto que debe entenderse incluido en el propio concepto de arbitraje.

En la mediación hemos visto como en el ámbito del consumo se considera que el mediador ofrece una decisión o dictamen que determine la solución más adecuada al conflicto, si bien las partes podrán aceptar o no dicha propuesta.

Por lo tanto el consentimiento se refiere también al sometimiento del conflicto entre las partes al proceso de mediación si bien *no se someten a los decidido por el mediador*, sino que tienen libertad para aceptar o no dicha solución.

El acatamiento previo a la decisión del árbitro es lo que diferencia el arbitraje de la mediación, pero también lo que diferencia el arbitraje formal del informal, en el cual las partes solo se someten a la decisión del árbitro una vez emitida ésta.

La causa del contrato de mediación sería *la evitación de un pleito* mediante la *composición* del conflicto existente entre las partes, cuya solución, alcanzada a través de la *intervención de una tercera persona* *asumen los interesados* mediante un acuerdo.

Lo que nos interesa destacar aquí es que el contrato de mediación es un contrato **atípico**, dado que no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento. Sin embargo del análisis realizado podemos afirmar que toma su causa de una unión de diversos contratos típicos (el convenio arbitral y el contrato de transacción), por lo que se puede considerar un contrato **mixto**.

Por último encontramos que este contrato de mediación se encuentra unido al contrato principal que establece la relación entre las partes, si bien ambos contratos (de mediación y principal) tienen cada uno una causa propia. Será por lo tanto un contrato **unido** al contrato principal. El problema será la vinculación que los efectos de uno produce en el otro, para lo cual habrá que analizar en cada caso la vinculación de ambos contratos, pero a grandes rasgos podemos afirmar que si el convenio de mediación tiene por objeto varias relaciones jurídicas de las partes, la nulidad de una de esas relaciones no conlleva la nulidad del convenio de mediación. Sin embargo si solo tiene por objeto la relación jurídica anulada, podrá conllevar la nulidad del convenio de mediación si en cada caso se quiso someter a la mediación solo los conflictos relativos al contenido del contrato (en cuyo caso no es tanto que sea nulo sino que se queda sin objeto para arbitrar o mediar), o si también se refiere a la propia validez del contrato principal.

Cuarta: La necesidad de la participación del mediador en el contrato de mediación.

El inicio de la mediación requiere la existencia de un *contrato de mediación*, que garantice la aceptación por el mediador del encargo de mediar y la información suficiente y voluntariedad en el acceso a la mediación.

Es necesario, por tanto que exista una aceptación del mediador del cargo de mediar lo cual se realizará en lo que hemos denominado contrato de mediación.

La diferenciación entre el convenio de mediación y el contrato de mediación no es un intento de volver a la antigua distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso, ya superada, sino simplemente poner de manifiesto que a pesar de que exista un convenio de mediación que recoja la voluntad de sometimiento de las partes al proceso de mediación sigue siendo necesario para iniciar el proceso la aceptación del mediador y la firma expresa de un compromiso de confidencialidad.

Esto supone que, antes de iniciarse el proceso de mediación todas las partes intervinientes en el mismo (incluido el mediador) estarán obligados por una serie de prestaciones recíprocas:

- 1.º Todas las partes están obligadas por el principio de confidencialidad.
- 2.º El mediador está obligado igualmente a:
 - La prestación de la función de mediación. Mediante su participación en el contrato acepta el encargo y se obliga a prestar el servicio, no pudiendo dejar a su elección desplegar o no dicha actividad (al contrario que en el corretaje).
 - Y en el caso de la mediación de consumo a emitir una propuesta de solución al conflicto.
- 3.º Por otro lado las partes en conflicto se obligan:
 - A retribuir al mediador cuando fuere necesario. Actualmente la mediación suele prestarse en centros subvencionados o de carácter público, por lo que son servicios gratuitos para los mediados (como en el ámbito del consumo).
 - A aceptar o rechazar la propuesta de solución del mediador, en aquellos casos en que el mediador tenga reconocida dicha función.

Quinta: la actuación del mediador no puede ser considerada como una actuación por cuenta ajena.

Para esta afirmación ha sido necesario analizar otras figuras de cooperación como el mandato, la gestión de negocios ajenos e incluso el arrendamiento de servicios.

Podríamos considerar que el mediador actúa por cuenta ajena si con dicha expresión hacemos referencia al hecho de que se trata de una **actuación incentivada o requerida por otra persona**. En este sentido podemos afirmar que la actuación del mediador ha de ser requerida por la parte o partes para las cuales va a mediar.

Esto es lo que desde nuestro punto de vista diferencia al mediador del gestor de negocios ajenos. Es necesario un encargo para mediar, no siendo suficiente que el mediado o mediados se beneficie de la actividad realizada. En contra de esta posición se manifiesta parte de la doctrina cuando afirman que es posible un corretaje sin encargo previo del oferente.

Pero NO podremos incluir la función de mediación como una actuación por cuenta ajena si estamos haciendo referencia a la **sustitución** del mediado por el mediador.

En el mandato, la esencia de la función del mandatario se encuentra precisamente en esta sustitución de la figura del mandante. Esta sustitución ha sido entendida por la doctrina, como LACRUZ, como la *realización de actos jurídicos con trascendencia en relación a terceros*. Lo actuado por el mandatario será jurídicamente relevante para el mandante en su relación con terceros.

Sin embargo la función del mediador no puede ser entendida de esta manera.

- La actuación del mediador es definida por parte de la doctrina (LEON ALONSO) como una *cooperación técnica o material, pero no jurídica*.

Frente a esto se puede afirmar que el mediador desarrolla su labor en una *fase precontractual*, la cual tendrá importancia jurídica en lo relativo a la interpretación del contrato y en la eventual depuración de responsabilidades.

- Pero sí podemos afirmar que mediador **no sustituye** al mediado o mediados. Lo jurídicamente relevante en la *relación con el otro* no es la actividad de mediación sino lo que directamente acuerden las partes, si bien gracias a la facilitación del mediador. El resultado de la gestión no lo aceptan las partes de antemano.
- Más fácil resulta la afirmación de que el mediador, en ningún caso, actúa como **representante** de su cliente. En este sentido el mediador nunca actuará en nombre de los mediados y mucho menos en su propio nombre para que repercuta en los mediados.

Sexta: La actuación del mediador no puede ser entendida como una obligación de resultado sino de medios.

Para ello también hemos analizado otras figuras como el contrato de corretaje o el arrendamiento de obra, que deben ser entendido ambos como una *obligación de resultado positivo*, lo cual supone que:

- El obligado (corredor o prestador de la obra) no está obligado exclusivamente a desarrollar una actividad, sino también a obtener un resultado: la perfección del contrato pretendido o la obra en sí misma.
- Su retribución está condicionada a la obtención de dicho resultado, no siendo suficiente la actuación diligente en este empeño.

Sin embargo hemos afirmado que la mediación, con carácter general (en cualquier ámbito) encierra una *obligación de medios*, y ello por dos razones:

- La obligación del mediador consiste exclusivamente en el desarrollo de una actividad.
- Su retribución no está condicionada a la obtención del resultado esperado, que no es otro que la solución al conflicto.

En este sentido el contrato de mediación como ADR es más próximo al de un contrato de *arrendamiento de servicios*.

Cuando trasladamos lo dicho a la mediación en la solución de los conflictos de consumo, se discute si realmente se trata de una obligación de medios o de resultado. El mediador debe emitir una propuesta de solución, lo que puede ser entendido como un resultado.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista esto no es óbice para lo afirmado, porque aunque la solución aceptada por las partes fuera alcanzada a propuesta de alguna de ellas o antes de dicha propuesta formal por el mediador, éste seguiría teniendo derecho a su retribución siempre que hubiera desplegado con carácter previo una actividad adecuada y suficiente en el marco de la mediación.

Septima: El acuerdo final alcanzado por las partes a través del proceso de mediación no forma parte del mismo.

El eventual acuerdo alcanzado por las partes *ya no es objeto de la mediación*.

Es un acuerdo *consensual*, se perfecciona con el simple consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna (art. 1278 C.c), si bien es cierto que suele

recogerse en un acta donde se deja constancia de la avenencia entre las partes y del contenido de la propuesta del mediador, si es que hubo tal propuesta.

Es un acuerdo *bilateral*. Este contrato vincula solo a las partes, no al mediador, puesto que son ellas quienes se vinculan a la solución de la controversia y regulan su situación jurídica a partir de éste momento. La participación del mediador en este acuerdo es a través de la firma del acta, de forma que se trataría de un *testigo cualificado* de lo acontecido durante la mediación, pero no se obliga a nada ni se vincula con las partes ni con el fondo de la cuestión litigiosa en ningún momento.

Es a este acuerdo al cual las partes o la ley puede dar un alcance mayor que el de un mero acuerdo entre las partes. Esta mayor eficacia depende de la homologación judicial o arbitral del acuerdo alcanzado (art. 36 LA 2003), pudiendo por lo tanto tener el mismo efecto que una transacción judicial.

IV. MEDIACIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES

Respecto a las *figuras de naturaleza procesal*, debemos destacar que todas ellas no son contratos sino actos que se desarrollan en el seno de un proceso judicial. Entre todas las diferencias encontradas podemos destacar que las *diligencias preliminares* tienen como misión principal preparar el proceso asegurando la práctica de las pruebas y así asegurando un pronunciamiento sobre el fondo. La *audiencia previa* tiene por objeto un intento de conciliación a través del exhorto de forma que no sea necesario continuar con el proceso judicial. Y el desistimiento, el allanamiento y la renuncia son declaraciones unilaterales de voluntad de demandante o del demandado que producen diferentes efectos en el proceso judicial.

Ninguna de estas figuras goza de especial vinculación con la mediación de consumo.

Especialmente interesante nos parece el análisis realizado de las *figuras de carácter mercantil* denominados *contratos de colaboración o de gestión*.

De todos los contratos analizados podemos observar importantes *diferencias* respecto a la *mediación* objeto de nuestro estudio:

- En primer lugar, la formalización de este tipo de contratos no tiene como fin la resolución de conflictos, sino búsqueda de oportunidades para la

conclusión de nuevos contratos en el desarrollo de la actividad mercantil o el aseguramiento de los ya concluidos.

- En segundo lugar, el papel del denominado mediador es muy diferente en unos y otros. Mientras que el mediador de consumo es el tercero encargado de dirigir el proceso de mediación y en su caso ofrecer alternativas de resolución, en ningún momento puede ser considerado mandatario de ninguna de las partes, según hemos analizado en los temas anteriores. El mediador mercantil, sin embargo, sí es una especie de mandatario dado que puede actuar en nombre y por cuenta del mandante, sirviendo de puente entre dos personas que desean realizar un acto mercantil que les una pero que no existe en el momento de la actuación del mediador. La relación entre el mandante y el mediador es previa y bilateral, no siendo necesario que establezca una relación con la otra parte con la que se formaliza el contrato.

Por último solo nos queda afirmar que la doctrina estudia el *contrato civil de mediación*, pero este contrato no tiene nada que ver con el contrato que estamos estudiando, asimilándose mucho más al contrato de mediación o corretaje mercantil.

Todas las figuras estudiadas tienen ciertas características comunes:

Son todas de *carácter voluntario*. En la mayoría esta voluntariedad se manifiesta a la hora de acceder a ella, como en la mediación, el arbitraje y la negociación, y en otras se manifiesta en la posibilidad de finalizar el proceso en cualquier momento como se produce también en la mediación, negociación, conciliación (porque el juez puede compeler a que se llegue a un acuerdo pero no obligar a ello), pero no así en el arbitraje, puesto que únicamente se interrumpiría el proceso cuando las dos partes estén de acuerdo en la interrupción del mismo.

En la mayoría de las figuras que más se aproximan a la mediación interviene una *tercera persona*, sin embargo lo hace de diferente forma. El mediador es neutral e imparcial, sin ningún poder de intervención, siendo su función principal dirigir el procedimiento y restablecer la comunicación rota entre las partes aunque en ciertos sectores como el de consumo se considera que el mediador ofrece una propuesta de solución que las partes pueden después aceptar o repudiar. El negociador o tercero en la negociación es un mero transmisor de informaciones y propuestas entre las partes. El conciliador compele a las partes a que lleguen a un acuerdo desde su

posición de futuro decisor del proceso posterior, pero no ejerce este “poder” ni participa del proceso para que éstas consigan dicho acuerdo (lo que es diferente de la mediación). El árbitro no es neutral sino que decide la controversia que se le presenta, no solo basándose en las leyes sino también en la equidad. Por último, el juez no es neutral y decide la controversia que se le presenta.

Algunas de ellas, como la mediación y el arbitraje requieren de *un procedimiento*, tienen una serie de trámites o fases que deben ser atravesadas para su terminación (con o sin avenencia). Mientras que otras o bien no necesitan un proceso (transacción) o forman parte del mismo (allanamiento, diligencia preliminar, conciliación).

V. EL PROCESO DE LA MEDIACIÓN

Junto con la naturaleza contractual hemos destacado como una de las características de la mediación la necesidad no solo de la participación de un tercero en la solución del conflicto sino también la existencia de un auténtico proceso de mediación.

Primera: La especial concepción de la figura del mediador en la mediación de consumo.

A. No es necesario un número impar de mediadores:

En mediación también se prevé la posibilidad de que sean *más de un mediador* los que participen en el conflicto en cuestión, pero no formarán un colegio mediador sino que estarán practicando la comediación.

No existe un presidente puesto que todos los mediadores tienen el mismo rango y su trabajo debe estar orientado a un mismo objetivo, conseguir desmenuzar el conflicto hasta el punto en que las partes puedan decidir la solución. Por ello *no* es necesario que los mediadores se constituyan en *número impar*. El mediador no tiene funciones decisorias por lo que la posibilidad de que la decisión se vea bloqueada ante un “empate” en la toma de decisiones no puede producirse. Ciertamente podrían producirse varias propuestas de decisión, pero nada impide que todas estas propuestas puedan ofrecerse a las partes para que acepten las que mejor satisfaga sus intereses.

B. Se reconocen al mediador funciones no permitidas en otros ámbitos: la propuesta de solución, el asesoramiento de las partes, el expediente sancionador y el arbitraje posterior.

El mediador es una persona natural, en pleno ejercicio de sus derechos civiles cuya función consistirá en acercar las posiciones de las partes de forma que sean ellas las que alcancen el acuerdo.

La actuación del mediador es ser un mero facilitador activo de la comunicación entre las partes, siendo éstas las que alcancen por sí mismas la consecución del acuerdo. Se desarrolla dentro de unas pautas marcadas por el proceso de mediación que permiten a éste marcar unos límites que faciliten su labor mediadora. El proceso de mediación es el medio a través del cual el mediador puede desplegar sus funciones en un marco de responsabilidad y garantía de su propia actuación así como de responsabilidad y garantía de la actuación de las partes.

Sin embargo, a pesar de que esta es la función esencial del mediador y el límite de su actuación en ámbitos como la mediación familiar, estamos viendo que cuando la mediación se desarrolla en otros ámbitos, como el de consumo o el laboral, la función del mediador va más allá de ser mero conductor de un proceso y facilitador de la comunicación. Se reconoce al mediador la posibilidad de ofrecer una alternativa formal, que recoja su *propuesta de solución* según lo manifestado por las partes.

Debemos decir que esta “nueva función” reconocida en estos ámbitos puede suponer un importante cambio en el funcionamiento de la mediación, sobretudo en la forma de comunicación de las partes. Cuando la mediación no conlleva la redacción de una propuesta por el mediador las partes se centran en una comunicación con la otra, las pruebas y los argumentos se dirigen a la otra parte para tratar de cambiar sus posiciones y así conseguir un acuerdo.

Cuando el mediador tiene esta función decisoria, aunque no sea vinculante, la comunicación se va a dirigir al mediador tratando de convencerle a él sobre la fundamentación de su posición y que de esta forma su propuesta proteja lo más posible sus intereses.

Es destacable que también en este ámbito se permite que el mediador preste un *asesoramiento* a las partes. La sola posibilidad de que los mediadores puedan realizar este tipo de labor (que en mediación familiar no

se realiza o al menos se limita a casos muy puntuales) nos permite determinar que la actuación del mediador de consumo es mucho más activa que la del mediador familiar, y su neutralidad está matizada en cuanto puede informar y asesorar en determinados casos (es decir, dar su opinión como profesional respecto a una situación).

Es interesante que los mediadores consideran como parte de sus funciones la posibilidad de abrir un *expediente sancionador* cuando exista una negativa u obstaculización al desarrollo de la mediación.

Por último nos resultaba especialmente llamativo el hecho de que se reconocía desde ciertos sectores la posibilidad de que el mediador, una vez fracasada la mediación actúe como árbitro; o mejor dicho, que el árbitro intente una mediación antes de comenzar el arbitraje.

Surge así esta figura, constituida por una combinación entre la mediación y el arbitraje (Med- Arb) que suele ser incluida en los acuerdos de mediación o compromisos de intervención como consentimiento a la utilización combinada de éstos. Desde nuestro punto de vista esta situación no es adecuada dado que es fundamental que las partes se sientan libres en la negociación sin que ésta se vea mediatizada por la posibilidad de que la persona que media sea en el futuro la persona que decida.

C. La formación del mediador:

Respecto a la *profesión de origen*, en el ámbito de la mediación familiar, las funciones pueden ser perfectamente desarrolladas por un psicólogo, trabajador social, sociólogo o cualquier otra profesión con cierta conexión al ámbito de la familia (las leyes de mediación que existen en España no se ponen de acuerdo al respecto pero suelen recoger al menos psicólogos, abogados y trabajadores sociales). Sin embargo destacamos que todos los sistemas de formación de los mediadores familiares dedican una gran parte del temario a ofrecer unos conocimientos jurídicos necesarios para poder desempeñar su labor como mediadores.

En el ámbito del consumo sin embargo, consideramos imprescindible una formación en leyes, por lo que consideramos que en principio el abogado especialista en consumo es la persona adecuada para ser mediador. Ciertamente personas con una gran experiencia acreditada en el sector también podrían desempeñar una buena función mediadora, afirmación que podemos sustentar en el hecho de que en el arbitraje, cuyo laudo es

vinculante, se permite arbitrar a personas que no sean abogados en ejercicio cuando se trate de un arbitraje de equidad. Desde nuestro punto de vista la función decisoria del mediador será más cercana a la equidad que al derecho.

Las razones que fundamentan esta afirmación se basan en el necesario conocimiento de la legislación y de la norma para la solución de los litigios. Consideramos necesario resaltar que esa formación en leyes debe completarse bien con una experiencia en el campo del consumo al que se refiere el litigio o bien una formación complementaria en mediación o negociación. Asimismo se destaca por algunos mediadores que ha de ser una persona con “gran talante social” o con un “cierto grado de psicología”.

Ciertamente, los conflictos de consumo se diferencian de los familiares por su complejidad en la normativa, su carácter multidisciplinar (puede tocar ámbitos del derecho muy dispares, derecho penal, económico, civil, procesal...) y su continuo contacto con materias que se encuentra dentro del orden público o normas imperativas que se sustraen de la voluntad de las partes en conflicto y por lo tanto de la negociación.

Sea como fuere, lo cierto es que consideramos que ésta es una cuestión de suma importancia y que debería ser regulada de forma que se establecieran unos criterios mínimos para poder acceder a este puesto y ofrecer ciertas garantías respecto a la formación o experiencia del mediador.

D. La responsabilidad del mediador:

La *responsabilidad del mediador* es de carácter civil o penal, no reconociéndose la posibilidad de una responsabilidad disciplinaria. Esto es evidente en los casos del arbitraje o la mediación ad hoc o arbitraje diferido, ya que no hay una institución que asuma la potestad disciplinaria, pero en el arbitraje institucional debería recogerse una responsabilidad administrativa, dado que podría borrar de su lista de árbitros o mediadores a aquél que ha incurrido en algún tipo de responsabilidad, pero no impone sanciones.

La responsabilidad civil del arbitro y mediador es *contractual* derivada de la consideración de que la relación que une a las partes con el arbitro o mediador después de la aceptación o dación del arbitraje es un contrato. La polémica está en que tipo de contrato es el que más se asimila para poder aplicar la normativa respecto a la responsabilidad.

Tal y como ya analizamos antes, consideramos que el mediador *deberá responder del incumplimiento de sus obligaciones*, que son la prestación del servicio de mediación entendido también como una *obligación de medios*. Sin embargo *no responderá si no cumple las instrucciones dadas por las partes en conflicto* dado que no está vinculado a ellas por el principio de neutralidad e imparcialidad que rige la labor del mediador. Si responderá en el caso de que cause daños y perjuicios como consecuencia del *mal desarrollo de su profesión o por falta de pericia*.

Segunda: La imparcialidad del mediador es garantía fundamental del proceso.

Existen en mediación una serie de principios que limitan la actuación del mediador tratando de garantizar su “buen hacer” y permitiendo reconocer una serie de incompatibilidades para desempeñar la labor del mediador.

A pesar de que la mediación es un procedimiento que se caracteriza por su agilidad y flexibilidad, es evidente que esta falta de formalismos no puede identificarse con una ausencia total de garantías. En este sentido el problema de los sistemas alternativos es que se conviertan en un sucedáneo del poder de tutela, con menos garantías para el justiciable.

Las garantías que se consideran fundamentales para los sistemas alternativos de resolución de conflictos han sido establecidas por el Consejo de Europa en su Comunicación (1998) 198 y en la *Recomendación Relativa a los Principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo* (98/257/CE) posteriormente ampliada por la reciente *Recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*⁶⁵⁹.

Entre los principios recogidos por dichas recomendaciones encontramos el principio de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

Dentro de estos principios debemos destacar dos fundamentalmente:

- El principio de independencia.

⁶⁵⁹ D.O. nº 1115 de 17.4.1998, pág 0031-0034.

-El principio de confidencialidad.

La *independencia* de los servicios de mediación se garantiza a través de los principios de imparcialidad y neutralidad. Nos resultaba difícil asegurar el cumplimiento de estos principios cuando se permite, como hemos visto anteriormente que el mediador informe y asesore a las partes sobre su situación, actuación totalmente prohibida en otros ámbitos de la mediación. Parece por lo tanto que debe entenderse la neutralidad de forma matizada puesto que se permite el asesoramiento jurídico por parte del propio mediador. A pesar de ello, son las partes las que tienen la última palabra y la posibilidad de abandonar el proceso en cualquier momento, lo que supone un control de su propio conflicto.

Respecto al principio de *confidencialidad*, se pone de manifiesto que existe una cierta *incompatibilidad con el proceso judicial*, en el sentido de que el proceso de mediación debe ser un proceso autónomo que se desarrolle al margen de éste.

Tanto es así que, según vimos, las leyes de mediación familiar requieren que se suspenda el proceso eventualmente abierto en el momento en el que el juez considere que es posible llegar a un acuerdo. Esta suspensión se basa en el posible retroceso que puede sufrir la negociación por lo que vaya aconteciendo paralelamente en el juzgado. Lo mismo ocurre en la mediación en el ámbito de consumo, dado que entre los requisitos establecidos por las OMIC para que un conflicto sea mediable se establece que no se trate de cuestiones iniciadas en vía judicial o en las que haya recaído sentencia.

Sin embargo la mediación no es expresión de la protección jurisdiccional, es decir, la no intervención del juez en el proceso no es debido a que se haya sustraído de su conocimiento el conflicto que está siendo mediado, sino que se debe a que la mediación tendrá mejor resultado si la intervención judicial se produce una vez acabada ésta. Por lo tanto la mediación no excluye ni el sistema de protección administrativa ni el judicial sino que se *complementan*. Por ello se dice que los sistemas alternativos de solución de conflictos no pueden excluir la posibilidad de acudir a la protección jurisdiccional.

En mediación, la intervención judicial se limita a la homologación del acuerdo ya alcanzado, cuando la mediación ha sido un éxito. No se requiere intervención judicial respecto a la falta de acuerdo en la elección del mediador, puesto que en primer lugar no está prevista esta posibilidad

normativamente, y en segundo lugar, en caso de ser así, lo más probable es que fuera la institución que administra la mediación (Colegio arbitral u OMIC) y no la jurisdicción quien determinase el mediador en cuestión.

La capacidad y competencia del mediador se verían perjudicadas si no se ofrece una desvinculación con el eventual proceso posterior que pueda desarrollarse. Por ello se suscribe en mediación familiar el denominado *compromiso de intervención*, que ofrece una cierta seguridad a las partes de que la información que durante el proceso se maneje no tendrá una aplicación posterior y que el mediador pueda así evitar acudir al juzgado como perito o como testigo

También existe una *incompatibilidad con el proceso arbitral*. Se ha llegado a admitir que los mediadores de consumo realicen posteriormente labores de arbitraje, sin embargo consideramos de especial importancia la desvinculación de ambos procesos. La independencia de los mediadores que sean después árbitros se verá condicionada por lo acontecido en el proceso de mediación y “contaminado” por la información alcanzada durante ésta. Es más, incluso en el caso de que el mediador consiguiera distanciarse de su función anterior, evidentemente las partes se verían influidas por lo acontecido, pudiendo producirse recelos. Si las partes conocen antes de iniciar el proceso que el mediador puede ser el árbitro que resuelva su conflicto en una fase posterior evidentemente su actuación en la mediación estará condicionada y por lo tanto las ventajas que esta institución puede aportar se verían mermadas.

Por ello consideramos básico establecer la incompatibilidad entre las funciones de mediación y arbitraje considerando que el hecho de haber mediado en un conflicto es causa de recusación en el eventual arbitraje posterior sobre el mismo.

Nos preguntamos como puede utilizarse lo acordado en un proceso posterior dada la vinculación de todas las partes al principio de confidencialidad.

Se puede aportar el expediente administrativo, bien a instancia de la propia administración, bien a instancia del juzgado, para:

- Acreditar que la mediación se intentó con resultado positivo o negativo, y, en su caso, la existencia de un acuerdo firmado por las partes que

establece una serie de derechos y deberes que obligan a las partes y que si no afecta a materias indisponibles podría hacerse cumplir.

- Para aportar pruebas: como la inspección que se hubiera realizado en su caso puede ser utilizada como prueba o pruebas de que se produjo un acuerdo que se incumplió por una de las partes (en principio no se puede ir contra los propios actos).

Como hemos visto, esta es una de las principales diferencias de la mediación de consumo con otros ámbitos, como el familiar, donde la práctica de la mediación en principio no puede ser utilizada para aportar pruebas a un eventual proceso judicial posterior (de lo alegado por las partes, de las pruebas practicadas o de los acuerdos alcanzados) salvo que ambas partes habiliten para ello al mediador. En caso de no ser así, y gracias al compromiso de intervención, el mediador viene obligado por el acuerdo de confidencialidad firmado por las tres partes.

VI. EFICACIA DE LOS ACUERDOS

Del análisis realizado destacan algunos aspectos especialmente controvertidos y que requieren que sean contemplados por una eventual normativa.

Primera: El limite del principio de voluntariedad de estos recursos.

Hemos afirmado que la mediación es un contrato y como tal es ley entre las partes, por lo tanto el problema estriba en establecer el alcance que tiene la voluntariedad del proceso a la hora de determinar el incumplimiento del contrato.

La solución para tratar de compatibilizar la obligación de un contrato y la voluntariedad del objeto de dicho contrato podría venir establecida de dos formas:

- O bien establecer la obligatoriedad de una sesión de mediación, dedicada a la información de qué es la mediación y las ventajas de su utilización. Lo que es obligatorio es simplemente el acudir a dicha sesión, no el proceso en sí mismo. En mi opinión con este sistema corremos el riesgo de que la mediación se convierta en un mero trámite.

- O bien considerar que es necesario justificar el no sometimiento al proceso de mediación, siendo en caso contrario responsable por incumplimiento contractual.

La voluntariedad, desde nuestro punto de vista, tiene la virtualidad de impedir el cumplimiento in natura de la obligación, pero ello no excluye otro tipo de consecuencias, como así lo reconoce el *Comité Económico y Social de la U.E.* sobre el libro verde de 2002.

Si antes de iniciar el procedimiento una de las partes se niega a someter el conflicto al proceso de mediación, estaríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual que hace surgir la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados

Una vez iniciado el procedimiento de mediación las partes solo tienen la obligación de alcanzar honestamente un acuerdo, de forma que es libre de poner fin al procedimiento de mediación y su responsabilidad solo podría investigarse si se acredita la mala fe, en relación al artículo 1258 del C.c.

Otras alternativas desarrolladas en la actualidad son:

- La apertura de un *expediente sancionador*, cuando el comerciante o empresa (no el consumidor) no ha colaborado en el proceso de mediación. Se recoge la posibilidad de sancionar los actos de obstrucción a las funciones públicas de intermediación en materia de consumo (art. 10 RD 1945/83).
- Ciertas Comunidades Autónomas, como Madrid, han contemplado que el hecho de negarse a someter la cuestión litigiosa al arbitraje (nosotros añadimos la mediación) de forma *reiterada* puede suponer un incumplimiento de los Códigos de conducta empresarial y por lo tanto la *retirada del distintivo o sello de calidad empresarial*, lo cual puede tener importantes consecuencias comerciales.

Segunda: El efecto de cosa juzgada del acuerdo alcanzado por las partes después de la mediación.

El acuerdo resultante de la mediación, una vez concluido exitosamente el proceso, no es similar ni a la sentencia ni al laudo, puesto que es un acuerdo

de voluntades y no una decisión de un tercero que deba contener los fundamentos y las pruebas que sustenten dicha decisión. Y esto es así incluso en la mediación de consumo donde se emite una propuesta de decisión puesto que son las partes quienes asumen dicha propuesta haciéndola suya a través de un acuerdo o contrato. Precisamente por no compartir la naturaleza de decisión de un tercero como el laudo no pueden predicarse los efectos de cosa juzgada en el sentido manifestado para el laudo.

El resultado de la mediación es un contrato o acuerdo, pero se plantea la duda de si a la mediación se le debe reconocer esa mayor fuerza reconocida a la transacción frente al resto de los contratos.

Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa por varias razones:

- Porque tanto el contrato de mediación como el de transacción tienen la misma causa y la misma estructura por lo que parece lógico que el efecto que ambas produzcan sea el mismo.
- Porque la mediación normalmente se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública, siendo administrada por las OMICs o las Juntas Arbitrales. De lo acontecido en el proceso administrativo se deja constancia en un acta. Éste acta supone que existe una cierta homologación, no judicial, pero sí administrativa, de lo acordado por las partes, sobretodo por el hecho de que se ha realizado en la presencia de un tercero cualificado, el mediador e incluso es propuesta de éste. Por todo ello debe serle reconocido una eficacia similar a lo establecido para la transacción en el sentido de ser algo más que un simple acuerdo.

Ese algo más se identifica no tanto con el efecto de cosa juzgada, sino con lo que se viene denominando la *eficacia refleja* del contrato de mediación, que no va a suponer que no pueda ser objeto de un proceso posterior, sino que el juez debe tomar como supuesto de hecho el acuerdo alcanzado por las partes ante un tercero imparcial.

Esta eficacia de la mediación viene abalada además por el hecho de que hemos considerado la posibilidad de que la mediación pueda ser entendida también como un arbitraje informal. A este tipo de arbitraje, ya analizado anteriormente precisamente se le reconocen los mismos efectos que a una transacción.

Por lo tanto, bien sea por su similitud con la transacción, bien sea por considerar la mediación como un arbitraje informal, el efecto va a ser el mismo. El acuerdo de mediación tendrá la misma eficacia que la transacción.

Tercera: La ejecución del acuerdo alcanzado por las partes en el proceso de mediación.

Si el acuerdo de mediación se cumple voluntariamente no existe ningún problema. Los problemas surgen cuando ante un incumplimiento se pretende exigir aquello a lo que se obligó el incumplidor. Vamos a distinguir dos situaciones en función de si el acuerdo ha sido recogido o no en un título ejecutivo.

En el caso de que el acuerdo *no* haya sido recogido en un *título ejecutivo*, lo acordado por las partes es un contrato en sí mismo, es ley entre ellas, y podrán exigir su cumplimiento, si bien, es necesario instar un *proceso de ejecución*. Una vez que recaiga sentencia en el mismo, ésta será objeto de ejecución, puesto que la sentencia es título ejecutivo (art. 517.2.1 LEC 1/2000). Aquí habrá de tenerse en cuenta lo manifestado anteriormente respecto a la eficacia refleja de la mediación, en el sentido de que el juez habrá de tomar el acuerdo como un hecho indiscutible.

Si el acuerdo ha sido recogido en un *título ejecutivo* *no* será necesario instar un *proceso* que declare la existencia o no de dicha obligación si este acuerdo se ha recogido en algunos documentos que llevan aparejada la ejecución, es decir, si es recogido en un título ejecutivo. En esta ocasión se reclamará directamente la ejecución de dicho título.

El acuerdo en mediación será título ejecutivo si fue homologado por el juez o por el árbitro.

La homologación judicial supone que el acuerdo de mediación se incorporó a un proceso jurisdiccional y que la resolución que le pone fin ha recogido el contenido de dicho proceso. Estaríamos en el caso del artículo 517.2.3 de la LEC 1//2000 que establece que serán título ejecutivo “las resoluciones judiciales que aprueben y homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones”. El acuerdo de mediación en este caso será incorporado al

proceso y tendrá la misma consideración que una transacción judicial, por lo tanto efecto de cosa juzgada y susceptible de ejecución por el procedimiento de apremio.

La homologación arbitral puede producirse gracias a la incorporación en la LA de 2003 del artículo 36 que recoge el laudo por acuerdo de las partes. En este caso, las partes pueden solicitar al arbitro que recoja el acuerdo alcanzado en el laudo para así otorgarle la misma eficacia que tiene el laudo, es decir, efecto de cosa juzgada y ejecutividad (art. 517.2.2 LEC). Si bien debemos poner de manifiesto que los árbitros no tienen capacidad para ejecutar el laudo sino que tendrán que recabar el auxilio judicial en caso de incumplimiento del laudo. En esta circunstancia el acuerdo de mediación tendrá efecto ejecutivo, si bien no como mediación sino como laudo.

ANEXO 1
ALGUNAS CUESTIONES SOBRE
LA FUTURA REGULACION DE LOS ADR

ANEXO 1:

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA FUTURA REGULACION DE LOS ADR

El objetivo a conseguir actualmente es asegurar la calidad de los ADR sin eliminar aquello que realmente aportan, la flexibilidad. Por ello el *Libro Verde sobre las medidas alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 final*, se pregunta si los ADR deben ser regulados o no. En caso de respuesta afirmativa se plantea cómo debe ser dicha regulación y los aspectos principales a tener en cuenta.

Debemos tener en cuenta que esta resolución *excluye de su estudio al arbitraje*, por considerarlo más próximo a los sistemas jurisdiccionales de resolución de conflictos.

Vamos a repasar algunas de las preguntas planteadas que nos parecen especialmente interesantes. Este repaso nos permitirá delimitar algunos aspectos controvertidos ya apuntados en nuestras conclusiones teniendo en cuenta las propuestas realizadas por el Libro Verde 2002⁶⁶⁰ y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicho Libro Verde⁶⁶¹.

1. LA FUTURA REGULACIÓN DE LOS ADR

Ya planteábamos en nuestras conclusiones que una de las necesidades más importantes de los ADR es la determinación, bien legislativa bien reglamentaria, de qué características tiene cada Sistema Alternativo de resolución de conflictos en comparación con el otro.

El Libro Verde se ha preguntado si *¿Existen determinados problemas que justifiquen una acción comunitaria en el ámbito de las ADR? En caso de respuesta afirmativa ¿De que problemas se trata? En su opinión ¿Qué enfoque general deberían adoptar en este caso las instituciones de la Unión Europea para tratar de las ADR y qué alcance deberían tener estas iniciativas?*

⁶⁶⁰ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P.: «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I), El Libro Verde de la U.E.», en *IURIS: actualidad y práctica del Derecho*, nº 77 (noviembre 2003), págs. 42-43.

⁶⁶¹ (2003/C85/02) de 8 de abril de 2003.

El libro Verde plantea dos alternativas:

- O bien una regulación cuyas normas deben ser complementarias a los esfuerzos ya realizados por las instituciones comunitarias y sobretodo ajustándose a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que ya hemos comentado.
- O bien continuar fomentando la investigación y la cooperación en materias de derecho comparado, en particular entre universitarios y especialistas en Derecho, incluidos jueces y expertos. Estas investigaciones podrían concluir en códigos de conducta que ya se vienen aplicando en ciertos sectores como el comercio electrónico.

Desde nuestro punto de vista las respuestas a estas preguntas serían las siguientes. Consideramos que sí es necesaria una normativa en relación a los ADR. Como hemos visto en este trabajo, el concepto de mediación hace referencia a situaciones diferentes según el ámbito en el que se esté desarrollando. En la mediación familiar la actuación del tercero es meramente aproximativa de intereses, mientras que en la mediación laboral o de consumo el mediador ha de dar una propuesta formal que resuelva la controversia si bien las partes pueden aceptar o repudiar. Hemos observado del análisis legislativo realizado que los conceptos de mediación, negociación, transacción y conciliación son utilizados de manera indistinta sin apreciar los matices entre las distintas instituciones.

Consideramos por lo tanto que es necesaria una normativa que deje claros los conceptos de los distintos ADR y determine hasta una forma de actuación igual en los distintos países.

Sin embargo es cierto que la normativa debería ser flexible y recoger los principios esenciales que luego cada Estado miembro pueda desarrollar de la forma más adecuada a su propio ordenamiento jurídico. Por lo tanto consideramos que una recomendación sería quizás lo más adecuado dado que el reglamento o la directiva podría impedir el desarrollo de los ADR con las características propias de cada país⁶⁶².

A estos “principios generales de los ADR” que deben ser regulados debemos añadir la necesidad de continuar las investigaciones y los esfuerzos por dar a conocer los ADR, fundamentalmente en las universidades, donde

⁶⁶² El Dictamen del Comité Económico y Social (2003/C85/02) considera conveniente que pasados tres años de dicha recomendación se valore la posibilidad de dictar una Directiva.

expertos en derecho podrían dar a conocer estos sistemas a los futuros abogados y plantear los problemas que nos encontramos en la práctica.

Por lo tanto, para que la mediación pueda ser desarrollada en toda su amplitud consideramos necesario, por una parte, que se aporten los *recursos humanos y económicos* necesarios para atender su demanda, teniendo en cuenta los valores y tradiciones de cada país. Por otra, una importante labor de *concienciación e información* social que a nuestro entender debe comenzar desde las propias universidades, incluyendo en sus planes de estudios asignaturas relativas a los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos.

Una vez considerada la necesidad de regulación el Libro Verde se plantea si las iniciativas que hayan de tomar *¿deberían limitarse a definir principios aplicables a un solo ámbito cada vez (como por ejemplo, el Derecho mercantil o el Derecho familiar) y considerar de manera diferenciada los distintos ámbitos o, al contrario, deberán ampliarse en la medida de lo posible a todos los ámbitos del derecho civil y mercantil?*

Desde nuestro punto de vista lo ideal sería una normativa general que recoja esos principios generales que hagan que la mediación sea mediación y no conciliación o transacción. Estos principios generales deben darse cualquiera que sea el ámbito de aplicación del ADR, porque la mediación es mediación sea familiar o en consumo.

Sin embargo, de los ámbitos analizados podemos observar que existen diferencias básicas en los distintos ámbitos que pueden hacer difícil una regulación general, como es el diferente alcance de la intervención del tercero en el proceso, la duración del mismo o la eficacia dada a los acuerdos. Por ello creemos que en todo caso será necesaria una regulación específica en cada ámbito del derecho que permita determinar los elementos identificadores de la mediación, o demás ADR, en cada uno de los ámbitos.

Es necesaria una regulación de los principios generales de los ADR, una regulación de los principios generales de la mediación como sistema dentro de esos ADR, y por último una regulación de los principios de la mediación en cada sector determinado, que como hemos visto tienen sus propias características.

Respecto al ámbito material de estas iniciativas se pregunta el Libro Verde si *¿deberían tratar de un modo distinto los métodos de resolución de*

conflictos on line (ODR) –un sector naciente que se caracteriza por la innovación y la evolución rápida de las nuevas tecnologías y por las nuevas peculiaridades que comporta- y los métodos tradicionales o, al contrario, referirse sin discriminación a ambos métodos?

Consideramos más problemático el aspecto analizado en la pregunta anterior, es decir, las diferencias de los ADR tradicionales en función del ámbito donde se realicen, que en el hecho de que sean o no “on line”, puesto que el que se realicen en conflictos tranfronterizos y sin un soporte material sino por Internet son más problemas de origen práctico que conceptual, y por lo tanto consideramos más fáciles de salvar. Por ello consideramos que una misma normativa podría recoger los ADR tradicionales y “on line”, si bien tratando a cada uno con sus propias características.

2. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD DE ESTOS RECURSOS

Hemos visto que existen ordenamientos donde recurrir a los ADR es obligatorio, pero por regla general se basan en la libre volunta de las partes. Sin embargo, recurrir a estos sistemas pueden tener ciertos efectos, como es retrasar el acceso al proceso (a la jurisdicción) e incluso impedirlo, como por ejemplo si como consecuencia de haber acudido a una mediación hubieran prescrito los plazos para iniciar la acción ante el juzgado.

Por ello nos planteábamos como pueden congeniarse unos recursos voluntarios no solo a la hora de acordarlos con la otra parte en conflicto para buscar la solución del conflicto, sino voluntario también en el sentido de que puede abandonarse en cualquier momento.

La libertad de consentimiento está por tanto, a la hora de incluir el recurso a los ADR en el contrato que une a las partes para un futuro conflicto, como una vez surgido este.

El libro verde de 2002 se plantea muy acertadamente la eficacia de unos sistemas que pueden acordarse voluntariamente pero que también pueden “desacordarse voluntariamente”, permitan la expresión, en el sentido de que la voluntariedad es la propia esencia de estos sistemas. ¿Qué seguridad ofrece a las partes la realización de un contrato donde se recoja la mediación como sistema de resolución de los conflictos futuros si, una vez surgido éste,

una de las partes puede no someterse a él amparándose en esa necesaria voluntariedad del proceso? ¿Qué efectos tiene entonces ese incumplimiento del contrato?

El libro verde 2002 establece la característica principal del recurso a los ADR es el predominio del carácter consensual. Pero no sabe el alcance que estas cláusulas o contratos puesto que establecer estos procedimientos como obligatorios por el hecho de haber sido recogidos en un contrato puede desvirtuar su propia esencia, dado que dependen precisamente de la voluntad de las partes.

Nuestra postura al respecto ya ha quedado clara en las conclusiones. El contrato de mediación es un contrato en sí mismo, por lo que su incumplimiento estaría sometido a las reglas generales del incumplimiento de los contratos.

La pregunta sería si puede considerarse como un incumplimiento el no sometimiento al proceso de mediación puesto que puede alegarse al respecto la voluntariedad esencial del proceso. Consideramos que debe otorgarse una cierta vinculación a lo concertado en estos contratos puesto que si se reconoce una voluntariedad total de acudir a este tipo de procesos ¿Qué vinculación tendría este tipo de contratos?

La solución a este problema podría venir de dos formas:

- O bien establecer el carácter obligatorio de estos procedimientos. Consideramos que no es una alternativa establecer la obligación de acudir al procedimiento como obligatorio, pero sí quizás el establecimiento de una sesión de mediación obligatoria, dedicada a la información de qué es la mediación y las ventajas de su utilización.
- O bien considerar que el no sometimiento al proceso de mediación sin justa causa podría ser considerado como un incumplimiento del mismo. Sería una actuación contra los propios actos y por lo tanto una prueba de la mala fe del incumplidor. Tendría efectos por lo tanto en relación a la responsabilidad contractual y a una indemnización por daños y perjuicios⁶⁶³.

⁶⁶³ Opinión compartida por el Dictamen del Comité Económico y Social (2003/C85/02)

Esta opinión parece ser compartida con el Libro Verde cuando afirma que “cuando las partes gozan de la libre disposición de sus derechos, en caso de incumplimiento de las obligaciones resultantes de un acuerdo de ADR, las soluciones deben buscarse en la interpretación de la voluntad de las partes y en el recurso al derecho contractual. La respuesta de un tribunal indicando su negativa a participar en un procedimiento alternativo de resolución de litigios previsto en un contrato podría sancionarse en tanto que violación de una obligación contractual. Tal denegación podría tener por consecuencia que el juez ante el cual se presenta una demanda referente a la ejecución de otras disposiciones del contrato declarase esta demanda inadmisibile. Del mismo modo, el hecho de no querer participar en el mecanismo alternativo de resolución de litigios podría considerarse como una violación de la obligación de buena fe”⁶⁶⁴.

3. LA RELACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

También se plantea una cuestión muy importante sobretodo en el ámbito del consumo. La relación entre consumidor y profesional está fundamentada en un desequilibrio consustancial de fuerzas. La realización por ambas partes de un acuerdo por la que decidan resolver sus conflictos a través de un ADR pueden ser consideradas como una cláusula abusiva según la Directiva 93/13/CEE dado que se establece como abusivas “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. En el Anexo de dicha directiva se recoge que entre dichas cláusulas podrían encontrarse las que tengan por objeto o por efecto “suprimir u obstaculiza el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor”.

Si, habiéndose recurrido a un ADR, no se ha llegado a la avenencia por lo que las partes deben recurrir a la jurisdicción para la solución del conflicto, pueden encontrarse que sus plazos para instar la acción han prescrito mientras ellos intentaban llegar al acuerdo, o bien se han

⁶⁶⁴ COM (2002) 196 final, pág. 28.

reducido tan considerablemente que impide una buena preparación de dicha acción.

Según esto, parece imprescindible una normativa que establezca qué efectos tiene para las partes el recurrir a estos ADR, fundamentalmente en materia de suspensión o prescripción de plazos. Una normativa que exigiría también una determinación de la duración de los procesos de ADR, tanto de cuando se considera iniciado como de cuando se considera concluido. Una seguridad en esta materia y una regulación que no impidiera, como está en la mente del legislador europeo, el acceso de las partes a la jurisdicción, supondría una seguridad respecto a la no abusividad de éstas cláusulas.

Todo esto ha sido planteado en el Libro Verde a través de las siguientes preguntas *¿Conviene aproximar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para que en cada uno de ellos las cláusulas de recurso a las ADR tengan un valor jurídico similar?*

Desde nuestro punto de vista es evidente que la respuesta es afirmativa. Es necesaria la seguridad de que efectos va a tener el recurso a los ADR, sobre todo cuando se están planteando como un sistema muy a tener en cuenta en los litigios transfronterizos.

En caso afirmativo ¿Convendría admitir la validez general de tales cláusulas o debería limitarse dicha validez a las ocasiones en que figuren en contratos de adhesión en general o sólo en contratos celebrados con consumidores? En cualquier caso ¿qué alcance deberían tener estas cláusulas? ¿Habría que llegar hasta el extremo de considerar que su violación implica la incompetencia del tribunal para conocer del litigio, cuando menos de forma provisional? ¿Convendría aproximar las legislaciones de los Estados miembros para que, en cada Estado miembro, el recurso a un mecanismo alternativo de resolución de litigios de lugar a la suspensión de los plazos de prescripción para poder acudir a los tribunales?

Consideramos que debería admitirse la validez de las cláusulas que remitan a los ADR en cualquier circunstancia, no solo limitado a que sean recogidas en contratos de adhesión ni solo en los contratos con consumidores. Sin embargo es cierto que en el ámbito del consumo está prevista precisamente la posibilidad de que las partes decidan acudir a mediación en un contrato de adhesión, y no solo está previsto sino que es lo

más frecuente. Pero esto no puede llevarnos a pensar que esta es la única forma válida de ser acordados.

El alcance de éstas puede ser muy variado, pero consideramos que una violación de éstas no puede suponer la incompetencia del tribunal para conocer el litigio ni siquiera de forma provisional, puesto que como hemos visto el acuerdo de mediación no tiene el efecto de una excepción procesal (otra cosa sería el acuerdo alcanzado por las partes después del proceso de mediación si se le reconoce la misma eficacia que a la transacción judicial o extrajudicial).

Sin embargo sí nos parece fundamental regular si el recurso a la mediación pero dejando muy claro si suspenden o no los plazos de prescripción, para evitar así la pérdida de derechos de las partes en conflictos.

Desde nuestro punto de vista es necesario que el desarrollo de la mediación de consumo suspenda los plazos de prescripción ante la posibilidad de que la negociación no se realice de forma adecuada por las prisas en concluir el procedimiento.

4. LAS GARANTÍAS DE CALIDAD DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los ADR son por esencia flexibles en su procedimiento. Los principios que determinan este procedimiento vienen dados bien por los procedimientos judiciales cuando los ADR se insertan en el proceso judicial, bien por las asociaciones profesionales o códigos deontológicos dados cuando los ADR son acordados fuera del proceso judicial.

La Comisión apoya con especial fuerza las iniciativas de autorregulación, pero también intenta ejercer un cierto control de dichas iniciativas a través del establecimiento de una certificación o de trustmarks.

El ámbito del consumo aquí ha despuntado frente a otros, dado que existen las dos recomendaciones estudiadas (98/257/CE y la 2001/310/CE) que recogen los principios que deben aplicarse a los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos. Estas recomendaciones tienen como objeto mejorar la credibilidad de estos sistemas alternativos de resolución de conflictos a través de unas garantías mínimas de calidad.

Dado que ambas Recomendaciones se han mostrado muy efectivas en la práctica la Comisión se está planteando la conveniencia de ampliar estos principios establecidos para el ámbito del consumo a otros ámbitos. *¿Podrían los principios establecidos en las dos Recomendaciones aplicarse de manera indiscriminada a otros ámbitos distintos del derecho relacionado con el consumo y, en particular, a los ámbitos civil y mercantil?*

Consideramos que los principios establecidos en ambas recomendaciones son perfectamente extrapolables a otros ámbitos del derecho civil o mercantil en el ámbito de los ADR. Ello podemos basarlo en la comparación con los principios establecidos por la Recomendación que hemos analizado en el ámbito familiar, e incluso en el penal, donde los principios, al menos las ideas centrales de los mismos, coinciden en todos, fundamentalmente los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad.

Entre los principios establecidos por las Recomendaciones ¿cuáles cree Vd. Que deban necesariamente incluirse en las legislaciones de todos los Estados miembros? El principio fundamental es, desde nuestro punto de vista el de la confidencialidad. Si además nos centramos en el ámbito de la mediación consideramos de especial importancia los principios de neutralidad e imparcialidad.

Parece que esta opinión es compartida por el Libro Verde puesto que dedica una especial atención al principio de confidencialidad, preguntando *¿Sería conveniente aproximar las legislaciones de los Estados miembros para que en cada uno de ellos se garantice la confidencialidad de las ADR? En caso afirmativo, ¿cómo y hasta dónde habría que garantizar esta confidencialidad? ¿En qué medida las garantías de confidencialidad tendrían que incluir la publicación de los resultados de los procesos de ADR?*

La confidencialidad es una condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR.

Este principio afecta en primer lugar a las partes en conflicto, en el sentido de que no podrán utilizar la información manejada durante el proceso de mediación en un proceso posterior ya sea judicial o arbitral. Esto evita los celos de las partes y sobretodo permite una negociación más centrada en el verdadero objetivo, el alcance de un acuerdo, que en la búsqueda de información posteriormente utilizable.

Esta confidencialidad puede ser excepcionada por acuerdo de ambas partes de utilizar lo acordado o la información manejada en un proceso posterior, o bien porque la legislación de algún estado necesitare su conocimiento para la aplicación o ejecución de dicho acuerdo⁶⁶⁵.

Sin embargo, si hay alguien especialmente vinculado por este principio es el tercero (el mediador). Se plantea entonces la problemática de los caucus, o reuniones individuales del mediador con alguna de las partes. El mediador está vinculado por este principio lo que impide revelar la información obtenida a la otra parte en este tipo de entrevistas. Por ello el recurso a estas entrevistas, posibles sin lugar a dudas, debe limitarse a cuando sea imprescindible para facilitar el acuerdo.

Sin embargo el Libro Verde puntualiza que “la posibilidad de escuchas confidencialmente a una u otra de las partes debería excluirse cuando el tercero tenga que adoptar una decisión o hacer una recomendación al término del proceso de ADR”⁶⁶⁶. Esta afirmación supondría que el mediador de consumo, que tiene entre sus funciones la posibilidad de adoptar una decisión no vinculante no podría mantener entrevistas individuales con alguna de las partes.

No entendemos bien esta limitación puesto que, a pesar de que ciertamente esta técnica puede ser complicada en cuanto a los celos anteriormente manifestados, también es cierto que en algunas ocasiones es realmente útil. Por ello creemos que debe ser limitado el recurso a los caucus pero no debería ser prohibido.

En su opinión, ¿Convendría aproximar las legislaciones existentes de los Estados miembros en los ámbitos regulados y, en particular, en materia familiar con el fin de asentar algunos principios comunes relativos a las garantías de procedimiento?

Si, lo consideramos fundamental para un desarrollo unificado de los ADR, porque ¿Cómo vamos a poder hablar de ADR como concepto que engloba una serie de sistemas de resolución de conflictos si ni siquiera nos ponemos de acuerdo en los principios de actuación de todos ellos?

⁶⁶⁵ Libro Verde COM (2002) 196 in fine, pág. 32.

⁶⁶⁶ Libro Verde COM (2002) 196 in fine, pág.32.

¿Qué iniciativa cree que deberían tomar las instituciones de la Unión Europea, en estrecha colaboración con las partes interesadas en materia de normas deontológicas aplicables a los terceros?

Es interesante la propuesta realizada por el Libro Verde, donde se propone que la normativa que recoja los principios aplicables a los ADR sea una normativa que solo recoja los principios generales dejando el desarrollo de las mismas a un nivel infralegislativo a través de códigos de conducta.

“En realidad, los códigos de deontología ocupan un lugar privilegiado en el funcionamiento de las ADR. Su desarrollo demuestra los esfuerzos de los expertos para garantizar la calidad de las ADR. Las normas de procedimiento que recogen tienen por objeto garantizar la imparcialidad de los terceros, definir con precisión el papel exacto de éstos durante el procedimiento, determinar los plazos dentro de los cuales hay que alcanzar una solución y servir de marco para la celebración de los acuerdos. Estos códigos pudieran ser instrumentos privilegiados al servicio de la calidad de las ADR”⁶⁶⁷.

5. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS

Ante de entrar en este tema nos parece muy interesante la propuesta realizada por el Libro Verde cuando se pregunta *¿convendría establecer una norma a escala comunitaria conforme a la cual, al término de los procedimientos de ADR se conceda un plazo de reflexión antes de proceder a la firma del acuerdo o un plazo de retractación después de ésta?*

El objetivo fundamental de los ADR es la consecución de un acuerdo en el que ambas partes estén conformes y al cual se haya llegado después de un análisis de los verdaderos intereses de ambas partes. Si dicho acuerdo no reflejase la auténtica voluntad de alguna de las partes nos encontraríamos con problemas a la hora de la ejecución de dicho acuerdo y habríamos fallado en la principal aportación de estos sistemas, el cumplimiento casi asegurado de un acuerdo alcanzado gracias a un dialogo efectivo.

Por ello es necesario establecer algunos sistemas que permitan garantizar la validez de los consentimientos, bien sea concediendo un plazo de reflexión antes de la firma o introducir un plazo de retracción después de ella. Es también importante considerar una necesaria homologación de estos

⁶⁶⁷ Libro Verde COM (2002) 196 final, pág 31.

acuerdos que permitiera un control de la legalidad y asegure su ejecutoriedad⁶⁶⁸.

Una vez alcanzado el acuerdo después del proceso de mediación, y dejado el plazo acordado para que las partes pueden ejercitar la acción de retracción o reflexión de dicho acuerdo la pregunta que nos queda es ¿Qué valor tienen los acuerdos alcanzados?

El Libro Verde se plantea esta cuestión de la siguiente manera *¿Cuál sería la mejor solución al problema que plantea el reconocimiento y ejecución de los acuerdos ADR en otro Estado miembro de la Unión Europea? En particular, ¿Habría que adoptar normas específicas destinadas a conferir carácter ejecutorio a los acuerdos ADR? Y en caso afirmativo, ¿con qué garantías? En caso afirmativo ¿con qué garantías?*

La decisión tomada por un tercero en el ámbito del consumo, que es una decisión formal donde da una propuesta de solución al conflicto que puede llegar incluso a ser vinculante (Ombudsmen), la eficacia de estas decisiones está garantizada en el sentido de que si un empresario no cumpliera lo acordado existen países donde corren el riesgo de que la decisión se publique en algún organismo oficial o sean objeto de algún tipo de represalia como por ejemplo que no se le otorguen etiquetas de calidad. Por ello el no cumplimiento de lo acordado puede tener importantes efectos.

Sin embargo en otros ámbitos donde el acuerdo no tiene más eficacia que el de un acuerdo alcanzado entre las partes podemos preguntarnos el alcance de dichos acuerdos.

Según el libro Verde 2002 “En efecto, la cuestión de la calificación jurídica del acuerdo resultante de las ADR es determinante para la eficacia de éstas. Pero la diversidad de calificaciones utilizadas en los Estados miembros para los acuerdos resultantes de ADR hace que el panorama sea especialmente complejo. Según los Estados, las ADR pueden desembocar frecuentemente en una simple transacción de carácter contractual pero también en otras fórmulas, como un acta de conciliación o de acuerdo de mediación. El denominador común de todas estas fórmulas es que en realidad constituyen “transacciones”, sea cual fuere la apelación que se les da. Los acuerdos entre las partes son posibles, siempre que se haya consignado la orden de ejecución forzosa, ya sea porque el juez los aprueba

⁶⁶⁸ Libro Verde COM (2002) 196 in fine, pág. 34.

y consigna la orden de ejecución o porque las partes recurran a una escritura pública pasada delante de un funcionario público, como un notario. Por último, en algunos Estados miembros, las transacciones inscritas en los actos de una instancia de ADR autorizada tienen valor de título ejecutivo”⁶⁶⁹.

Esta afirmación parece refrendar lo establecido en nuestras conclusiones. Hemos concluido que el acuerdo alcanzado por la mediación de consumo tiene el efecto de una transacción, pero parece menos claro si sería el de una transacción judicial o extrajudicial. Desde nuestro punto de vista sería más adecuado el de una transacción judicial puesto que la realización del acto de mediación ante una institución administrativa debe otorgar una especial fuerza al acuerdo alcanzado y debe ser reconocido como título ejecutivo. Sin embargo en la actualidad no está recogido en nuestro ordenamiento esta posibilidad de forma que por el momento puede ser considerada también como una transacción extrajudicial que para tener efecto ejecutivo debe obtener la homologación judicial.

6. LA FIGURA DEL MEDIADOR

El Libro Verde se pregunta *¿qué iniciativa deberían tomar las instituciones comunitarias para apoyar la formación de los terceros? En particular, ¿cree que convendría apoyar las iniciativas dirigidas a establecer requisitos mínimos de formación con miras a la acreditación de los terceros?*

Es evidente que parte del éxito de los ADR están en la competencia de los terceros. Las partes eligen a los terceros dado que o bien los designan directamente o se someten a un órgano que se encarga de elegirlo por ellos.

Si a los jueces se les exige una formación, práctica y competencias mínimas, ¿Por qué no se les va a exigir también una formación y acreditación mínima de ciertos requisitos a los organos de los ADR?

Muchas veces, ante la falta de regulación los terceros se agrupan en una asociación que les de formación y un sistema de certificación, acreditación y evaluación periódica así como ciertos código deontológico en los que apoyar su actuación.

⁶⁶⁹ Libro Verde COM (2002) 196 in fine, pág. 34.

Desde nuestro punto de vista debería existir una cierta regulación de los requisitos mínimos para poder desempeñar la labor de los terceros en los ADR, así como acreditar ciertos aspectos de su formación y responsabilidad.

La formación que consideramos más adecuada para desarrollar estas labores de mediación son sin ninguna duda o bien un abogado o bien un técnico en consumo o persona con especial experiencia en el ámbito en cuestión. Debería asimismo acreditar una formación en técnicas de mediación para lo cual sería necesario el desarrollo de programas homologados de formación de mediadores en consumo.

El libro Verde pregunta si *¿convendría adoptar normas especiales en materia de responsabilidad de los terceros? En caso afirmativo ¿qué normas y qué papel deberían desempeñar en este ámbito los códigos de deontología?*

Consideramos imprescindible la adopción normas que regulen la responsabilidad de los mediadores en el ejercicio de su cargo así como el régimen de incompatibilidades y recusación.

Asimismo, el hecho de que la mediación se desarrolle en el ámbito público puede ser el supuesto de la comisión de alguna irregularidad en el proceso de ADR, por ejemplo, violando el principio de confidencialidad o de imparcialidad.

Es necesario determinar qué tipo de responsabilidad podría serle aplicada, si se trata de una responsabilidad civil o administrativa.

Sin embargo debemos tener en cuenta que una regulación excesivamente rigurosas podría suponer un freno a las iniciativas ya iniciadas.

ANEXO 2:
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL, NACIONAL Y
AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONSUMO Y MEDIACIÓN.

ANEXO 2:
**LEGISLACIÓN INTERNACIONAL, NACIONAL Y
AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONSUMO Y MEDIACIÓN.**

TEXTOS OFICIALES

1. EUROPA

Resoluciones

- Resolución del consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo *D.O. C155 de 6.6.2000.*
- Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la política de consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001. *DO C 206/1 de 21.7.1999.*
- Resolución del Parlamento Europeo de 14.11.96 sobre la comunicación A4-0355/96. *D.O C362 de 2.12.96.*
- Cost of Judicial Barriers for Consumers in the Single Market, Hanno von Freyhokd, Volkmar Gessner, Enzo L Vial, Helmut Wargner (Eds.), informa para la Comisión Europea (Dirección General XXIV), Zentrum für Europäische Rechtspolitik un der Univerität Bremen, octubre/noviembre de 1995. <http://www.freyvial.de/Publications/egi-2.pdf>.
- Resolución sobre el Libro Verde presentado por la Comisión relativo al acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. *DO. C128 de 9 de mayo de 1994. A-0212/94.*
- Resolución del Parlamento Europeo de 11 de marzo de 1992 sobre las exigencias en materia de protección del consumidor y salud pública para la realización del mercado interior. *DO C 94/217 de 13.4.92.*
- Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992 sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección *D.O. C 186 de 23.07.1992.*

- Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el lanzamiento de la política de protección del consumidor. *D.O. C 294 de 22.11.1989.*
- Resolución del Consejo de 30 de junio de 1988, relativa a la mejora del medio ambiente de las empresas y a la promoción del desarrollo de las empresas, en particular de las pequeñas y medianas empresas en la Comunidad. *DO. C 197 de 27.7.1988.*
- Resolución del Consejo de 4 de noviembre de 1988 relativa a la mejora de la participación de los consumidores en la normalización. *DO. C 293 de 17 de noviembre de 1988.*
- Resolución del Parlamento Europeo sobre la compensación de los consumidores. *Doc A 2-152/86. D.O C99 de 13.3.1987.*
- Resolución del Consejo de 25 de Junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia. *DO C 176 de 4.7.1987.*
- Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1986 sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes. *DO C 003 de 7 de enero de 1987.*
- Resolución del Consejo, de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Europea para la protección del fomento de los intereses de los consumidores. *D.O C167 de 5.7.1986.*
- Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 relativo al segundo programa de la CEE para una política de protección e información de los Consumidores. *D.O. C133 de 3.6.1981.*
- Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 Sobre el programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores. *D.O C92 de 25.04.1975*

Comunicaciones de la comisión

- *COM (2002) 13 final* de 18.01.2002 de propuesta de directiva relativa a la aproximación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con respecto a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los procedimientos civiles.

- COM (2002) 196 final de 19.4.2002. Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.
- COM (2002) 208 final. De 7.5.2002. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al comité de las Regiones. Estrategia en materia de política de consumidores 2002-2006.
- COM (2002) 289 final de 11.6.2002 de seguimiento del libro Verde de los consumidores en la Unión Europea.
- COM (2002) 746 final de 20.12.2002. Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía.
- *COM (2000) 689 final*. Propuesta modificada de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- COM (2001) 531 final de 2.10.2001. Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea.
- *COM (1999) 219 final*. Propuesta de la directiva del Consejo relativa a la notificación o traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.
- *COM (1998) 198 final* sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.
- *COM (1997) 157 final*, de 12.4.1997, Del Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre la Iniciativa europea de comercio electrónico.
- *COM (97) 309 final* Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor. Medidas de seguimiento de su Libro Verde sobre “Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores”.
- *COM (96) 13 final* sobre el “Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior”.
- *COM (93) 576 final*. Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la Justicia de 16.11.1993.

- *COM(87) 210 final*. Complementaria por la comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia 7.05.1987.

Otras referencias legales

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil» (2003/C85/02) de 8 de abril de 2003.
- Proyecto de Opinión de la Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos, Justicia y Asuntos interiores para la Comisión de Asuntos jurídicos y Mercado Interior sobre el Libro verde de la Comisión titulado “las modalidades alternativas de solución de conflictos ene. Ámbito del derecho civil y mercantil”. Ponente: Luís Marinho. 14 de enero de 2003. Provisional 2002/2114 (COS).
- Proyecto de Informe sobre el Libro verde de la comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de la Comisión sobre Asuntos Jurídicos y Mercado Interior. Ponente: Diana Wallis. 7 de enero de 2003. Provisional 2002/2144 (COS).
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. DO L 271 de 9/10/2002.
- Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. DO L 178 de 17.07.2000.
- Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

- Dictamen del Comité Económico y Social sobre el *Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de los litigios en materia de consumo en el mercado único*. (94/C295/01).
- Dictamen del Comité de las Regiones sobre el libro verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único.(94/ C 217/01).
- Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 20001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. DO L 109/56 de 19.4.2001. (2001/310/CE).
- Dictamen emitido el 21 de octubre de 2000, Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo.
- Reglamento “Bruselas I” (CE) nº 44/ 2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12 de 16.1.2001.
- Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. DO L 82/1 de 22.3.2001.
- Recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. DO L 109 de 19.4.2001. (2001/310/CE).
- Decisión del Consejo de 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. DO L 174 de 27 de junio de 2001.
- Reglamento “Bruselas II” (CE) nº 1347/2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental de los hijos comunes.
- Reglamento “Bruselas II bis” COM (2001) 505 final, DO C 332 E de 27.11.2001.
- Decisión nº 283/1999CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se establece un marco general para las

- actividades comunitarias en favor de los consumidores. DO L 34/1 de 9.2.1999.
- Dictamen del Comité de las Regiones sobre la “Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo”. DO C 198/56 de 17.7.1999.
 - Conclusiones de la presidencia. Consejo Europeo de Tampere. 15 y 16 de octubre de 1999.
 - Recomendación nº R(99)19 sobre la mediación en materia penal
 - Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo *D.O. L 115 de 17.4.1998. (98/257/CE)*.
 - Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. DO L 101/17 de 1/4/98.
 - Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. DO L 166 de 11/6/1998.
 - Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva (84/450/CEE sobre la publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.
 - Pregunta escrita nº 2680/92 del Sr. John Cushnahan a la comisión de las Comunidades Europeas 29 de octubre de 1992 (93/C14/98).
 - Recomendación de la Comisión del 1 de enero de 1998 nº R(98) 1 sobre la mediación familiar.
 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/40/ 17, Anexo I), Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

2. ESPAÑA

- Ley 60/2003, 23 de diciembre, de Arbitraje.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 47/2002, 19 de diciembre, reforma de la Ley 7/1996 de 15 de enero de 1996 de Ordenación del Comercio minorista, para la transposición al ordenamiento español de la Directiva 97/7 CE, en materia de contratos a distancia para la adaptación de diversas Directivas comunitarias.
- Ley 39/2002, de 28 de octubre, Transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.
- Ley 22/1994, de 6 de Julio, sobre la Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos.
- Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se regula las actividades de radiodifusión televisiva.
- RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- Ley del Deporte, 17 octubre de 1990.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad.

- Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.
- Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.
- Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del Seguro Privado.
- Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Leyes autonómicas

- Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías.
- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Ley 15/2003, de 8 de abril de la Mediación Familiar de Canarias
- Decreto 159/2003 de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.
- Ley Foral de Navarra 25/2003, de 11 de marzo, de modificación de la Ley foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.
- Ley 1/ 2001, de 15 de marzo, de mediación Familiar de Cataluña. BOE de 16 de abril de 2001.
- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia.
- Ley 6/2001, de 24 de mayo, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Extremadura.
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Ley 1/1998, de 10 de marzo, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares.

- Ley 6/1998, de 15 de mayo, Estatuto del Consumidor y Usuario de Cantabria.
- Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.
- Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León.
- Ley 8/1997, de 30 de octubre, Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Ley 4/1996, de 14 de junio, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Murcia.
- Ley 3/1995, de 9 de marzo, Estatuto del Consumidor de Castilla la Mancha.
- Ley 3/1993, de 5 de marzo, Estatuto de Consumidor de Cataluña.
- Ley 2/1987, de 9 de abril de la Generalidad Valenciana, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana.
- Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.
- Ley 12/1984, de 28 de diciembre, Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario.
- Ley 10/1981 de 18 de noviembre, Estatuto del Consumidor para el País Vasco.
- Decreto foral de Navarra, 69/1998, de 2 de marzo que regula las hojas de reclamaciones de los consumidores y usuarios.
- Decreto foral de Navarra 172/1994, de 19 de septiembre, que establece el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN TOLOSA, L.: *El acceso de los consumidores a al justicia*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 339- 355.

- *El sistema arbitral de consumo*, en (VV. AA.) *Derecho de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 366- 438.

- «Las Juntas Arbitrales de consumo, un cauce útil para solucionar los conflictos entre comerciantes y consumidores», *Revista de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia*, nº 29, 1989.

ACOSTA ESTEVEZ, J. B.: *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje. Ley 5 de diciembre de 1988*, PPU, Barcelona, 1991.

AIELLO DE ALMEIDA, M. A. y DE ALMEIDA, M.: *Régimen de mediación y conciliación: ley 24.573 concordada con el decreto reglamentario 91/98*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

- *Mediación: formación y algunos aspectos claves*, Porrua, México, 2001.

ALBACAR LOPEZ, J. L. y SANTOS BIRZ, J.: «Artículos 1809-1819», *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, segunda edición, Trivium, Madrid, 1991

ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Algunos problemas de la ley de arbitraje», en *ARAJL*, núm. 22, pág. 96.

- «El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje», *Actualidad civil*, num 5.

- «El sedicente arbitraje de las personas jurídicas», *Actualidad Civil*, nº 7, 1990.

- «La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal», *Actualidad Civil*, nº 4, 1990.

- *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. 15ª edición, José María Bosch Editor, S.A, Barcelona, 2002.

- *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. 11ª edición, José María Bosch Editor, S.A, Barcelona, 2002.

- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo XXII, Vol. 2, Artículos 1809 a 1821 del Código Civil y Ley de arbitrajes de derecho privado*, EDERSA, D.L., Madrid, 1983.

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Tomo XXI, vol. 2º, Artículos 1.709 a 1739 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1986.

ALBERT EMBUENA, V.: *El acto de Conciliación Civil. Procedimiento y Jurisprudencia (Referencia a la Conciliación Laboral)*, Ediciones Tro, Valencia, 1999.

ALFARO ÁGILA-REAL, J.: «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», en *RDM*, núm. 183-184, 1987.

- «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *R.D.B.B.*, núm. 67, 1997, págs. 839-902.
 - «Protección de los consumidores y derecho de los contratos», en *A.D.C.*, t. XLVII, fasc. II, abril-junio, 1994, págs. 305-324.
 - *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
 - «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», en *RJC*, núm. 1, 2000, págs. 9 y ss.
- ALONSO UREBA, A. (dir): *Derecho del Consumo. Normas generales, Comercio interior, contratación, Asociacionismo, Justicia y arbitraje*, Legislación. Código Sectorial. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999.
- *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento civil: conceptos generales*, en (VV. AA.) *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El mandato y la comisión mercantil*, Comares, Granada, 1997.
- *Curso de Derecho de obligaciones. El Derecho de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ MORENO, M. T.: «La mediación empresarial», en *R.D.P.*, 2000, págs 959-986.
- «Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *R.D.P.*, 1994, pág. 659.
- ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLÁN, P.: *La anulación del laudo arbitral: el proceso arbitral y su impugnación*, Comares, Granada, 1996.
- AMBROSINI, A.: *Limitio del concetto di transazione*, Cestratto dagli Annali della Università di Camerino, 1925.
- ANDRÉS CIURANA, B.: «Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)», en *Actualidad Civil* nº 3, 2001, pág. 81-116.
- ANGEL YAGÜEZ, R.: «La nueva ley de arbitraje (III): el laudo arbitral. Pronunciamiento, anulación, revisión y ejecución forzosa» en *Economist & jurist*, año 13, nº 78 (marzo 2004), págs 36-47.
- ARU: «Della gestioni d'affari» en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, de A. Sciajola e G. Branca, Roma, 1957.
- ATAZ LOPEZ, J.: *Artículo 13. Sometimiento a dictamen de conciliación*, en (VV. AA.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 2000.

AZZOLINA, U.: *La mediazione*. 2ª ed., vol. II, t. 2º, fasc. 2ª, del Trattato di Diritto Civile italiano, dirigido por Vassalli, Editorial Uniones Tipografico Editrice Tronese, Torino, 1955.

BALATE.E.: «Un procedimiento simplificado para los problemas de consumo: una experiencia piloto en Marchienne-au-Pont», en *RDC*, 1985.

BADENAS CARPIO, J. M.: *El Sistema Arbitral de Reclamaciones de consumo*, Generalitat de Valencia, Conserllería de Sanitat I Consum, Valencia, 1993.

BALLARÍN MARCIAL, A.: «La mediación», en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 46 (abril-junio) 2003, págs. 9-25.

BARONA VILAR, S.: *Diligencia Preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados*, en (VV. AA) *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

- *Disposición Adicional cuarta*, en (VV. AA.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 2000.

- *Solución extrajudicial de conflictos “alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1999.

BARRÓN DE BENITO, J. L.: *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: aspectos procesales*, Madrid, 1999.

BASABE, N. E. y CATTANEO, M. R.: «MED-ARB- cuándo, cómo y porqué-», *Documentación del Congreso Internacional de Mediación*, Italia, 2000.

BATALLA GARCÍA, A.: *Juicio de árbitros y de amigables componedores*, Bosch, Barcelona, 1945.

BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R.: *Comentarios a al Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Ed, Montecorvo, Madrid, 1977.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (VV. AA.): *Comentarios a la Ley de arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Tecnos, D.L., Madrid, 1991.

- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

- *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.

- *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista: Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del Comercio Minorista*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, A. y R.: *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.

BERIÁN, R.: *Intervención en la C.A.M. con menores en conflicto*, Documentación entregada para la clase del día 28 de marzo de 2.000 del Curso de Experto en Mediación, U.C.M.

BERNARDINI, P.: *La conciliazione: modelli de esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, EGEA, Milano, 2001.

BERNARDO SAN JOSÉ, A.: *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*, Comares, Granada, 2002.

BIANCA, M. y ALPA, G. (VV. AA.): *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della Direttiva Comunitaria del 5 aprile 1994*, Ed. Cedam, Milán, 1996.

BLANCO CARRASCO, M.: *La mediación de consumo en España. Estudio sobre la práctica de la Mediación de Consumo en España según los mediadores*, Memoria de Investigación, UNAF, noviembre 2001.

BONET CORREA, J.: «El contrato de corretaje o mediación. Comentario a la Sentencia de 3 de junio de 1950», en *Anuario de derecho Civil*, tomo IV, fasc. 4º, oct- dic. 1951, págs. 1617-1628.

- «El corretaje o mediación (Conclusiones críticas a la obra de Azzolina)» en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo XII, abril-junio, 1950, págs 305-336.

- «La mediación. (A propósito de la obra de Luigi Carraro)» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo V, 3, 1952. págs 1056- 1064.

- STOLFI, FIORIENTINO, D'ONOFRIO Y FRAGALI: *Mediazione, deposito, contro corrente, contratti bancari, sequestro convenzionale, comodato, mutuo, en Delle obbligazioni* (art.s 1754-1860). Libro cuarto del Comentario del Codice civile a cargo de SICALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1953, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 57 (julio-septiembre), 1955, págs. 228-231.

BONET RAMÓN, F.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944» en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pág. 799-801.

BONET NAVARRO, A. (VV. AA): *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BOULLE, L.: *Mediation: principles, process, practice*, Butterworths, Durban, 1997.

BOURGOIGNIE, T.: *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Departamento de comercio, consumo y turismo, Vitoria, 1994.

BROWN, H.J. y MARRIOT, A.L.: *ADR principles and practice*. Sweet & Maxwell, London, 1993.

BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, D. J.: «*Mediación y derecho, encuentros y desencuentros*», Congreso internacional, Barcelona, 1999.

BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, D.L., Elcano (Navarra), 2001.

CABALLO ANGELATS, L.: *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, José María Bosch, Barcelona, 1997.

CAIRÓS BARETO, D.M.: *Contratos de mediación laboral y agencia mercantil. Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones*, EDT, Valladolid, 2004.

CALVO SÁNCHEZ, M. C.: *El Proceso Penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral*, en (VV. AA.) *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

CANDIL CANO, M. L.: «El sistema arbitral de consumo», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 236 (abril-junio) 2000, págs. 637-662.

CARNELUTTI: «La transazione e un contratto?», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1953, tomo VIII, págs 185-190.

CARPI PEREZ, J de.: *El colegio arbitral y las partes del proceso arbitral de consumo*, en (VV. AA.) *El Sistema Arbitral de Consumo. Cometarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, dirigido por QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A., Aranzadi, Pamplona, 1997.

CARRARO, L.: *La mediazione*, Cedam, Paidova, 1960.

CARRERAS LLANSANA, J.: «La solución de conflictos», *Seminario sobre el régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional, Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional*, Centro de Estudios comerciales, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1981, págs. 319- 340.

CASA BAAMONTE, M. E.: *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el derecho español*, en (VV. AA.) *Solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Fundación SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, Madrid, 1999.

CASAS VALLES, R.: *Comentario al artículo 31*, en (VV. AA.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922», en *R.D.P.*, 1923, pág 26.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *La ejecución de títulos judiciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CAUNE, J.: *Pour une ethique de la mediation. Le sens des pratiques culturelles*. Saint-Martin-d'Herès : Presses Universitaires de Grenoble, 1999.

CHARLTON, R.: *The mediator's handbook*, LBC information Services, Sidney, 1995.

CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F. : «Valoración crítica de a Nueva Ley de Arbitraje» en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 99 (segunda época) enero 2004, págs 55-75.

CHULIA VICENT, E.: «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *RGD*, num. 68 (mayo 2000), pág. 6143 y ss.

CLEMENTE MEORO, M.: *La contratación electrónica*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 181-201.

CLEMENTE MEORO, M. y CAVANILLAS MUGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en internet*, Comares, 2003.

CONSTANTINO, C. A. y SICKLES MARCHANT, C.: *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos. Una guía para crear organizaciones productivas y sanas*, Granica, Barcelona, 1997.

CORBAL FERNÁNDEZ, J.: *Artículos 1809- 1819*, en *comentario del Código Civil*, SIERRA GIL de la CUESTA, I. (coordinador), tomo VIII, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 73-153.

CORDON MORENO, F.: *Código de Arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (VV. AA): *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Colex, 2ª Edición, 2.000.

CORTES DOMINGUEZ, V. (VV. AA.): *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001.

CORTI ACOTA, G. y FACELLI NÚÑEZ, M. T.: «La experiencia uruguaya en materia de mediación y conciliación». <http://www.fd.unl.pt/umac>

CORTINA, A.: «Ética del Consumo», en *El País*, Jueves 21 de enero de 1999.

CREMADES, B.Mª.: «El convenio arbitral» en *Diario La Ley*, nº 5754, Viernes 4 de abril de 2003.

CREMADES. B.Mª. y JA CAIRNS, D.: «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores» en *Diario La Ley*, nº 5538, martes, 7 de mayo de 2002.

CRUZ VILLALÓN, J.: *La resolución privada de los conflictos relativos a la negociación colectiva*, en (VV. AA.) *Solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Fundación SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, Madrid, 1999.

DE CASTRO: «El arbitraje y la nueva “lex mercatoria”», *A.D.C.*, 1979.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I.: *Derecho Procesal civil. El proceso de Declaración. Conforme a la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A, Madrid, 2000.

DE LEÓN ARCE, A.: *Derechos de los consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DEL BARRIO I GAUXACH, J. A.: *La mediación en el ámbito del Derecho Penal*, Jornadas Internacionales de Mediación Familiar, Madrid 23, 24 y 25 de noviembre de 2.000. Pág. 3.

DIAZ ALABART, S. y GÓMEZ LAPLAZA, M.: «Responsabilidad civil por productos defectuosos», *Actualidad Civil*, nº. 257, 19-25 de junio de 1995, págs.519-544.

DIAZ ALABART, S.: «El arbitraje de consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo)», en *Estudios sobre Derecho de Consumo*, Bilbao, 1994.

- *Tribunales Arbitrales de consumo. Estudios sobre el Derecho de consumo*, Bilbao, 1991.

- *Comentarios al artículo 10 L.C.M.*, en (VV. AA.) *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinado por PIÑAR MAÑAS, J. L. y BELTRÁN, E., Civitas, Madrid, 1997, págs. 95-104.
 - *Actuación española en relación con la Directiva Comunitaria de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores*, en (VV. AA.) *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della Direttiva Comunitaria del 5 aprile 1994*, coordinado por BIANCA, M. y ALPA, G. Ed, Cedam, Milán, 1996.
 - *Comentario al artículo 10.1.c) L.C.U.*, en (VV. AA.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ, J., Civitas, Madrid, 1992, págs. 246-312.
 - «Apuntes sobre el arbitraje de consumo. Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo», en *Actualidad Civil*, nº5, 1996, págs. 103-125.
 - *Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el art. 19 de la LORPM*, en (VV. AA.) *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina y Dykinson, S.L., Madrid, 2001, págs. 79-100.
- DÍAZ REGAÑÓN- ALACALÁ. C.: *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000.
- Diccionario Trivium de Derecho y Economía*, Trivium, S.A. Madrid, 1998.
- DÍEZ- PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*. Tecnos, undécima edición, Madrid, 2003.
- *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*. Tecnos, novena edición, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.
- *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Fundación BBV: Civitas, Madrid, 1996.
 - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol I, 4ª ed., Madrid
 - *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1991.
- DE CASTRO, F: «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», en *ADC*, III, 1950, pags. 1133 y ss.
- DUFFY, K. G.: *La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona, 1992.
- EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 1998
- ESPÍN CANOVAS: «La cláusula contractual en las obligaciones contractuales», en *R.D.P.*, 1946.

- ETIENNE LE ROY. <http://www.aeds.org/congreso6/6congre-12.htm>
- FENECH: «El arbitraje», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, (Barcelona), nº 3.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: «Globalización, ética y gobierno corporativo: Hechos e Ideas», en *El Mundo*, Domingo 14 de diciembre de 1999.
- FERNANDEZ GIMENO, J. P. y TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección de los intereses económicos y sociales*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 110 a 141.
- FERNANDEZ GIMENO, J. P.: *El derecho a la representación, consulta y participación* en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 319-336.
- FERNANDEZ MASÍA, E.: «Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea» en *Estudios sobre Consumo*, 2001, nº 56.
- FESTI, F.: *La clausola compromissoria. Colección Università degli Studi de Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Studi di diritto privato*, Giuffrè, Milan, 2001.
- FREUD, J.: *Sociologie du conflict*, PUF-Presses Universitaires de France, Paris, 1983.
- FRIED SCHNITMAN, D.: *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Paidós, Buenos Aires, 2000.
- FORTÚN, A.: «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (II): el arbitraje on line» en *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, nº 78 (diciembre 2003), pág. 32- 38.
- «La nueva ley de arbitraje: aspectos relacionados con el arbitraje on line» en *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, nº 81 (marzo de 2004), pags. 30-31.
- FUKUYAMA, F.: «El Orden Global», En *El Cultural* de 20/2/2000.
- FULLEDA, A.: *La mediación familiar como cambio social*, documentación del Congreso de Valencia, 22 y 23 de abril de 1999.
- FURNO: «In torna alla natura della transazione», en *Revista de Derecho civil*, 1950.
- GARCÍA BERNAL, J.: «La ley de mediación al día» en *Actualidad Aseguradora*, Suplemento nº 28, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. *Curso de Derecho Administrativo. I*, Civitas. S.A., Madrid, 1995.
- GARCIA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA PELIGERO, C. y MAINAR ENE, M. P.: *La solución transaccional: análisis de sus posibilidades*, Técno, Madrid, 1998.
- GARCIA-VALDECASA Y ALEX, F.J.: *La mediación inmobiliariaria. La mediación. Agentes de la propiedad inmobiliaria: terminología; señas de identidad; contrato de mediación, protección inmobiliaria, su problemática y la de la mediación en general*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998,
- GARCÍA VILLA, M.: *El objeto del proceso en materia de consumidores y usuarios: pretensiones ejercitables y acumulación de acciones en la Nueva Ley de Enjuiciamiento*

Civil 1/2000, en (VV. AA.) *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARRIDO COUREL, B.: «El acceso de los consumidores a la justicia» en *Diario La Ley*, número 5601, Lunes 19 de agosto de 2002.

GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GIMENO SENDRA, V.: (VV. AA.): *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Colex, 2ª Edición, 2.000.

GIORDANO, G (VV.AA.): *Il contratto di agenzia. La mediazione*, Seconda edizione. Tomo I y II. UTET, Torino, 1993.

GOMEZ JENE, M.: «Primeras reflexiones en torno al proyecto de ley de arbitraje» en *Diario La Ley*, nº 5874, Lunes 20 de octubre de 2003.

GOMEZ LAPLAZA, Mª C.: «Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores», en *Reforma del Derecho privado y protección del consumidor*, 1993.

- *Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en el Unión Europea*, en (VV. AA.) *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina y Dykinson, S.L., Madrid, 2001, págs 135-163.

GOMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Madrid, 1979. *Derecho Procesal civil, Apéndice. La reforma del Proceso Civil por Ley de 6 de agosto de 1948*, Madrid, 1985.

GONZALEZ CANO, Mª I.: *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

GONZALEZ MALABIA, S.: *Competencia territorial y consumidores o usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, en (VV. AA.) *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GONZALEZ-CAPITEL MARTINEZ, C. M.: *Manual de Mediación*, Atelier, Barcelona, 1999.

GUASP DELGADO, J. (VV. AA.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Madrid, 1943.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Tratado práctico y crítico de derecho civil. Tomo XLIII, contratos sobre litigios. Vol. 2. La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.

- «La transacción», en *Tratado práctico y crítico del Derecho Civil*, Tomo 43, vol II, Madrid, 1964.

GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P.: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.

HAYNES, J. M. *Fundamentos de la mediación familiar*, Gaia, Madrid, 1995.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Recuso de anulación contra los laudos arbitrales: estudio jurisprudencial*, EDERSA, D.L., Madrid, 1991.

- «La nueva ley de arbitraje (I)», en *Economist & jurist*: año 13, nº 78 (marzo 2004), págs 22-24.
- HERNÁNDEZ GIL, F. (VV. AA.): *Comentarios del Código Civil*, Tomo 7, Art. 1315 al 1789, Coordinados por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, S.A., Barcelona, 2000, págs., 905- 911.
- HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 2000.
- IRVING, H. y BENJAMIN, M.: *Family Mediation: contemporary sigues*, Sage, Thousand Oaks, 1995.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, octava edición, Madrid, 2003.
- JORDANO BAREA, J. B.: «Contratos mixtos y unión de contratos» (Comentario a la sentencia del Tribuna Supremo de 27 de febrero de 1950), *ADC*, 1951, págs., 321-339.
- JORDANO FRAGA: «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», en *ADC*, 1991, págs., 5-96.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «La gestión de negocios ajenos sin mandato», *RCDI*, 1975, pág. 256.
- (VV. AA.): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid, 2003.
- (VV. AA.) *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen segundo. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2002.
- LASALA, M.: «Nueva ley de arbitraje: principales novedades», en *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, nº 81 (marzo 2004), págs 24-29.
- LAZARO PEREZ, J.: «Los contratos de mediación» en *Estudios de Derecho Privado*, Vol II. Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, pág. 192.
- LEÓN ALONSO, J.R.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Tomo XXI, vol. 2º, Artículos 1.709 a 1739 del Código Civil*, Dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, EDESA, 1986.
- LETE DEL RIO, J. M.: «Arbitraje de consumo», en *Actualidad Civil*, nº 30, 1998, págs. 709-748.
- LLANEZA GONZALEZ, P.: *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona, 2000.
- LLEDÓ YAGÜE, F.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad» en *Actualidad Civil*, nº 10, 4 al 10 de marzo de 1996, págs., 217-233.

LINARES NOCI, R.: *Poder y mandato (problemas sobre su irrevocabilidad)*, Colex, Madrid, 1991.

LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares: régimen jurídico*, Universitat de les Illes Balears, Assaigs Jurídics, 7, Pamplona, 2002.

LOPEZ BARBA, E. M^a.: *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Laborum, D.L., Murcia, 2001.

LOPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos, Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José M^a Bosch, S.A., Barcelona, 1994.

LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Dykinson, Madrid, 1994.

LORCA NAVARRETE, A.M.: «Algunas propuestas sobre le tratamiento metodológico del convenio arbitral en el proyecto de ley de arbitraje», en *Diario La Ley*, nº 5921, Viernes 26 de diciembre de 2003.

- «Algunos apuntes metodológicos sobre el proyecto de Ley de arbitraje» en *Diario La Ley*, nº 5904, Lunes 1 de diciembre de 2003.
- «El uso de la videoconferencia en el arbitraje», en *Diario La Ley*, nº 5839, 1 de septiembre de 2003.
- «La responsabilidad del árbitro en el arbitraje de consumo» en *Estudios sobre consumo*: año 17, nº 67 (2003) págs., 57-63.
- «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje» en *Diario La Ley*, nº 5656, 15 de noviembre de 2002.

LUCAS MAS, C.O.: «La mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario estadounidense. Especial referencia a las actuaciones del IRS (Internal Revenue Service)», en *Revista de Derecho financiero y hacienda pública*, vol 53, nº 269 (sept.-dic., 2003), págs., 603- 625.

LUNA SERRANO, A.: «Ineficacia de la transacción», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXII, págs., 107-150.

MAGGILOLO, W.A.: *Techniques of mediation*, Oceana Publications, New York, 1985.

MAJO, A di: *Codice Civile. Con la costituzione, il trattato C.E.E. e le principali norme complementari*, Dott. A. Giuffré Editore, Ottava edizione, Milano, 1994.

MALARET, J. *Manual de negociación y mediación. The Harvard euronegotiation proyect: negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos: textos y casos*, Colex, Madrid, 2000.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.: *La regulación del comercio electrónico: totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del Comercio minorista*, Dykinson, Madrid, 2003.

MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español, t. XI*, 6ª edición, Reus, S.A. Madrid, 1972.

MARCO SAAVEDRA, A.: *La comparecencia preparatoria del Juicio de Menor Cuantía*, en (VV. AA.) *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

MARLOW, L. *Mediación familiar: una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Granica, Barcelona, 1999.

MARTÍN CASALS, M.: *La Mediación Familiar en el Derecho Comparado: algunas propuestas de regulación en España a la luz de las tendencias europeas*, Ponencia de las Jornadas Internacionales organizadas por la UNAF, Madrid, Noviembre 2.000.

MARTINEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil: (novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisaria en el arbitraje civil*, Civitas Monografías, Civitas, Madrid, 1991.

MARTORELL ZULUETA, P.: «Las condiciones generales de la contratación» en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 247-273.

MATEO TEJEDOR, M.: *La actividad arbitral de la administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1998.

MENDEZ MÉNDEZ, A. y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (VV. AA.): *Comentarios a la Ley sobre condiciones general de contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

MENDEZ PINEDO, E.: *La protección de los consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 1998.

- *La solución de litigios de consumo “El talón de Aquiles de la Unión Europea”*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2001.

MERNO MERCHAN, J. F.: «El pacto de arbitraje en el comercio electrónico», en *RCE: Revista de la Contratación Electrónica*, nº 25 (marzo) 2002, págs. 3-24.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*. Buenos Aires. 1955 (trad. Santiago Sentis Melendo), tomo VI, págs., 65-75.

MILIA, F. A.: *El conflicto extrajudicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

- *El conflicto: análisis estructural*, Centro Nacional, Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 1985.

MILLAN GARRIDO, A.: «Introducción al estudio del Corretaje», Sección doctrinal de *RGD*, 1987, pág. 693-735.

MOLINER, M.: *Diccionario de Uso del Español*, Editorial Gredos, Madrid, 1981.

MONTERO AROCA, J. (VV. AA.): *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONTES PENADES, V. L.: «El contrato de transacción», en (VV. AA.) *Derecho de obligaciones y contratos*, coordinado por VALPUESTA FERNANDEZ, M. R., tercera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 841-849.

MONTOYA PEREZ, G.: *La mediación en la legislación colombiana*, Documentación del Congreso Internacional de Mediación, Italia, 2.000.

MOORE, C.: *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

MORILLO GONZALEZ, F.: «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción con otras figuras jurídicas afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», *Aranzadi Civil*, nº 1, 1999, págs 1619-1635.

MUERZA ESPARZA, J. J.: *Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo*, en (VV. AA.) *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, Pamplona, 1997. pág. 69.

MUNNÉ CATARINA. F.: *La Administración del Arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Aranzadi. S.A., Elcano (Navarra), 2002.

MUNUERA GÓMEZ, P.: *Mediación en Salud: conceptos claves y marco jurídico relevante*, Documentación entregada en el Curso de Experto en Mediación, UCM, 1999-2000.

MUÑOZ SABATE, L.: *La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas*, en (VV. AA) *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

NAVARRO VILARROCHA, P.: «El corretaje de los bienes Inmuebles» en *Revista General de Derecho*, Sección práctica, año XXXVII, núms., 442-443, julio-agosto 1981, págs 877-883.

NEGRÓN MARTÍNEZ, M. E.: «La mediación y administración de justicia en Puerto Rico» en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-07.html>

O'CALLAGHAN, X.: «El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de siembre de 1988» en *Actualidad Civil*, nº 1 1989.

OGAYAR AYLLÓN, T. (VV.AA.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXII, volumen 2, Artículos 1809 a 1821 y Ley de Arbitrajes de derecho privado*, dirigido por ALBALADEJO, M., Edersa, S.L., Madrid, 1979.

ONDARZA ZUBIETA, I.: *Resolución informal de conflictos de consumo. Un estudio comparativo entre Vitoria-Gasteiz y Turku (Finlandia)*, Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, Vitoria, 1996.

ORMAZABAL SANCHEZ, G.: *La ejecución de los laudos arbitrales: el laudo como título ejecutivo*, José María Bosch, Barcelona, 1996.

ORTEGA DOLZ, P. y DE SANDOVAL, P. X.: «El calvario de los consumidores» en *El País*, domingo 30 de noviembre de 2003, pág. 28 sociedad.

ORTELLS RAMOS, M.: «Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a los consumidores», en *Directiva, Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, nº1, 1990.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: *La Mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del derecho de familia)*, documentación del Congreso de Valencia, 22 y 23 de abril de 1999.

- «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I), El Libro Verde de la U.E.», en *IURIS: actualidad y práctica del Derecho*, nº 77 (noviembre 2003), págs. 42-43.
- *La exigencia legal de la aprobación judicial de los acuerdos en mediación familiar*, Documentación de las *Jornadas Internacionales sobre mediación familiar*, UNAF. Noviembre de 2.000.

PAGADOR LOPEZ, J. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales predispuestas. Ley de condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Madrid, 1999.

PALAO MORENO, G.: *La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 37-52.

PASCUAL SERRATS, R.: *La intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos en los consumidores y usuarios*, en (VV. AA.) *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.

- *La gestión de negocios ajenos. Estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español*, Montecorvo, S.A., Madrid, 1986.

PAU, A. y CURIEL, F.: *Artículo 13. Sometimiento a dictamen de conciliación*, en (VV. AA.) *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigido por MÉNDEZ MÉNDE. A. y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., Civitas, Madrid, 2002.

PAZ LLOVERAS, E. y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (coord. Científico). *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España. Proyecto i+Confianza: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales Off-Line y On-Line de Solución de conflictos para Entornos de Comercio Electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria*, AENOR, Madrid, diciembre 2002.

PECES MORANTES, J.: *La comparecencia en el juicio de menor cuantía y su significado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

PEDRAZ PEÑALVA, E.: *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

PEDRIGUERO BAUTISTA, E.: *Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral*, en (VV. AA.) *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

PEINADO GARCÍA, J. I.: *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, Civitas, Madrid, 1996.

PELÁEZ, F. J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial. S.A., Barcelona, 1987.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M.: *El arbitraje, la conciliación, los modos anormales de terminación del proceso (el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la*

transacción, la caducidad). *Textos legales, comentarios y formularios*, Comares, Granada, 1991.

PERALES VISCASILLAS, P.: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley concursal 22/2003» en *La Ley*, año xxv, núm. 6035, junio, pág. 200.

PICOTTI, L.: *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, Padova, 1998.

PRATS ALBENTOSA, L.: *El crédito al consumo*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 211-245.

POLO, E.: *La protección del consumidor en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980.

- *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid, 1990.

PUIG BRUTAU: *Fundamentos del Derecho civil II*, 2º, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982.

QUINTANA CARLO, I.: *El acceso de los consumidores a la justicia como problema*, en (VV. AA.) *Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1997.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000.

REDORTA LORENTE, J.: *Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica*, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar en Valencia, abril de 1999.

REGLERO CAMPOS: *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991.

REQUENA, M.: *Propuestas del Consejo de Europa sobre formación y uso de la mediación. Jornadas de mediación para la ruptura de la pareja*, ATYME, Madrid, 24 y 25 de septiembre de 1999.

RETUERTO BUADES, M.: *Mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito sanitario: soluciones que aportan. La perspectiva de los consumidores y usuarios*, AEDS, <http://www.aeds.org/congreso6.htm>.

REYES LOPEZ, M. J.: *Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios (sentencias sistematizadas)*, Editorial práctica de Derecho D.L., Valencia, 1995.

- *El Derecho de protección a los consumidores y usuarios en el ámbito estatal*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 27-33.

- *El derecho a la información*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 277-291.

- *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 519-528.

RIBAT TREPAT, C.: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, José María Bosch, Barcelona, 1997.

RIPOLL MILLET, A.: *Separació y divorci: la mediació familiar*, Centre d'Estudis Jurídics i formació especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, Col·lecció Justícia i Societat, nº 13. 1994.

RIVIÈRE, M.: «Manuel Castells. El maestro de la Aldea global», En *El País Semanal*. Suplemento, pág. 12.

ROCA MARTÍNEZ, J. M.: *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, Bosch, 1992.

RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad Inmobiliaria*, Aranzadi, Navarra, 2000.

RODRIGUEZ VALCARCEL, F.: «Comentario a la sentencia de 1 de junio de 1957 del Juzgado de Primera Instancia de Madrid», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, págs 949-958.

ROQUET A BUI, R.: «Naturaleza y eficacia jurídica de los acuerdos logrados en sistemas de resolución Extrajudicial de conflictos laborales», en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, nº 61, 1er trimestre, 2001.

ROSSNER, D. (VV. AA.): *La mediación penal*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Etudis Jurídics i formació Especializada, Barcelona, 1999.

RUBIO DE LA TORRE.: «La protección del consumidor: su marco legal. Especial referencia a la ley 7/ 1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, 2000, pag. 305 y ss.

RUBINO SANMARTANO: *L'arbitrato internazionale*, Padova, 1989.

RUIZ DE GORDEJUELA LOPEZ, L.: *La transacción*, en (VV. AA.) *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

SABATER MARTÍN, A.: «La renuncia al arbitraje pactado» en *Diario La Ley*, nº 5309, miércoles 16 de mayo de 2001.

SALA FRANCO: *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill. 3ª ed. Madrid., 1998.

- *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. II. Vigésima cuarta edición, McGraw Hill, Madrid, 2002.

SANPONS SALGADO, M.: *El mandato*, Anfora, D.L., Barcelona 1964.

- *El contrato de corretaje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

SCHITMAN, D. F.: *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Granica, Barcelona, 2.000.

SEBASTIÁN CHENA, V. J.: «Mediación y Justicia penal», *Otrosí*, Mayo, 1999.

SEGAL, R.: *Acuerdos preventivos extrajudiciales. Análisis y metodología de superación de crisis empresariales*, Habledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

SEIJAS QUINTANA, J. A.: *Mediación, Jueces y Leyes*, Documentación del Congreso Internacional de Barcelona, 1999.

SOLE RESINA, J.: *Arrendamiento de obras y servicios: perfil evolutivo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SOLE RESINA, J.: *Los Contratos de servicios y de ejecución de obras: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, 1997.

STAMPA CASAS, G.: «Motivos y propuestas para la reforma de la ley de arbitraje» en *Diario La Ley*, nº 5785, miércoles 21 de mayo de 2003.

STOLFI. M.: «Mediazione», en *Comentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e O. Branca*, libro cuarto: «Delle Obligacioni» (arts 1754-1812), 2º ed, Nincola Zanichelli, Ed, del foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, págs 1-64

SUARES, M.: *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

SUAREZ ROBLEDANO, J.M. (VV.AA.): *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Editorial Colex, Madrid, 2003.

TAMAYO CARMONA, J.A.: «Precontrato y contrato bajo condición suspensiva», Comentario a al Sentencia del T.S. de 24 de Julio de 1998 (RJ 1998,6393), en *Revista de Derecho Patrimonial*, año I, nº 2 (1999) págs, 185-191.

TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

TRIGO GARCÍA, M. B.: «La remuneración del prestador de servicios. Criterios de determinación», en *Actualidad Civil*, 2000, pág. 577 y ss.

- *Contratos de servicios, Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

URIA, R. y MENÉNDEZ, A (VV. AA.): *Curso de Derecho mercantil II. La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación.*, Civitas, Madrid, 2001.

URIA, R.: *Derecho mercantil*, vigésimo octava edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 720.

VALBUENA GONZALEZ. F.: «La intervención de los juzgados de lo mercantil en materia de arbitraje» en *Actualidad jurídica Aranzadi*, Año XIV, nº 618, págs, 1-8.

VARELLI, C.: *La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953.

VARONA MARTINEZ, G.: *La mediación reparadora como estrategia social: una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, Madrid, Dijusa, 2003.

VERDA Y BEAMONTE, J. R. de: «El régimen de conformidad y garantía de los productos y servicios» en (VV. AA.) *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs., 445-478.

VICARIO ZEARSOLO, F.: *Manual de Consumo. Aspectos jurídicos, institucionales, sociológicos y económicos*, Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz en colaboración con la Dirección de Consumo del Gobierno Vasco, Vitoria, 1992.

VICENT CHULIA, F.: *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, 16ª edición, Valencia, 2003.

- «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *RGD*, num. 68 (mayo 2000), pág. 6143 y ss.

VIGURI PEREA, A.: *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión: análisis comparado del derecho angloamericano (tratamiento especial del derecho norteamericano)*, Comares, Granada, 1995.

- *Los Tratos Preliminares: Las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales: Análisis del derecho norteamericano y británico. Impacto en otros ordenamientos jurídicos. Método del caso*, PPU, Barcelona, 1994.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares» en *La Ley*, Martes 9 de Mayo 2000.

VV. AA.:

- *Comentarios a la L.C.U.*, coordinados por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNANDEZ, J., Civitas, Madrid, 1992.
- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, 2000.
- *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 36/1998, de 5 de diciembre*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Tecnos, D.L. Madrid, 1991.
- *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.
- *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1991.
- *La tutela de los consumidores y usuarios en al Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «*El abogado y la mediación familiar*», Documentación entregada en el *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, 1999.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm

<http://inter-mediación.com/arbitrajeconsumo.htm>

<http://www.aeds.org/congreso6/6congre-12.htm>

<http://www.justice.gouv.fr/presse/com091001.htm>

<http://www.legal.coe.int/civilandcommercial>

<http://www.nccusl.org>

<http://www.sernac.cl/faq.asp>

<http://www.Streitschlichtung.nrw.de>

<http://www.freyvial.de/Publications/egi-2.pdf>. Cost of Judicial Barriers for Consumers in the Single Market, Hanno von Freyhokd, Volkmar Gessner, Enzo L Vial, Helmut Wargner (Eds.), informa para la Comisión Europea (Dirección General XXIV), Zentrum für Europäische Rechtspolitik un der Univerität Bremen, octubre/noviembre1995.

ISBN 84-96450-01-5



9 788496 450011

INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
Principe de Vergara, 54 28006 MADRID
www.consumo-inc.es