

## Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español.

### General ADR considerations in Spanish Law.

Laura Vázquez Gómez-Escalonilla

Fecha de Presentación: febrero 2016. Fecha de Publicación: abril 2016.

#### Resumen.

ADR es el acrónimo en inglés de Alternative Dispute Resolution, lo que en español son los MASC, o lo que es lo mismo, Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Los MASC que existen para gestionar disputas cubren una diversa gama desde la evitación del problema por las partes, hasta la posibilidad de que otra persona –tercero ajeno al conflicto- decida la solución que ponga fin a la controversia. La mejor justicia es aquella a la que llegan las partes por sí mismas. En este trabajo, tras una introducción explicativa de qué son los MASC y para qué se usan, se explicará cuándo las partes podrán someterse a éstos métodos, esto es, dependiendo de la disponibilidad o no del asunto objeto del conflicto en relación con la importancia del principio de la autonomía de libertad de las partes; y los modos de intervenir y la necesidad de la imparcialidad del tercero designado para seguir el procedimiento. Adentrándonos en los MASC, se abordará un estudio de los sistemas autocompositivos, comenzando por el método en el que las partes se encuentran más unidas, esto es, con la negociación, siguiendo con la mediación y la conciliación. Posteriormente se definirá la transacción ya que cuando las partes llegan a un acuerdo éste podrá llevarse a cabo de forma de transacción; y, por último, dentro de los sistemas heterocompositivos se comenzará analizando el arbitraje, donde las partes se encuentran mucho más distanciadas que en los otros MASC enumerados y donde tiene gran importancia el efecto de cosa juzgada que produce el laudo que pone fin a la controversia. Añadir, como aclaración, que este efecto de cosa juzgada, como veremos, marca también una gran diferencia entre el arbitraje y el resto de MASC.

## Abstract.

ADR is the English acronym of Alternative Dispute Resolution, which in Spanish are MASC, or what is the same, “Métodos Alternos de Solución de Conflictos”. ADR that exist to manage disputes covering a diverse range from avoidance of the problem by the parties to the possibility that another stranger to conflict solving decides to end the dispute. The best justice is that which the parties reach themselves. In this report, after an explanatory introduction of what is ADR and what it is used, it will be explain when the parties may submit to these methods, namely, depending on the availability or not of the subject matter of the dispute, regarding the importance of the principle of party autonomy; and the ways to intervene and the necessity of the third party impartiality designated to follow the procedure. Getting into ADR, the workshop will deal with consensual processes, starting with the method in which the parties are more united, namely, negotiation, followed by mediation and conciliation. Then transaction will be defined as when parties reach an agreement may be carried out in a transaction; and finally, the study of hetero-compositive approaches will begin analyzing the arbitration, where parties are much further apart than in the other ADR listed and which has great importance the res judicata effect produced by the award that ends the dispute. Add, for clarification, that this effect of res judicata, as we shall see, also marks a big difference between arbitration and other ADR.

## Sumario

### INTRODUCCIÓN.

- I. LA EXISTENCIA DE UN EQUIVALENTE JURISDICCIONAL AJENO AL PODER JUDICIAL DEL ESTADO: LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC/ADR) Y LA TRANSACCIÓN.
  - A. La aparición de los MASC como alternativa a la Administración de Justicia.
  - B. La autonomía de la voluntad como condición sine qua non de los MASC.
  - C. Clases de MASC: sistemas autocompositivos y sistemas heterocompositivos.
  - D. Otra clasificación de los MASC.
  - E. Las cláusulas “escaladas”.
- II. LA DISPONIBILIDAD DEL ASUNTO POR LAS PARTES Y LA INTERVENCIÓN DE TERCERO IMPARCIAL.

- A. Las materias disponibles por las partes.
- B. La intervención de tercero imparcial: distinción del tercero neutral en la conciliación, la mediación y el arbitraje.

- a) El mediador: su estatuto.
- b) El conciliador.
- c) El juez avenidor.
- d) El árbitro.

### III. SISTEMAS AUTOCOMPOSITIVOS Y TRANSACCIÓN.

#### A. La negociación.

- a) Marco conceptual: la negociación en el manejo de conflictos y el pacto de negociar.
- b) Características de la negociación.
- c) Clases de negociación.
- d) La negociación y otros MASC.

#### B. La mediación.

- a) Marco conceptual: la mediación y sus rasgos esenciales.
- b) Momento de la mediación: su inicio.
- c) Características: efectos obligacionales del pacto de mediar y los principios informadores de la mediación.
- d) La mediación como intervención a la negociación.
- e) Formas de terminar la mediación.
- f) La mediación y otros MASC.

#### C. La conciliación.

- a) Marco conceptual.
- b) Momento de la conciliación.
- c) La conciliación y otros MASC.

#### D. La transacción.

- a) Marco conceptual: la finalidad de la transacción.
- b) Caracteres.

- c) Dos formas de celebración: la transacción judicial y extrajudicial.
- d) La transacción y otros MASC.

E. El acuerdo.

- a) Lo acordado por las partes no es por sí solo título ejecutivo.
- b) El acuerdo de la negociación.
- c) El acuerdo de mediación.
- d) Lo convenido en conciliación.
- e) El acuerdo de transacción.

IV. SISTEMAS HETEROCOMPOSITIVOS.

A. El arbitraje.

- a) El arbitraje, ¿MASC?
- b) El convenio arbitral.
- c) Las partes deciden cómo será el procedimiento arbitral.
- d) El laudo arbitral.
- e) El arbitraje y otros MASC.

B. La jurisdicción.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

**Palabras clave**

MASC, ADR, arbitraje, mediación, negociación, conciliación, transacción, cláusulas escalonadas.

**Keywords**

MASC, ADR, arbitration, mediation, negotiation, conciliation, transaction, staggered terms.

## INTRODUCCIÓN.

Como señala Díez-Picazo: “La ciencia del derecho es una ciencia de resolver litigios. El litigio es el fenómeno jurídico patológico. Y el derecho es la ciencia o el arte de curar litigios”.<sup>1</sup> Cuando dos personas tienen diferentes percepciones acerca de un determinado tema, aspecto o problema y se necesitan mutuamente para solucionarlo, hablamos de la existencia de un conflicto. Existen diferentes medios de gestionar o resolver un conflicto, cuando las partes desean mantener o continuar la relación de intercambio. Así, éstas pueden intentar gestionar el conflicto de forma individualizada, conjuntamente, o recurriendo a una tercera parte. ADR es el acrónimo en inglés de Alternative Dispute Resolution, lo que en español son los MASC o, lo que es lo mismo, Métodos Alternos de Solución de Conflictos, tales como la negociación, conciliación, la mediación, el arbitraje y la transacción.

Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (en adelante MASC) son sistemas de gran tradición en los países anglosajones y que han ido adquiriendo cada vez más popularidad e importancia en la gran mayoría de países. Un ejemplo de ello es el caso de España, gracias a la aprobación de dos cuerpos legales muy importantes que regulan algunos de estos MASC, como son la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante LM) y la Ley 60/2003, de Arbitraje de 23 de diciembre (en adelante LA). Por medio de los MASC se trata de promover el hecho de que acudir a los tribunales judiciales por las partes sea el último recurso para resolver una controversia surgida entre ellas. A través de éstos MASC se busca promover soluciones más eficaces, acudiendo a procedimientos que se desarrollan de forma más ágil y menos costosa en comparación con la justicia tradicional.

De ahí deviene la vital importancia del estudio de este trabajo ya que en muchas ocasiones las partes, desconedoras de las garantías que ofrecen los MASC, acuden a la jurisdicción ordinaria para resolver sus conflictos, a través de procedimientos agotadores, costosos y que se dilatan innecesariamente en el tiempo. La existencia de los MASC es de suma importancia y, aun conociéndolos, es posible que las partes realmente no sepan a qué método acudir en caso de conflicto, ya que todos ofrecen una alternativa clara: no acudir a los tribunales de justicia, pero en esencia lo realmente importante es saber distinguir qué te ofrece cada MASC, cuáles son las ventajas e inconvenientes de cada uno, qué factor hay que tener en cuenta a la hora de elegir entre resolver el conflicto a través de un método u otro y qué efectos tendrá la elección de un determinado MASC sobre el acuerdo o resolución que se alcance.

---

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y PONCE DE LEÓN, L.: El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Bosch, Barcelona, 1957, p. 78

El objetivo de este trabajo será analizar cada uno de éstos MASC, definiéndolos y extrayendo las notas más características que diferencian a unos MASC de otros. Nótese, además, que en el desarrollo del presente trabajo se trata de averiguar cómo las partes pasan de estar más en contacto, manteniendo las relaciones de amistad existentes entre las mismas en un ambiente propicio para la amigabilidad, a ir poco a poco distanciándose según el proceso que se trate. Es por ello que el orden de los capítulos es el que es, y no otro, pues en la negociación son únicamente las partes (con ayuda de sus respectivos abogados, si lo estimasen) quienes “negocian” la solución al conflicto (llegando a un acuerdo, en forma de transacción); en la mediación y en la conciliación también son las partes quienes han de tomar la decisión, si bien ya interviene un tercero como espectador directo y necesario del procedimiento, por lo que ya no se trata de un asunto “privado” entre las partes, sino que dependerán de aquel tercero para mediar entre ellas con el fin de que las mismas lleguen a dicho acuerdo (es el caso de la mediación) o para plasmar el acuerdo en un documento (como en el caso de la conciliación).

Pero en esencia, haya o no intervención de tercero, estos MASC que se acaban de citar tienen en común una nota fundamental, y es que son las partes quienes exclusivamente deciden el acuerdo que pondrá fin al conflicto surgido entre ellas. Esta característica marca la principal diferencia entre estos MASC (los denominados autocompositivos, como se explicará) y el arbitraje (que se incluye dentro de los sistemas heterocompositivos).

En el arbitraje, como en la mediación, interviene un tercero imparcial e independiente, pero mientras que en la mediación el tercero (mediador) sólo se encarga de apoyar y ayudar a las partes a que consigan su acuerdo, en el arbitraje este tercero (árbitro) no sólo tiene una intervención activa durante el proceso, sino que además es quien resuelve la controversia, plasmando la solución que adopte en un laudo, el cual producirá efectos de cosa juzgada.

De esta manera las partes en el arbitraje pierden la cercanía y el ambiente amistoso que mantenían en la negociación, la transacción, la conciliación y la mediación; dado que en el arbitraje todas las comunicaciones (escritos de demanda y contestación, solicitud de pruebas, etc.) tienen que “pasar por las manos del árbitro”, quien dará copia a la otra parte, quedando éstas “separadas” durante el proceso arbitral, donde no negociarán la resolución, que será impuesta por el árbitro –salvo en el caso de terminación en conformidad como ya se explicará en el desarrollo de este trabajo—. Finalmente se tratará de explicar brevemente las semejanzas del arbitraje con la jurisdicción, resaltando las características en común que diferenciará el arbitraje de los otros MASC mencionados. Los MASC que existen para gestionar disputas cubren una

diversa gama desde la evitación del problema por las partes hasta la posibilidad de que otra persona –tercero ajeno al conflicto—decida la solución que ponga fin a la controversia.

En este trabajo, tras una introducción explicativa de qué son los MASC y para qué se usan, se explicará cuándo las partes podrán someterse a éstos métodos, esto es, dependiendo de la disponibilidad o no del asunto objeto del conflicto; la importancia del principio de la autonomía de libertad de las partes; y los modos de intervenir y la necesidad de la imparcialidad del tercero designado para seguir el procedimiento. Adentrándonos en los MASC, se abordará un estudio de los sistemas autocompositivos, comenzando por el método en el que las partes se encuentran más unidas, esto es, con la negociación, siguiendo con la mediación y la conciliación.

Posteriormente se definirá la transacción ya que cuando las partes llegan a un acuerdo éste podrá llevarse a cabo de forma de transacción; y, por último, dentro de los sistemas heterocompositivos se comenzará analizando el arbitraje, donde las partes se encuentran mucho más distanciadas que en los otros MASC enumerados y donde tiene gran importancia el efecto de cosa juzgada que produce el laudo que pone fin a la controversia. Añadir, como aclaración, que este efecto de cosa juzgada, como veremos, marca también una gran diferencia entre el arbitraje y el resto de MASC, ya que impide que las partes, tras el arbitraje, puedan acudir a otro tribunal para resolver sobre la misma cuestión litigiosa.

En virtud de este último asunto, se hará mención y se explicarán las “cláusulas escaladas”, mediante las cuales las partes pueden pactar que en caso de que fracase algún MASC podrá acudirse a otro o, si lo prefieren, acudir directamente a la jurisdicción. Conviene advertir antes de introducirnos en el trabajo que respecto de éstas cláusulas multinivel hay que tener de nuevo en cuenta que tras el arbitraje no podrán las partes acudir a otro órgano para que resuelva sobre el mismo asunto, ya que la cuestión sometida a arbitraje y resuelta por un árbitro tendrá carácter de cosa juzgada.

## **I.- LA EXISTENCIA DE UN EQUIVALENTE JURISDICCIONAL AJENO AL PODER JUDICIAL DEL ESTADO: LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC/ADR) Y LA TRANSACCIÓN.**

### **A. La aparición de los MASC como alternativa a la Administración de Justicia.**

La evolución constante de los sistemas judiciales en el mundo es evidente, obligando a los países a incorporar figuras jurídicas novedosas en sus esquemas de impartición de justicia, como es el caso de los juicios orales, los métodos alternos de solución de controversias y la justicia restaurativa.<sup>2</sup> Una justicia lenta no es justicia, la búsqueda de una solución rápida, técnica y personalizada puede tener lugar gracias a los MASC. Conviene señalar que la generalización y democratización del acceso a la vía judicial ha hecho que, debido a que ante los tribunales se presentan muchos más casos que los que razonablemente se pueden resolver, se hayan planteado nuevas vías de resolución de conflictos.

El incremento del número de asuntos judiciales se viene abordando en los países de nuestro entorno a través de diferentes vías, entre las que cabe destacar, últimamente, la implementación de otros sistemas de resolución fuera de la jurisdicción conocidos por la doctrina internacional, Alternative Dispute Resolution (en adelante ADR) y que son, fundamentalmente, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Por lo tanto, los ADR serán aquellos procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del sistema judicial de forma pacífica y jurídicamente admisible, dando una prevalencia a la autonomía de las propias partes.<sup>3</sup>

En España, al igual que en otros muchos países, el sistema judicial es el garante de la resolución de todas las controversias que surgen en la sociedad, pero el gran incremento de litigios que se someten a los tribunales conlleva que estos tengan que soportar excesivas cargas de trabajo lo que, sumado a la falta de cobertura, no permite que la Administración de justicia funcione con la celeridad deseada y requerida, quedando así procedimientos muy alargados en el tiempo y costosos –económicamente hablando–, obteniendo como resultado la no plenitud del cumplimiento de los postulados en los que dicha institución se sustenta. Ésta es una situación que afecta no sólo a los ciudadanos que se vean implicados de forma directa en la resolución de

---

<sup>2</sup> GORJÓN GÓMEZ, F. y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R.: “Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz” en AA. VV.: Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia, GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN GÓMEZ, F. (Edit./Dir.), SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coord.), 1ª Ed., Madrid, DYKINSON, 2011, p. 29

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 72/2013, de 9 diciembre



sus controversias, se trata de una situación que afecta a absolutamente toda la sociedad, incidiendo en los derechos fundamentales que cada persona, por el simple hecho de serlo, tiene.

El derecho a la justicia es un Derecho Fundamental consagrado por el art. 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Derecho elevado a principio general de Derecho comunitario por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas del mundo.<sup>4</sup> De hecho, en la Constitución española de 1978 (en adelante CE) se consagra el derecho a una tutela judicial efectiva en su art. 24. Por derecho a la tutela judicial efectiva se entiende aquel derecho fundamental, de configuración legal, contenido complejo y constitucionalmente reconocido a todas las personas, consistente en el derecho de estas a tener libre acceso a los tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho.

Para resolver esta situación de congestión jurisdiccional podríamos tener dos vías de escape: erradicar los conflictos, cosa que es lógica y absolutamente imposible, o, de forma acertada, recurrir a un método de solución de conflictos que no sea la vía judicial. Esta última alternativa, siendo apoyada por los gobiernos y respaldada por la confianza de los ciudadanos –como principales receptores que son-, resultará una exitosa válvula de escape para huir del problema que una justicia colapsada causa a los ciudadanos de una sociedad. Pues bien, el acceso a la justicia puede ser tanto de forma judicial como extrajudicial, por tanto lo importante aquí sería que ambas formas tengan una aplicación práctica estatalmente garantizada.

Al igual que los particulares pueden crearse circunstancialmente un Derecho privado propio, con tal que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público; pueden instituir una jurisdicción adventicia, propia para asuntos y conflictos determinados, confiándose a terceros –o no— sus disputas. Existe, pues, la posibilidad abierta ante un conflicto de ser resuelto por las personas implicadas, por sí mismas, o por un tercero o terceros por ellas designados.<sup>5</sup> Los MASC son instrumentos que cada vez se hacen más imprescindibles en las relaciones existentes en la sociedad actual; ofrecen sencillez, agilidad y cercanía a las partes para resolver sus conflictos (bien sea entre ellas mismas o por medio de un tercero ajeno e imparcial). Estos sistemas no pretenden desplazar a la jurisdicción, ni tampoco convertirse en el único medio de

---

<sup>4</sup> GONZALO QUIROGA, M.: “Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada” en AA. VV.: Métodos Alternos de solución de conflictos... Cit. p. 41

<sup>5</sup> MERINO MERCHÁN, J.F: “El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español”. Jiménez de Parga, M. (Prol.). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 15

solución de conflictos, sino ofrecer a los ciudadanos un abanico de posibilidades de solucionar una cuestión controvertida.

Los MASC, sustentados en los principios de entendimiento y cooperación mutua, logran el arreglo pacífico de los conflictos, manteniendo unidas las relaciones interpersonales en todos los niveles de las relaciones humanas, en un ambiente de paz y no violencia.<sup>6</sup> La justicia, que emana del pueblo, no sólo puede ser alcanzada a través de la función jurisdiccional (que, tal como dispone el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a juzgados y tribunales), sino también por medio del arbitraje, la negociación, mediación o conciliación. Por tanto, estos otros mecanismos de resolución de controversias paralelos a la jurisdicción no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE, sino que forman parte de ella, esto es así porque tienen la misma finalidad de resolver conflictos entre particulares para obtener la paz social.<sup>7</sup> Estos métodos tienen como su límite máximo el orden público, además de la privación para el sistema judicial de materias específicas que por su protección y complejidad únicamente pueden ventilarse dentro de un tribunal judicial.

Por último, el hecho de es que las empresas vengán experimentando en los últimos tiempos un proceso de internacionalización a través de compañías multinacionales, lo que conlleva un mantenimiento de relaciones comerciales en lugares lejanos, ha dado lugar a nuevos y más complejos conflictos, pues han de ponerse en relación las normas del ordenamiento interno con las reglas internacionales sobre competencia o resolución, buscar las fuentes de derecho aplicable y coherencia, en suma, sistemas jurídicos diversos. El mundo de los negocios también requiere que los conflictos se solucionen de forma justa, eficaz y con la máxima celeridad. Es por ello que los MASC juegan un papel muy importante en este campo, pues permite a las empresas que se vean envueltas en un conflicto donde actúan diferentes Ordenamientos jurídicos –debido a su carácter internacional—el empleo de los MASC para poder resolver la controversia, con la ventajosa particularidad de someterse al Derecho del país que las mismas pacten.

---

<sup>6</sup> GORJÓN GÓMEZ, F. y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R.: “Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz” en AA. VV.: Métodos Alternos de solución de conflictos... Cit. p. 32

<sup>7</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. Anuario Jurídico y Económico Escuralense, XLVI (2013). 03/23/2014. [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf) p. 13

## **B. La autonomía de la voluntad como condición sine qua non de los MASC.**

Resulta de vital importancia concretar que estos métodos tienen su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Este principio está reconocido internacionalmente, se trata de un derecho universal en casi todas las sociedades y es condición sine qua non para poder celebrar cualquier MASC. La autonomía de la voluntad de las partes de someter un conflicto a uno o varios MASC es imprescindible para que los resultados de estas figuras alternas tengan, bajo sustento legal, la seguridad jurídica que les es propia para poder producir efectos vinculantes a las partes. La voluntad es el elemento base de todo procedimiento MASC.

En este sentido, siendo la autonomía de la voluntad imprescindible para que los MASC puedan desplegar sus efectos, es importante recordar también que estos métodos han de respetar los principios fundamentales que han de regir en cualquier resolución de controversias, como son la buena fe, la imparcialidad, la legalidad, el diálogo, la veracidad, la igualdad y la tolerancia; principios que facilitarán la comunicación entre las partes en conflicto para solucionar sus problemas de la forma más equilibrada y justa.

Esta autonomía de la voluntad tiene su reconocimiento en dos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: en el art. 1.091 del Código civil (en adelante CC), donde se establece la eficacia inter partes de los acuerdos adoptados (esto es, el deber de cumplir los acuerdos tomados por las partes); y en el art. 1.255 CC, el cual reconoce el poder reglamentador de la autonomía privada (es decir, las partes pueden acordar las disposiciones que estimen oportunas, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público).

Cuando por medio de los MASC las partes buscan solucionar sus controversias, también se está haciendo justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico conforme al art. 1.1 CE. De hecho, siendo la autonomía de la voluntad la piedra angular de los MASC, queda constatado que se fortalece el protagonismo de los ciudadanos cuando acuden a éstos métodos en la resolución de sus controversias jurídicas, adquiriendo un papel relevante en el desarrollo de los MASC dado que son partícipes directos, activos e imprescindibles para alcanzar los resultados que este sistema de justicia alternativa ofrece.

## **C. Clases de MASC: sistemas autocompositivos y sistemas heterocompositivos.**

Los MASC pueden clasificarse en dos clases de sistemas: autocompositivos y heterocompositivos.

De un lado, son sistemas autocompositivos clásicos la negociación y, con intervención de tercero, la mediación y la conciliación, donde las partes en común llegan a un acuerdo que pone fin a la cuestión controvertida.

De otro lado, son sistemas heterocompositivos la jurisdicción (si bien los órganos judiciales no son MASC) y el arbitraje, donde un tercero imparcial ventila la controversia de manera definitiva, tomando la decisión que estima oportuna ante el conflicto planteado entre ellas evitando que el conflicto se reproduzca, ya que en estos sistemas heterocompositivos la resolución que ponga fin al conflicto produce los efectos de cosa juzgada. En el caso del arbitraje, la controversia la decide un tercero a quien las partes directa o indirectamente (en el arbitraje institucional) libremente y en materias de libre disposición han encomendado la decisión de su conflicto. En el caso de la jurisdicción, el tercero imparcial es un Juez al que el Estado confiere de la potestas y de la auctoritas necesaria para impartir la justicia y para imponer por la fuerza la solución.<sup>8</sup>

En los sistemas autocompositivos la finalidad radica en que las partes superen sus controversias, mediante la facilitación de un tiempo y un espacio para tratar de alcanzar por sí mismas una solución; pero esto no significa que se supere el litigio existente, sino que se tratará de alcanzar esta superación terminando el procedimiento con avenencia o sin ella. Esto es así porque los sistemas autocompositivos pueden haber existido entre las partes, pero la controversia podría quedar subsistente, como consecuencia de la falta de acuerdo de las partes. Situación que no surge en el arbitraje, pues se impone la decisión, estén conformes las partes o no.

En definitiva, los llamados MASC o ADR son los sistemas autocompositivos o heterocompositivos de resolución de conflictos, ajenos a la jurisdicción.

#### **D. Otra clasificación de los MASC.**

En España, los diversos MASC podrán clasificarse de la siguiente manera, atendiendo al momento en que tengan lugar, ya sea extrajudicial o judicialmente.

Serán considerados “extrajudiciales” todas aquellas formas de MASC en las que los jueces no intervienen, o su intervención es marginal o residual. Dentro de estas formas se encuadran: (a) la negociación, asumida directamente por las partes (o con sus abogados en su caso) –la negociación está desprovista de toda intervención, quedando únicamente en manos de las

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 72/2013, de 9 diciembre

partes—; (b) la mediación o conciliación, en la que las partes implican a un tercero neutral e independiente para que les asista en la solución negociada del conflicto; (c) la transacción extrajudicial, donde las partes plasmarán su acuerdo en un contrato, regulado por el art. 1.809 CC; y, por último, (d) el arbitraje, que aunque necesite de la intervención judicial en algunos casos se trata de una figura extrajudicial por mantener alejado el litigio y la solución del mismo de los tribunales de justicia.

Por otra parte, son “judiciales” aquellos MASC llevados a cabo durante un litigio o con decisiva intervención de los órganos judiciales. Se incluyen aquí: (a) el acto de conciliación y (b) los pactos o transacciones judiciales.<sup>9</sup>

### **E. Las cláusulas “escaladas”.**

Las cláusulas “escaladas” de resolución de controversias (también llamadas multi-tiered o multi-step o MDR-clauses) son aquellos pactos que incorporan –yuxtapuestos pero jerarquizados, generalmente en una sola cláusula— diversos instrumentos de resolución de controversias: tanto convencionales –litigación, arbitraje— como alternativos –negociación, mediación, etc.-.

Una cláusula escalada es, como regla general, un solo pacto o convenio que suele contenerse en una misma cláusula del contrato (o en cláusulas coordinadas). Aparentemente esta cláusula tiene un tratamiento unitario; no obstante, esta cláusula unitaria está dividida en tantas piezas separadas como las partes quieran. Esto es, las cláusulas escaladas están compuestas por un conjunto de varios pactos yuxtapuestos e interrelacionados. Se trata en definitiva, de diversos pedañes cuya solidez y fuerza jurídica pueden, a veces, analizarse por separado. Un ejemplo de cláusula escalada sería aquella que consistiese en un pacto de negociación en primer lugar y de convenio arbitral en caso de que con la negociación no resultase acuerdo. O bien si se pacta una mediación primero y, en caso de que fracase y no se alcance el acuerdo o éste se incumpla, sumisión a arbitraje. Incluso pueden pactar las partes que haya una mediación o negociación primero, y en caso de que fracase haya litigación después. La secuencia más frecuente suele ser negociación y/o mediación primero y arbitraje después.

Las cláusulas escaladas surgen de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes tienen en sus manos la facultad de pactar cláusulas tan complejas como deseen, pues son de forma y constitución libres. No obstante, hay que tener en cuenta que ciertos MASC son

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones. 1ª Ed., Madrid, IURGIUM, 2013, p. 60

simultáneamente incompatibles, por ejemplo entre el arbitraje y la litigación (art. 11.1 LA), salvo que las partes en un arbitraje desistan e inicien un litigio (art. 38.2.a LA); o, iniciado litigio, las partes desistan y acudan a un arbitraje (art. 19.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC); o, finalmente, en caso de que el convenio arbitral se declare nulo o las partes, de forma expresa o tácita, renuncien al convenio arbitral. Pero, en los demás casos, los MASC no son simultáneamente incompatibles, es decir, la pendencia de un litigio y un intento de negociación o transacción judicial pueden ser perfectamente simultáneos y compatibles.

Estas cláusulas lo que garantizan en esencia es el cumplimiento de los pactos que se vayan acordando en cada MASC o, en su caso, haber llevado a cabo varios intentos para solucionar el conflicto entre las partes antes de llegar a los órganos judiciales. Además, la decisión de las partes de incluir una cláusula escalada en el contrato también suele justificarse por la voluntad de separar en lo posible los diversos tipos o clases de conflictos que puedan derivarse de un mismo contrato, buscando para cada uno de ellos el mecanismo de resolución que resulte más conveniente. Evitando, en cualquier caso, llegar a métodos más estrictos como la litigación o el arbitraje, que desembocan siempre en una resolución final e irrevocable. Ésta última razón responde a situaciones en que las partes prefieren comenzar la tarea de resolución de sus conflictos por los medios menos invasivos, como es la negociación; nombrando, después, a un mediador para que les ayude a progresar y reservar finalmente para el arbitraje o la jurisdicción aquellas controversias (o aquellos temas de las controversias) que por los motivos que sean no han podido ser resueltas por los medios anteriores.

Al igual que el resto de pactos destinados a la resolución de conflictos insertos en los contratos, la cláusula escalada (tomada en su conjunto) es separable del contrato principal en que se encuentra incorporada; y, como consecuencia, su validez no puede ser impugnada alegando la nulidad o ineficacia del contrato mismo sobre el que las partes discrepan.

En España, las cláusulas escaladas son acuerdos lícitos, no son contrarias a la Ley, no perjudican a tercero (art. 6.4 CC) y les amparan el principio general de libertad de pactos (art. 1.255 CC) y la imperiosa necesidad de estar a lo acordado, propios de nuestro derecho (art. 1.091 CC). Sin embargo, en España no se encuentran específicamente reguladas.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes... Cit. pp. 77 - 88

## II.- LA DISPONIBILIDAD DEL ASUNTO POR LAS PARTES Y LA INTERVENCIÓN DE TERCERO IMPARCIAL.

### A. Las materias disponibles por las partes.

En el Auto núm. 63/2010 de la AP Zaragoza, Sección 5ª, se afirma que “el legislador ha optado por una potenciación de los medios alternativos de resolución de conflictos de una manera decidida, de lo que es claro exponente la de 2003, lo que ha supuesto una tendencia a ampliar las materias que pueden ser sometidas a tal modo de resolución extrajudicial. La nueva ley, al igual que la anterior, ha optado por acometer la regulación de esta materia con base al criterio de la disponibilidad de su objeto, y así lo explica en su exposición de motivos: “basta con establecer que la arbitrariedad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles”, y lo recoge expresamente el art. 2.1 LA cuando dispone que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”, por lo que, en principio, el objeto del arbitraje es disponible cuando lo son los intereses y derechos en liza, sin que a ello obste la sujeción a normas de carácter imperativo, pues ello tan sólo supone que éstas han de ser aplicadas en la solución del conflicto, sean juzgados o tribunales ordinarios o sean tribunales arbitrales los que hayan de pronunciarse (SAP Madrid nº 255/2009 o AAP Toledo nº 83/2007)”.

Por tanto, resulta muy importante remarcar que la elección de cualquier MASC sólo es posible cuando los litigios son disponibles, esto es, gracias a la naturaleza privada del derecho subjetivo, en la titularidad particular del mismo y en la autonomía de la voluntad de las partes fundado en el derecho a la libertad que ostentan. Las partes son dueñas de su propia controversia. Por ello, son las partes quienes deben decidir la forma de resolver la cuestión controvertida, pudiendo optar por una pluralidad de posibilidades extrajudiciales (o la vía judicial). Por el contrario, si la materia en la que se genera el litigio es indisponible las partes solo podrán acudir a la jurisdicción.<sup>11</sup>

La LEC en su art. 19.1 (modificado por LA), reconoce de forma expresa el poder de disposición de las partes sobre el proceso, al establecer que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

---

<sup>11</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”... Cit. p. 12

Esta referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial.<sup>12</sup> Además, la disponibilidad coincide, en general, con los derechos y facultades sobre los cuales según el art. 1.814 CC es posible transigir. Así, dispone que “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”; además, al margen de estas materias, existen otras que tampoco pueden ser disponibles por las partes por aplicación del art. 6.2 CC, cuando sean contraria al interés o el orden público o perjudique a terceros.

En cuanto a la noción de orden público conviene hacer un pequeño inciso. Respecto a la indisponibilidad de los asuntos que afecten al orden público, la doctrina y la jurisprudencia han ido concretando qué debe entenderse por orden público en estos casos. La interpretación mayoritaria distingue entre orden público material y orden público procesal.

Según la jurisprudencia<sup>13</sup>, “el orden público está constituido por “aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada”, es indudable su carácter relativo ligado a la concepción social y política de cada momento histórico (S. 5 de Abril de 1966) [...]. Desde el punto de vista del orden público sustantivo no se pueden someter a arbitraje cuestiones que están fuera de la disposición de las partes, o que los árbitros, al decidir, hubieran vulnerado un derecho fundamental o libertad pública, resultando para el Tribunal Constitucional que sólo atenta al orden público la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Por tanto, la infracción del orden público material incluye la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 11 a 38 CE, que en virtud del art. 53 CE tienen aplicación directa.

Dentro del ámbito del Derecho civil, los principios que integran el orden público material son el principio de igualdad (art. 14); la protección del derecho a la vida e integridad física (art. 15); libertad (arts. 16 y 17); honor, intimidad e imagen (art. 18); los derechos de reunión (art. 21); asociación (art. 22) y fundación de interés público (art. 34); el derecho a la tutela judicial efectiva

---

<sup>12</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional, Madrid, Iustel, 2005, p. 45

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 2/2012, de 28 junio



(art. 24). Además, son de aplicación directa las normas de la CE sobre mayoría de edad (art. 12).<sup>14</sup>

En lo que al orden público procesal respecta, éste estaría integrado por los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal recogidos en el art. 24 CE. En los casos en los que se cuestione la indisponibilidad de la materia atinente al orden público procesal, se trataría de determinar si se ha producido una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, sin que se haya producido una indefensión real y material constitucionalmente relevante.<sup>15</sup>

En definitiva el orden público está constituido por el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico, ya sea en su aspecto material o procesal. De esta afirmación se desprende que los conceptos de orden público y norma imperativa no son equivalentes. El carácter imperativo de la norma no la hace indisponible para las partes salvo que afecte a terceros que no hayan intervenido en el convenio arbitral, en la conciliación, en la negociación, en la mediación, o, como se acaba de exponer, en el caso de que afecte al orden público en los sentidos mencionados. Todo ello sin perjuicio de que algunos tribunales consideren que cuando la norma es imperativa, cabe el arbitraje como fórmula de resolución de controversias, siempre que sea de derecho, pero no cabe el arbitraje de equidad. Así lo establece la AP Madrid, Sección 21ª, en su Auto de 2 de noviembre de 2011, se considera que “ante la regulación imperativa de una materia, cabe el arbitraje de derecho, pero no el de equidad”.<sup>16</sup> Incluso dentro del arbitraje en concreto, no sobra precisar que el hecho de que una controversia haga relación a normas imperativas no derogables por los particulares o requiera la aplicación de las mismas, no la hace per se inarbitrable. En esos casos, la cuestión sigue siendo objeto posible de arbitraje, pero corresponde a los árbitros decidir –bajo el control del juez que decidirá de una posible acción de anulación del laudo—sobre la vocación de la norma invocada a aplicarse al caso concreto y, de ser aplicable, sobre su carácter imperativo y, eventualmente, sobre la sanción que compete por la violación de la misma.<sup>17</sup>

En la jurisprudencia, los tribunales se han pronunciado también sobre aquellas cuestiones específicas que por su naturaleza no pueden ser disponibles por las partes. Así, la Sección 10ª

---

<sup>14</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte General, 6ª Ed., Madrid, Dijusa, 2008, p. 101

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 2/2012, de 28 junio.

<sup>16</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”... Cit. p. 23

<sup>17</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit. p. 47

de la AP Madrid, en su Auto de 16 de octubre de 2007 (núm. 299/2007; JUR 2008/41319), citando a la sentencia de 17 de mayo de 2005 de la AP Vizcaya, establece que no pueden considerarse materias de libre disposición conforme a derecho las siguientes:

1. Las relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. Sin embargo, sí es materia disponible aquellos asuntos que sean de naturaleza patrimonial.

2. Todas aquellas en las que por razón de la materia o en representación y defensa de menores, incapacitados, o ausentes, intervenga el Ministerio Fiscal.

3. La relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos (arts. 1.814 CC y 748 y 551 LEC). Respecto a los alimentos futuros, la jurisprudencia<sup>18</sup> ha venido admitiendo la posibilidad de que sea materia disponible aquella que verse sobre los alimentos que tengan un origen distinto de la ley. No cabe renunciar a reclamarlos en caso de necesidad (art. 151 CC). En todo caso, la prohibición se refiere únicamente a los alimentos futuros. Los devengados desde el momento del vencimiento han entrado en el patrimonio del alimentista y, por ello, puede transigir sobre ellos.

4. Las que no puedan ser objeto de contrato conforme al art. 1271 CC.

5. Cuando el laudo arbitral, o el acuerdo al que lleguen las partes a través de una negociación, mediación o conciliación no afecte exclusivamente a las partes del convenio arbitral, o del proceso de mediación, negociación o conciliación, celebrado en el ámbito de la autonomía de la voluntad negociada (art. 1255 CC), sino a terceros, o al interés o al orden público (art. 6.2 CC).

No obstante, el interés y el orden público no debe identificarse con regulación de derecho público ni imperativo, porque existen materias que, aun participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición de las partes.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Sentencias TS 10 de noviembre de 1948, 2 de marzo de 1967, 14 de febrero de 1976 y 25 de noviembre de 1985.

<sup>19</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil"... Cit. p. 17

En definitiva, las partes pueden disponer de “todo aquello que tenga que ver con su exclusivo interés, pudiendo renunciar, transigir, desistir, salvo en las materias a las que se refiere el art. 1.814 CC, o que afecten al interés público, o a tercero (art. 6.2 CC).”<sup>20</sup>

### **B. La intervención de tercero imparcial: distinción del tercero neutral en la conciliación, la mediación y el arbitraje.**

El arbitraje, la mediación y la conciliación tienen como común denominador la intervención de una tercera persona que tomará parte en el desarrollo del procedimiento para llegar al resultado del mismo que ponga solución al conflicto. Si bien, la forma de actuación y de intervención de este tercero es muy diferente según el MASC que se trate. En cualquier caso, en las diferentes clases de terceros intervinientes, la independencia e imparcialidad es requisito sine qua non para poder ejercer como tal. La actuación imparcial es consecuencia directa del principio de igualdad, en tanto en cuanto que este tercero imparcial no puede ni debe tener ninguna clase de relación personal, contractual o empresarial con alguna de las partes ni, tampoco, un posible interés directo o indirecto en el resultado que pudiera alcanzarse por medio de éstos MASC.

Por último, antes de abordar cada figura por separado, conviene matizar un par de detalles que diferencian y delimitan el campo de acción de tales figuras. Así, mientras que la conciliación se caracteriza por la presencia de un tercero; en la mediación, tiene lugar la intervención del tercero con funciones de asesoramiento y propuesta; y en el arbitraje, el tercero asume la misión de resolver directamente el conflicto e impone una solución. La intervención de tercero en la conciliación y mediación tiene como fin la conclusión de la controversia propiciando a las partes a que lleguen a un acuerdo entre ellas, mientras que el arbitraje concluye con un laudo decidido e impuesto por el árbitro.<sup>21</sup>

Como ya se ha señalado, la imparcialidad se caracteriza por ser el valor esencial de la figura del tercero en los MASC, por ello conviene traer a colación lo dispuesto por la AP Madrid (Sección 14ª), en su Auto núm. 184/2005 de 29 julio (JUR 2005\210775), según el cual “el art. 24.2 C.E., en relación con el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho al juez natural predeterminado por la Ley y, obviamente, al juez imparcial: “sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”.

---

<sup>20</sup> En este sentido, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 9 de febrero

<sup>21</sup> Conflictos colectivos: Medios extrajudiciales de solución de conflictos, DOC 2003\146. Editorial Aranzadi, p. 6

Esta garantía fundamental del proceso debido reviste mayor rigor ante pretensiones en las que la estricta observancia del principio de legalidad obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales (SSTC 225/1988, de 28 de noviembre, y 137/1997, de 21 de julio; sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982, caso Parsec, de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, de 22 de junio de 1989, caso Langborger, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin, entre otros). La obligación del juzgador de no ser "Juez y parte" se traduce, según la STC 162/1999, en dos reglas. La primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte. La segunda, que el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones de hecho o de derecho que pongan o puedan poner de manifiesto una toma de posición a favor o en contra de alguna de ellas. Con arreglo a ese criterio, la Jurisprudencia Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que guarda la independencia ante las relaciones con las partes, y la imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, y por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido contactos previos con el objeto del litigio".

Por último, añadir que esta AP Madrid estima que "estas notas de imparcialidad son igualmente aplicables al proceso arbitral en general, y a las instituciones administradoras del arbitraje, y a los árbitros en particular".

#### **a) El mediador: su estatuto.**

La mediación es un MASC donde el procedimiento es llevado a término por un tercero que trata de alcanzar el acuerdo de las partes en conflicto, limitándose únicamente a aproximarlas, sin llegar a decidir sobre el asunto. Un mediador tiene la oportunidad de trabajar con mucha más información que un juez o un árbitro. El juez se basa en la ley u otras normas públicas para darle una solución a la disputa. Un árbitro puede usar la ley, y también otros criterios objetivos tales como ciertos precedentes de la industria o de las costumbres del gremio. Un mediador eficaz explora más allá de la ley y las normas públicas, buscando siempre los intereses subyacentes a las posiciones que presentan las partes. Por tanto, el mediador en el ejercicio de su tarea no necesita ceñirse únicamente a los aspectos legales del conflicto, sino que puede tener en cuenta preferentemente los intereses latentes de cada parte, cuando la materia objeto de litigio está regida por normas dispositivas, con lo que amplía las posibilidades de encontrar una solución pactada entre las partes. No obstante, aunque el mediador no se ciña a los aspectos legales a la hora de aconsejar a las partes para llegar a un acuerdo, éste acuerdo no puede ser contrario a una norma imperativa, o prohibitiva, porque lo convenido será nulo (art. 6.3 CC). Igualmente, en este sentido la LM, en su art. 25.2 establece que el pacto no puede ser contrario a derecho.

Aun siendo la mediación asunto que las partes deben acometer “por sí mismas” (art. 1 LM), aun estando exclusivamente en manos de las partes tanto el inicio de la mediación como su desarrollo, como un eventual acuerdo (art. 6 LM) y aun siendo absolutamente secundaria la función del mediador, el art. 11 LM dispone qué condiciones ha de reunir este tercero para ejercer como tal. Así, la Ley dispone, ex lege, que “pueden ser mediadores 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. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley”. Además, continúa disponiendo que el mediador deberá:

- “estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior,
- contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional; y
- suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.

Requisitos absolutamente diferentes a los exigidos para ejercer de árbitro, como a continuación se expondrá. Además, en caso de que los mediadores no cumplan con sus deberes de responsabilidad, el perjudicado tiene acción directa contra él y, en su caso, la institución que corresponda; por lo cual, el mediador debe suscribir un seguro de responsabilidad civil por encargo o encomienda.

El mediador actúa de guía para las partes en el proceso de mediación, además de asegurar un buen ambiente para el diálogo. En la mediación se dan pautas o normas a seguir que faciliten un ambiente donde las partes se sienten seguras y dispuestas a compartir información y a no escatimar esfuerzos para solucionar su disputa. El objetivo principal es transmitir a las partes seguridad y confianza en el proceso. Además, este tercero neutral controla el proceso de la mediación, pero no el contenido de la solución. Es responsable de la calidad del acuerdo, pero no de que las partes lleguen a un acuerdo. El mediador es neutral, no favorece a una de las partes sobre otras, ni tiene un interés propio en el resultado del acuerdo.

Además de la negociación directa, la mediación es el proceso en el que es más posible centrarse en los intereses de las partes en vez de centrarse en el poder o el derecho, para resolver un conflicto. De hecho, para resolver el conflicto resulta más eficaz centrarse en los intereses, en lugar de hacerlo recurriendo al poder o a los derechos. Cuando las disputas se resuelven atendiendo a los intereses de las partes, se consiguen reducir los costos –en términos de tiempo y energía invertida en dicha disputa–, las partes en conflicto están más satisfechas con los resultados, se preservan las relaciones entre ellas –cuando se ha recurrido al poder o a los derechos, a veces las partes son incapaces de volver a trabajar juntas-, y se dan menos posibilidades de reincidencia del conflicto –dado que si no se resuelven las peticiones y posiciones de las partes, es probable que pueda aflorar el conflicto de nuevo-.<sup>22</sup>

En otro orden de cosas, la conciliación y la mediación tienen una base común. En ambos casos estamos ante un sistema autocompositivo y existe un tercero ajeno a las partes que interviene para facilitar el acuerdo entre ellas. En nuestro país, y en otros de nuestro entorno, se pone el acento en el carácter más institucionalizado de la conciliación frente al más espontáneo de la mediación. La función del mediador es la de asistir a las partes en el proceso de negociación. La mediación sería así un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del diálogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto. Así, frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos.<sup>23</sup> Por tanto, a diferencia del juez o del árbitro en los sistemas heterocompositivos, el mediador no tiene ningún poder en la toma de decisiones, que depende exclusivamente de las partes, ya que éste carece de autoridad para imponer o decidir el acuerdo. Es más, éstas incluso tienen el poder de no tomar ninguna decisión y de dar por terminado el proceso si en algún momento lo creen conveniente. El mediador no interviene en el proceso para dar soluciones, no puede ni aconsejar ni valorar o calificar los comportamientos o argumentos de las partes, deben mantenerse en un segundo plano imparciales a las partes, asistiéndolas y organizándolas para que puedan llegar al acuerdo entre ellas. El papel del mediador se limitará a proponer a las partes soluciones

---

<sup>22</sup> GRIGGS BUTTS, T., MUNDUATE L., BARÓN, M. y MEDINA, F.: “Intervenciones de mediación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación, LABRADOR, F. (Dir.), MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F. (coord.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009, p. 270

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 72/2013, de 9 diciembre

posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. Así, conviene recordar que la mediación es voluntaria y que el mediador no tiene poder de obligar a las partes a tomar una decisión. Por último, aclarar el rol imparcial y no vinculante para las partes del mediador: es un facilitador y no un juez.<sup>24</sup>

Para llevar a cabo su labor, el mediador puede disponer de varias técnicas que faciliten el desarrollo del proceso, tales como la gestión de espacios físicos, manejar los descansos, respetar y validar a las partes –así como a los abogados y asesores–, formular preguntas constructivas, usar un buen tono de voz, manejar y respetar los turnos de voz de cada parte, practicar una escucha activa –aunque de vez en cuando resulta conveniente interrumpir a las partes para hacer notar que efectivamente se está practicando una escucha activa y así incrementar la confianza de las partes en este tercero–, introducir las preguntas que buscan las partes en torno al conflicto, normalizar el conflicto –es decir, hacer ver a las partes que su conflicto es una controversia que se puede resolver sin necesidad de complicaciones–, entre otras.<sup>25</sup>

### **b) El conciliador.**

Mientras que en la mediación, un tercero ajeno e imparcial, distinto de los particulares sumidos en el litigio, proporciona a las partes un espacio para que puedan ellas mismas alcanzar una solución que ponga fin a la cuestión litigiosa; en la conciliación, este tercero es el Juez de Paz o Secretario judicial, quien procurará avenir las partes o las exhortará a que alcancen un acuerdo.

Conviene recordar que tanto en la mediación como en la conciliación, a diferencia del arbitraje o el proceso, el tercero nunca impone su decisión a las partes. El conciliador y el mediador nunca imponen su decisión.

En cuanto a la competencia territorial ésta corresponderá al Juzgado de Primera Instancia o de Paz donde el demandado tenga su domicilio o, en su defecto, donde el demandado tenga su residencia. La nueva redacción dada al art. 85.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la

---

<sup>24</sup> SPARVIERI, E.: Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos. Agustoni, H. (prol.), 1ª Ed., Argentina, Biblos, 1995, p. 33

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, F.: El estatuto del mediador: sus funciones. Ponencia en el X Curso de Arbitraje y Mediación URJC. El día 4 de marzo de 2014, 18.30 h.

nueva Oficina judicial, modifica la intervención, siendo la intervención del Juez sustituida por la del Secretario judicial. En consecuencia, y concordando con lo previsto en el art. 456.3 c) LOPJ, el apartado 1 del art. 84 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, señala ahora en su inciso inicial que “el Secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia, y advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles”.<sup>26</sup>

De este modo, la función de conciliar puede corresponder: (i) al Secretario del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado (art. 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en adelante LEC 1881); o bien, a elección del demandante, (ii) al Secretario del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandante, siempre que tenga en él delegación, sucursal u oficina abierta al público; o, en último lugar, (iii) al Juez de Paz, donde no haya Juzgado de Primera Instancia (y el que resulte del reparto cuando los municipios estén agrupados).

La conciliación surge como evitación de un proceso que se va a iniciar, de lo que se puede deducir que el acto de conciliar no es un proceso; por tanto, el demandado no puede impugnar la competencia del Juez elegido por la parte actora, ni recusar al Juez ante quien se haya intentado, como si se tratase de cualquier otro MASC. Si lo hiciera, el legislador presume en la LEC de este simple hecho que el demandado no tiene el menor deseo de llegar a un acuerdo, por lo que da por intentado el acto de conciliación sin avenencia (art. 406 LEC).

En definitiva, la intervención del tercero tanto en la mediación como en la conciliación tiene como fin la obtención de la terminación de la controversia. No obstante, la decisión última la tienen las partes litigantes.<sup>27</sup>

### **c) El juez avenidor.**

En consonancia con la conciliación se debería hacer mención al juez avenidor. Suena incongruente, pero existe una universal tendencia a confiar a los jueces funciones que son de avenencia y que no entran propiamente en el oficio de juzgar. En esta línea, cuando cualquier proceso se encuentre pendiente, los jueces tienen la misión de facilitar y asistir a las partes en la búsqueda de un acuerdo. Así, en algunos momentos del proceso, la LEC encarga al Juez de

---

<sup>26</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: La reforma procesal de 2009-2010, la nueva conciliación procesal. BIB 2010/499. Publicación en Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 22/2010, Editorial Aranzadi, p. 12

<sup>27</sup> VIOLA DEMESTRE, I.: El contrato de transacción en el Código Civil. 1ª Ed., Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, p. 50



forma expresa que promueva activamente el acercamiento y la negociación entre las partes, explore las posibilidades de acuerdo y haga lo que resulte conducente para intentar en el seno de un litigio una resolución amistosa (arts. 414.1, 440 y 443 LEC). De hecho, pendiente un proceso, el Juez puede aprobar u homologar un acuerdo entre las partes, ya sea un acuerdo alcanzado dentro o fuera del Juzgado (art. 19 LEC); incluso aun si es un acuerdo obtenido en mediación (art. 24.3 LM).

No obstante, en España, la única forma legal de que el Juez, lite pendente, influya en las posibilidades de avenencia de las partes es “instándoles a que asistan a una sesión informativa” (arts. 414.1.III y 443 LEC, en relación con el art. 15. LM).<sup>28</sup>

En el acto del juicio, el Juez podrá preguntar si el litigio subsiste o si han llegado a un acuerdo o están dispuestas a llegar a él de inmediato. Si han llegado a un acuerdo el Juez se limita a homologarlo o aprobar la transacción (art. 19.2 LEC). Como sucede con el acto de conciliación, la LEC prevé el otorgamiento de eficacia ejecutiva al acuerdo alcanzado (art. 517.2.2).

#### **d) El árbitro.**

El árbitro es aquel tercero ajeno e imparcial que ha sido elegido por las partes para imponer (decidir) una solución que ponga fin al conflicto que haya surgido entre ellas. El árbitro designado –o Colegio Arbitral, en caso de ser nombrados tres o más árbitros— se sitúa supra partes y, basándose en los hechos alegados por los contendientes, resolverá la controversia, conforme a derecho o equidad, según sea el caso, y plasmará su decisión en el laudo arbitral. El hecho de que el árbitro se sitúe supra partes es fundamental para distinguir la intervención del árbitro de la del mediador en un procedimiento para resolver una controversia, ya que el mediador se sitúa inter partes, dado que no resuelve la controversia, sino que apoya a las partes y las ayuda para que, entre ellas y por sí mismas, lleguen a un acuerdo.

Igualmente, conviene resaltar otra gran distinción entre la figura del mediador y la del árbitro. A pesar de que el arbitraje sea un método mucho más estricto que la mediación, donde además el laudo arbitral resuelve el conflicto produciendo efectos de cosa juzgada, el árbitro no necesita reunir más condiciones que las previstas en el art. 13 LA, el cual únicamente exige lo siguiente para tener capacidad para ser árbitro: “pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación,... Cit. pp. 420 - 422

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”. Mientras que, como se acaba de señalar en el apartado anterior, las condiciones que ha de reunir el mediador son bastante más numerosas y exigentes.

Respecto del número de árbitros, aquí también impera el principio de la autonomía de la voluntad, pues las partes son las que deciden el número de árbitros que conocerán del arbitraje, con la condición exigida por la LA de que el número de árbitros siempre será impar (art. 12 LA).

De no acordar nada entre las partes, la LA establece que el arbitraje se llevará a cabo por un solo árbitro. Suponiendo el caso en que las partes pacten un convenio de sumisión a arbitraje haciendo referencia a un número de árbitros par, no conlleva la nulidad del convenio, únicamente será necesario para su validez que exprese la voluntad de las partes para acudir al arbitraje y se tendrá por no puesta la manifestación respecto del número de árbitros, procediéndose a designar únicamente un solo árbitro (art. 12 LA).<sup>29</sup>

Tanto en la mediación como en el arbitraje, las partes pueden pactar acudir a una institución o pactar un procedimiento ad hoc. Las instituciones son aquellas entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso y administración de la mediación o el arbitraje. Además, tanto en mediación como en arbitraje, la institución puede exigir provisión de fondos, dando por concluidas las actuaciones en caso de no verificarse. Sin embargo, una diferencia fundamental en este aspecto es que en la mediación, haya o no acuerdo, los gastos derivados del coste del procedimiento se divide por igual entre las partes, mientras que en el arbitraje se sufragarán por la parte perjudicada. Por último, añadir que tal y como prevé el art. 17 LA, salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

### **III.- SISTEMAS AUTOCOMPOSITIVOS Y TRANSACCIÓN.**

Los sistemas autocompositivos se caracterizan en que son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo para resolver su conflicto. La solución de la cuestión en conflicto se alcanza a través del consenso entre las partes, quienes resolverán la controversia. Estos sistemas permiten a los ciudadanos resolver sus conflictos de forma privada.

---

<sup>29</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional, Cit., pp. 91 y 92

Estos MASC pueden tener dos finalidades: evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, o bien, una vez iniciado éste, ponerle fin.

Además, los sistemas autocompositivos permiten una mejor gestión de los intereses de las partes ya que son ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo (solas o con la ayuda de un tercero), llegando así a un acuerdo. Pero para llegar a alcanzar la solución buscada por las partes, se precisa la cooperación entre las mismas, de modo que ambas “ganen y pierdan algo” a fin de resolver la controversia. El principal efecto positivo de esto es que, terminado el litigio, las partes puedan mantener la relación amistosa existente entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que supondrá una mayor garantía del cumplimiento voluntario del acuerdo o transacción adoptada.

En definitiva, estos sistemas autocompositivos son especialmente convenientes cuando el conflicto tiene lugar entre dos o más partes cuyas relaciones entre sí deben continuar tras el litigio, es decir, en relaciones más o menos permanentes como es el caso de las controversias familiares, entre vecinos o en empresas con vinculaciones duraderas. Además de las garantías propias que estos sistemas ofrecen, como son la confidencialidad, la rapidez en la resolución y un menor coste que la jurisdicción.

Conviene añadir que, en cualquier caso, en el supuesto de que no se alcance un acuerdo o si el proceso fracasa durante el desarrollo del mismo, e incluso en el supuesto en que habiendo llegado a un acuerdo alguna parte no se encuentre del todo conforme con el mismo, el litigio puede retomar la vía judicial o arbitral, ya que los sistemas autocompositivos no producen efectos de cosa juzgada.

## **A. La negociación.**

### **a) Marco conceptual: la negociación en el manejo de conflictos y el pacto de negociar.**

#### **a. 1) La negociación.**

La negociación puede ser definida como una discusión entre dos o más partes que desean resolver intereses incompatibles. Las partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas. La negociación es aquel proceso de comunicación entre dos o más partes enfrentadas que pretendan gestionar sus conflictos de

forma conjunta, sin recurrir a una tercera parte que facilite dicho proceso. Son éstas quienes retienen el control del proceso y del resultado.

Un enfoque para el manejo de conflictos son las negociaciones basadas en el consenso. Los tipos de negociación basada en el consenso incluyen la solución del conflicto, el manejo alternativo de conflictos, la solución alternativa de disputas (MASC), la negociación por principios y la transformación del conflicto. El objetivo de todas estas negociaciones es generar acuerdos y resultados que puedan ser aceptados por las partes en conflicto con un nivel mínimo de compromiso o compensaciones.<sup>30</sup> Para la solución de las controversias éste método implica confrontación directa, de las partes implicadas o de sus representantes. Por otro lado, la negociación no es sólo un instrumento para resolver conflictos (presentes o futuros); también es un medio útil para evitar en la medida de lo posible que los conflictos surjan. Mediante la negociación se pretende crear una cómoda comunicación entre quienes contratan, hacer que toda información fluya con rapidez.

### **a. 2) El pacto de negociar.**

El pacto de negociar es un convenio o cláusula inserta en un contrato. El convenio de negociar supone que en caso de conflicto las partes asumen personalmente la tarea de resolverlo. Puede estar o no inserto en un contrato principal, y puede formar parte o no de una cláusula escalada de resolución de controversias; basta con que de él se derive el compromiso de negociar y la materia sobre la que, si surge el conflicto, debe negociarse. Pero resulta aconsejable que incluya: un acuerdo de confidencialidad, el tiempo que se negociará, quiénes deben negociar, qué sanción se anuda al incumplimiento del acuerdo de negociar y cómo se instrumentará el acuerdo que se alcance.<sup>31</sup>

El convenio de negociar no está sometido a forma, por lo que campea sobre él la absoluta libertad de pactos que es propia de nuestro derecho cuando regula cuestiones patrimoniales (art. 1.255 CC). Su fuerza obligatoria es la propia de la autonomía de la voluntad, que el art. 1.091 CC enuncia, disponiendo que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

---

<sup>30</sup> GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. y PASTOR SELLER, E.: “La negociación mediadora en conflictos sociales” en AA. VV.: Métodos Alternos de solución de conflictos... Cit. p. 167

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación,... Cit. p. 110

## **b) Características de la negociación.**

La característica principal y esencial de toda negociación es la concurrencia y comunicación de las partes. Las partes implicadas pueden ser personas, grupos organizaciones o naciones, entre las cuales existe un cierto grado de interdependencia, la interacción entre las partes es algo necesario para que tenga lugar la negociación.

Una segunda característica de la negociación es la voluntariedad. La negociación surge como una clase de MASC frente a un conflicto de intereses subyacente existente entre las partes. Esto implica que la negociación es un proceso voluntario, elegido por las partes, de forma que si alguna de las partes no tiene libertad para tomar decisiones o realizar propuestas, la negociación no puede desarrollarse.

En tercer lugar, es necesaria la existencia de una cierta relación de poder entre las partes. Para que se produzca la negociación es necesario un cierto equilibrio de poder, ya que si una de las partes posee un poder muy elevado sobre la otra, puede imponer sus posiciones más que negociar con el contrario.

El pacto o convenio de negociar puede formar parte de una cláusula escalada o puede estar aislado sin relación con ninguna otra forma de resolución de controversias (salvo la litigación que, aunque nada se pacte, está siempre a disposición de las partes); e incluso puede no haberse pactado nada y, sin embargo, finalmente someterse a ella de forma tácita o expresa llegado el momento del conflicto.

La voluntad de llegar a un acuerdo es otra característica de la negociación. Esto quiere decir que las partes, al menos en un primer momento, han de buscar llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto que ha surgido entre ellas. Por tanto, en un proceso de negociación existe aunque sólo sea una mínima voluntad de llegar a un acuerdo y un cierto margen de maniobra.

Por último, durante el proceso de la negociación tiene lugar un proceso sistemático de ofertas y contraofertas, las cuales suponen una negociación entre las partes con el fin de que exista un acercamiento entre ellas hacia el acuerdo.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: “La naturaleza de la negociación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación,... Cit., pp. 120 y 121

### **c) Clases de negociación.**

Existen dos clases básicas de negociación: la negociación distributiva y la negociación integrativa.

En la negociación distributiva los resultados insertos en el acuerdo que las partes alcanzan se hallan inversamente relacionados. Esto es así porque en este tipo de negociación una de las partes gana y la otra, como consecuencia, pierde algo. Esta clase de negociación suele tener lugar cuando se tratan aspectos cuantificables –por ejemplo, conflictos relativos al salario— o cuando se negocia un único elemento (aspectos dicotómicos).

En la negociación integrativa los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados. De esta forma, es posible que todas las partes al alcanzar el acuerdo puedan salir beneficiadas en sus resultados. El objetivo de la negociación es la distribución equitativa y óptima de los recursos. Se suele dar este tipo de negociación en aspectos no cuantificables, como la calidad, el clima laboral, o cuando se negocian diferentes elementos, donde cada una de las partes tiene distintos intereses.

La distinción radica en que, en la negociación distributiva, lo que una parte gana es a costa de lo que la otra parte pierde; mientras que en la negociación integrativa ambas partes pueden ganar, cediendo cada parte en algún aspecto que no las perjudique y que permita que ambas salgan finalmente beneficiadas en la negociación.<sup>33</sup>

### **d) La negociación y otros MASC.**

Iniciado el proceso judicial o el arbitral, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver de forma más rápida y barata el litigio, utilizando por ejemplo, los mecanismos de suspensión del proceso judicial o los sistemas de terminación anticipada en el proceso arbitral previstos en el art. 38 LA.<sup>34</sup>

Negociación y mediación no son sinónimas. En primer lugar en la negociación las partes están solas (en la mediación interviene un tercero como ya veremos). Además, la negociación es libre,

---

<sup>33</sup> MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: “La naturaleza de la negociación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación,... Cit., p. 56

<sup>34</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S.: Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil... Cit. p. 9

carente de toda traba legal o reguladora, mientras que la mediación se halla regulada principalmente por la LM. Lo esencial de la negociación es que difiera del resto de MASC en que, siendo las mismas partes siempre las que negocian, en este sistema no hay ninguna tercera parte neutral interviniendo en la resolución del conflicto.<sup>35</sup>

En ocasiones, las partes en un conflicto no son capaces de negociar un acuerdo entre ellas. La negociación no prospera y no se alcanza una solución definitiva. Las partes, en este caso, pueden recurrir a otros métodos para resolver tal situación, por ejemplo, a la mediación, el arbitraje, la jurisdicción, etc., es decir, sistemas donde tratarán de alcanzar el acuerdo con intervención de un tercero.

## **B. La mediación.**

### **a) Marco conceptual: la mediación y sus rasgos esenciales.**

#### **a. 1) La mediación y su regulación.**

La mediación no existe para resolver conflictos, sino para crear nuevas y mejores oportunidades, de las que ambas partes, simultáneamente, pueden extraer provecho. La mediación, actualmente, está regulada con carácter general, en el ámbito civil y mercantil, por LM<sup>36</sup>; fruto de la transposición de la Directiva 2008/52/CE. Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador (art. 1).

En este MASC al que las partes en conflicto voluntariamente se someten, con la ayuda de un tercero neutral (mediador), alcanzarán por sí mismas un acuerdo resolviendo sus diferencias.

Éstas asumen el control, se comprometen y establecen una relación cooperativa entre ellas. Además, la mediación es un proceso más económico que el judicial, desde el punto de vista del dinero, de las emociones y del tiempo, pues no sólo es menos desgastante sino también más corto y en un entorno más amistoso y cercano.

---

<sup>35</sup> MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: “La naturaleza de la negociación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación... Cit., p. 120

<sup>36</sup> En virtud de su art. 2, esta Ley excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

La mediación no debe ser considerada simplemente como un medio sustitutivo de un tribunal judicial sino como un sistema que debe ser estructurado y aplicado con profesionalidad y rigor, y que constituye un eficaz medio para la solución no adversarial de cierto tipo de conflictos. Si hablásemos de los usos de la mediación, se podría decir que este MASC puede ser usado para toda clase de conflicto, allá donde quepa una negociación cabe una mediación. En esta línea se podría decir que la mediación es una negociación asistida.

### **a. 2) Naturaleza y estilos de mediación.**

La mediación es un invento esencialmente laboral, de origen sindicalista, los grandes mediadores surgieron en el siglo XX en Estados Unidos. Es a partir de los años 60 cuando se empezó a exportar éste método a otros ámbitos del Derecho, como es el civil.

Hay tres estilos de mediación:

- Facilitativa. Es el más extendido, el mediador no evalúa ni asesora las posturas de las partes, ni siquiera se necesita que sea un experto jurídico, únicamente se encarga de facilitar el clima para que la mediación se lleve a cabo. El porcentaje de éxito está por encima del 70-80%. Con la mediación facilitativa el mediador no tiene que dar soluciones, ni aportar valoraciones, sino que lo que tiene que hacer es construir una confianza entre las partes, cambiar su lenguaje por medio de ciertas técnicas, y así conseguir que vayan aflorando los intereses de las partes y plantear la cuestión en ese preciso campo.
- Transformativa. No busca tanto solucionar el problema sino darles armas a las partes y concienciarlas para que en el futuro resuelvan futuras controversias.
- Volativa. El mediador sí evalúa y valora las posiciones de las partes, las posiciones que tendrían esas partes en juicio. Todas las reuniones son separadas, las partes no se ven. Pero el alcance de acuerdos es mucho menor que en la facilitativa.<sup>37</sup>

No hay una mediación igual a otra, una mediación no tiene un procedimiento prefijado, el proceso variará dependiendo del mediador, del conflicto y de las partes. Si la justicia actúa en virtud del respeto al derecho (legalidad) y la equidad, la mediación se fundamenta esencialmente

---

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, F.: El estatuto del mediador: sus funciones. Ponencia en el X Curso de Arbitraje y Mediación URJC. El día 4 de marzo de 2014, 18.30 h.



en la búsqueda de un equilibrio que se puede construir fuera del derecho (legitimidad), y liberarse, así, de una noción genérica de equidad y tener un contenido más práctico e instrumental, en relación con los valores e intereses de las personas en conflicto.<sup>38</sup>

La mediación se suele llevar a cabo en una sala donde se encuentran las partes con una tercera persona neutral, quien tendrá la preparación necesaria para asistirlos y escucharlos en el proceso de negociación, y cuya ayuda y asistencia conseguirá que las partes lleguen a un acuerdo. En muchas ocasiones, lo que las personas en conflicto buscan no es necesariamente la verdad, sino la solución al conflicto, lo más rápida, justa y menos costosamente posible. Sobre todo en aquellos casos donde se quiere poner fin a un conflicto surgido entre dos partes que quieren seguir conservando la relación, ya sea profesional como amistosa.

La mediación, como el arbitraje, es una vía voluntaria y confidencial. La voluntariedad inherente a la mediación posibilita a las partes incorporar en los acuerdos que se alcancen sólo lo que desean y, además, a mantener el control de su funcionamiento o implementación. Esta negociación se da dentro del marco de la confidencialidad. El concepto de confidencialidad es de suma importancia para que nada de lo que se diga pueda ser usado como testimonio contra la otra parte.<sup>39</sup>

### **a. 3) Ventajas e inconvenientes de la mediación.**

Las ventajas que la mediación conlleva no son pocas, pues se trata de un proceso menos costoso, desde el punto de vista económico, y además más rápido y donde la energía emocional casi siempre se va a ver satisfecha. En la mediación las partes disfrutan de más libertad para diseñar su propio proceso de lo que pueden disfrutar en otros métodos como en el arbitraje o la jurisdicción. Además, con éste método las partes pueden presentar sus ideas y argumentos de un modo extenso, lo cual produce como consecuencia que éstas se sientan escuchadas. El diálogo que ocurre en la mediación promueve que las partes se entiendan mejor que en el arbitraje o en un juzgado. En éste método se proveen las bases para que las partes se sientan protagonistas tanto del proceso como de los resultados, y se produzca un mayor nivel de participación de las mismas en la toma de decisiones. En definitiva, con estas herramientas se logra alcanzar acuerdos que permitan dirimir las diferencias en los intereses subyacentes de las

---

<sup>38</sup> GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. y PASTOR SELLER, E.: "La negociación mediadora en conflictos sociales" en AA. VV.: Métodos Alternos de solución de conflictos... cit. p. 167

<sup>39</sup> SPARVIERI, E.: Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos... Cit., p. 19

partes, propiciando que sean soluciones duraderas, poco costosas, y que mejoren la satisfacción y la moral de las partes implicadas.

Sin embargo, la mediación también presenta ciertos inconvenientes. Ofreciendo, en ocasiones, menores garantías, una menor posibilidad de practicar pruebas, revelación de la estrategia procesal, dificultad para recurrir, no constituye precedente legal, puede añadir tiempo y costes en caso de que no se llegue a un acuerdo (además del hecho de que tengan que acudir de todos modos a la vía ordinaria o acudir a otros MASC), no elimina definitivamente posteriores reclamaciones –el acuerdo no significa que no pueda haber reclamaciones posteriores—, puede producir desequilibrios y desigualdades entre las partes, y, finalmente, también impide el cambio social, es decir, imposibilidad de reforma social, ya que los jueces construyen normas de comportamiento para la sociedad en base a su jurisprudencia, siendo algo que con la mediación no se puede lograr.

#### **a. 4) El pacto (o compromiso de someter a mediación) y el convenio de mediación.**

El pacto de mediar se suscribe entre las partes de un conflicto actual o previsible. De este pacto surge la obligación de intentar mediación y la eventual suspensión de un litigio o un arbitraje, mientras las partes median. La LM llama a este pacto de mediar en sus arts. 6.2 y 10.2 “compromiso de someter a mediación”.

El convenio de mediación es el contrato que une a las partes y al mediador y, en su caso, a la institución de mediación que la administra. La LM quiere que ese convenio conste en acta a la que el art. 19 llama “acta constitutiva”.

En el pacto de mediar, que puede aparecer como cláusula en un contrato principal o como acuerdo o pacto independiente, las partes pueden acordar que todas o algunas de las controversias que surjan en el futuro como consecuencia de la interpretación o cumplimiento de un determinado contrato, sean resueltas a través de la mediación. Este convenio puede ser un pacto aislado; en el que sólo se recogerá la obligación de intentar resolver a través de la mediación eventuales conflictos que surjan entre las partes en el seno de una relación jurídica. Igualmente, como ya se ha señalado en este trabajo, el pacto de mediar puede pertenecer a una cláusula escalada de resolución de controversias.

Es posible apreciar ciertas similitudes entre el pacto de mediar y el convenio arbitral; pero, sin embargo, tienen diverso alcance, pues el contenido del pacto de mediar es indefinido (art. 6.2 LM) y, una vez iniciada la mediación, el pacto se sostiene sólo de la permanente voluntad de las

partes de continuar mediando, ya que en el momento en que una de las partes desista, se dará por finalizada la mediación. Del mismo modo, al igual que ocurre con el convenio arbitral, el pacto de mediar ha de hacer referencia a una determinada relación jurídica privada; donde, como requisito principal del convenio de mediar, tendrá que referirse a un objeto cierto. Igualmente, es válida y vinculante la oferta unilateral de mediar. El pacto se perfecciona cuando se acepta, sea mediante una declaración expresa de aceptación o sea mediante la aceptación tácita que supone el hecho de iniciar una mediación (art. 16.1.b LM).

Por último, en virtud del art. 6.2 LM, el pacto de mediar ha de constar por escrito, y dicha cláusula surtirá efectos aun cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en que conste.

#### **b) Momento de la mediación: su inicio.**

La mediación puede iniciarse de diferentes modos. Así, una mediación puede comenzar en cualquier momento en que surja una controversia, en virtud de pacto de mediar anterior al conflicto (art. 1 LM) o, simplemente, por espontánea decisión de las partes (sumisión a mediación), ya sea antes o durante un litigio (ya sea un litigio judicial o un arbitraje).

O bien, por sugerencia del Juez –no por orden, ya que lo tiene legalmente prohibido—ante el que ya pende un litigio, cuando considere que es conveniente sugerir a las partes que intenten una mediación. Se trata de una forma de iniciar la mediación que no se halla regulada en el cuerpo de la LM, pero sí en su disposición final tercera, que introduce cambios en los arts. 414, 415, 440 y 441 LEC.

#### **c) Características: efectos obligacionales del pacto de mediar y los principios informadores de la mediación.**

##### **c. 1) Efectos obligacionales del pacto de mediar.**

Los arts. 6 y 10 LM describen los efectos del pacto de mediar; efectos que se despliegan independientemente de si la mediación se inicia en cumplimiento de un pacto de mediar previo como cuando la mediación se inicia de forma diferente. De esta forma, los dos efectos fundamentales del pacto de mediar son: uno positivo (o vinculante), que comprende el conjunto de obligaciones recíprocas a las que las partes se comprometen en orden a la mediación (art. 6.2 y ss. LM); y otro negativo (o excluyente), el cual permite obtener la suspensión –o el

sobreseimiento— de un litigio o arbitraje pendiente, si se ha iniciado desconociendo un pacto de mediar (art. 10.2 LM).

Las partes pueden acordar en el pacto de mediar los acuerdos y obligaciones que pacten expresamente. Además, el pacto de mediar produce la obligación de intentar mediación si surge una controversia de las que hayan sido previstas en el mismo (ex lege art. 6.2 LM); la obligación de realizar de buena fe todas aquellas conductas que sean necesarias para que la mediación se inicie y sustancie de forma adecuada y eficiente (art. 10.2 y 3 LM); aparte de la prohibición de iniciar un litigio o un arbitraje sobre la misma cuestión, hasta que, de una forma u otra, la mediación finalice (art. 10.2 LM). Estas obligaciones son las mismas, independientemente de si la mediación se inicia conforme a un pacto de mediar (art. 16.1.b LM), como si se inicia por una sumisión a mediación de común acuerdo entre las partes (art. 16.1 LM).<sup>40</sup>

### **c. 2) Otros efectos.**

En la mediación, como ya se ha señalado, las partes deberán actuar entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

La existencia de un pacto de mediar no impide a cualquiera de la partes pedir a los jueces “la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos” (art. 10.2.II LM). Respecto a las medidas cautelares, conviene precisar que éstas pueden acordarlas tanto jueces como árbitros (dado que la mediación es posible lite pendente o pendente arbitratione), con distintos requisitos y con distintos efectos; además, de otro lado, las medidas cautelares son, siempre, instrumentales de un proceso (judicial o arbitral), penden de él y no son posibles sin su litispendencia. En resumidas cuentas, atendiendo a la esencia de la mediación, no parece muy razonable que en un proceso amistoso las partes se vean obligadas a solicitar una “actuación sobre el patrimonio del demandado que tiende directamente a hacer posible una eventual y futura sentencia estimatoria” (así define el art. 726.1.1<sup>a</sup> LEC a las medidas cautelares).

Con excepción a lo anteriormente expuesto, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación una parte no podrá ejercitar contra la otra ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se

---

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación,... Cit. pp. 203 - 204

desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (art. 10.3 LM).

### **c. 3) El Acta final.**

Cuando la mediación finaliza –en cualquiera de sus formas de terminación– el mediador debe redactar un Acta final, con los requisitos y exigencias previstos en el art. 22.3 LM. Junto a la documentación de la mediación, el Acta final debe conservarse al menos durante cuatro meses (art. 22.3 LM). Resulta importante el contenido de dicho Acta, pues vale para acreditar todos los esfuerzos de acuerdo hechos por una o ambas partes; además es el dies a quo a partir del cual se reinicia la prescripción o caducidad suspendidas (art. 5 III LM).

La mediación termina siempre con el Acta final (art. 22.3 LM). A partir de ese momento el mediador queda *functus officio* y lo que a continuación hagan las partes depende exclusivamente su libre voluntad para con el acuerdo que hayan o no alcanzado. De hecho, las partes a partir de este momento pueden no hacer nada y conformarse con lo que diga el Acta final o pueden emprender acciones tendentes a reforzar la eficacia del acuerdo obtenido en mediación.

### **c. 4) Principios inspiradores de la mediación.**

Los principios que rigen cualquier mediación tratan de mantener la esencia de este MASC, es decir, la resolución de las controversias surgidas entre dos partes por medio de un sistema voluntario, donde impera la igualdad de las partes –de manera que no se produzcan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de las partes– y la imparcialidad de los mediadores, quienes se mantendrán neutrales durante todo el procedimiento y donde todos los participantes –tanto el mediador como las partes, peritos, etc.- guardarán la más estricta confidencialidad respecto del asunto objeto de la controversia y todas aquellas cuestiones que deriven de la misma; incluso los que hayan participado en mediación y se vuelvan a encontrar en un procedimiento judicial o en un arbitraje no podrán aportar ninguna información derivada de la mediación o relacionada con la misma, salvo en dos excepciones: dispensa escrita de las partes o resolución judicial penal motivada.<sup>41</sup> Además, no existe límite temporal para tal obligación de confidencialidad.

Por último, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la mediación puede ser abandonada por las partes en cualquier momento; sin perjuicio del supuesto en que

---

<sup>41</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, R.: Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Ponencia en el X Curso de Arbitraje y Mediación URJC. El día 18 de febrero de 2014, 18.30 h.

exista un compromiso por pacto a acudir a mediación para resolver una específica controversia, el cual deberá respetarse; si bien, una vez intentada la mediación, las partes pueden abandonar el procedimiento si no quieren continuar con el desarrollo de la misma. Todo ello sin perjuicio del respecto que han de guardar al deber de lealtad, buena fe y respeto mutuo; y sin perjuicio también del deber de prestar colaboración y apoyo al mediador a lo largo de todo el procedimiento.

#### **d) La mediación como intervención a la negociación.**

La intervención de un tercero neutral en la mediación tiene el propósito de ayudar a las partes a resolver sus problemas en un ambiente seguro. El mediador potencia la buena comunicación entre las partes para que éstas definan claramente su controversia; a fin de que, gracias a la comprensión de los intereses de cada parte, se logre generar opciones para solucionar la controversia. El mediador, a diferencia del árbitro, no impone una solución al problema, y son las partes quienes mantienen siempre la responsabilidad de tomar su propia decisión. Por tanto, se podría afirmar que la mediación consiste en facilitar una discusión centrada en los intereses, mediante técnicas de comunicación entre las partes, que permita desvelar las preocupaciones y problemas de las mismas, implicándolas en la búsqueda de soluciones.

La mediación es una negociación dirigida por una persona experta en facilitar el entendimiento entre las partes. El mediador se encarga de fomentar que la conversación entre las partes se dirija hacia un posible acuerdo, o al menos hacia un mayor entendimiento entre ellas. Durante el proceso de la mediación, las partes tienen oportunidad de compartir su punto de vista, sus preocupaciones, intereses y sus necesidades; por tanto, se trata de un proceso en el que las partes tienen la oportunidad de sentirse escuchados. Una mediación eficaz implica conocer las técnicas relacionadas con la gestión del conflicto, la negociación y la psicología de los procesos de interacción social o la dinámica de grupos. La mediación persigue conocer y controlar el proceso, garantizando un proceso seguro en el cual se ofrezcan las mismas oportunidades para todas las partes implicadas, mientras que éstas son las responsables del contenido de los acuerdos logrados.

Por tanto, la mediación no deja de ser una negociación asistida. El mediador eficaz conoce la teoría de la negociación y orienta a las partes en el uso de las técnicas negociadoras más

propicias, eliminando cualquier barrera que imposibilite una negociación eficaz y apoyando a las partes mientras buscan llegar a un acuerdo.<sup>42</sup>

### **e) Formas de terminar la mediación.**

La mediación queda en manos de las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad tantas veces mencionado, que permanece latente durante todo el proceso. Por ende, la mediación puede terminar de las siguientes formas:

- a) Las partes llegan a un acuerdo. Esto significa que la mediación ha resultado satisfactoria y exitosa (art. 23 y concordantes LM).
- b) Las partes comunican al mediador que no ven posible el acuerdo, es decir, la mediación ha sido intentada pero finalmente no ha tenido éxito. Esta comunicación puede ser hecha por ambas partes o por una sola; y se podrá dar por terminada la mediación.
- c) Las partes pueden rechazar al mediador. Esta situación se halla prevista por el art. 17.2 LM. Puede ser por falta de cualidades del mediador, por falta de neutralidad, u otras. Esta remoción del mediador se llevará a cabo por ambas partes. Sin embargo, este rechazo del mediador no significa que termine la mediación, ya que las partes, si desean seguir con la mediación, podrán nombrar a otro mediador (art. 17.2 LM).
- d) Cualquiera de las partes desea dar por finalizada la mediación (arts. 6.3 y 22.1 LM).
- e) El plazo que las partes se dieron para intentar obtener un acuerdo en mediación transcurre sin llegar al mismo.<sup>43</sup>

### **f) La mediación y otros MASC.**

La mediación es un método voluntario, flexible, ordenado y confidencial por medio del cual las partes, con la ayuda de un tercero, tratan de resolver un conflicto y llegar a una solución satisfactoria para ambas. Sin tercero neutral o mediador, que tercie entre las partes, no hay

---

<sup>42</sup> GRIGGS BUTTS, T., MUNDUATE L., BARÓN, M. y MEDINA, F.: "Intervenciones de mediación" en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación,... Cit., p. 269

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones... Cit. p. 128

mediación sino negociación.<sup>44</sup> La mediación es un mecanismo al que las partes podrán acudir por sí mismas cuando a través de la negociación no son capaces de llegar a un acuerdo.

Comparando la mediación con la negociación o transacción y el arbitraje, en cuanto a su finalidad, se encuentra a caballo entre ambas. Tiene en común con la transacción que serán las partes por sí mismas las que lleguen a un acuerdo para resolver su controversias, pero difiere en cuanto que se requiere para ello la ayuda o intervención de tercera persona; lo que, en cambio, la acerca al arbitraje –en tanto que, en ambos casos, interviene un tercero— pero se diferencia en cuanto que el mediador no impone una solución a las partes, como sí hace el árbitro. El mediador coopera para que se llegue a un acuerdo, pero dicho acuerdo depende de las partes.<sup>45</sup>

La mediación es un procedimiento no adversarial de resolución de conflictos, mientras que el arbitraje y la jurisdicción son procesos en esencia adversariales ya que, mientras que en éstos últimos una parte gana y la otra pierde, en la mediación todos pueden ganar llegando a un acuerdo en común (como sucede en la negociación y en la transacción).

En la LM el legislador ha querido asimilar la mediación, si se eleva a escritura pública, a la conciliación, y no al arbitraje. Por tanto, lo convenido en mediación, o conciliación, es una transacción, aunque constituya un título ejecutivo (en la conciliación) o pueda constituirlo (en la mediación si se eleva a escritura pública). Por tanto, no tiene efecto de cosa juzgada a diferencia del arbitraje, aunque el acuerdo sí puede documentar todo tipo de obligaciones.<sup>46</sup>

El resultado del proceso de mediación no siempre tiene por qué ser en forma de acuerdo, ya que en ocasiones no se logra. En algunas situaciones es posible que la avenencia llegue más tarde, porque las partes, durante la mediación, llegaron a entender mejor las cuestiones en disputa y los intereses de la otra parte. Otras veces, al no lograr un acuerdo, las partes tratan de reunir más información, tratan de convivir con la situación, u optan por recurrir a un tercer que decida por ellos, como un juez o un árbitro.

La mediación puede funcionar como sistema alternativo a la jurisdicción o arbitraje; o como sistema para poner fin a la jurisdicción o al arbitraje ya iniciado. Incluso es posible la mediación

---

<sup>44</sup> Ibidem, p. 131

<sup>45</sup> PÉREZ CONESA, C., Mediación en asuntos civiles y mercantiles. BIB 2010\1205. Publicado en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 4/2010, Editorial Aranzadi, p. 3

<sup>46</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil... Cit. p. 24



en fase de ejecución, al estar regida esta fase procesal por el principio dispositivo, igual que la fase declarativa, por lo que las partes pueden llegar a acuerdos para evitar que se inicie la ejecución forzosa o se ponga fin a la misma.

Como de forma reiterada se ha señalado, estos MASC incluyen, entre otros, la mediación, el arbitraje y la vía judicial. Los tribunales ofrecen una vía mediante la cual las partes encontrarán una solución al problema, y esta solución será impuesta por un juez en forma de sentencia vinculante para ambas partes. De forma parecida, el arbitraje también consiste en un tercero que toma la decisión y que resulta vinculante para las partes, pero en este caso las partes suelen participar por propia voluntad y dicho arbitraje se puede diseñar de antemano para que este proceso resulte más breve y menos costoso que los tribunales, en el arbitraje impera la autonomía de la voluntad de las partes. De un modo diferente, la mediación depende del trabajo de las partes para elaborar una solución apropiada a la controversia. Es posible basar esta solución en los verdaderos intereses de las partes, en vez de hacerlo sobre sus posiciones iniciales. Por consiguiente, la mediación trae consigo un alto índice de satisfacción entre sus usuarios ya que el tercero que asiste a las partes trata de lograr un acercamiento entre éstas que ponga fin a la controversia en forma de un acuerdo.

Por tanto, dadas sus semejanzas y similitudes respecto al acercamiento de las partes en la solución del conflicto, la mediación se presenta como una intervención alternativa a la negociación para resolver disputas. En la medida en que cuando uno se siente enfadado, molesto, dolido, humillado... es difícil hablar y entenderse, por lo que la mediación de una tercera parte puede resultar de ayuda para desbloquear dichas situaciones. De hecho, el rol de abrir canales de comunicación entre las partes con el objetivo de conocer los intereses y necesidades subyacentes es una de las tareas más destacadas en el proceso de mediación.<sup>47</sup>

## **C. La conciliación.**

### **a) Marco conceptual.**

El acto de conciliación se regula en los arts. 460 a 480 LEC 1881, en virtud del apartado 1.2ª de la Disposición Derogatoria de la LEC, con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina

---

<sup>47</sup> GRIGGS BUTTS, T., MUNDUATE L., BARÓN, M. y MEDINA, F.: "Intervenciones de mediación" en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación,... Cit., p. 266

judicial. La conciliación es facultativa y su finalidad es evitar el futuro proceso judicial o arbitral al resolverse el litigio previamente entre las partes, quedando sin objeto el inminente proceso.

En este acto, el conciliador no resuelve el conflicto, sino que se limita a tratar de aproximar las posturas encontradas de las partes.<sup>48</sup> De forma que, a través de la conciliación, las partes, en virtud de nuevo de la autonomía de la voluntad, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto. En la conciliación, las partes alcanzan un acuerdo ante un tercero (el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la Audiencia Previa al juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. Si bien en este caso el tercero tampoco decide el acuerdo, ya que éste se llevará a cabo por las partes quienes deberán resolver el conflicto entre ellas.

La LEC mantiene una serie de prohibiciones al intento de conciliar. Así sucede, según el art. 460, para las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con:

1. ° Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza.
2. ° Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes.
3. ° Los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.
4. ° En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

### **b) Momento de la conciliación.**

La conciliación puede tener lugar antes de iniciarse el juicio, con la finalidad de evitar el proceso (en la Audiencia Previa, arts. 415.1 y 428.2 LEC). Este sistema tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria. Las partes buscan así la solución al litigio justo antes de entrar en el proceso, pero puede ocurrir que la conciliación no termine con avenencia, en cuyo caso las partes podrán acudir posteriormente a la jurisdicción o al arbitraje. El acto de conciliación

---

<sup>48</sup> VIOLA DEMESTRE, I.: El contrato de transacción en el Código Civil... Cit. p. 47

pretende conceder a los futuros litigantes la oportunidad de solventar sus diferencias en presencia del Juez o Secretario.

En el momento de la Audiencia Previa al proceso, las partes pueden solicitar, y el Juez acordar, la suspensión del litigio para proceder a la consecución de un acuerdo o transacción<sup>49</sup> entre las partes, como se desprende del art. 19.4 LEC. El intento de conciliación puede tener lugar en dos momentos distintos de la audiencia previa: al iniciar el acto, una vez comparecidas las partes (donde el Juez comprobará si subsiste el litigio entre las partes o si, por el contrario, manifiestan que han llegado a un acuerdo o que se disponen a concluirlo de inmediato, art. 415 LEC); y al finalizarlo, cuando a la vista del objeto de la controversia, el Juez podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio (art. 428.2 LEC). En ningún caso el Juez podrá provocar o imponer la conciliación (art. 415.1 LEC).

No es posible acudir a la conciliación cuando el proceso está ya lite pendiente. En este sentido, los jueces no pueden sugerir, ni las partes pueden intentar conciliación (a pesar de que sí pueden intentar una mediación o una negociación) una vez iniciado el proceso: se lo impide el primer párrafo del art. 460 LEC 1881.<sup>50</sup> Además, la conciliación tampoco puede combinarse con cualquier otro MASC. El acuerdo al que lleguen las partes se verá reflejado en el Auto del Juez de paz o el Decreto del Secretario Judicial, el cual es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.<sup>51</sup>

Por último, añadir que para el acto de conciliación no es preceptiva la intervención de letrado (art. 10.2.1º LEC) ni la representación por procurador (art. 4.1 LEC), aunque, en los asuntos de importancia, lo normal es que ambos asistan.

### **c) La conciliación y otros MASC.**

La conciliación es, por un lado, una negociación entre las partes que tiene lugar en el momento de la Audiencia Previa al proceso, pero se asemeja a la mediación en cuando interviene un tercero y no se trata de un asunto privado entre las partes. La conciliación y la mediación relatan dos situaciones parecidas pero con ciertas distinciones. Por un lado la conciliación hace

---

<sup>49</sup> Para la transacción se exige la presencia de todas las partes, incluido el rebelde, aunque también es posible la transacción parcial sobre el objeto del litigio.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación... Cit. p. 448

<sup>51</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil... Cit. pp. 7 y 8

referencia a la reunión de las partes en unas circunstancias y un ambiente propicio para llegar a un acuerdo. El conciliador es un facilitador de la comunicación entre los elementos en conflicto.

El papel del mediador es más activo, ya que tiene el poder de efectuar propuestas, intervenir en las discusiones y realizar sugerencias con vistas a llegar a un acuerdo.<sup>52</sup>

La nota común que ambos procesos tienen es el hecho de que son las partes quienes finalmente, entre ellas, llegan a un acuerdo en común. De esta forma, el conciliador y el mediador son simplemente terceras personas facilitadoras del proceso, los cuales no intervienen directamente en la negociación, aunque el mediador pueda ejecutar un papel más activo que el conciliador.

La diferencia entre la conciliación y la mediación es que en la conciliación no existe confidencialidad, de modo que, si fracasa la audiencia, es posible que el Juez prejuzgue antes de desarrollarse el pleito.

## **D. La transacción.**

### **a) Marco conceptual: la finalidad de la transacción.**

En la transacción existe una “fijación convencional de derechos” por obra de las partes, que declaran con un valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida. Viene a ser la transacción una nueva fuente de la relación, no en el sentido de que sustituye a la primitiva, sino que coexiste con ella aclarándola.<sup>53</sup> Algunas negociaciones se caracterizan por ser transacciones entre recursos que controlan las partes. Por ejemplo, entre un vendedor y un comprador, las partes se intercambian un producto o un servicio a cambio de una cantidad económica, y la negociación consiste en establecer las condiciones del intercambio, es decir, la cantidad de dinero a cambio de una cantidad de producto o servicio.

Las partes, ante un conflicto entre ellas, podrán evitar el litigio mediante el arreglo amistoso por la vía extrajudicial, a través de un contrato denominado transacción. La palabra transacción en el Derecho español equivale a todo tipo de convenio, pacto, acuerdo o negocio; y además, en un

---

<sup>52</sup> MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: “La naturaleza de la negociación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación,... Cit., p. 120

<sup>53</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: Tomo XLIII. Contratos sobre litigios. Volumen II. La transacción. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964, p. 71

sentido estricto, alude al acuerdo o negocio que aclara algún aspecto dudoso o bien zanja una controversia mediante concesiones recíprocas de las partes en conflicto.<sup>54</sup> La transacción es un contrato regulado en los arts. 1809 y ss. CC “por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. Este precepto es consecuente y conforme con la “ratio” que inspira el grupo normativo en que se integra, esto es que aunque en la transacción, como en la generalidad de los contratos civiles, rige el principio de libertad de forma, el legislador adopta mayores cautelas cuando uno de los posibles objetos de intercambio consiste en bienes “ajenos” al sujeto que transige.<sup>55</sup>

La finalidad de la transacción puede concretarse en dos momentos: como herramienta para evitar un pleito, o bien podrá utilizarse este sistema para poner fin a uno ya comenzado. En consecuencia, estamos ante un supuesto de transacción tanto si la cuestión litigiosa ha entrado ya a formar parte de un verdadero proceso judicial como si se limita a resolver desacuerdos que aún no han dado origen a actos judiciales. El objeto de la transacción se centra en solventar y canalizar una controversia o situación de conflicto reemplazando a los órganos jurisdiccionales del Estado, en el que el Juez se sitúa entre los litigantes, por la decisión de las propias partes contratantes.<sup>56</sup>

### **b) Caracteres.**

Las tres notas que, como reiteradamente ha señalado la Sala Primera del Tribunal Supremo, el Consejo de Estado y la doctrina, caracterizan a la transacción son:

Primero, que exista entre las partes una relación jurídica incierta y que sea tenida como tal.

Segundo, “intención de las partes de sustituir las desavenencias e incertidumbres mediante una nueva relación fundada en el pacto y que sea cierta e indiscutible”.

---

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. y RUIZ HIDALGO, C.: La transacción en el Derecho Tributario español: situación actual y perspectivas de futuro. Especial referencia a los procesos de reestructuración empresarial. BIB 2001/1140. Publicado en Quincena Fiscal Aranzadi núm. 14/2001, Editorial Aranzadi, p. 1

<sup>55</sup> BUSTILLO BOLADO, R.: “Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento”, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 203

<sup>56</sup> TAMAYO HAYA, S.: El contrato de transacción... Cit. p. 26

Y, tercero, que tal objetivo se consiga mediante “recíprocas concesiones de las partes”.<sup>57</sup>

Sólo la figura en que concurren los tres citados requisitos puede ser propiamente calificada como transacción. En caso de que alguno de los requisitos esté ausente, nos hallaríamos antes otras figuras negociales, pero no de la transacción que en nuestro Ordenamiento Jurídico regulan los arts. 1.809 y ss. CC. El contrato de transacción es un contrato típico, consensual, no solemne (puesto que en ningún art. se recoge referencia alguna a la exigencia de una formalidad a la cual quede sujeta la existencia y validez del contrato –sin perjuicio de su posible conversión en título ejecutivo–), bilateral y sinalagmático (reciprocidad y cumplimiento simultáneo), oneroso (cada parte concede a la otra una ventaja a la vez que cada una de ellas se sacrifica en parte) y conmutativo (la relación de equivalencia de las prestaciones de las partes se halla fijada a priori de forma inmodificable). El contrato de transacción es válido desde su perfección, aunque alguna de sus prestaciones sea de futuro. Ello significa que la eficacia de la transacción no queda condicionada suspensivamente al cumplimiento de las prestaciones asumidas.

Existe transacción cuando se pone fin a una controversia jurídica mediante recíprocas concesiones (ambos ceden en sus posturas iniciales). De hecho, las recíprocas concesiones son el efecto inmediato de la transacción, cuyo contenido puede ser: dar, prometer o retener determinada cosa.

Tradicionalmente se ha venido disponiendo que es requisito de toda transacción la concurrencia de una res dubia. Podría decirse que el concepto de res dubia, en pocas palabras, es “cosa dudosa” o “incertidumbre”. Son varias las teorías que han ido cuestionando el concepto y necesidad de tal incertidumbre. En la actualidad, res dubia debe entenderse como el presupuesto fáctico necesario –la duda– sobre el cual recaería el contrato de transacción; aquella incertidumbre generada respecto de la titularidad y eficacia de un derecho subjetivo que cada una de las partes ostenta en relación con la controversia jurídica o litigio, como consecuencia de la colisión de pretensiones: se genera una incertidumbre respecto de la justicia o razón que asiste a las partes en conflicto y que pretenden eliminar mediante la transacción.<sup>58</sup>

### **c) Dos formas de celebración: la transacción judicial y extrajudicial.**

---

<sup>57</sup> BUSTILLO BOLADO, R.: “Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje... cit., p. 204

<sup>58</sup> VIOLA DEMESTRE, I.: El contrato de transacción en el Código Civil...Cit. pp. 123-125

La regulación de la transacción en el art. 19 LEC, como supuesto de disposición del objeto del proceso por las partes, y el trámite previsto para su homologación en el art. 415, en fase de la Audiencia Previa al juicio ordinario, plantea, como lo demuestra esta sentencia, ciertas lagunas y problemas. La sentencia del TS de 14 de julio de 2.010 (RJ 2010/6042) ha abordado esta cuestión y se pronuncia sobre los requisitos de la transacción para que la misma tenga eficacia procesal. En este contexto, la duda surge en torno a la existencia de un solo tipo de transacción, la regulada en el art. 1.809 CC con dos formas diferentes de celebración: judicial o extrajudicialmente; o si, por el contrario, son dos figuras jurídicas distintas con caracteres comunes pero que difieren en cuanto a los presupuestos y por tanto, también en cuanto a sus efectos.<sup>59</sup>

La transacción extrajudicial es aquella celebrada antes del nacimiento del litigio entre las partes; mientras que la transacción judicial es la celebrada por las partes durante el curso de un litigio.

No obstante, en definitiva, el objeto de la transacción, como señala el mismo art. 1.809 CC es evitar la provocación de un pleito o poner fin al que haya comenzado.

### **c. 1) Transacción judicial.**

La transacción judicial, en virtud del art. 19 LEC, tendrá lugar en los procesos judiciales pendientes. Es, por tanto, que la pendency del proceso no impide a las partes transigir y disponer libremente sobre los derechos que forman su objeto. De hecho, durante un litigio las partes pueden negociar formalmente, acudir conjuntamente a un mediador o llegar entre ellas a un acuerdo (art. 19.1 LEC).

En el caso de que las partes lleguen a dicho acuerdo podrán hacer lo siguiente (art. 19 LEC):

- Estarán facultadas para disponer del objeto, por lo que podrán instrumentarlo privadamente poniendo fin al pleito mediante renuncia a la acción o el allanamiento o el desistimiento.
  
- O bien, acudir al Juez que conozca del asunto con el contenido de su acuerdo tras haberlo negociado entre ellas, para pedirle que lo apruebe y dicte un auto donde se recoja el acuerdo (transacción).

---

<sup>59</sup> Comentario a la Sentencia de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 6042). Transacción judicial y extrajudicial. Falta de homologación judicial de la transacción extrajudicial antes de la sentencia. Ejecución de la sentencia, p. 3

De conformidad con el art. 19.3 LEC, la transacción puede realizarse en cualquier momento de la Primera Instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia (en relación con los arts. 117.3 CE y 2.1 LOPJ).

La transacción es un acuerdo al que llegan las partes, pero también es una resolución judicial.

Son términos diferentes. La transacción judicial sólo es posible sobre lo que es objeto de un pleito, es decir, para que la transacción judicial tenga fuerza se exige la pendencia de un proceso: desde la admisión de la demanda a la firmeza de la sentencia. El TS, en su Sentencia 468/2010, de 14 de julio (RJ 2010/6042) dispone al respecto que “la transacción que no se incorpore al pleito será otra cosa, pero no es transacción judicial y no produce sus efectos”. El TS ha decidido que la homologación judicial de un acuerdo o una transacción requiere que, tras alcanzar el acuerdo deberán presentarlo ante el Juzgado, ratificarlo ante el mismo y por último obtener la homologación judicial en forma de Auto. La LEC regula la transacción judicial en sus arts. 415 y 428.2, para el juicio ordinario, y en el art. 443.3 para el juicio verbal. La finalidad de esta transacción es poner fin al proceso judicial iniciado, por el acuerdo al que llegan las partes ante el juez competente que había empezado a conocer del asunto, en la Audiencia Previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal.

En definitiva, la transacción judicial es un contrato (emanado, como en todos los procedimientos mencionados hasta ahora, de la autonomía de la voluntad de las partes), que nova otros contratos o relaciones jurídicas y que se incorpora a autos mediante una resolución judicial que le da la certeza del documento público y la fuerza ejecutiva que le es propia, y cuyo contenido puede ser impugnado.<sup>60</sup>

### **c. 2) Transacción extrajudicial.**

La transacción extrajudicial es aquella que surge cuando este contrato nace en virtud del interés de las partes de poner fin a una controversia, bien antes de iniciarse el proceso judicial, evitándolo, o bien desistiendo del litigio que se esté tramitando y celebrando un acuerdo fuera del ámbito judicial y de la figura del Juez. En este caso el contrato no se incorpora al Auto que ponga fin al litigio ni tampoco se homologará por la autoridad judicial.<sup>61</sup> También puede darse el

---

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación... Cit. pp. 419 - 438

<sup>61</sup> VIOLA DEMESTRE, I.: El contrato de transacción en el Código Civil... Cit. p. 341



caso de que las partes lleguen a una transacción extrajudicial cuando llegan a un acuerdo a través de la negociación o la mediación.

#### **d) La transacción y otros MASC.**

En este sentido, en los casos en los que las partes se hayan sometido a la figura de la negociación para poner fin a su problema y ésta haya prosperado terminando en forma de acuerdo, se habrá producido una transacción. Lo mismo puede ocurrir con el acuerdo alcanzado en una mediación o conciliación. Como anteriormente se ha indicado, la transacción puede tener como finalidad evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, en cuyo caso será una transacción extraprocesal; aunque, también puede servir para poner fin a un proceso judicial o arbitral ya iniciado.

#### **E. El acuerdo.**

Gracias a éstos métodos, las partes podrán llegar a un acuerdo a través de su propia decisión, es decir, donde el conflicto es resuelto directamente por ellas mismas y que abarca tanto aquellos casos en que las concesiones son recíprocas (transacción), como aquellas que son unilaterales (desistimiento, allanamiento).<sup>62</sup>

Si durante un proceso judicial, las partes llegan a un acuerdo que ponga fin al mismo, el Juez debe aprobar la transacción acordada por las partes (art. 19.2 LEC) con independencia de cuál sea su personal criterio sobre los derechos en litigio. La LEC le impone un único límite: que la Ley prohíba el acuerdo o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19.1 LEC).

#### **a) Lo acordado por las partes no es por sí solo título ejecutivo.**

Su fuerza ejecutiva, el régimen de impugnación e incluso la fuerza final o vinculante en otro proceso de lo acordado por las partes varía de forma drástica en función de cómo se haya instrumentado el acuerdo que se alcanzó.

En este sentido, las partes tienen diferentes posibilidades. En primer lugar, podrán instrumentar el acuerdo en una escritura pública o elevar a público el documento en el que conste el acuerdo,

---

<sup>62</sup> TAMAYO HAYA, S.: El contrato de transacción. ORDUÑA MORENO, F. (pról.), 1ª Ed., Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 30

con la finalidad de obtener así certeza y preconstituyen prueba para un eventual litigio futuro. En caso de que las prestaciones sean dinerarias pueden instrumentar un título ejecutivo (art. 517.2, 4º y 5º LEC) que le franquee la entrada directa en el proceso de ejecución. Por otro lado, las partes pueden iniciar acto de conciliación, avenirse, y dar a lo acordado el rango de acuerdo judicial (arts. 19 LEC y art. 476 LEC 1881). Por último, y en referencia a lo que a continuación se expondrá en el capítulo siguiente, si el pacto o transacción se produce en el marco de un arbitraje las partes pueden acordar el contenido del laudo y dotar así a su acuerdo de la fuerza de cosa juzgada y ejecutividad (art. 36 LA).

Si las partes consiguen llegar a un acuerdo negociado, generalmente lo instrumentarán en un nuevo pacto escrito, el cual tendrá la eficacia que el derecho español da a la transacción extrajudicial (arts. 1809 y ss. CC); y, en función del modo en que se instrumenten, el pacto puede ser título ejecutivo. La diferencia entre ser un título ejecutivo del art. 517.1.1º (como las sentencias) o del art. 517.2 (como los laudos y los acuerdos de mediación) o del art. 517.1.3º LEC (transacciones o acuerdos judiciales) tiene importancia, porque el régimen procesal de los títulos ejecutivos a que se refieren los tres primeros números del art. 517.2 LEC es muy distinto (más claro, más completo y más favorable) al régimen que la LEC da a los demás títulos ejecutivos, como en los incluidos en el art. 517.2.9º LEC, a los que ni se les trata como judiciales (arts. 518, 548, 556 LEC) ni como extrajudiciales.<sup>63</sup>

### **b) El acuerdo de la negociación.**

En la negociación, la decisión que resuelve el conflicto es un pacto o transacción entre las partes o una desavenencia que continúa. El acuerdo al que se llegue tiene esencia de pacto –de contrato– pero las formas procedimentales a que deben ajustarse los pactos judiciales son distintas a las formas extrajudiciales y, sobre todo, es distinta la eficacia que la Ley da a los acuerdos alcanzados lite pendente y aprobados u homologados por un juez de los meramente extrajudiciales.

En el ámbito extrajudicial, como procedente de la voluntad de las partes, tanto el acuerdo de negociar como lo acordado en negociación, tiene la fuerza de un contrato (“fuerza de ley” entre las partes, art. 1.091 CC). Lo acordado vincula a las partes y éstas deben respetarlo y acomodar su conducta futura a lo que se acordó.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación... Cit. p. 459

<sup>64</sup> Ibidem, pp. 87 y 88

### **c) El acuerdo de mediación.**

La mediación puede terminar de varias maneras conforme con el art. 22 LM. El resultado – acuerdo- alcanzado en la mediación es un contrato –firmado por las partes- al que se llega con la ayuda del mediador (art. 23.1 LM). Este acuerdo une solo a las partes de la mediación mediante un pacto transaccional –en tanto en cuanto el mediador ni firma, ni es parte, ni le vincula en forma alguna dicho acuerdo—, cuya impugnación o ataque sólo podrá cuestionarse mediante una acción judicial de nulidad por las causas que invalidan los contratos; en tanto no se haya convertido en título ejecutivo.

Por tanto, el acuerdo podrá elevarse a título ejecutivo –el cual ha de respetar los requisitos exigidos por la Ley y puede documentar todo tipo de obligaciones<sup>65</sup>—, mediante su elevación a escritura pública notarial (por decisión de las partes, presentando ante notario, además del acuerdo, copia del acta de la sesión constitutiva y de la sesión final) o a través de su homologación judicial si se tratase de mediación producida pendiente el procedimiento judicial (art. 25 LM). En este último caso, el acuerdo se incorpora al procedimiento por medio de auto que pone fin al proceso, quedando las partes vinculadas por el acuerdo homologado. Por lo demás, este contrato tiene los efectos de una transacción extrajudicial –o judicial—. Los efectos vinculantes que el mismo despliega entre las partes en esencia son aquellos que las mismas pactan, acuerdan o contratan válidamente, dando, haciendo o no haciendo (art. 1.091 CC); de forma que los efectos de esta vinculación se desplegarán en la esfera privada de las partes.

De este modo, uno de los rasgos más importantes que diferencia a la mediación del resto de los MASC es la eficacia del acuerdo. Los acuerdos a los que llegan las partes de manera voluntaria se cumplen en más alto porcentaje que los mandatos judiciales o los laudos arbitrales, que muchas veces requieren ejecución forzosa dado que, al no ser un acuerdo en común y de conformidad entre ambas partes, muchas veces la parte perjudicada opta por no cumplir la resolución por encontrarse disconforme.<sup>66</sup>

Uno de los objetivos básicos de la mediación reside en lograr un acuerdo mutuamente beneficioso y duradero, sin puntos ambiguos en su contenido. No obstante, aunque no se logre alcanzar un acuerdo, la mediación también habrá triunfado si se obtiene como resultado la

---

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación... Cit. p. 284

<sup>66</sup> Ibidem, p. 177

mejora de las relaciones y la comunicación entre las partes de tal modo que sean capaces de gestionar sus disputas en el futuro.

La participación activa de las partes es clave en los MASC, pero en la mediación adquiere un matiz especial, pues si las dos partes se acercan a este proceso, se habrá dado un gran paso hacia la resolución del conflicto, pues significa que están dispuestos a cooperar y a aceptar la influencia de una tercera persona, esto es el mediador, en la resolución del problema. El mediador apoyará a las partes actuando como canal de comunicación entre ellas, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo. Siendo la mediación un proceso voluntario, es de suponer que las partes integrantes del mismo están interesadas en la solución de la controversia.

Como ya se ha dicho, la mediación, aun sin acuerdo, también resultará satisfactoria si se ha propiciado que la mediación sea valorada por las partes como una de las posibles formas de resolver los conflictos que tengan entre ellas en un futuro. Por tanto, a diferencia del resto de los MASC, la mediación no necesita de un acuerdo entre las partes que ponga fin al proceso para que se vea satisfecha.

La diferencia fundamental entre el arbitraje y la mediación reside en que el árbitro tiene el poder de tomar decisiones sobre el acuerdo y éstas son vinculantes para las partes.<sup>67</sup> Además, en la mediación no hay preclusiones, ni hay nulidad de actuaciones; todo defecto u omisión que se produzca en el tracto de la negociación es subsanable. Por ello la LM no establece causas de nulidad, ni procedimiento para ponerlo de relieve. El acuerdo que se obtenga en mediación sólo puede impugnarse por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 LM).

#### **d) Lo convenido en conciliación.**

Si las partes consiguen llegar a un acuerdo, se pondrá fin a la controversia que surgió entre las partes y que las llevó al proceso. Pero si, por el contrario, el intento de conciliación fracasa, el Juez ha de resolver la cuestión litigiosa, y conviene que lo haga sin emitir un juicio previo sobre el caso. En suma, la Audiencia Previa constituye un marco legal en el que se invita a las partes a que lleguen a una avenencia: puede ser de forma unilateral (allanamiento o desistimiento) o, en

---

<sup>67</sup> MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: “La naturaleza de la negociación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación,... Cit., p. 120

su caso, bilateral (transacción con recíprocas concesiones), a través del cual den por finalizada su controversia y, por tanto, el proceso judicial iniciado.

La fuerza obligacional de lo convenido en conciliación proviene de declaraciones de voluntad libremente emitidas (lo que le acerca a la transacción judicial o al acuerdo obtenido en mediación); además, contra lo convenido en acto de conciliación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 477 LEC 1881).

Lo convenido en conciliación (art. 476 LEC 1881) tiene un tratamiento de título ejecutivo más débil que la transacción judicial o el acuerdo obtenido en mediación. Éstos tienen tratamiento propio, muy parecido al de las sentencias (art. 517.2.1º a 3º LEC). La resolución donde se plasme lo conciliado por las partes, a los efectos previstos en el art. 517. 2. 9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrá aparejada ejecución (art. 476 LEC 1881). De esta manera, que lo convenido en conciliación es título ejecutivo de los del art. 517.2.9º (“otros títulos ejecutivos”); significa que en ningún caso será equiparable a la sentencia (art. 717.2.1º LEC), aunque la avenencia se haya obtenido en un Juzgado de Primera Instancia, y ni siquiera la equipara a los títulos judiciales homologados (art. 717.2.3º LEC), que se refiere a las transacciones o acuerdos logrados en el proceso.

El contenido del convenio acordado por las partes en conciliación puede ser el normal de cualquier contrato (incluido el de someter la controversia a arbitraje –STS 21 de febrero de 1970), produce efectos novatorios (o, al menos sanadores de posibles defectos –STS 16 de diciembre de 1956-; al igual que lo acordado en una transacción), y los derechos y obligaciones asumidos en el convenio tienen plena eficacia jurídica, mientras el mismo no se anule (STS 12 de diciembre de 1946). En ningún caso cabe extender la eficacia o ejecución de lo obtenido en conciliación frente al deudor solidario que no fue citado a la conciliación (STS 16 de diciembre de 1991).

Respecto a su impugnación, contra lo convenido en el acto de conciliación puede ejercitarse por cualquiera de las partes acción de nulidad, por las causas que invalidan los contratos (art. 477 LEC 1881); lo que incluye tanto las posibles causas de nulidad radical como la anulabilidad y la rescisión (art. 1.290 a 1.314 CC).

### e) El acuerdo de transacción.

La decisión que se plasme en la transacción produce el efecto de que las partes están contractualmente obligadas a estar y pasar por tal acuerdo (art. 1.091 CC). Pero la decisión es impugnabile por las causas que invalidan los contratos.

La eficacia de cosa juzgada que el art. 1.816 CC concede a la transacción ha de ser interpretado. Haber transigido obliga a las partes a estar a lo pactado (art. 1.091 CC), pero ni impide la revisión posterior por jueces o por árbitros (en su existencia, en su validez y en su interpretación) de lo que se transó, ni condiciona o prejuzga el contenido de la sentencia o el laudo que se dicte.

Las transacciones (acuerdos) que se produzcan en el proceso (sean o no inducidas por el Juez) y que hayan sido homologadas son título ejecutivo (art. 517.2.3º LEC, en relación con los arts. 19.2 y 415.1, párrafo 2º); a no ser que las partes desistan y se aparten del proceso, y lleguen a un acuerdo de transacción extrajudicial, el cual no tendrá que ser homologado por el Juez. No obstante, esto no significa que sean inatacables, como lo son un laudo o una sentencia firme.

Por último, resaltar la eficacia de cosa juzgada que el art. 1.816 CC le concede, teóricamente, a la transacción extrajudicial. Como ya se ha expuesto, haber transigido obliga a las partes a estar a lo pactado, pero ni impide la revisión posterior de lo que se transó (por jueces o por árbitros), ni condiciona el contenido de la sentencia que se dicte. Esto es así porque la cosa juzgada que excluye una revisión posterior (función negativa de la cosa juzgada) o que predetermina su sentido (función positiva de cosa juzgada) nunca es un efecto ente partes, sino la vinculación (de naturaleza pública y jurisdiccional) del Juez que juzga o del árbitro que arbitra lo decidido en un proceso o en un arbitraje anterior. En consecuencia, la cosa juzgada no es un efecto entre partes, sino el efecto que lo decidido por un Juez en un proceso judicial o lo decidido por un árbitro en un proceso de arbitraje.<sup>68</sup> En virtud de lo expuesto, el efecto de “cosa juzgada” de las transacciones extrajudiciales que el art. 1.816 CC en realidad consiste en un efecto vinculante inter partes, en virtud del cual no pueden o deben apartarse de lo convenido, pero carece de la eficacia excluyente de toda revisión posterior que es típica del laudo o de la sentencia firme (que impediría todo juicio sobre la misma cuestión).<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación... Cit. p. 180

<sup>69</sup> VIOLA DEMESTRE, I.: El contrato de transacción en el Código Civil... Cit. p. 301

#### **IV.- SISTEMAS HETEROCOMPOSITIVOS.**

Los sistemas heterocompositivos se caracterizan porque una persona individual (Juez o árbitro), u órgano colegiado (tribunal o Colegio Arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución que producirá efectos de cosa juzgada (sentencia o laudo). Por tanto, son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción, donde el tercero imparcial actúa supra partes, imponiendo su decisión. Si bien, el arbitraje es un método alternativo de solución de controversias, al contrario de, lógicamente, la jurisdicción.

##### **A) El arbitraje.**

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), en su sentencia núm. 70/2013, de 5 diciembre (RJ 2013\8310), de forma muy acertada dispone que “el arbitraje es la institución jurídica según la cual una tercera o terceras personas designadas directamente por las partes o susceptible de designación según lo convenido por terceros (instituciones arbitrales), resuelve un determinado conflicto intersubjetivo en materias de su libre disposición. Se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente viene vinculado con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (STC de 17-1-2005 (RTC 2005, 9))”.

##### **a) El arbitraje, ¿MASC?**

###### **a. 1) Concepto y alcance del arbitraje.**

El arbitraje es la institución jurídica según la cual una tercera persona designada directamente por las partes o susceptible de designación según lo convenido por terceros, resuelve un determinado conflicto intersubjetivo en materias de su libre disposición. Se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente viene vinculado con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.<sup>70</sup>

El arbitraje viene regulado por la LA. En el arbitraje el árbitro impone la solución privada del conflicto, en virtud de un convenio suscrito por los interesados en el que acuerdan, para determinadas materias, someterse a arbitraje, de modo que aplicando el derecho o la equidad

---

<sup>70</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, de 17/1/2005 (RTC 2005, 9)

(según hayan pactado las partes), el árbitro va a declarar lo justo para el caso concreto dictando un laudo, que será firmado y producirá efectos de cosa juzgada.

Como recuerda la STC 2-12-2010 (RTC 2010, 136) “[...] si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio [...]”. Y es que, en efecto, bien cuando surge una determinada controversia entre las partes, bien en previsión de que pueda surgir en un futuro, las personas físicas o jurídicas pueden optar en materias de libre disposición por pactar que sus divergencias sean resueltas por un tercero, el árbitro o árbitros, a cuya decisión se someten.

Para ello ponderan y sopesan los beneficios e inconvenientes de acudir a tal institución en lugar de a los órganos jurisdiccionales. Entre los primeros en relación con el arbitraje, se consideran la celeridad, especialización y confidencialidad y entre los segundos, la limitación de las posibilidades de impugnación del laudo, que por otra parte puede contemplarse también como una ventaja frente al acceso a la jurisdicción ordinaria y a su sistema de recursos. Es consustancial, pues, al arbitraje que las partes acepten la decisión del árbitro al que se sometieron sin perjuicio de que la legislación preserve el principio de tutela judicial efectiva mediante la posibilidad de instar la nulidad del laudo ante la jurisdicción, sin que ello implique trasladar el examen del conocimiento de la controversia al Juez.<sup>71</sup>

Si bien puede parecer que el arbitraje es una figura muy similar al procedimiento judicial, en realidad resulta muy distinto a éste. En el arbitraje suele existir un clima de cordialidad o un sentimiento de autocomposición que más bien facilita, en lugar de entorpecer, la posibilidad de llegar a un resultado del conflicto que se produzca. Además de resultar más gratificante para las partes el haber adoptado esta opción como justicia alternativa, ya que la decisión de no acudir a los juzgados como vía ordinaria de dirimir sus diferencias eliminará una serie de riesgos y tiempo en la solución del problema que se plantee, al mismo tiempo que se mantiene abierta la posibilidad de seguir negociando y tratando sobre su solución.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª), núm. 6/2014, de 23 enero

<sup>72</sup> Bores Saiz, J.: “El arbitraje como justicia alternativa”, en AA.VV.: Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva. Tomo II. OLIVENCIA RUIZ, M. (Prol.), Centro de Estudios Registrales, p. 1.509



### **a. 2) Características y naturaleza del arbitraje.**

Los elementos esenciales del arbitraje son: origen voluntario, existencia de una controversia que oponga al menos a dos partes, presencia de un tercero independiente y conclusión mediante una decisión definitiva como resultado de la misión jurisdiccional de ese tercero.

La doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal.

En consecuencia, el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable, esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo, que constituyen la razón de ser del arbitraje.<sup>73</sup>

Por otro lado, en lo que respecta a la llamada “arbitrabilidad subjetiva” o, lo que es lo mismo, de quiénes pueden acudir al arbitraje. Al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que sólo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o morales, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquel que se encuentre en una situación de capitis diminutio.<sup>74</sup>

### **a. 3) ¿Es el arbitraje realmente un MASC?**

En el derecho anglosajón, ADR (MASC en España) es toda aquella forma imaginable de resolver un conflicto distinto de la litigación. Como ya se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, existen aquellas formas en las que se resuelve el conflicto exclusivamente entre las partes, y aquellas en las que interviene un tercero, cuya misión es ayudar a las partes a resolver la controversia.

---

<sup>73</sup> STSJ Madrid [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 56/2013, de 9 julio

<sup>74</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit., p. 47

El arbitraje no es un MASC.<sup>75</sup> Esta rotunda afirmación es dada por el Abogado, Árbitro y Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, Fernández-Ballesteros, M. en una de sus obras. Según él, los ADR hacen referencia a toda aquellas formas pensadas para intentar resolver conflictos patrimoniales en las que su comienzo y continuación en el tiempo dependen de la inicial existencia y la actual subsistencia de la voluntad de ambas partes, en virtud de la cual las partes conservan el control sobre la controversia, por lo que nadie (sin su consentimiento) puede tomar una decisión definitiva que jurídicamente les vincule.

Además, cualquiera de las partes, en cualquier momento, puede dar por terminado el procedimiento al que se estén sometiendo, sin que sea requerido ninguna clase de desistimiento, allanamiento ni renunciaciones a posiciones procesales previas; ni se requiere el consentimiento de terceros o neutrales. Consecuencia directa de la autonomía de la voluntad de las partes latente durante cualquier procedimiento.

En ciertos casos el método al que se sometan las partes puede requerir la intervención de un tercero (como en la mediación o en la conciliación) ajeno a las partes e independiente de ellas, que les asiste en la búsqueda de un acuerdo. Esta tercera persona imparcial puede servir de catalizador o de pacificador, y, además, establecer cauces de comunicación. La sola necesidad de seguir un procedimiento ayuda a poner orden en las ideas, a afinar en las posiciones y a acercar a las partes en la resolución del conflicto. Por tanto, salvo que lo pacten de forma expresa, las partes no están jurídicamente vinculadas por las opiniones, recomendaciones o informes que emita el tercero, dado que la intervención de este, como se acaba de señalar, se limita a aportar un apoyo a las partes para que las mismas tomen por sí solas sus propias conclusiones de mutuo acuerdo.

Además de los elementos fácticos y jurídicos de un determinado conflicto, los MASC (excluyendo al arbitraje) buscan y dominan las emociones, expectativas, intereses e incluso reglas de conducta con el fin de eliminar los obstáculos que mantengan distanciadas a las partes en la resolución del conflicto y, de hecho, con la voluntad de que las mismas encuentren a través de sus emociones un acercamiento de posiciones que las vincule a lograr el acuerdo que ponga fin a la situación litigiosa.

Teniendo en cuenta que el arbitraje resuelve a favor de una u otra parte, Fernández-Ballesteros afirma que, en contraste, no es fin de los ADR (MASC) resolver la disputa a favor de una u otra

---

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones... Cit. p. 57

de las partes, ni decidir a quién ampara el derecho, sino remover la controversia, de forma que no sea necesario incoar un litigio o acudir a un arbitraje. Su finalidad es radicalmente práctica. Esto es, los métodos como la negociación, la mediación o la conciliación no pretenden hacer justicia, ni ajustarse a derecho, simplemente buscan métodos que permitan remover el obstáculo en que la controversia consiste.

Este autor, en definitiva, sostiene que los ADR no están sometidos a las exigencias del proceso justo o proceso debido (plena audiencia y efectiva contradicción, lo que ralentizan el procedimiento, cuando en realidad se busca agilidad y pragmatismo). Por lo que concluye que ADR no incluye el arbitraje que, sin identificarse con ella, está más próximo a la litigación.

Ésta última afirmación se sostiene sobre la base de que arbitraje y litigación resuelven el conflicto produciendo efectos de cosa juzgada; mientras que el resto de MASC tratan de resolver el conflicto, pero puede que no lo consigan, aunque con haber conseguido un acercamiento de las partes ya se ha logrado cumplir uno de los objetivos de los MASC. Por último, los MASC (excluyendo de nuevo al arbitraje), permiten la intervención de tercero (salvo en la negociación) que no decidirá sobre la controversia y donde no se producirá cosa juzgada, aunque contractualmente vinculen a las partes.<sup>76</sup>

### **b) El convenio arbitral.**

Salvo en los supuestos excepcionales en los que sea testamentario, el arbitraje es una institución cuyo origen es un contrato: ese contrato es el convenio arbitral. Éste está sometido a las normas de la LA y supletoriamente a las del CC que regulan los contratos.

Puede acordarse de forma separada respecto al contrato o negocio a que hace referencia, o – lo que es más frecuente – como cláusula del contrato principal. También cabe que el convenio arbitral se contenga en un contrato de adhesión, en cuyo caso, su validez e interpretación del convenio se acomodarán a lo establecido por las disposiciones normativas en vigor aplicables para este tipo de modalidades de contratación (art. 9.2 LA). El art. 9 LA regula su forma y contenido: puede adoptar la fórmula de cláusula incorporada a un contrato, o como 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, de carácter contractual o no contractual.

---

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones... Cit. pp. 59-61

Si bien la LA no define el contenido arbitral, podemos encontrar algunas referencias en el derecho comparado. En este sentido en la Ley General de Arbitraje Peruana se define el convenio arbitral como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de proceso judicial”.<sup>77</sup>

### **b. 1) El convenio arbitral y la voluntariedad de las partes.**

Configurando los requisitos del convenio arbitral, el art. 9.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003, establece que “El convenio arbitral 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”. Este precepto debe interpretarse, según reiterada jurisprudencia, en estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad en que se funda la institución del arbitraje según la jurisprudencia constitucional.

Al margen del proceso que asienta sus bases en el poder para impartir justicia concedida al Estado, las partes en conflicto pueden acudir a un tercero cuya decisión pondrá fin a la situación controvertida de forma ajena a la actuación de los órganos jurisdiccionales.

El convenio arbitral es la pieza angular de todo arbitraje ya que no puede haber arbitraje sino hay un acuerdo previo de las partes para someterse a este sistema. La característica principal y definitoria del arbitraje es su naturaleza convencional. Las partes son libres para someterse a este sistema de resolución de conflictos, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso, sustituirán la justicia pública por la privada.

Las partes en el convenio arbitral fijarán el ámbito y las condiciones para resolver el conflicto y legitimarán al árbitro en el ejercicio de su función declarativa, que concluye cuando dicta el laudo. En el arbitraje las partes otorgan al árbitro la potestad para resolver su litigio en el marco de las normas que ellas mismas establecen en el convenio arbitral (art. 34 LA).<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> MONTERO ESTÉVEZ, J.: “Convenio arbitral: efectos. Declinatoria” en AA.VV.: Curso de Derecho Arbitral, MERINO MERCHÁN, J.F. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 103

<sup>78</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil... Cit. p. 11

En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral fundada en el principio de autonomía de la voluntad y regulada por la legalidad ordinaria fuera del ámbito de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE ; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha disciplinada por la regulación del derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el TC.

En este sentido, el TC ha precisado que la renuncia al derecho a que la cuestión litigiosa sea resuelta por los tribunales de justicia competentes -lo que implica el derecho al juez predeterminado territorialmente- “debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho”, en cualquier caso, “no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009 de 9 marzo, STC 136/2010 de 2 diciembre)”.

Por lo mismo, al constituir la autonomía de la voluntad la esencia y el fundamento de la institución arbitral, resultaría contraria al art. 24.1 CE la imposición legal del arbitraje con exclusión de la vía jurisdiccional (STC 174/1995 de 23 noviembre). Con mayor razón aún, si la imposición se efectuase por una de las partes.<sup>79</sup>

## **b. 2) Convenio arbitral y contrato principal.**

Ya sea como cláusula del contrato principal, ya sea como contrato independiente, el convenio arbitral y el contrato principal son contratos distintos e independientes. Pese a ser accesorio, el convenio arbitral es autónomo del contrato principal. Esta autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal tiene dos consecuencias jurídicas muy importantes: en primer lugar, la nulidad del contrato principal no acarrea la nulidad del convenio arbitral; y, en segundo lugar, los árbitros tienen potestad para decidir sobre su propia competencia, incluida la validez o nulidad del convenio arbitral (art. 22.1 LA).

---

<sup>79</sup> STSJ Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 26/2013, de 4 abril

### **b. 3) Requisitos formales del convenio arbitral.**

El convenio arbitral es el origen y fundamento mismo del arbitraje, es por ello que el convenio consagra un principio básico que inspira a toda la Ley de Arbitraje: favorecer al arbitraje (favor arbitri). Para favorecer la eficacia del convenio arbitral se reducen al estricto mínimo los requisitos formales del mismo. La LA solo exige un requisito para el convenio arbitral: que exprese la voluntad de las partes de sometimiento al arbitraje. Este requisito, obviamente, presupone la capacidad de quienes presten su consentimiento y la arbitrabilidad de la controversia.

En efecto, el requisito imprescindible para que el convenio arbitral tenga validez es que el mismo deberá “constar por escrito”. De hecho, la LA hace referencia a medios escritos tradicionales como cartas, telegramas, télex y fax, aparece seguida de la posibilidad de utilizar, con la misma fuerza y valor, cualesquiera “otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo”, consagrando así un número ilimitado de posibilidades que entrarían dentro de una categoría de “escrito por asimilación”. En segundo lugar, la libertad formal es prácticamente absoluta al contemplarse la posibilidad de plasmar el convenio arbitral “en soporte electrónico, óptico o de otro tipo” siempre y cuando dicho soporte deje constancia del acuerdo de voluntades y sea susceptible de ulterior consulta. Se consagra así una “ficción” que permite considerar como “escrito” cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico.<sup>80</sup>

### **b. 4) Efectos del convenio arbitral e intervención judicial en el arbitraje.**

El convenio arbitral, en virtud del art. 11 LA, despliega dos efectos: uno positivo y otro negativo. En virtud de su efecto positivo, el convenio es obligatorio para las partes y tienen obligación de respetarlo –obligación propia del principio *pacta sunt servanda*—. Esto es, las partes quedan obligadas a cumplir lo estipulado en el convenio arbitral. Cualquiera de las partes puede invocar el arbitraje en base al compromiso de sometimiento de la controversia a un procedimiento arbitral.

Por otro lado, el efecto negativo consiste en el principio según el cual los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer de las controversias cubiertas por un convenio arbitral. De este modo, la LA insta al interesado en evitar que la controversia sea resuelta por un órgano jurisdiccional, que invoque la existencia del convenio arbitral y su contenido mediante la

---

<sup>80</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit., p. 80

institución procesal de la declinatoria. Este efecto negativo, de simple y reconocida aplicación, merece, sin embargo, ciertas precisiones. En primer lugar, le está vedado al juez invocar de oficio la existencia del convenio arbitral. En segundo lugar, la LA establece en su art. 15 que si no resulta posible designar árbitro a través del procedimiento acordado por las partes cualquiera de ellas podrá solicitar al Tribunal competente el nombramiento de los árbitros o en su caso la adopción de las medidas necesarias para ello<sup>81</sup>. En consecuencia, la LA expresa en su preámbulo que el órgano judicial sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral, sin que esté llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio.<sup>82</sup>

Por otro lado, en relación a la adopción de medidas cautelares, el art. 23.1 LA, salvo pacto en contrario, faculta a los árbitros, a instancia de cualquiera de las partes, a adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Dado que los árbitros carecen de potestad ejecutiva es necesario acudir a la autoridad judicial para la ejecución de las medidas cautelares. Ahora bien, si la actividad cautelar solo comporta actividad declarativa, los árbitros estarían plenamente facultados para adoptar tal medida. Lo cual no niega la posibilidad de que la parte interesada inste a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. En esta materia, la potestad judicial y la arbitral no son alternativas, sino concurrentes. En este sentido, el apartado 3 del art. 11 confirma la competencia concurrente del juez y del árbitro (este último la tiene en virtud del art. 23 LA) para dictar medidas cautelares, y evita que una petición al juez en tal sentido pueda ser interpretada como un renuncia tácita al convenio arbitral o que pueda ser neutralizada invocando la existencia del convenio arbitral. Finalmente, tomado de la Ley Modelo, el apartado 2 del art. 11 prevé que la pendencia de la declinatoria no suspende ni impide la tramitación del arbitraje. Esta es una prueba adicional del interés que demuestra el legislador español por dotar de máxima eficacia al convenio arbitral y por evitar que el proceso judicial sea utilizado con fines dilatorios para dificultar o paralizar un arbitraje.<sup>83</sup>

Sin embargo, ambos efectos quedan a disposición de las partes. En cuanto al efecto positivo, las partes pueden pactar no cumplir lo estipulado en el convenio arbitral; respecto del negativo, si

---

<sup>81</sup> TSJ Castilla y León, Burgos [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 7/2013, de 28 junio

<sup>82</sup> STSJ C. Valenciana [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 8/2013, de 31 julio

<sup>83</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit. p. 90

una de las partes acude a la jurisdicción, y la otra no presenta la declinatoria<sup>84</sup> en tiempo y forma, esa concreta controversia será resuelta por el órgano judicial.

Al respecto, la Exposición de motivos es particularmente ilustrativa de la intención del legislador: “La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías”.

En otro orden de cosas, no hay inconveniente en que las partes acuerden –de forma clara y diferenciada— que desean que cierta clase de controversias de entre las que puedan surgir sobre la interpretación o cumplimiento de un contrato sean resueltas mediante arbitraje y otras (o “las demás”) que se resuelvan mediante litigación ante determinados tribunales. El TS en su sentencia de núm. 860/2007 de 10 de julio (RJ 2007/5586) entiende útil y justificado el doble pacto aunque sea sólo para el caso de que ambas partes decidan renunciar al arbitraje: “esta Sala, [que] ha señalado que la sumisión dirigida a fijar el fuero voluntario, no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a arbitraje, sino que obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al arbitraje o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste [...]”. En el mismo sentido, el TS en su STS 1042/1999 afirma que “como principio, hay que afirmar que una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral” (STS 1042/1999, de 11 diciembre RJ 1999/9018). A partir de esta sentencia parece quedar claro que el convenio arbitral no puede interpretarse de modo formalista, que pueden convivir un convenio arbitral y un pacto de litigación y que el convenio arbitral tiene preferencia sobre la sumisión expresa.

Para ir concluyendo, conviene añadir que el convenio arbitral tiene preferencia sobre el pacto de litigación cuando ambas cláusulas se encuentran en un mismo contrato. Un convenio arbitral y un pacto de sumisión expresa son perfectamente compatibles, pues están destinados a surtir efectos en ámbitos diferentes. Sin embargo, en caso de duda, es importante advertir que cuando

---

<sup>84</sup> El convenio arbitral es un pacto de sometimiento de una controversia a un método de solución distinto del judicial, que no puede ser apreciado de oficio por el juez, sino solo a instancia de parte mediante la declinatoria. El plazo del que dispone el demandado para interponer la declinatoria varía en función del cauce por el que sustancie el asunto: son los primeros 10 días del plazo correspondiente para presentar la contestación a la demanda en las pretensiones que se tramiten por la vía del juicio ordinario; o los primeros 10 días posteriores a la citación para la vista para pretensiones que se sustancien por la vía del juicio verbal (art. 11.1.2º LA).



ambas cláusulas concurren, en la medida en que el arbitraje excluye toda jurisdicción, cuando existe un convenio arbitral válido tiene preferencia sobre cualquier sumisión a los jueces de un determinado lugar. Además, cuando existe un convenio arbitral de sumisión a arbitraje –y al menos una de las partes lo invoca— debe aplicarse con preferencia y con independencia de un acuerdo de litigación (sea a los tribunales en general o al de un determinado lugar). Todo ello sin perjuicio de la competencia de los árbitros para decidir sobre la eficacia y alcance del convenio arbitral.<sup>85</sup>

Estas afirmaciones se encuentran respaldadas por la jurisprudencia, estableciendo tres básicos criterios. En primer lugar, las partes pueden pactar un doble convenio (de arbitraje y de sumisión a los jueces de un determinado territorio) para el caso de que renuncien expresa o tácitamente al convenio arbitral (STS de 11 de diciembre de 1999, RJ 9018). En segundo lugar, la existencia de un doble pacto no afecta a la validez y eficacia del convenio arbitral: es un hecho que, cuando concurren un convenio arbitral y un acuerdo de sumisión a los tribunales, los jueces del lugar donde la cuestión se suscita tienden a resolverla dando fuerza al convenio arbitral (STS 860/2007 de 10 de julio; RJ 2007/5586). En último lugar, el convenio arbitral y el pacto de sumisión expresa son compatibles sobre todo para el caso de que, cualquiera que sea la razón, el convenio arbitral resulte ineficaz (STS 860/2007 de 10 de julio, RJ 2007/5586).<sup>86</sup>

### **c) Las partes deciden cómo será el procedimiento arbitral.**

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, en el arbitraje, como en la mediación, las partes pueden libremente acordar todo lo relacionado con el procedimiento al que se someterán en caso de conflicto; esto es, tienen libertad para organizarse del modo que tengan por conveniente respetando los principios y pautas establecidos en las leyes y actuando bajo el principio de la buena fe. De esta manera, las partes, directamente o en virtud de la referencia que ellas hagan a un reglamento de arbitraje, tienen un gran control sobre el procedimiento arbitral y su desarrollo. La común voluntad de las partes prima en todo lo relacionado con la designación y características que han de reunir los árbitros, así como respecto del número de los mismos, la forma de resolver el arbitraje (pudiendo ser de derecho o de equidad), y del procedimiento arbitral en general, sin que la ley ponga límites a ello excepto por lo que se refiere al respeto al debido proceso y a la igualdad de las partes. La mayoría de las normas de la LA

---

<sup>85</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit. pp. 95 y 96

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación,... Cit. pp. 97 y 98

tienen un carácter meramente supletorio de la voluntad privada, no obstante siempre habrán de respetarse los principios de igualdad, audiencia y contradicción.<sup>87</sup>

El arbitraje reviste muchas formas, puede ser ad hoc o puede ser institucional; puede ser interno o internacional; puede ser decidido conforme a derecho o moderado por la equidad.

#### **d) El laudo arbitral.**

El laudo arbitral es aquel documento, muy parecido a una sentencia, que pone fin al procedimiento arbitral imponiendo una solución definitiva que vinculará a las partes. Este laudo es redactado por el árbitro, o el Colegio arbitral, donde plasmará su decisión respecto de la controversia sometida a arbitraje. A no ser que las partes dispongan otra cosa, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.

En la LA, el laudo se encuentra regulado por los arts. 36 y siguientes.

Son varias las formas de terminación del arbitraje. Así, las actuaciones en arbitraje podrán terminar de los siguientes modos: por falta de presentación de la demanda arbitral; por incomparecencia de las partes; por desistimiento, allanamiento y renuncia; por acuerdo de las partes; por vencimiento del plazo para dictar el laudo; o, porque los árbitros comprueban que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Una manifestación más de la autonomía de la libertad de las partes es la posibilidad de terminar el procedimiento arbitral por acuerdo (arts. 38.2.b y 36.1 LA). Por tanto, si las partes llegasen a un acuerdo a lo largo del procedimiento arbitral que ponga fin total o parcialmente a la controversia objeto del arbitraje, y desean que dicho acuerdo sea plasmado en un laudo, el árbitro podrá dictar un laudo de conformidad, que igualmente producirá efectos de cosa juzgada y será vinculante para las partes; sin embargo, este laudo no deberá ir necesariamente motivado (art. 37.2 LA).

En caso de que el arbitraje finalice de forma normal, dictando el árbitro un laudo que ponga solución a la controversia, dicha resolución deberá ser motivada, y se notificará a las partes en plazo y forma por ellas acordadas o, en caso de no haber acuerdo, la LA dispone que se deberá entregar a cada una de ellas un ejemplar del laudo firmado por los árbitros. Además, el laudo es

---

<sup>87</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit. pp. 29 y 30

firme desde el momento en que se emite, y produce efectos de cosa juzgada (art. 43 LA). Es de suma importancia resaltar que el laudo arbitral –sea éste final o parcial—goza de plena eficacia e inmediata ejecución. Por ello, la denominada acción de anulación se limita a cuestiones puramente formales y no suspende la ejecución del laudo.<sup>88</sup>

Respecto a sus requisitos formales, el laudo deberá constar por escrito –en soporte electrónico, óptico, o de otro tipo— de forma que sea accesible para su ulterior consulta; y, además, deberá ir firmado por los árbitros (pudiendo dejar constancia de su voto a favor o en contra, en caso de que haya sido decidido por Colegio Arbitral).

El plazo para dictar el laudo, según dispone el art. 37.2 LA, será de seis meses (prorrogables por decisión motivada otros tres meses más, salvo acuerdo en contra de las partes) desde la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla –no obstante, esto queda a disposición de lo que puedan acordar las partes—.

Así pues, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio de recurso.<sup>89</sup> De hecho, contra el laudo sólo cabe acción de anulación o revisión (teniendo en cuenta los motivos del art. 510 LA); teniendo lugar la nulidad del mismo en caso de concurrir alguno de los motivos contemplados en el art. 41.1 LA.

Por otro lado, lo resuelto por los árbitros debe ser cumplido, de lo contrario se podrá instar la ejecución forzosa (art. 44 y 45 LA).

El art. 37.8 LA determina la posibilidad de protocolizar notarialmente el laudo. Cualquiera de las partes, a su costa, puede instar a los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado.

### **e) El arbitraje y otros MASCS.**

En el arbitraje el destinatario de las alegaciones y de las pruebas es un tercero (árbitro) cuya decisión se impone a la voluntad de las partes; mientras que la negociación y la mediación tienen como protagonistas a las partes mismas, a ellas se dirigen las argumentaciones y bajo el control de cada una de ellas sigue la controversia hasta que se alcance – si se alcanza—un acuerdo.

---

<sup>88</sup> MANTILLA-SERRANO, F.: Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional... Cit., p. 30

<sup>89</sup> Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 9/2005 de 17 enero (RTC 2005/9)

Por otro lado, la litigación es, en su esencia, un derecho inalienable que corresponde a todos y cuyo acceso no está condicionado a ningún acuerdo o requisito. Con el arbitraje se obtiene lo mismo que con la litigación (definitividad y ejecución) pero requiere de actos previos de voluntad y está sujeto a las normas de la LA. La negociación y las variadas formas de avenencia difieren del arbitraje en que no son en esencia métodos en los que se solucionan conflictos, sino instrumentos para intentar resolver un conflicto, cuya efectiva solución permanece siempre en poder de las partes.

El principio de puerta abierta es propia de la mediación, ya que este procedimiento puede abandonarse en cualquier momento, mientras que en el arbitraje impera el principio de puerta cerrada, puesto que si se firma un convenio arbitral, las partes quedan vinculadas al convenio (sí o sí), basta con que una sola parte invoque la existencia de tal convenio para que pueda desplegar todos sus efectos. Otra diferencia muy llamativa, es que el laudo de un árbitro solo puede ser atacado por razones extrínsecas –motivos tasados en el art. 41 LA—, en cambio el acuerdo alcanzado en la mediación puede anularse por cualquiera de las causas que invalidan los contratos, las cuales no son pocas.

En definitiva, la solución del árbitro es alternativa a la del Juez en cuanto las partes, en materias sobre las que existe libre disposición, apuestan por desjudicializar la resolución de su contienda.

El árbitro dicta un laudo, que surge de la previa declaración de voluntad de las partes de someterse a arbitraje contenida en el convenio arbitral. La principal diferencia consiste en que en el arbitraje el árbitro resuelve, como lo hace un Juez, pero con un alcance más limitado; en todo caso, resuelve sobre el fondo del conflicto a través del laudo vinculante, aunque para su ejecución sea necesario acudir a la tutela judicial. Mientras que el mediador no tiene la capacidad de resolver de forma vinculante el conflicto; de hecho, no lo resuelve, sino que, incluso cuando se le dota de la posibilidad de emitir una propuesta de solución, son exclusivamente las partes las que deciden asumirlo o rechazarlo. El acuerdo es, por ende, el fin del proceso mediador.<sup>90</sup>

## **B. La jurisdicción.**

Tras haber descrito y comparado los métodos alternos de solución de conflictos a los cuales acuden las partes con el fin de evitar acudir a los órganos judiciales, resulta preciso terminar

---

<sup>90</sup> STSJ Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 72/2013, de 9 diciembre

hablando de la jurisdicción como el método tradicional por excelencia de solución de conflictos en España.

En la jurisdicción, es el Estado el que asume la función de decidir la controversia a través de los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial, que por medio del proceso, y de modo irrevocable, resuelven el conflicto conforme a derecho.

A diferencia de los MASC, para acudir a la jurisdicción no es necesario que las partes hayan pactado previamente este mecanismo de resolución de conflictos, pues es un derecho de los ciudadanos. La jurisdicción se fundamenta en la potestad jurisdiccional que el art. 117 CE atribuye a los titulares de los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales), por lo que no necesitan ningún tipo de convenio previo. Por otro lado, la función jurisdiccional incluye la potestad declarativa, ejecutiva y cautelar.

Ante la afirmación expuesta en el capítulo anterior referente a que el arbitraje es de única instancia, cabe decir que en el proceso jurisdiccional, en general, frente a la sentencia definitiva caben recursos ordinarios o extraordinarios. Por otro lado, otra gran diferencia respecto del arbitraje, es que los procesos judiciales se sustanciarán conforme a las normas procesales, de naturaleza pública previstas en la Ley (así lo disponen los arts. 1 y 2 LEC), y en él, el órgano jurisdiccional aplicará el derecho para la resolución del conflicto. Además, la jurisdicción está regida con carácter general por el principio de publicidad, frente a la confidencialidad que se garantiza en los MASC.

Sin embargo, cabe concluir con una semejanza entre el arbitraje y la jurisdicción, y es que ambas instituciones tienen en común que un tercero ajeno a las partes es quien resuelve el conflicto imponiendo su decisión; y además produciendo efectos de cosa juzgada de la resolución firme que pone fin a los citados procesos. Por tanto, una vez resuelto el conflicto por cualquiera de estas vías, no se puede volver a plantear por ninguna otra.

Por otro lado, igual que es posible pasar de un MASC a otro; iniciado el proceso judicial, es posible desistir bilateralmente, conforme al art. 19 LEC, para someterse a arbitraje o mediación, por ejemplo. En sentido inverso, pactado el sometimiento a arbitraje por las partes en el convenio arbitral, el desistimiento del actor al no presentar su demanda en plazo, consentido por el demandado (es decir, renuncia tácita del arbitraje), y siempre que no se haya pactado lo

contrario, provoca también la terminación del proceso sin resolver sobre el fondo (art. 31 LA), lo que permitiría acudir a cualquier otro MASC, e incluso a la jurisdicción.<sup>91</sup>

## CONCLUSIONES.

En el caso de que las partes en conflicto opten por acudir a uno o varios MASC para poner solución a sus controversias, han de conocer bien cómo funciona cada método y no confundir unos con otros, pues de ellas depende en muchas ocasiones que el conflicto se resuelva de una manera o de otra. Así, las partes decidirán dependiendo de la naturaleza del conflicto (siendo materia disponible o no disponible) y de sus preferencias a la hora de escoger un MASC, o secuencia de los mismos por medio de las cláusulas escaladas.

Resulta preciso recordar que en el caso de optar por sistemas autocompositivos, el desarrollo del proceso de estos métodos dura lo que las partes quieren, no les vinculan en su resultado (ya que no producen cosa juzgada) y pueden adoptar formas diversas y cambiantes en función del interés de quienes las utilizan. Sin embargo, estos MASC no aseguran resultado alguno y es posible que, cuando llegue a su final, hayan sido poco útiles y a las partes les separe la misma controversia. Como ventaja, se resolverá el conflicto en un ambiente amistoso donde será más fácil que las relaciones entre las partes permanezcan inalterables después de la disputa.

Además, al llegar a un acuerdo decidido por las mismas, quedan asegurados la satisfacción y cumplimiento del acuerdo adoptado, ya que al finalizar el conflicto por un acuerdo en común, es más fácil que ambas partes salgan ganando, y no “gane una y pierda la otra”.

Por el contrario, en caso de optar por el arbitraje (o la litigación en su caso), las partes se someten a una resolución definitiva del conflicto, en virtud del efecto de cosa juzgada y ejecutividad, lo que puede suponer un perjuicio para una de las dos partes, ya que en este tipo de resoluciones “una parte gana y la otra pierde” (se trata de procesos adversariales). En estos procesos las partes se encuentran confrontadas en el conflicto y su final (en la mayor parte de los casos) es que una de ellas gane la controversia con base en la situación jurídica en la que se encuentra. Además, las partes pierden en mayor o menor medida el control sobre la controversia y –salvo que se pongan de acuerdo en otra cosa— deben acatar y cumplir la decisión que el árbitro o el Juez adopte. Además, en el caso del laudo, los motivos que permiten anularlo son

---

<sup>91</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S.: Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil... Cit. p. 14

pocos y de interpretación restrictiva (art. 41 LA). Incluso, a diferencia de los sistemas autocompositivos, el arbitraje (como la litigación) implica una confrontación directa (más o menos amistosa) entre las partes en conflicto: ambas pretenden que el árbitro o el Juez les den todo lo que piden (además de la condena en costas a la parte que se opone); y, por último, éstos sistemas exigen la sustanciación previa de un proceso formal, lo que trae como resultado un proceso más costoso en tiempo y en dinero.

Podemos afirmar, en resumen, que los jueces y los árbitros resuelven –si bien la sumisión a los árbitros es voluntaria—; los medidores dirimen y controlan el procedimiento –pero sin imponer una solución—; los conciliadores son meros espectadores del intento de conciliación (negociación) y del acuerdo derivado del mismo alcanzado entre las partes en la audiencia previa al proceso; y, finalmente, las partes negocian entre ellas también sin la aparición de ningún tercero, dentro de su esfera privada, para llegar a un acuerdo (transacción).

Por todo esto, quizás lo más satisfactorio para las partes sería establecer una cláusula escalada donde, por ejemplo, opere la negociación primero, mediación si ésta fracasa, arbitraje si con la mediación no se obtiene acuerdo y litigación ante ciertos tribunales si, cualquiera que sea la razón, el convenio arbitral se declara nulo (o en caso de que las partes de forma expresa o tácita renuncien al mismo). El simple hecho de que un MASC no resuelva “conforme a derecho” (salvo el caso del arbitraje de derecho), sino conforme a intereses, preferencias y oportunidades hace que el sometimiento a éstos métodos se convierta en una apetecible opción para aquellas partes que deseen poner fin a sus conflictos sin pasar por la frialdad de los tribunales de justicia que resolverán como la Ley les impere y no conforme a las necesidades reales de las partes.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

Aranzadi: **Conflictos colectivos: Medios extrajudiciales de solución de conflictos**, [en línea], DOC 2003\146. Editorial Aranzadi, disponible en Web: [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es).

BORES SAIZ, J.: “**El arbitraje como justicia alternativa**”, en AA.VV.: Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva. Tomo II. OLIVENCIA RUIZ, M. (Prol.), Centro de Estudios Registrales.

**Comentario a la Sentencia de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 6042).** Transacción judicial y extrajudicial. Falta de homologación judicial de la transacción extrajudicial antes de la sentencia. Ejecución de la sentencia. Editorial Aranzadi, disponible en Web: [www.westlawinsignis.es](http://www.westlawinsignis.es)

DÍEZ-PICAZO, L. y PONCE DE LEÓN, L.: **El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos**, Bosch, Barcelona, 1957.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: **Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones**. 1ª Ed., Madrid, IURGIUM, 2013.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. y RUIZ HIDALGO, C.: **La transacción en el Derecho Tributario español: situación actual y perspectivas de futuro. Especial referencia a los procesos de reestructuración empresarial**. BIB 2001/1140. Publicado en Quincena Fiscal Aranzadi núm. 14/2001, Editorial Aranzadi.

GARCÍA ÁLVAREZ, R.: **Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles**. Ponencia en el X Curso de Arbitraje y Mediación URJC. El día 18 de febrero de 2014, 18.30 h.

GONZALO QUIROGA, M.: **“Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada”** en AA. VV.: Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia, GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN GÓMEZ, F. (Edit./Dir.), SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coord.), 1ª Ed., Madrid, DYKINSON, 2011.

GORJÓN GÓMEZ, F. y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R.: **“Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz”** en AA. VV.: Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia, GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN GÓMEZ, F. (Edit./Dir.), SÁNCHEZ GARCÍA, A. (coord.), 1ª Ed., Madrid, DYKINSON, 2011.

GRIGGS BUTTS, T., MUNDUATE L., BARÓN, M. y MEDINA, F.: **“Intervenciones de mediación”** en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación, LABRADOR, F. (Dir.), MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F. (coord.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: Tomo XLIII. **Contratos sobre litigios. Volumen II. La transacción**. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964.



LUJÁN ALCARAZ, J.: **La reforma procesal de 2009-2010, la nueva conciliación procesal**. BIB 2010/499. Publicación en Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 22/2010, Editorial Aranzadi.

MANTILLA-SERRANO, F.: **Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional**, Madrid, Iustel, 2005.

MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: **“La naturaleza de la negociación”** en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación, LABRADOR, F. (Dir.), MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F. (coord.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009.

MERINO MERCHÁN, J.F.: **El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español**. Jiménez de Parga, M. (Pról.). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MONTERO ESTÉVEZ, J.: **“Convenio arbitral: efectos. Declinatoria”** en AA.VV.: Curso de Derecho Arbitral, MERINO MERCHÁN, J.F. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., **Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte General**, 6ª Ed., Madrid, Dijusa, 2008.

RODRÍGUEZ PRIETO, F.: **El estatuto del mediador: sus funciones**. Ponencia en el X Curso de Arbitraje y Mediación URJC. El día 4 de marzo de 2014, 18.30 h.

SAN CRISTÓBAL REALES, S.: **Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil**. Anuario Jurídico y Económico Escuralense, XLVI (2013). Disponible en Web: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf).

SPARVIERI, E.: **Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos**. Agustoni, H. (pról.), 1ª Ed., Argentina, Biblos, 1995.

TAMAYO HAYA, S.: **El contrato de transacción**. ORDUÑA MORENO, F. (pról.), 1ª Ed., Madrid, Thomson Civitas, 2003.

VIOLA DEMESTRE, I.: **El contrato de transacción en el Código Civil**. 1ª Ed., Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003.