



Práctica Forense

¿Quién es y a quién debe considerarse jurista? 5



Dossier

Dossier de los tribunales sobre mediación 7



Dret Privat

Árbitros y Mediadores

TRIBUNA

LA LEY 8913/2013

Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales

M.^a Lourdes ARASTEY SAHÚN

Magistrada de la Sala Social del Tribunal Supremo. Presidente de GEMME-España

En los conflictos en los que no hay expectativa de continuidad de la relación laboral resulta idónea la intervención judicial. Cuando la relación laboral se mantenga en un tracto de tiempo continuado es necesario preservar el clima de trabajo adecuado por encima de la victoria de una de las partes, y para ello es preciso avanzar en la formación de los profesionales en técnicas de mediación adaptadas a las relaciones laborales individuales.

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos asistimos a un auge del interés por la mediación como nueva fórmula de resolución de conflictos. En nuestra sociedad se ha abierto un camino a las vías alternativas al litigio, que se torna novedosa para los juristas de nuestro país y que tiene su principal incentivo en la plasmación normativa de la introducción de la mediación en la legislación procesal civil.

Es en el ámbito de la litigiosidad civil y mercantil donde se está produciendo verdadera expectación en torno a este mecanismo alternativo, aunque la mediación ya estaba presente en la práctica de los conflictos familiares y también en concretas experiencias de la justicia restaurativa penal, muy particularmente, en la justicia de menores.

Desde el iuslaboralismo se contempla con distancia esa irrupción del entusiasmo por la mediación en la

sumario

Tribuna

Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales
M.^a Lourdes ARASTEY SAHÚN 1

Práctica Forense

¿Quién es y a quién se debe considerar jurista, conforme refiere el artículo 15 de la Ley de Arbitraje, a efectos de su nombramiento como árbitro?
Manuel RICHARD GONZÁLEZ 5

Dossier

Dossier de los tribunales sobre mediación
Antoni VIDAL TEIXIDÓ 7
Dossier de los tribunales sobre arbitraje
Frederic MUNNÉ CATARINA 9

Preguntas con respuesta

¿Todos los representantes legales tienen poder de decisión en una mediación mercantil?
Mercè XIQÜES FERRAZ 15

Biblioteca

Últimas publicaciones en materia de mediación y arbitraje 17

Revista semestral promovida por el despacho de abogados DRET PRIVAT, especializado en arbitraje y mediación. Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la mediación, el arbitraje y los sistemas de resolución de conflictos alternativos a la Justicia ordinaria.

Director

Frederic Munné Catarina
Abogado y doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho ESADE-URL.

Colaboradores en este número:

Maria Lourdes Arastey Sahún
Manuel Richard González
Frederic Munné Catarina
Antoni Vidal Teixidó
Mercè Xiqués Ferraz



creencia de que en la conflictividad laboral se han venido admitiendo y practicando desde siempre métodos alternativos de solución, a los que no cabe aportar ya mucho más.

Intenta este trabajo poner de relieve la necesidad de reflexionar sobre esa postura y ofrecer un acercamiento a un instrumento de solución de conflictos que, como se evidenciará, no ha sido aprovechado suficientemente en el campo de las relaciones individuales laborales.

I. CONCEPTO DE MEDIACIÓN

Antes de abordar un análisis sobre el uso de la mediación en el marco del conflicto laboral conviene dejar precisada una definición de la misma. Es ésta una tarea no del todo fácil para los juristas que tendemos a aceptar únicamente los conceptos que la ley previamente ha consagrado.

Hasta la entrada en vigor de la ley de mediación civil y mercantil (primero mediante el RDL 5/2012, de 5 de marzo), no existía un concepto legal de mediación a nivel estatal. En el art. 1 Ley 5/2012 se dispone que «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».

Hasta ese texto, no había definición de la mediación ni en la primera de las leyes estatales que la amparaba, la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores; ni tampoco en la segunda de ellas, la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y de la Ley de

Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En esta última únicamente se ofrece una definición en la Exposición de Motivos, cuando se hace una referencia a la mediación como un «recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral», mas no se incluye la delimitación del concepto en su articulado.

Sí es cierto que, no obstante, las legislaciones autonómicas que han intervenido en materia de mediación en el ámbito familiar (1) —a excepción de Cataluña cuya Ley 15/2009 abarca la mediación civil y mercantil— contienen sus propias definiciones.

De la lectura de todos estos preceptos dispuestos —y de ámbito restringido a la materia concreta de cada uno de los textos legales en que se insertan— se extraen, no obstante, los elementos esenciales de la mediación. Se trata de un procedimiento no jurisdiccional, al que las partes en conflicto se someten voluntariamente y en el cual, con la ayuda de un tercero, seguirán el proceso tendiente a solventar por sí mismas su controversia.

En consecuencia, la mediación implica la intervención de un tercero, ajeno al conflicto, y buscado por las partes a tal efecto, cuyo cometido es ayudar a las partes disputantes a que éstas resuelvan su problema (2). Ese papel del mediador —con la formación específica y la profesionalidad que debe implicar—, unido a la gestión exclusiva de las partes, resulta determinante para diferenciar la mediación de otros medios de solución extrajudicial de conflictos, y se hace esencial para discernir en qué medida la mediación está siendo realmente utilizada en el marco de la conflictividad laboral.

La Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS) incorpora de modo reiterado la apertura a la solución del litigio a través de la mediación. No obstante, no contiene en su articulado mecanismos precisos que permitan encajar procedimentalmente la mediación que pueda tener lugar una vez nacido el proceso judicial.

Ahora bien, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, define la mediación como un procedimiento estructurado, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

Dispone el texto normativo europeo que este procedimiento puede ser iniciado por las partes, puede sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o puede ser prescrito por el Derecho de un Estado Miembro.

La transposición de la Directiva al ordenamiento español, que se produjo a través del RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, antes mencionado, llevó aparejada la inclusión de un precepto —el art. 2— que excluía expresamente de su ámbito de aplicación la mediación laboral. Esa regulación se mantiene en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, fruto de la tramitación como proyecto de ley del citado Real Decreto-Ley.

Sin embargo, parece muy difícil afirmar que la Directiva no abarque también a las relaciones surgidas del contrato de. Varias son las razones que abonan la aplicabilidad del marco normativo europeo a materias propias del Derecho de Trabajo (3).

En primer lugar, las normas sobre el contrato de trabajo son normas especiales incluidas en la rama del Derecho Civil en muchos de los Estados Miembros, y las controversias entre las partes del contrato son solventadas antes los órganos judiciales civiles. Así, pues, la línea diferencial que claramente observamos desde nuestra perspectiva nacional no resulta tan obvia desde otros prismas de legislaciones internas.

Además, es frecuente que la legislación de la Unión Europea en aspectos civiles abarque también cuestiones que en nuestro país forman parte de la jurisdicción social. Tal sucede, por ejemplo, con el Regl. (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Bruselas I»). Lo mismo cabe decir del Regl. 1348/2000, relativo a la notificación

y traslado entre los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, sustituido por el Regl. 1393/2007.

La mediación no solo se ha de caracterizar por la imparcialidad a ultranza del mediador, sino con la confidencialidad de lo que acontezca en el decurso del procedimiento, elemento muy transcendente a tener en cuenta

Ciertamente, la Directiva especifica claramente cuáles son las exclusiones y señala que no se aplicará en los casos de derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*) —art. 1.2—. En esa misma línea, el Considerando 10 indica que «(...) no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral». Por tanto, no hay una exclusión genérica, sino limitada a los derechos irrenunciables, a aquellas materias que pueden ser tratadas en normas de orden público relativas a contratación laboral (el trabajo de los menores, el trabajo de los extranjeros sin autorización, etc.) y las mínimas condiciones de trabajo (límites de jornada, régimen de descanso obligatorio, medidas de seguridad), pero no al resto de materias respecto de las cuales las partes pueden negociar y disponer libremente en el derecho interno de cada Estado.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

El mediador es la persona que facilita la comunicación entre las partes (4) y las asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y de diálogo y búsqueda en común de acuerdos consensuados (5).

Las características de imparcialidad y neutralidad del mediador también se plasman en la ley catalana, vasca, madrileña.

Además de lo dicho, la mediación es siempre un proceso extrajudicial y tal afirmación se

hace aquí conscientemente porque a menudo se habla de mediación «intrajudicial» cuando se desarrolla estando ya en marcha un proceso judicial. Sin embargo, las características definitorias de la mediación han de llevar a negar que ésta se pueda calificar de actividad judicial, aun cuando, con arreglo a lo que la legislación civil ahora establece, haya sido el juez el que haya hecho la derivación del conflicto hacia la mediación.

Por consiguiente, debe distinguirse la mediación de otras figuras como la conciliación y el arbitraje, en las que el papel atribuido al tercero que interviene en el conflicto de las partes difiere sustancialmente.

Esta distinción es particularmente necesaria en relación con el conflicto laboral, en el que la conciliación ocupa un lugar propia y legalmente prefijado, como vía imperativa de evitación del proceso. Pero conciliar no es mediar; la función del mediador está básicamente relacionada, como se ha dicho, con la utilización de técnicas de fomento de la comunicación entre las partes y no simplemente en la consecución de un acuerdo pactado sobre el que el tercero haya de emitir opinión o propuesta de solución. Y, no obstante, esto último es lo que se espera de la conciliación, y, sin duda, es lo que sucede en el seno de la conciliación necesaria ante el Secretario judicial o ante el Juez de lo Social, una vez iniciado el litigio.

Respecto de la conciliación previa ante el organismo administrativo competente (ex art. 63 LRJS), cabe afirmar que la práctica diaria demuestra que, no solo no suele efectuarse una labor mediadora —permitida como alternativa a la conciliación en el mismo precepto procesal—, sino que incluso la función conciliadora ha quedado desvirtuada por la saturación de los organismos públicos encargados y, conviene también apuntarlo, por la escasa atención dada a la efectividad de la intervención para lograr ese encuentro entre las partes. La conciliación administrativa preprocesal se limita a cumplir un papel formal, documentando, en su caso, los acuerdos que las partes puedan haber alcanzado previamente por sí solas. El uso de la conciliación previa a la demanda se debe exclusivamente porque es una exigencia preprocesal y, en todo caso, como vía para obtener prestaciones de desempleo (6), de ahí que haya habido voces que postulen su supresión (7).

Ha de añadirse que la mediación no solo se ha de caracterizar por la imparcialidad a ultranza del mediador —lo que excluye cualquier nexo del mismo incluso con el órgano judicial—, sino con la confidencialidad de lo que acontezca en el decurso del procedimiento de mediación, elemento muy transcendente a tener en cuenta para generar la confianza de

las partes y evitar temores de las empresas al uso ulterior de lo que allí acontezca.

Cuestión distinta es lo que sucede en el ámbito de los conflictos colectivos que es donde verdaderamente se halla instaurada la cultura de la negociación y el acuerdo, y en donde es continua la actividad extrajudicial de solución de conflictos a través de diferentes fórmulas, casi siempre de naturaleza mixta y no de pura mediación —por más que en algunos acuerdos colectivos se utilice esta denominación (8)—.

III. EL CONFLICTO LABORAL INDIVIDUAL Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN

La mediación puede constituir un medio de pacificación y, sobre todo, de solución de los litigios de trabajo (9). Siendo la mediación el método autocompositivo por excelencia, resulta especialmente apta para los conflictos de trabajo (10).

En todo conflicto hay dosis de complejidad en que, a aspectos económicos más evidentes, se añaden otros de carácter psicológico y personal solapados, que no pueden ser tratados en el litigio. En la mediación las partes pueden ampliar el debate, incorporando otros aspectos de su relación, sobre los que no podría pronunciarse el juez. Las relaciones de trabajo son el marco de conflictos con fisonomía propia.

En el ámbito laboral, los procedimientos de solución extrajudicial han experimentado un profundo desarrollo a lo largo de la última década del siglo pasado y lo que llevamos de éste. Sin embargo, que sea en esta rama del ordenamiento jurídico en donde se acudió con mayor presteza a las vías de autocomposición del conflicto, no permite afirmar que en el momento presente la mediación esté implantada con éxito en el marco de las relaciones laborales (11).

Como se ha señalado, los métodos de resolución alternativa de disputas (ADR) se han desenvuelto mejor en los conflictos colectivos. Se ha sostenido que en el ámbito individual hay límites a la disponibilidad de los derechos porque el Derecho del trabajo es reductor de la libertad contractual. Eso ha hecho que tradicionalmente se haya entendido que el marco para la solución de los conflictos individuales (o plurales) es únicamente la vía judicial.

Pero no cabe excluir esa vía de solución autónoma. Por el contrario; la agilidad y adaptabilidad del proceso laboral son particularmente idóneas para este tipo de solución, cuando no estén afectados derechos básicos. De hecho, hay algunas modalidades procesales que, en

la práctica, exigen del juez una solución basada más en la equidad que en el Derecho (12) (así sucede a menudo en los procedimientos de clasificación profesional, en los de fijación del disfrute de vacaciones, o en aquellos que se postula la adaptación de horarios en razón de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral). Para estos casos, la lógica de los procedimientos extrajudiciales puede ser más efectiva, más ágil y rápida (13).

La Unión Europea ha alentado la utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, y fruto de ello es la Directiva 2008/52/CE, en la que igualmente se pone de manifiesto, que un modo de facilitar y mejorar el acceso a la justicia es la instauración de procedimientos alternativos de carácter extrajudicial.

Las relaciones laborales forman parte del Derecho privado, aun cuando la legislación laboral se caracterice tradicionalmente por el sometimiento a ciertos principios tuitivos respecto de la parte trabajadora. Pero se ha de poner de relieve que las técnicas de mediación logran básicamente dos resultados: ahorro de tiempo y superiores niveles de satisfacción. Ambas cosas constituyen valores de suma relevancia a los que hay que sumar el efecto pacificador hacia el futuro de las relaciones entre las partes. En la mediación el acuerdo no es el único objetivo, puede ser suficiente con lograr que las partes no entren en una escalada de conflictividad y que se restauren o abran por vez primera vías de comunicación dañadas.

Cierto es que no todo es mediable. Además, la mediación sin ulterior repercusión procesal no puede erigirse en una vía para construir

un Derecho del trabajo paralelo, ajeno a las disposiciones de *ius cogens* del ordenamiento jurídico.

En la mediación el acuerdo no es el único objetivo, puede ser suficiente con lograr que las partes no entren en una escalada de conflictividad y que se restauren o abran por vez primera vías de comunicación dañadas

Sin embargo, parece fácil consensuar que la intervención judicial resulta más idónea para afrontar los conflictos en que no hay expectativa de continuidad de la relación laboral entre las partes. En el ámbito del trabajo, en el que las relaciones laborales se mantienen en un tracto de tiempo continuado, y en muchos casos, extenso, es necesario mantener un clima de trabajo adecuado para ambas partes, en el que se logre una prestación de servicios relajada atendiendo a las necesidades, derechos y obligaciones de trabajador y empresario (14).

En el seno de las organizaciones laborales hay factores objetivos que predisponen al conflicto, como consecuencia natural del devenir de las relaciones entre las personas y de la interdependencia que implica el trabajo: el modo en que se desarrolla la comunicación —por

carencia o por deficiencia—; la sobrecarga de trabajo; la discordancia de las expectativas de las partes o de los demás trabajadores; la distribución de las tareas, funciones y el mayor o menor reconocimiento que pueda comportar; la distribución de tiempos, etc. Se hace, pues, evidente la posibilidad de utilización de los medios de autocomposición para solución de las controversias suscitadas en el seno de dichas relaciones, llevando el instrumento a una dimensión preventiva de la conflictividad (mediación organizacional).

IV. NECESIDADES PARA UN FUTURO INMEDIATO

Igual que ha venido sucediendo en el orden civil y mercantil, los recelos hacia la mediación en las relaciones laborales individuales habrán de verse superados a medida que se conozca el instrumento y, a la vez, los profesionales implicados avancen en la formación en técnicas de mediación adaptadas a este aspecto decisivo de las relaciones sociales de las personas.

Sin embargo, se necesita, no solo que las leyes procesales fomenten la evitación de la judicialización del conflicto, sino que los mecanismos legales existentes para evitarlos se acomoden eficazmente a esa función, generando la confianza necesaria para las partes.

La apuesta por construir desde el conflicto, en lugar de obtener la victoria de una de las partes sobre la otra, parece imprescindible en una sociedad como la nuestra actual en donde la preservación de las relaciones es bien valiosísimo para todos. ■

NOTAS

(1) Galicia, Ley 4/2001; Comunidad Valenciana, Ley 7/2001; Canarias; Castilla-La Mancha, Castilla y León 2006; Illes Balears, 2006 —modificada en 2010—; Madrid, Ley 1/2007; Asturias 2007; País Vasco Ley 1/2008; Andalucía, Ley 1/2009 —esta ley abarca también los conflictos de convivencia en general—; Aragón 2011 y Cantabria 2011.

(2) La Ley valenciana 7/2001, la de Madrid 1/2007 y la de Andalucía 1/2009 expresamente indican que el mediador carece de capacidad decisiones por las partes.

(3) En el mismo sentido, P. ORTUÑO MUÑOZ, «A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles», en Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 20/2008.

De la misma opinión, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, «La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español», en Revista Doctrinal Aranzadi, núm. 11/2012.

(4) Vid. Ley 15/2009, de mediación en derecho privado de Cataluña.

(5) Así se expresa la definición dada por la Ley de Madrid 1/2007 de mediación familiar.

(6) T. SALA FRANCO y C. ALFONSO MELLADO, Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

(7) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Reforma del proceso laboral y vías alternativas al proceso», en Relaciones Laborales, T-II, 1986.

(8) Así sucede con la intervención de las instituciones creadas en virtud de los acuerdos interprofesionales, como ejemplo: el Tribunal Laboral de Catalunya sigue un procedimiento de conciliación con propuesta de solución.

(9) PETIT, François, «Orden público y mediación en los litigios de trabajo», en Temas Laborales, núm. 70/2003, pág. 86.

(10) LR SINGER, Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal, Ed. Paidós, 1996.

(11) De esta misma opinión, GRANADOS ROMERA, M.I., «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?», en Relaciones Laborales, núm. 21/2012, Ed. La Ley.

(12) Véase SANTOR SALCEDO, H., La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico, Ed. La Ley, 2006, pág. 67.

(13) Aunque se trate de una muestra muy pequeña, la experiencia desarrollada en el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao en el año 2010 reveló que el 70 % de los asuntos que se llevaron a la mediación se solventó en un lapso de tiempo de entre 15 y 30 días.

(14) B. GARCÍA CELÁA, «Mediación intrajudicial en la jurisdicción social».



Práctica Forense

¿Quién es y a quién debe considerarse jurista?

LA LEY 8915/2013

¿Quién es y a quién se debe considerar jurista, conforme refiere el artículo 15 de la Ley de Arbitraje, a efectos de su nombramiento como árbitro?

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Pública de Navarra. Investigador del Grupo de Estudios sobre la solución extrajudicial de conflictos transfronterizos en el ámbito civil y mercantil (GESECO).

La reforma de la Ley 11/2011, de arbitraje, introdujo varias modificaciones en nuestro sistema arbitral, algunas inapropiadas, y otras muy acertadas como los requisitos para ser nombrado árbitro. La reforma modificó el art. 15 LA, que exigía la condición de «abogado en ejercicio» en el arbitraje de derecho, sustituyéndola por la cualificación de «jurista». Más allá de la bondad de la norma lo cierto es que se ha introducido un concepto indeterminado que es conveniente que sea aclarado.

El arbitraje como institución de resolución de conflictos se fundamenta en la figura del árbitro que personifica la función, dirige el procedimiento arbitral y realiza el acto trascendente de dictar el laudo que resuelve la cuestión objeto de controversia y sometida a arbitraje. Teniendo en cuenta las notables y decisivas funciones del Tribunal arbitral su determinación constituye una cuestión de esencial importancia, ya que el acierto y corrección del laudo arbitral depende, en gran manera, de la adecuada formación y selección del Tribunal arbitral que vaya a decidir el asunto sometido a su decisión. Finalmente, la «bondad» y «adecuación» del laudo arbitral, para resolver la cuestión litigiosa planteada, también dependerá de cual sea la base y fundamento en el que el árbitro deba fundar el laudo arbitral, sea en equidad o sea en derecho. La determinación de una u otra clase de fundamentación del laudo está vinculada también con la formación de los miembros del Tribunal.

Conforme con el art. 14 LA puede ser árbitro cualquier persona que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles con independencia de su nacionalidad. En su virtud, el único requisito exigido al árbitro, en principio, es el de ser mayor de edad y no estar incapacitado o sometido a tutela. Ninguna

titulación o exigencia profesional se exige más allá de la posesión del estatus pleno de capacidad de obrar. De modo que las partes pueden nombrar como árbitro a cualquier persona. Ahora bien, cuando se trate de arbitraje en derecho, la ley establece el requisito de la condición de jurista para poder ejercer el cargo, que podrá también ser salvado por el acuerdo expreso de las partes. En el caso de que se nombre un Tribunal de tres miembros al menos uno de ellos debe tener la condición de jurista (art. 15 LA).

La Ley no define que se debe entender por jurista, pero lo que sí resulta claro es que no resulta preciso que el árbitro sea un abogado en ejercicio. Esta constatación resulta de la comparación del vigente art. 15 LA que dispone que: «salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal»; con la norma que regía con anterioridad que disponía que: «en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el art. 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario». Así, suprimida la anterior exigencia de: «condición de abogado en ejercicio» por la de «jurista», no cabe nin-

guna duda de la diferencia que se pretende entre una y otra condición. En cualquier caso, resulta claro que la obligatoriedad de que el árbitro que decide en derecho sea un jurista puede quedar excepcionada por las partes que pueden acordar lo contrario y nombrar a un abogado en ejercicio.

Dentro del concepto de jurista puede incluirse a cualquier persona que tuviere la Licenciatura en Derecho y también a aquél que hubiere realizado un master de especialización, doctorado o de acceso a la abogacía. Sin embargo, resulta dudoso que se pueda otorgar tal condición al que estuviere en posesión de los actuales Grados en Derecho por considerar que se trata de un título básico que no habilita para el ejercicio de la profesión de abogado, ni tampoco para cualquier otra de las denominadas profesiones jurídicas como notario o registrador.

Así, conforme con la reforma del art. 15 LA cabe el nombramiento de expertos en derecho, que no tengan la condición de abogado en ejercicio, para actuar como árbitros. Entre los juristas a los que se permite ahora acceder al ejercicio del arbitraje se hallan, por ejemplo, los profesores de universidad, procuradores, notarios, registradores, altos funcionarios y miembros de Academias formados en ciencias jurídicas, sin necesidad que ejerzan como abogados litigantes. Todos ellos podrán ser árbitros, al margen de que las normas de su profesión lo permitan o no. Estos profesionales no podían, con la regulación anterior, actuar como árbitros aún cuando resultarían evidentes las cualidades para el ejercicio de la función arbitral. En su lugar, en la LA se apostó por la limitación de la función arbitral a los abogados en ejercicio probablemente considerando que esa condición les permitía sustanciar el arbitraje de una forma más adecuada teniendo en cuenta la experiencia previa como abogado ejerciente. No es este mi punto de vista, ya que considero que la función de impartición de justicia sea jurisdiccional o arbitral precisa, en muchas ocasiones, de una auténtica formación jurídica especializada en la que se haga énfasis en la posición supraordenada del árbitro como dirimente de la contienda. En ese sentido, no cabe duda que la posesión de conocimientos jurídicos del más alto nivel contribuye a prestar un mejor servicio a la función arbitral. De todos modos, cabe advertir que la modificación legal no mejora el problema de la formación y especialización de los árbitros. Desde mi punto de vista, uno de los modos de más fácil progreso del arbitraje sería el de implantar una formación especializada de alto nivel que equiparara en formación y conocimientos a los árbitros con los jueces y magistrados. Téngase presente la diferencia entre unos y otros. Así, en el sistema público de administración de justicia el acceso a la función jurisdiccional requiere

la titulación de licenciado en derecho y la superación de las pruebas selectivas previstas en la Ley que incluyen una formación especializada en la Escuela Judicial de España. El sistema riguroso de selección y formación de los jueces ha contribuido, sin ninguna duda al prestigio de la profesión de juez y al de la propia Administración de Justicia. Mientras la función arbitral no puede ofrecer semejante garantía de formación de los árbitros. Ello sin perjuicio, naturalmente, de poder contar con árbitros concretos con una formación rigurosa y de alto nivel que puede ser equiparada a la de los jueces y magistrados.

Finalmente, en este punto, debemos señalar la introducción en el art. 15 LA de la posibilidad de nombrar tribunales arbitrales colegiados formados por tres o cinco árbitros en los cuales únicamente se exigirá que uno de ellos sea jurista, pudiendo tener el resto otra clase de formación. Así se prevé en el art. 15.2 Ley 60/2003 que tras la modificación dispone que: «cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.». La interpretación de la norma puede inducir a confusión, sin embargo su sentido y finalidad quedan puestas

de manifiesto en la exposición de motivos de la ley en la que se señala que: «de la misma forma se procede a reforzar el papel de las instituciones arbitrales, así como a una mejor estructuración del nombramiento de los árbitros, abriendo el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de derecho. Pero, también, previendo, de forma expresa, que es posible la intervención de otro tipo de profesionales, no necesariamente pertenecientes a dicho campo del conocimiento, pues la experiencia internacional plenamente asentada aconsejaba dicha reforma, y ello sin olvidar que de esa manera se produce un mayor acoplamiento a la "libre competencia" que reclaman las instituciones de la Unión Europea» (ap. II de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011). En su virtud, pueden formar parte de un arbitraje, sea en equidad o sea en derecho, profesionales de distinta formación siempre que uno de ellos, como mínimo, sea jurista. De ese modo se puede atender a la necesaria especialización técnica para conocer de determinados asuntos y, al mismo tiempo, acordar un arbitraje en derecho que garantice la aplicación de una determinada regulación legal, que aporta un

plus de confianza y de certidumbre. En este sentido, la norma será de gran utilidad para la resolución de determinados litigios en los que se deben aplicar conocimientos muy especializados. Piénsese, por ejemplo, en un asunto en el que se plantea una reclamación de Derecho marítimo derivada, por ejemplo, de una colisión entre dos buques. En este caso, puede ser de gran utilidad contar con un Tribunal arbitral compuesto por dos expertos en navegación marítima, uno puede ser marino y otro ingeniero naval, junto con un jurista. Un Tribunal de esa clase puede decidir el asunto, probablemente, con mayor garantía de conocimiento y acierto que el que pueda tener un jurista que deberá, necesariamente, de contar con el auxilio de peritos para poder resolver el litigio.

Por lo expuesto, la reforma en este caso me parece muy acertada, ya que la posibilidad de organizar un colegio arbitral con profesionales de distintas áreas permite atender de una forma más eficiente los asuntos que se sometan a arbitraje. Mientras que la necesaria presencia de un jurista en el colegio arbitral asegura el ajuste y corrección del procedimiento arbitral a los requisitos legales y los propios del convenio arbitral. ■

Excelencia comercial jurídica



NOVEDAD



➔ ¿Cómo multiplicar la cartera de clientes en asesorías y despachos jurídicos?

Con más de 12 años dedicados a la investigación y aplicación de modelos comerciales a nivel nacional e internacional, y trabajar con los más prestigiosos despachos de Europa, Marcos González de La-Hoz, escribe esta obra. Un riguroso análisis de la situación comercial por la que pasan las asesorías y despachos jurídicos que aborda el reto de generar un modelo comercial para maximizar la captación de nuevos clientes.

➔ La estructura del libro se forma mediante TRES simples preguntas:

- ¿Cuál es la situación comercial actual para las asesorías y despachos jurídicos?
- ¿Por qué se encuentran en dicha situación?
- ¿Qué deben hacer para multiplicar su excelencia comercial?

Páginas: 176 / Encuadernación: Rústica / ISBN: 978-84-9020-108-4

AUTOR: Marcos González de La-Hoz

**AHORA
POR SOLO**

19,23 € + IVA

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@es / www.laley.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.laley.es>

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

Wolters Kluwer. When you have to be right

DOSSIER



Dossier

Dossier de los tribunales sobre mediación


 Consulte los textos íntegros en
 www.diariolaley.es

LA LEY 5757/2013

Dossier de los tribunales sobre mediación

 Antoni VIDAL TEIXIDÓ
 Abogado y mediador

En el primer comentario el autor, a raíz de la diferencia entre remitir a una mediación o sesión informativa y la negativa a participar en ella de forma injustificada, nos recuerda que su no aceptación no debe significar perjuicio alguno para ninguna de las partes. En el segundo, se analiza el valor de los acuerdos adoptados en un procedimiento de mediación y su eficacia jurídica, habida cuenta que dichos acuerdos no fueron trasladados al convenio regulador de divorcio.

tengan dificultades en alcanzar los acuerdos necesarios, se sometan a un proceso de mediación con el objeto de que el ejercicio de las responsabilidades parentales responda a las necesidades actuales de los hijos.

En este sentido el art. 233-6.3 de mediación familiar del CC de Cataluña es muy explícito cuando establece que la autoridad judicial puede remitir a los cónyuges a una sesión informativa sobre mediación, si considera que, atendidas las circunstancias del caso, aún es posible llegar a un acuerdo. Por consiguiente **se trata de una remisión (no de un requerimiento)** a una sesión informativa, previa al proceso de mediación.

Igualmente la Sala advierte, una vez analizado el carácter voluntario de la mediación, que la posición contumaz a participar en tal proceso de forma injustificada pueda ser tenida en consideración tal como establece el art. 233-11 c) CC Cataluña para, en un ulterior proceso de modificación de medidas, asignar la custodia individual a uno solo de los progenitores. Posición contumaz, oposición contumaz o negativa injustificada a participar en la mediación no debe ser sancionada, porque el carácter voluntario de la mediación permite la libertad de aceptarla o rechazarla, e incluso aceptarla después de haberla rechazado o dejarla sin efecto una vez aceptada.

Es cierto que la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece en su art. 17, ap. 1 que la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial, en cierto modo contraviniendo la mayoría de las leyes de mediación de las comunidades autónomas, cuyo carácter confidencial es absoluto. Pero también es cierto que poco a poco se va introduciendo el carácter preceptivo de la mediación no ya en el terreno de la sesión informativa que podría tener un sentido pragmático, de conocimiento o divulgación, sino incluso en el ámbito del mismo proceso de mediación, por lo que podemos entender que la mediación puede ser voluntaria pero hasta cierto punto, como también puede ser obligatoria pero hasta cierto punto, de ahí el doble sentido de la posición contumaz o de la oposición contumaz, más habitual.

La Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011, en relación con la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales, reconoce en su art. 5, ap. 2, la permisión a los Estados miembros de establecer la obligatoriedad de la mediación o someterla a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

I. DIFERENCIA ENTRE REQUERIR Y REMITIR A MEDIACIÓN O A SESIÓN INFORMATIVA Y LA NEGATIVA A PARTICIPAR DE FORMA INJUSTIFICADA EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN

Comentario a la sentencia de la Sección 1.^a Audiencia Provincial de Tarragona, de 11 de octubre de 2012 (Ponente: Manuel Díaz mayor)

La cuestión objeto de litis, incardinada en un proceso de divorcio, se basaba en la atribución por el JPI de la guarda de las dos hijas menores de edad a ambos progenitores. Tal circunstancia motivó el que la madre interpusiera recurso de apelación considerando que, aunque concurrían algunos de los requisitos para la constitución de la guarda conjunta, era más conveniente mantenerla atribuida a la apelante en exclusiva, al considerar que había quedado probado que la relación personal entre los progenitores era muy negativa, lo que imposibilitaba la necesaria colaboración entre el actor y la demandada (ahora apelante) para que fuera viable un régimen de guarda compartida.

La Sala, con muy buen criterio, analiza por qué no comparte la pretensión de la recurrente y así prioriza el interés de los menores, habida cuenta de su edad, de mantener una relación equilibrada, frecuente e igualitaria con sus dos progenitores, sin que uno de ellos

sea el vencedor en el conflicto por la guarda y el otro el perdedor. Considera que es un derecho de los propios menores el crecer y desenvolver su personalidad teniendo cerca a sus dos progenitores y disfrutando de los dos núcleos familiares que le son propios. A la Sala no le consta que existan desavenencias respecto del sistema y los principios de la educación de los hijos, ni de su escolarización, ni tampoco respecto de los cuidados médicos ni estilos educativos. Igualmente, tanto el padre como la madre considera la Sala que están plenamente capacitados para ejercer las funciones derivadas de la responsabilidad de la guarda y custodia, e incluso para alcanzar acuerdos beneficiosos, constando acreditada una atención compartida por parte de ambos progenitores respecto del cuidado y necesidades de las niñas.

Igualmente, la Sala considera que los progenitores no tienen obligación ni necesidad de mantener una relación excelente entre ellos y en el supuesto de autos las divergencias entre los progenitores no presentan una intensidad tal que aconseje una solución diferente.

No obstante, aún a pesar de que la Sala considera que el carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesto por el Tribunal, siendo la recomendación la vía señalada por la doctrina, contradice lo expuesto al requerir a los progenitores para que, en caso de que

Todo ello viene a significar el creciente interés por la implantación de la mediación en el ámbito de los Tribunales pero precisamente por su preciada carga que conllevan sus principios rectores, como la confidencialidad, la voluntariedad etc., no debemos olvidar que la mediación es un proceso pacífico y que su no aceptación no debe significar perjuicio alguno para ninguna de las partes.

II. VALOR Y EFICACIA DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN UNA MEDIACIÓN FAMILIAR

Comentario a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 5 de Málaga, de 27 de septiembre de 2012 (Ponente: José Luis Utrera Gutiérrez)

Se analiza el valor de los acuerdos adoptados en un procedimiento de mediación y su eficacia jurídica, habida cuenta que dichos acuerdos no fueron trasladados al convenio regulador de divorcio a que se refiere el art. 90 CC ni en el proceso tramitado por la vía consensual del art. 777 LEC. El Juzgado de Instancia dicta sentencia acordando la disolución del matrimonio por divorcio, adoptándose como medidas definitivas las pactadas por las partes en el acuerdo de mediación.

En principio los acuerdos alcanzados en mediación en un proceso de familia no han de diferir de los acuerdos alcanzados en un convenio regulador si este último no se aporta al Juzgado para su ratificación. Son acuerdos de las partes que para que tengan eficacia jurídica han de ser aprobados por la autoridad judicial.

Convenio Regulador y Acuerdo de Mediación documentado en el Acta final, vienen determinados por la voluntad de las partes en establecer el modo de regular los efectos de su divorcio. De modo que ellos y solo ellos deciden en definitiva los aspectos de su disolución matrimonial tanto en lo que afecta a su dere-

cho dispositivo como a **lo concerniente a los hijos**, si bien en éste último supuesto **el filtro de la aceptación pasa por el MF y por el Juez de Instancia**. Y esta voluntad de acuerdo en uno y otro caso no tiene mayor trascendencia que la que ellos mismos determinen. No obstante si se trata de un divorcio necesariamente deberán acudir a los Tribunales y proceder a la homologación de los acuerdos adoptados a través del convenio regulador, por lo que los acuerdos adoptados en el proceso de mediación deberán incardinarse en el convenio regulador que es el que deberá aportarse al Juzgado para la aprobación por la autoridad judicial.

Cuando el convenio regulador, aceptado y firmado por las partes, no llega al Juzgado siguiendo los trámites del proceso consensual y, sin embargo posteriormente es aportado durante el proceso contencioso, su valor es meramente de prueba documental, si bien con una calificación de relevancia, toda vez que no deja de ser un documento cuyo contenido en principio había sido aceptado por las partes. **Sin embargo el mero hecho de que haya intervenido un profesional mediador y haya conseguido el que las partes se comunicaran adecuadamente y hayan consensuado sus intereses y necesidades, conlleva un plus** como dice la sentencia que posiblemente no tendría el convenio regulador.

En efecto, el convenio regulador que no traslada al Juzgado para su homologación se convierte en un simple documento privado, cuya función queda truncada al no alcanzar su objetivo, salvo que las partes de manera voluntaria aceptaran su valor y reconocieran su suficiencia.

Por el contrario el Acta final, como dice el art. 22.3 Ley 5/2012, determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. Es decir, mediante la firma del Acta final

por todas las partes, incluido el mediador o mediadores, concluye el proceso de mediación, al margen de lo que las partes decidan sobre el destino de la indicada Acta.

Precisamente el art. 23.3 establece el carácter vinculante de los acuerdos, así «el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo».

No obstante lo dicho, entendemos que la Ley 5/2012 es una ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y parece como si la mediación familiar —sin excluirla en modo alguno— no esté plenamente abordada en su especificidad como sí ocurre en la mayoría de las leyes de mediación autonómicas.

La resolución dictada por el Juzgado puede dar a entender que no es preciso el convenio regulador, puesto que la simple voluntad de las partes reflejada en los acuerdos de mediación puede determinar el contenido de la resolución y sin embargo no podemos equiparar el acuerdo de mediación con el convenio regulador, que es un procedimiento de familia consensuado. Como dice la sentencia de 21 de febrero de 2007, dictada por la AP Barcelona, Secc. 12: «el derecho comparado pone de relieve que la mediación, como metodología, es en gran parte ajena al derecho, con importantes elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva de los conflictos, por lo que los acuerdos que se generan y que son producto de esta metodología, también son de una naturaleza mixta, puesto que en la mayor parte de los casos puede contener una gran parte de elementos extra jurídicos que los distinguen de cualquier régimen contractual».

Pero lo que expone el Juzgador no es un reconocimiento automático de lo establecido en los acuerdos de mediación, sino que lo pactado por las partes al final del proceso, pero no trasladados a un convenio regulador, deben tener un alto peso en la adopción por el Juez de las medidas que integran la resolución judicial, y que sea la parte que se aleje de lo acordado en la mediación quien haya de acreditar, de forma rotunda dice el Juzgador, las circunstancias que justifiquen el que lo pactado por las partes en el proceso de mediación no deba ser ratificado judicialmente.

Entendemos pues, que el Juzgador opta por la mediación como instrumento que reconoce las voluntades de las partes y ello puede tener efectos determinantes a la hora de establecer una resolución judicial aún cuando los acuerdos no hayan sido homologados, dando un realce superior que el del propio convenio regulador no ratificado. ■



DOSSIER



Dossier

Dossier de los tribunales sobre arbitraje



Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 5758/2013

Dossier de los tribunales sobre arbitraje

Frederic MUNNÉ CATARINA

Abogado, doctor en derecho, exdirector de los Servicios Jurídicos del Tribunal Arbitral de Barcelona, profesor de Derecho procesal en ESADE-URL

En un primer comentario el autor nos recuerda el carácter voluntario de todo arbitraje, sin excepciones. En el segundo analiza la diferencia entre la solicitud de arbitraje y la demanda, y sus distintos efectos jurídicos. En un tercer comentario, trata sobre el alcance de la verificación de oficio de la existencia de convenio arbitral en la ejecución del laudo. Y, por último, aborda la forma en que el árbitro debe dar audiencia a las partes en la práctica de la prueba pericial.

I. LA VOLUNTARIEDAD DE LA SUMISIÓN A ARBITRAJE NO ADMITE EXCEPCIONES. NO LO ES EL ARTÍCULO 76 E) LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de enero de 2013, sección 1.ª (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

F J 2.º «... de todas formas, una cosa es admitir la arbitrabilidad "in genere" de las cuestiones arrendaticias y otra muy distinta que deba aceptarse que el art. 34 LAU establece una suerte de arbitraje obligatorio —salvo exclusión expresa por los otorgantes del contrato de arrendamiento—, porque ello contravendría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En efecto, al margen de que el citado precepto de la LAU tan solo reconoce el derecho del arrendatario de local de negocio que haya cumplido las condiciones que en el mismo se describen a una indemnización a cargo del arrendador —cuya fijación, ciertamente, es susceptible de arbitraje voluntariamente aceptado— en el caso de no prorrogarse el contrato por la correspondiente renta de mercado —la cual es, asimismo, susceptible de arbitraje voluntariamente concertado—,

pero en ningún caso impone al arrendador la obligación de prorrogar el arrendamiento, de manera que la acción ejercitable por aquél en base a dicho precepto solo podrá ir encaminada a demandar la aludida indemnización, de ningún a manera puede aceptarse que la norma en cuestión establezca una suerte de arbitraje obligatorio, porque como declaró el TC (STC 174/1995 de 23 de noviembre, FJ 3.º), al resolver una cuestión inconstitucionalidad sobre otro precepto que establecía un arbitraje de dicha clase para el contrato de transporte terrestre:

«Mediante el arbitraje... las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera 'un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)' (SSTC 15/1989, FJ 9.º, y 62/1991 FJ

5.º). Desde este punto de vista... la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión que tenemos planteada... es si resulta conforme con la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1 y 117.3 CE un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no lo admita. Es evidente que un sistema como el que se acaba de describir... resulta contrario, como ya hemos dicho, al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos... La autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes... Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella...»

El efecto negativo del convenio arbitral que consagra el art. 11 LA 2003 e «impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria» tan solo puede oponerse cuando exista sumisión voluntaria al arbitraje, de las partes en litigio, del mismo modo que su efecto positivo que contempla el mismo precepto y «obliga a las partes a cumplir lo estipulado», sólo opera cuando así esté acordado por las partes. La autonomía de la voluntad es un elemento esencial en el arbitraje. En todo arbitraje.

Y en este sentido, nuestro ordenamiento jurídico, respetuoso con la doctrina jurídica más avanzada en la materia e inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL, parte de que «debe primar la autonomía de la voluntad de las partes» como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos (II) del texto legal.

La doctrina es unánime en cuanto a la primacía de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, lo que conlleva que el arbitraje no puede ser obligatorio *ex lege*, ni para una parte ni para ambas. El arbitraje tan sólo obliga a las partes (efecto pasivo del convenio arbitral) *ex voluntas*. Y tan sólo puede hacerse valer ante los tribunales mediante la declinatoria (efecto negativo) *ex voluntas*.

Ello no obstante, en materia de seguros parece consolidarse una corriente jurisprudencial

de signo contrario, a raíz del tenor literal del art. 76 e) LCS, que dispone que «el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguros. La designa de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada».

En efecto, las SSAP Barcelona de 3 de febrero de 2012 (Secc. 16.ª) y de 23 de noviembre de 2012 (Secc. 14.ª) en aplicación del mencionado art. 76 e) LCS sostienen que el mismo, contempla y prevé «un derecho del asegurado de someter las divergencias a arbitraje que **obligatoriamente se impone a la aseguradora**» así como que «el tenor literal de este precepto de la ley establece y define un verdadero derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora», aunque luego se precise que el precepto no es de aplicación al supuesto allí enjuiciado por cuanto es «un derecho que la ley concede al asegurado, no a otras personas como pueden ser sus hijos y otros familiares al considerarse de alguna manera beneficiarios de este seguro, como sucede en el presente caso».

Con ello, nos dan a entender que esta corriente jurisprudencial, con una interpretación literal del repetido precepto, **considera a modo de obiter dicta que el art. 76 e) LCS contempla una suerte de excepción al principio general de la autonomía de la voluntad en materia de sumisión a arbitraje**, de forma que la aseguradora se halla sometida a arbitraje *ex lege* siempre que el asegurado ejercite aquel derecho subjetivo frente a la aseguradora de acudir de forma unilateral al arbitraje **no pactado**.

Sin embargo, el arbitraje debe ser en todo caso voluntario para las partes, para ambas partes. En efecto **para ser válido el convenio debe pactarse en los términos que exige el art. 9 Ley 60/2003 de Arbitraje (en adelante LA 2003)** al establecer de forma imperativa en su primer apartado que «el convenio arbitral (...) deberá expresar la **voluntad de las partes** de someter a arbitraje...» y en el tercer apartado del mismo precepto que «el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento **firmado por "las" partes** o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del **acuerdo**». La literalidad del art. 76 e) LCS en modo alguno contradice lo dispuesto en el art. 9 LA 2003.

A nuestro entender el art. 76 e) LCS tan sólo refleja el derecho o facultad del asegurado de someter sus diferencias a arbitraje, en materia de seguros, como sucede en cualquier otro ámbito en que las partes son libres de acudir al arbitraje, siempre que exista un pacto, expreso o tácito, de sumisión. De la Ley se deriva el «derecho a someter a ar-

bitraje» y del pacto *inter partes* se deriva el «derecho a exigir el arbitraje pactado». Derecho (de someter a arbitraje) que también tiene la aseguradora, aunque el mencionado precepto pretende tan sólo evitar que se imponga al asegurado *ex ante* una renuncia a tal derecho.

Para que el convenio arbitral sea válido debe quedar constancia escrita del acuerdo de voluntades de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir

Lo que no prevé, ni puede prever el art. 76 e) LCS, es que el asegurado tenga derecho a imponer de forma unilateral la sumisión a arbitraje, puesto que tal interpretación resulta contraria al art. 1256 CC y a los derechos fundamentales a la libertad (art. 17 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). El repetido precepto de la LCS tan sólo contempla la interdicción de prohibirle o negarle contractualmente al asegurado su derecho a acudir a la vía arbitral para resolver conflictos, ya sea mediante el arbitraje común o mediante el sistema arbitral de consumo. Ello no excluye ni es contrario a la exigencia legal del acuerdo de voluntades (art. 9 LA 2003).

En cualquier caso, el arbitraje exige un acuerdo de voluntades entre las partes de forma expresa o tácita (sumisión arbitral) ya sea como cláusula de un contrato, como contrato independiente, como intercambio de comunicaciones o mediante una oferta tácitamente aceptada (art. 9.5 LA 2003), sin que pueda prescindirse de tal acuerdo de voluntades. De modo que el arbitraje no puede sustentarse en la sola voluntad de someterse al arbitraje de una sola de las partes (asegurado), cuando tal oferta sea expresamente rechazada por la contraparte (aseguradora). Muy distinta sería interpretación del precepto en un caso de aceptación tácita por parte de la aseguradora, *ex art.* 9.5 LA 2003, puesto que en tal caso hay acuerdo de voluntades, aunque una de ellas sea tácitamente expresada, tras una notificación recepticia y en forma de la voluntad de someterse a arbitraje *ex art.* 76 e) LCS por parte del asegurado (1).

En definitiva, el derecho que el art. 76 e) LCS reconoce al asegurado deviene un **derecho pleonástico**, a lo que ya nos tiene acostumbrado nuestro legislador en materia arbitral,

como sucedía con el art. 39.5 LAU (hoy derogado por la LEC 2000) cuando afirmaba que «**las partes podrán pactar** el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales». Y en opinión de quien suscribe, ello sucede porque se trata de preceptos concebidos por el legislador antes de la vigente Ley 60/2003, **tan sólo para fomentar el arbitraje**, si bien en el primer caso [art. 76 e) LCS] se trata además de un precepto tuitivo de la parte más débil (consumidor-asegurado) para evitar que pueda verse obligada *ex ante* (en las condiciones generales o en las particulares) a renunciar a su derecho a pactar o someter (como dice literalmente el precepto) a arbitraje cualquier diferencia que tenga con el empresario-asegurador. Por ello se le reconoce «el derecho a (pactar o) someter a arbitraje...». Es decir su derecho a suscribir de forma expresa o tácita un convenio arbitral.

Y es que en nuestro sistema jurídico no puede haber pacto arbitral sin acuerdo de voluntades. En este sentido la STC 174/1995 de 23 de noviembre, se cuidó de definir el arbitraje como «un medio para la solución de conflicto **basado en la autonomía de la voluntad de las partes**, que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del *árbitro* o *árbitros*, exposición que resalta su naturaleza contractual, y su finalidad, alternativa al proceso judicial». En tal sentido como nos recuerda la sentencia comentada del TSJ Cataluña, nuestro Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de un precepto legal que imponía el arbitraje, porque la renuncia a la Jurisdicción ordinaria por la sumisión al cauce arbitral debe tener su origen, necesariamente en un acuerdo de voluntades, vulnerando la Constitución cualquier norma que pueda establecer lo contrario o cualquier interpretación de una norma en el sentido de entender que en él se establece lo contrario.

Entender, como sostiene la Audiencia de Barcelona, en las sentencias antes mencionadas, que el asegurado puede someter divergencias a arbitraje, que obligatoriamente se impone al asegurado, constituye una interpretación del art. 76 e) LCS que lo aboca a su inconstitucionalidad. No compartimos tal interpretación, sino que cabe una interpretación literal del precepto, que tan sólo prevé que «el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia» (*sic*) lo que no excluye que la aseguradora tenga idéntico derecho, de modo que al asegurado no se pueda exigir *ex ante* que renuncie a su derecho a someter (léase proponer la sumisión) a arbitraje; o tratándose de un arbitraje de consumo acudir al sistema arbitral de consumo cuando exista una previa oferta pública de sumisión por parte de la compañía.

El convenio arbitral no es otra cosa que un contrato, a menudo dentro de otro contrato, o como nos recuerda la Exposición de Moti-

vos (II) de la LA 2003, un contrato normado, sometido por ello a los requisitos generales de validez de los contratos, cual es el consentimiento de los contratantes (art. 1261 CC). Y por ello el art. 9.3 LA 2003 exige que para que el convenio arbitral sea válido debe quedar constancia escrita del acuerdo de voluntades de **las partes** de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir.

II. LA SOLICITUD INICIAL NO ES UNA DEMANDA ARBITRAL

Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 4 de marzo de 2013, Sección 1.^a
(Ponente: Jesús Martínez-Escribano Gómez)

FJ 3.º «De la prueba documental practicada, en esencia el expediente que contiene el procedimiento arbitral queda claro que el Tribunal Arbitral celebró la comparecencia señalada para examinar la reclamación del actor sin citarle, tal como denuncia en la demanda. Así consta que la cédula de citación de 10 de septiembre de 2012 para la vista del día 17 de septiembre de 2012 no pudo ser notificada por el Servicio de Correos (constando que el destinatario se encontraba ausente en horas de reparto, declarando caducado según sello obrante en el reverso del acuse de recibo, sin firma del actor) y figurando en la misma una leyenda relativa a su remisión por *e-mail* el 12 de septiembre de 2012 (nada se acompaña en justificación de tal extremo, ni el justificante del reporte ni la recepción). Con ello no puede haber duda de que en la tramitación del expediente se produce la falta de notificación al demandante de una actuación relevante que le causa indefensión al no poder sostener su pretensión ante el Tribunal Arbitral, sin que sea suficiente la remisión de la citación pues se trata de una diligencia de carácter recepticio según resulta de los arts. 5 a) y 30 LA 2003 antes transcrito, en relación con los arts. 44 y 50 RD 231/2008, con vulneración de lo dispuesto en el art. 41.1 sobre Principios del procedimiento arbitral de consumo que dispone que el procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad. **No cabe equiparar la ausencia en horas de reparto a falta de descubrimiento del domicilio del interesado.** Por todo ello procede la anulación del laudo al no haberse permitido a la parte intervenir en la audiencia señalada por el Tribunal Arbitral directamente o por medio de sus representantes, lo que inevitablemente provoca su indefensión, pues la **solicitud de arbitraje únicamente incluía mera referencia a la denuncia formulada como consumidor ante la OMIC municipal, con copia de la misma**».

La sentencia aborda dos cuestiones de relevancia en todo arbitraje: la importancia de la notificación inicial dando conocimiento del sometimiento de la concreta controversia al arbitraje y el carácter limitado del contenido de la mera solicitud inicial del arbitraje.

En efecto es importante, en todo proceso arbitral, la correcta notificación de la noticia litis a la parte frente a la que se promueve el arbitraje. Dicho acto, que constituye un equivalente arbitral al emplazamiento judicial, tiene para la validez de las actuaciones arbitrales una gran trascendencia jurídica, porque de su corrección dependerá que pueda entenderse que no se haya causado ninguna situación de indefensión, susceptible de anulación en virtud del art. 41.1 b) LA 2003, que se refiere a los defectos de notificación del nombramiento de árbitros o de las actuaciones arbitrales. Ambos actos (nombramiento y emplazamiento) tienen en el proceso arbitral trascendencia jurídica suficiente para dar lugar a la anulación del laudo, aunque obviamente tan sólo en el caso que pueda entenderse que con ello se haya provocado indefensión a una de las partes.

En este sentido, cabe destacar la distinción que con acierto reseña la sentencia comentada en el sentido de que «no cabe equiparar la ausencia en horas de reparto a falta de descubrimiento del domicilio del interesado», puesto que el art. 5 a) LA 2003 (2) exige una indagación razonable de los actuales domicilios o residencia habitual de las personas físicas, o del domicilio social o establecimiento de las personas jurídicas, es decir un intento de localización del domicilio (residencia o establecimiento) y no un intento de localización de la persona en su domicilio (residencia o establecimiento). Esto último, exige no el mero intento, sino una actividad diligente que concluya con la entrega a la persona interesada o bien que se documente dejando constancia del expreso rechazo del intento de entrega a la persona interesada, a quien entiendo puede añadirse a cualquier otra persona que se encuentre en el lugar designado, siempre que se haga constar su identidad (3). Y ello a pesar de que el art. 5 a) LA 2003 no concreta la actividad investigadora en orden a localizar realmente a la persona a notificar, a diferencia del art. 161 LEC en el que se inspiró la redacción del repetido precepto de la Ley de Arbitraje.

El texto legal no exige descubrir el domicilio del interesado. De exigirse, podría frustrarse el arbitraje con la mera ocultación o el cambio constante de residencia. Es suficiente con esa «indagación razonable» (4), pero una vez agotada esa indagación y hallado un domicilio, aunque sea meramente formal (empadronamiento, domicilio social, etc.) si es exigible la entrega personal al interesado, sin que pueda admitirse que la Ley de Arbitraje admita una

entrega ficticia al interesado, como sucede con la notificación por edictos (publicándose en periódicos oficiales o no) o mediante su publicación en un tablón de anuncios, como ficción jurídica que a diferencia de la LEC carecería de la necesaria cobertura legal. La diligencia exigible al árbitro o a la institución que administra el arbitraje, tanto para aquella indagación razonable como para la entrega personal halla su límite en la situación de indefensión que se deriva de no haber llegado a conocimiento del interesado o no haber puesto todos los medios (indagación y entrega personal) para que llegue a su conocimiento, causándole con ello una situación de indefensión [art. 41.1 b) LA 2003].

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia que comentamos también se refiere de un modo más tangencial al contenido de la «solicitud de arbitraje» objeto de aquella notificación inicial, equiparable al emplazamiento judicial. No obstante, no hallamos en la Ley de Arbitraje referencia alguna a la solicitud de arbitraje y si en cambio la hallamos al **requerimiento** de someter la controversia a arbitraje (art. 27 LA 2003) y a la **demanda** arbitral (art. 29 LA 2003). Y ello a pesar de que el art. 722 LEC, en materia de medidas cautelares en sede judicial si se refiere a aquella **solicitud**, cuando dispone que podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España... «o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento».

El requerimiento de someter la controversia a arbitraje, es decir de someter la concreta controversia a conocimiento del árbitro o árbitros, conlleva el inicio del arbitraje, conforme al art. 27 LA 2003. Ello no obstante, entendemos que tal requerimiento en el arbitraje institucional consiste precisamente en la notificación de la solicitud o encargo a la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje. Es decir que a nuestro entender el requerimiento (propio del arbitraje *ad hoc*) equivale a la solicitud (en un arbitraje institucional).

Ahora bien, como se pone de manifiesto en la sentencia comentada **el requerimiento o solicitud de arbitraje tan sólo contiene una mera referencia a la controversia**, sin que sea preciso ni aconsejable, salvo pacto en contrario o disposición en contrario del reglamento de la institución arbitral, concretar aún, *a limine*, los extremos propios de una demanda. Ésta no se formula ni se presenta hasta un momento posterior, ante el árbitro al va dirigida, una vez que se haya nombrado y esté aceptado por él el encargo arbitral.

No olvidemos que en la demanda, quien haya promovido el arbitraje, salvo pacto en contrario o disposición en contrario del reglamento

de la institución arbitral, «deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda», pudiendo además aportar todos los documentos que considere pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar o proponer. Por tanto, con un evidente mimetismo con la demanda que regula la LEC ante la Jurisdicción ordinaria, **en la demanda arbitral se deberá precisar los hechos, los fundamentos de pedir y el *petitum***, que el árbitro además deberá resolver con un deber de congruencia [art. 41.1 c) LA 2003]. Es un escrito procesal dirigido al árbitro, en cambio la solicitud (o requerimiento) carece de contenido jurisdiccional y constituye un acto de comunicación de alcance meramente administrativo (5), dirigido a la contraparte o a la institución que administra el arbitraje para que se «ponga en marcha» el sistema arbitral pactado, dentro del cual se incardina el concreto proceso arbitral en el que se vaya a resolver una determinada controversia.

A pesar de cuanto antecede, tengo para mí que ello admite pacto en contrario, o disposición en contrario en el reglamento de la institución, por lo que **el requerimiento o solicitud de arbitraje si puede constituir una verdadera demanda arbitral si así está pactado** o dispuesto en el reglamento. En tal caso, ante el árbitro, sólo será preciso un acto de ratificación de lo expuesto *a limine litis* (porqué la demanda va dirigida a él —art. 29.1 LA 2003—) o de modificación o ampliación (que puede llevarse a cabo en cualquier momento, salvo que el árbitro lo considerase improcedente por la demora con que se haga —art. 29.2 LA 2003—).

En cualquier caso, en tanto no se formule o ratifique la demanda ante el árbitro, entendemos que no puede considerarse iniciado el procedimiento arbitral ni se puede afirmar que se halle pendiente o en tramitación el proceso arbitral, a los efectos del art. 52.2 Ley Concursal o el art. 722 LEC. La sola recepción del requerimiento de someter la controversia arbitraje (art. 27 LA 2003) o la presentación de la solicitud de arbitraje, implica que se produzcan ciertos efectos jurídicos como los que se derivan de la prescripción o caducidad de las acciones, pero no la pendencia del proceso arbitral, aún no iniciado como tal (6).

En efecto, entendemos que con la «mera referencia» a la controversia que se contiene en el requerimiento o solicitud inicial, como señala la sentencia que comentamos, no puede considerarse iniciado el procedimiento, a pesar del tenor literal del art. 27 LA 2003. Éste se refiere al inicio del arbitraje en su conjunto, es decir entendido como equivalente jurisdiccional, y no al concreto procedimiento arbitral (7) que a nuestro entender no puede

considerarse pendiente en tanto no haya un árbitro constituido como tal, ante el que se pueda formular o ratificar la demanda y formular un concreto *petitum*, para que resuelva *secundum allegata et probata*, cumpliendo con el referido deber de congruencia a aquello que las partes hayan «sometido a su decisión». Y ello porque difícilmente podemos entender que se ha iniciado un proceso heterocompositivo sin que «exista» aún quien está llamado a emitir aquel juicio heterocompositivo (8), y ni tan sólo se haya investido de sus facultades (art. 16 en relación con el art. 38.1 LA 2003) ni esté obligado a cumplir fielmente su encargo (art. 21.1 LA 2003).

El árbitro no es árbitro, con sus facultades jurisdiccionales para resolver el litigio con eficacia de cosa juzgada, hasta que no acepte ante las partes. En efecto, ello no sucede hasta que no haya aceptado (obligación de cumplir fielmente su encargo) y haya notificado su aceptación a las partes (inicio de sus facultades de regulación y dirección del procedimiento —art. 25 LA 2003— y de resolución de la controversia —art. 37.1 LA 2003—). Y hasta ese momento difícilmente puede hablarse de proceso arbitral pendiente o en trámite.

III. LÍMITES DEL CONTROL PARA DESPACHAR LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 2013, Sección 20.^a (Ponente: Rafael Reyes Sainz de la Maza)

FJ 3.º «... el Tribunal no podrá despachar ejecución si antes no ha comprobado que a la demanda ejecutiva se acompañó un convenio arbitral válido y consentido por el ejecutado; y de no ser así, habrá de denegar el despacho de ejecución. Idéntico criterio de análisis habría de seguirse por el Tribunal respecto del documento relativo a la notificación del laudo arbitral al ejecutado, al objeto de comprobar si fue realizada de manera legal. Y ello, no implica cuestionar la validez del supuesto convenio arbitral, sino sólo constatar su existencia.

Aunque el art. 43 de la Ley de Arbitraje atribuye efecto de cosa juzgada al laudo arbitral firme, efecto propio y genuino de las resoluciones judiciales firmes (art. 222 de la LEC), sin embargo el legislador no le ha dado el mismo tratamiento jurídico a la hora de poder instar y proceder a su ejecución. Tratándose de resoluciones judiciales firmes, basta que ésta se acompañe con la demanda ejecutiva para que se despache ejecución, lo que no ocurre con la ejecución de laudos arbitrales firmes. Como se dijo, a la demanda ejecutiva se ha de acompañar el laudo arbitral firme, el convenio arbitral y la notificación del laudo al ejecutado para que

pueda despacharse en su contra la ejecución. Y si ello es así, es obvio que será por la necesidad de que el Tribunal que conozca de la demanda ejecutiva, compruebe que el ejecutado previamente había consentido el arbitraje y que posteriormente se le notificó el laudo arbitral dictado y que se pretende ejecutar.

En resumen, **el control que ha de llevar a cabo el Tribunal que conoce de la demanda ejecutiva se tendrá que limitar a constatar si existe un convenio arbitral consentido por el ejecutado**, sin que se pueda extender a enjuiciar la validez o la posible nulidad de ese convenio, siendo sólo a esto último a lo que se refería el acuerdo de unificación de criterios del orden jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial de Madrid adoptado el día 23 de septiembre de 2004. El tenor literal del mismo era el siguiente: «Ejecución de laudo arbitral: ¿Cabe apreciar en dicha fase la nulidad de la cláusula de sumisión al convenio arbitral? En vía de ejecución de laudo arbitral no es apreciable de oficio la nulidad de la cláusula de sumisión al convenio arbitral, tanto en los arbitrajes de la Ley 36/1988 cuanto más en los de la Ley 60/2003».

Actualmente la cuestión ha sido superada. En la última jornada de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la AP de Madrid celebrada el 4 de octubre de 2012, se aprobó por mayoría lo siguiente: «A efectos del despacho de ejecución de Laudo Arbitral, no puede considerarse convenio arbitral un acuerdo adoptado en Junta pero no votado expresamente por el ejecutado».

La sentencia que comentamos señala con acierto que «el control que ha de llevar a cabo el Tribunal que conoce de la demanda ejecutiva se tendrá que limitar a constatar si existe un convenio arbitral consentido por el ejecutado, sin que se pueda extender a enjuiciar la validez o la posible nulidad de ese convenio». Y a pesar de tratarse de una temática aparentemente pacífica en la Doctrina, los límites al control de existencia de convenio arbitral, que esta llamado a ejercer el juez que conoce de la ejecución, aparece aún confusa en nuestros Tribunales.

En efecto, la misma sentencia, acto seguido, afirma que «a la demanda ejecutiva se ha de acompañar el laudo arbitral firme, el convenio arbitral y la notificación del laudo al ejecutado para que se despache en su contra la ejecución. Y si ello es así, es obvio que será por la necesidad de que el Tribunal que conozca de la demanda ejecutiva **compruebe que el ejecutado había consentido el arbitraje...**» haciéndose además eco de una jornada de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la AP Madrid, y afirma que «no puede considerarse convenio arbitral un acuerdo **adoptado** en Junta pero **no votado** expresamente por el ejecutado».

Tengo para mí que la **verificación de la existencia de convenio arbitral es una mera comprobación empírica, que deba limitarse a constatar de un modo literal que exista un soporte documental** (con el amplio sentido con el que el art. 9.3 contempla el requisito de que conste por escrito) y no debe extenderse a la verificación de que tal convenio arbitral (que físicamente existe) además es un verdadero convenio arbitral. Es decir que hay (o hubo) acuerdo de voluntades de sometimiento a arbitraje.

Se trata tan sólo de constatar que el convenio arbitral tiene una constancia escrita, como exige el art. 9 LA 2003, sin que el Tribunal que ejecuta el laudo pueda además fiscalizar si ello fue efectivamente consentido por las partes (9).

A pesar de que sea cierto que **sin consentimiento** expreso o tácito (art. 9.5 LA 2003) no hay sumisión a arbitraje y por ello **no hay convenio arbitral**. Olvida la AP Madrid en la resolución que comentamos, y en su acuerdo de unificación de criterios que en la misma se menciona, que la falta de consentimiento es subsanable y conforme al art. 1313 CC la confirmación, que puede ser expresa o tácita (art. 1311 CC) «purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración». Olvida la Audiencia asimismo que cuando contra el laudo se haya ejercitado acción de anulación «el ejecutado podrá solicitar al Tribunal competente la suspensión de la ejecución...», siendo así que **el Tribunal competente para conocer si existe convenio arbitral y si el mismo es válido es el Tribunal Superior de Justicia donde de hubiere dictado el laudo** [art. 8.5 en relación al art. 41.1 a) LA 2003] y **no el juez que conozca de la ejecución**.

En este sentido, no es por casualidad que dicho motivo de anulación (la inexistencia de convenio arbitral) no sea apreciable de oficio por el único Tribunal que a nuestro entender

es funcionalmente competente para ello (art. 41.2 LA 2003 *a sensu contrario*). Competencia funcional, del TSJ, que constituye una cuestión de orden público procesal y por ello indisponible e irrenunciable. De modo que cuando las partes no hayan denunciado ante el TSJ la inexistencia de convenio arbitral dentro del plazo de dos meses legalmente previsto (art. 41.4 LA 2003) con base en la renuncia tácita a las facultades de impugnación (art. 6 LA 2003), que conlleva la convalidación tácita del convenio arbitral, ya no cabrá un posterior enjuiciamiento sobre la existencia ni la validez del convenio arbitral respecto de quienes hayan sido parte en el proceso arbitral, y aún menos de oficio y por un Tribunal (el juez de la ejecución) que carece de competencia funcional para ello.

En definitiva, entendemos que si **las partes no impugnan el laudo (invocando expresamente la inexistencia de convenio arbitral), están renunciado a esa facultad de impugnación y con ello están confirmando el consentimiento contractual de sumisión a arbitraje desde el momento de celebración del convenio arbitral**, aunque en su día no existiera tal consentimiento o se hubiese prestado de un modo deficiente o viciado.

Nótese además que el art. 550.1.1 LEC en el que se sustenta la sentencia que comentamos, no contienen referencia alguna al enjuiciamiento sobre la existencia de convenio arbitral o sobre la constatación de la voluntad o consentimiento de sumisión a arbitraje, sino que sólo se refiere a que «cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes».

Por todo ello, entendemos que **el control que debe llevar a cabo el Tribunal que conoce de la demanda ejecutiva deba limitarse a constatar que con ella se aporta un soporte documental que contenga un convenio arbitral, que da cobertura a la facultad juris-**

dicional del árbitro, sin que tal control pueda extenderse, como sostiene la sentencia comentada, «a constatar si existe un convenio arbitral consentido por el ejecutado». Tal consentimiento resulta tácito en sede de ejecución, al amparo del art. 6 LA 2003, salvo que se hallase pendiente una acción de anulación en la que se invoque la inexistencia de convenio arbitral, lo que no obstante, como hemos apuntado, constituye causa para solicitar la suspensión de la ejecución del laudo.

IV. EL ÁRBITRO NO PUEDE PRACTICAR LA PRUEBA PERICIAL INAUDITA PARTE

Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 8 de abril de 2013, Sección 1.ª (Ponente: Francisco Salinero Román)

FJ 2.º «... Como segundo motivo alega que la anulación también procedería por el art. 41.1 e), por ser el laudo **contrario al orden público al no habersele dado traslado por el Órgano arbitral del informe pericial practicado y su posterior aclaración** infringiendo un principio de orden público procesal como es el de garantizar los principios audiencia y contradicción. El motivo en este caso debe acogerse. El examen del expediente arbitral pone de manifiesto que tras la audiencia a las partes la prenda dañada quedó retenida por el Órgano arbitral que decidió practicar una pericia por una empresa del ramo que fue la que emitió el dictamen y una posterior aclaración en que se basó el laudo arbitral para condenar a la demandante a abonar a la reclamante los perjuicios apreciados en la prenda. Igualmente consta que tras la incorporación de dicho dictamen y su aclaración al expediente se dictó el laudo **sin dar traslado a las partes del resultado de la pericia para que pudieran alegar sobre el mismo**. Tal omisión supone no solo una infracción de principios básicos de orden público procesal



laleydigital.es **ITER PROCESAL**

Actualizado a las últimas reformas de ejecuciones hipotecarias y del alquiler

Siga siempre el mejor camino

La primera guía interactiva de los procesos civiles para controlar eficazmente tanto su actividad como la de sus colaboradores y parte contraria, así como simular su estrategia procesal

Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES COORDINADOS POR MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal de la Univ. de Valencia, autor-coordinador del Proceso Civil Práctico

ENFOQUE TOTALMENTE PRÁCTICO Y MUY FÁCIL DE MANEJAR

-  Escoja el procedimiento de su interés.
-  Seleccione el tribunal, rol y fase de recurso.
-  Muestra gráficamente el procedimiento, la actuación procesal en que se encuentra y los pasos anteriores o posteriores.



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

INFÓRMESE AHORA
902 250 500 tel | clientes@laley.es | laleydigital.es

como los invocados por la parte demandante sino de la concreta regulación del arbitraje de consumo del RD 231/2008. En el art. 41 se recoge la necesidad de observar dichos principios. Y en el art. 45 se establece el derecho de las partes a ser notificadas de las pruebas acordadas por el Órgano arbitral y a intervenir en su práctica. En el presente procedimiento se dictó el laudo sin dar a la parte actora la oportunidad de hacer alegaciones al informe pericial y a su aclaración. Solo en fecha posterior al dictado del laudo y de su aclaración la parte actora realizó alegaciones al informe pericial pero al haber sido ya dictado el laudo ninguna eficacia podían desplegar».

El árbitro, salvo pacto en contrario y a diferencia del juez civil, puede acordar y practicar pruebas de oficio (art. 25.2 LA 2003) e incluso nombrar a peritos de oficio (art. 32.1 LA 2003). Sin embargo la práctica de todas las pruebas consideradas pertinentes y útiles por el árbitro debe llevarse a cabo con el debido respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24.1 LA 2003) y por ello tratando a las partes con igualdad y dándoles a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, ejercitando con igualdad de armas procesales y con plenitud su derecho de defensa (art. 24.1 LA 2003), sin incurrir en ninguna situación de indefensión que le impida hacer valer sus derechos [art. 41.1 b) LA 2003].

NOTAS

(1) La dificultad de tal aceptación tácita del arbitraje no previamente pactado radica en el plazo dentro del cual puede el asegurado expresar su rechazo a tal arbitraje. Plazo que al no desprenderse de la ley, no puede desprenderse de ningún reglamento (de institución arbitral) al que la compañía aseguradora no se haya cometido, ni puede aceptarse que lo fije de forma unilateral una de las partes con efectos jurídicos vinculantes para la otra parte, por lo que a nuestro entender el plazo debe considerarse el plazo legal de seis meses para dictar el laudo desde la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para presentarla, salvo acuerdo en contrario de las partes (art. 37.2 LA 2003).

(2) En art. 5 a) LA 2003 dispone que «... en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega...».

(3) «A simili» con lo dispuesto en el art. 202 del Reglamento Notarial pone de manifiesto que en las actas de notificación notariales «... de no hallarse presente el requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciere cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo». Aunque no se trate de una notificación notarial, entendemos que sin perjuicio de la prueba que pueda requerirse

La sentencia comentada considera que el laudo es contrario al orden público procesal al no «garantizar los principios de audiencia y contradicción», pero es que sin perjuicio de que ello sea así, en la propia Ley de Arbitraje 60/2003 hay una expresa mención a la obligación de los árbitros de poner a disposición de las partes «los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión» (art. 30.3 LA 2003).

Este último precepto, que es de aplicación supletoria al arbitraje de consumo (art. 1.3 LA 2003) y prevé de un modo muy específico la obligación de los árbitros de poner a disposición de las partes los dictámenes periciales, refuerza aún más los argumentos en los que se sustenta la sentencia que comentamos, que con acierto declara la anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Valladolid. La sentencia comentada, obviando la norma, que a nuestro entender es de aplicación directa al supuesto de hecho enjuiciado en anulación, se fundamenta en los principios generales y un deber más genérico del arbitraje de consumo, cual es el que resulta del «derecho de las partes a ser notificadas de las pruebas acordadas por el Órgano arbitral y a intervenir en su práctica» (art. 41 RD 231/2008 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo).

respecto a la fehaciencia del contenido reflejado en el acto de notificación, no puede exigirse una mayor diligencia a la notificación de la solicitud de arbitraje que la exigida en una acta de notificación notarial.

(4) Coincidimos con J. PICÓ JUNOY («El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje» en *Anuario de Justicia Alternativa* 5/2004, pág. 46) en que la renuncia a esta «indagación razonable» no será válida, porque esta en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que, como todo derecho fundamental, resulta irrenunciable.

(5) Sobre la naturaleza jurídica de las actuaciones prearbitrales puede verse de forma más amplia MUNNÉ CATARINA, F., *La administración de arbitraje*, Ed. Aranzadi, 2002, págs. 133 y ss.

(6) Como acertadamente sostiene Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA, en su monografía *El procedimiento arbitral*, pag. 154: «la recepción del requerimiento en los términos señalados (los del art. 27 LA 2003) implica que se empiecen a producir algunos efectos jurídicos, pero desde nuestro punto de vista, todavía no puede hablarse de la pendencia arbitral, para ello habrá que esperar a la presentación de la demanda».

(7) No es extraño a nuestro Ordenamiento jurídico que el momento en que se ejercita la acción como derecho «in genere» y el momento en que se formula la concreta pretensión, como acto con contenido jurídico, no coincidan en el tiempo. Ello ya sucedía, por ejemplo en el juicio verbal que regulaba el derogado art. 720 LEC de 1881 y sucede hoy en día en la vigente del monitorio, que prevé el art. 814 LEC. En este sentido, ya

Por todo ello, tratándose de una prueba pericial los árbitros no puede acordar otra forma de intervenir en su práctica que no pase por poner a disposición de las partes los dictámenes periciales. Las partes tienen por ello derecho a acceder de forma íntegra al dictamen pericial, ni pueda excluirse de tal derecho de acceso al contenido íntegro del dictamen y sin que pueda remitirse a las partes otros elementos o notas sobre la base de aquellos dictámenes. Debe darse traslado a las partes, o al menos poner a su disposición, los dictámenes mismos y de forma íntegra.

Y nótese, además que el art. 30.3 LA 2003 no admite pacto en contrario de las partes, ni por ello disposición en contra del reglamento de una institución arbitral, de modo que la obligación de los árbitros de poner a disposición de las partes «los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión» constituye una norma imperativa, cuya infracción es causa directa de anulación del laudo, no solo con base en el motivo b) del art. 41.1 LA 2003, sino también y a mayor abundamiento con base en el motivo d) del mismo precepto, porque un procedimiento arbitral, en el que no se de traslado a las partes de los dictámenes emitidos por los peritos, no se ajusta y es contrario a una norma imperativa de la Ley 60/2003 de Arbitraje.■

nos manifestábamos, de forma más extensa, en MUNNÉ CATARINA, F., *La administración de arbitraje*, Ed. Aranzadi, 2002, pág. 117.

(8) A mayor abundamiento, una interpretación contraria vaciaría de contenido el cuarto motivo de anulación de los laudos, dado que el art. 41.1 d) LA 2003 distingue a efectos anulatorios de los laudos: «que en la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo de las partes, salvo que dicho acuerdo fuese contrario a una norma imperativa de esta Ley, o a falta de dicho acuerdo, no se han ajustado a esta Ley».

Por ello tanto el nombramiento de árbitros y el procedimiento arbitral son cosas distintas, como da por sentado dicho precepto. Primero hay que nombrar a los árbitros (y en su caso confirmarlos en el arbitraje institucional) para poder dar inicio al procedimiento arbitral.

(9) En lo que coincidimos con la sentencia comentada es que el control del Tribunal que conoce de la ejecución del laudo no puede extenderse en ningún caso a la validez del convenio arbitral, y por ello no alcanza a la presunta existencia de cualquier vicio del consentimiento, puesto que el convenio arbitral existe por el mero hecho de concurrir un acuerdo de voluntades de someter la controversia a arbitraje. El enjuiciamiento, mucho más complejo tanto desde el punto de vista jurídico como probático, acerca de la validez o nulidad de ese convenio e incluso del vicio del consentimiento expresado excede en mucho al estricto límite competencial en sede ejecutiva.



Preguntas con respuesta

La mediación y el arbitraje a consulta

LA LEY 8916/2013

Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta

La mediación mercantil exige la presencia de los representantes legales de las partes, quienes deberán tener también poder de decisión sobre las cuestiones controvertidas, en aras de la honestidad e implicación de las partes que haga posible el éxito de la mediación. Desde la sesión inicial, el mediador debe solicitar a las partes que acrediten dicha representación, para evitar dilaciones en el proceso de mediación.

Mercè XIQUEÉS FERRAZ
 Abogada y mediadora

¿TODOS LOS REPRESENTANTES LEGALES TIENEN PODER DE DECISIÓN EN UNA MEDIACIÓN MERCANTIL?

A nuestros efectos, definiremos la mediación mercantil como aquella mediación llevada a cabo entre diferentes empresas (ya sean personas físicas o jurídicas), con el objeto de resolver un conflicto normalmente económico o que, aun no siendo estrictamente económico, tiene trascendencia económica para la empresa.

Como en cualquier otro tipo de mediación, en la mediación mercantil debe existir, desde el inicio, una implicación real de las partes en el proceso para poder llegar a la resolución final del conflicto de forma satisfactoria. Para obtener dicha implicación, las partes deben tener claros los beneficios que les puede conllevar este tipo de procesos:

a) Control del riesgo por parte de los intervinientes hasta el último momento del proceso: en la mediación las partes mantienen el poder de decisión en la resolución del conflicto durante todo el proceso, hasta la finalización del mismo. Es una característica que no tienen otras formas de resolución de conflictos, como el proceso judicial o el arbitraje. En estos procesos llega un momento en que las partes deben ceder el control a un tercero (juez o árbitro), y es este quién finalmente resuelve el conflicto en un sentido u otro. Este control total por las partes es una ventaja que hará que las empresas valoren lo mucho que les puede aportar la mediación.

b) Celeridad, si hay voluntad de los implicados: la intervención en una mediación por las partes es totalmente voluntaria. Si estas tienen claro este concepto, y existe buena fe por parte de los asistentes, el proceso será mucho más rápido que un proceso judicial, el cual puede llegar a tener una duración de varios años.

c) Menor desgaste personal y económico: este punto es una consecuencia directa de los dos puntos anteriores, a mayor celeridad y control por parte de los interesados, menor será el desgaste personal y económico requerido para la resolución del conflicto.

Como requisito previo al inicio del proceso de mediación, el mediador deberá determinar si los comparecientes tienen poder suficiente de las empresas a las que representan en el mismo.

En el caso de la empresa persona física, deberá ser el/la titular quién tenga el poder de representación de la misma, a no ser que otra persona actúe como apoderada de la primera. La persona jurídica deberá actuar a través de su representante legal o apoderado/a. En ambos casos, el mediador puede preguntarse: ¿En caso de actuar a través de apoderados, debe solicitar a las partes un poder especial para mediar y firmar los correspondientes acuerdos de mediación? ¿El apoderado designado tiene realmente poder de decisión en la empresa? ¿Debe asistir a la mediación la persona que ha intervenido directamente en los hechos que han desembocado en el conflicto, si es una persona diferente al apoderado o representante legal?

A los efectos de acreditar la representación de las empresas en la mediación, será recomendable para proceder al inicio de la mediación la siguiente documentación:

— Representación legal en el caso de persona jurídica.

— En caso de comparecer mediante apoderados: poder especial para actuar en la mediación, así como para tomar y firmar los acuerdos que se deriven de dicho proceso.

— Hacer comparecer también en la mediación la persona que ha intervenido en los hechos objeto de controversia, si estos son relevantes en la mediación, incluso si esta persona no es el representante legal ni el apoderado.

Una vez iniciado el proceso de mediación, y aún disponiendo las partes de toda la documentación requerida, el mediador puede encontrarse con la desagradable sorpresa de que el poder de decisión final no lo tiene la persona que está en la mesa de la mediación, sino un tercero (normalmente superior jerárquico a este). También puede suceder que una de las partes esté utilizando la mediación con efectos dilatorios (normalmente en mediaciones intrajudiciales).

Obviamente, la forma de actuar del mediador en estas situaciones dependerá de las circunstancias concretas de cada mediación: por ejemplo, si la consulta para poder llegar a un acuerdo final a la persona que tiene realmente el poder de decisión en la empresa se puede llevar a cabo de forma rápida (y la otra parte está de acuerdo), puede esperarse a la obtención de aquella. Por el contrario, si la consulta es constante y hace dilatar de forma reiterada la mediación, el mediador deberá requerir a la parte para que comparezca a la mediación la persona con poder real de decisión y, en caso contrario, la mediación deberá finalizar.

Igualmente deberá finalizarse la mediación en caso de dilación reiterada por una de las partes, ya por la queja de la otra parte, ya mediante la resolución unilateral del mediador.

Es en la sesión informativa, al inicio de la mediación, cuando el mediador solicitará la documentación acreditativa de la representación. Y no sólo eso, este será el momento en el que el mediador pondrá las bases y normas que van a regular el proceso de mediación, junto con las partes. Debemos tener en cuenta que algunas de las mediaciones mercantiles pueden tener una carga económica importante, incluso pueden hacer depender la viabilidad de una empresa del resultado de la mediación, y por ello el mediador deberá afinar mucho en este momento. Es por este motivo, que al inicio del proceso es cuando deben pactarse el número de



sesiones de mediación previstas (incluso puede ser una única sesión de varias horas), lugar (pensemos que algunas empresas pueden estar ubicadas en partes geográficas distintas), coste y forma de pago, asistencia de abogados en todas o únicamente alguna de las sesiones, así como otros puntos que las partes y el mediador consideren importantes (en mediaciones internacionales deberá pactarse el idioma, el ordenamiento jurídico aplicable y tener en cuenta los diferentes usos y costumbres en los países respectivos).

Todo ello nos lleva nuevamente a lo dicho al inicio, en el sentido de que es básico para el éxito de la mediación, la honestidad e implicación de las partes en su actuación dentro del proceso.

Las mediaciones mercantiles en nuestro país tienen aún un gran recorrido, hasta poder llegar a la cantidad y calidad de mediaciones entre empresas que se realizan en otros países. A los efectos del mediador, son procesos apasionantes, que requieren un gran nivel técnico y de estudio del objeto del conflicto. Son mediaciones muy profesionalizadas, tanto desde el punto de vista de su contenido, como de las implicaciones que puedan tener en otros ámbitos (por ejemplo el fiscal), que harán imprescindible la intervención de los abogados de las partes.

Debemos tener en cuenta también, que en un determinado momento del proceso de mediación, este puede convertirse más en una negociación que en una mediación. Cuando las partes basan su discurso en sus posiciones y no en sus necesidades más profundas. Dependerá de la habilidad del mediador, el cambiar el discurso de las partes de las posiciones (p. ej: «yo quiero») hacia las necesidades reales de cada una de las empresas (p. ej.: «mi empresa necesita...»). Será en este punto, cuando es posible que nazca una nueva posibilidad de colaboración mutua entre las partes, incluso en un ámbito mucho más amplio que el del propio conflicto que les ha llevado al proceso. Es en este momento cuando puede darse un cambio de mentalidad en las personas que representan a las empresas, incluso social, dando una nueva dimensión a la mediación mercantil.

«La honestidad e interés real de las empresas durante el proceso, será la clave para el éxito de la mediación.» ■

FORMULARIOS DEL PROCESO CIVIL. 2.^a Edición

Amplísima recopilación con todos los formularios necesarios en el proceso civil

NUEVA EDICIÓN



PRECIO: 110,58 € + IVA

Páginas: 2.456

Encuadernación: Tapa dura

ISBN: 978-84-9020-148-0

Contienen una amplia recopilación de escritos y modelos procesales en materia civil, proporcionando la herramienta imprescindible para afrontar los trámites y obligaciones legales más habituales de una forma rápida y sencilla.

Estructura de la obra:

- Conciliación.
- Disposiciones generales relativas a los juicios civiles.
- Procesos declarativos: disposiciones comunes.
- Juicio ordinario.
- Juicios ordinarios especiales.
- Juicio verbal.
- Juicios verbales especiales.
- Juicios verbales sumarios.
- Impugnación judicial de la calificación registral.
- Procesos sobre capacidad de las personas.
- Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.
- Procesos matrimoniales.
- División judicial de patrimonios.
- Proceso monitorio.
- Juicio cambiario.
- Ejecución provisional.
- Ejecución dineraria.
- Ejecución no dineraria.
- Ejecución de títulos ejecutivos extranjeros.
- Ejecución de bienes gananciales.
- Acumulación de ejecuciones.
- Ampliación de la ejecución.
- Título ejecutivo europeo.
- Liquidación de intereses.
- Proceso cautelar.
- Recursos.
- Rebeldía.
- Revisión de sentencias firmes.
- Procesos en materia de consumidores y usuarios.
- Tutela de los derechos de propiedad industrial e intelectual.
- Jurisdicción voluntaria.
- Recurso de amparo constitucional.
- Juicio de equidad.
- Responsabilidad del Estado por error judicial.
- Arbitraje.
- Mediación.

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@es / www.laley.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.laley.es>

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

Wolters Kluwer. When you have to be right



Biblioteca

LA LEY 6053/2013

La mediación en asuntos civiles y mercantiles la transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España



Autores: HUALDE MANSO, Teresa (Directora) y MESTROT, Michèle (Coordinador)

Edita: La Ley 2103, 560 páginas

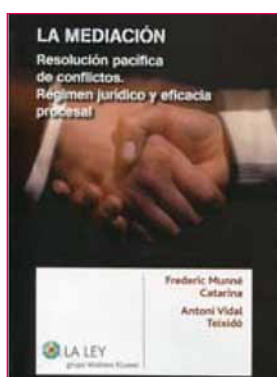
La reciente transposición en los países de la Unión Europea de la Directiva 2008/52/CE ha propiciado que los miembros de la red efectúen una labor comparativa acerca del modo en que esa transposición se ha producido en España y en Francia. En los trabajos que se incluyen en esta obra, se aborda ese objetivo desde distintos puntos de vista. Algunos de los trabajos abordan la cuestión desde una perspectiva generalista y sistemática; otros se detienen en el análisis de cuestiones puntuales de la regulación nacional en comparación con la del vecino país; «otros, en fin, ...» centran su atención en problemas específicos de la regulación nacional a examen.

No cabe duda de la existencia de un movimiento social y legal favorecedor de los modos alternativos de solventar litigios; de manera más reciente e intensa, de la mediación. Es de apreciar igualmente la aceleración considerable en los últimos años de su implantación, desbordando además sobradamente los campos tradicionales que le han sido propios —mediación familiar—. Junto a la regulación general de la mediación civil y mercantil, se va produciendo en ambos países un fenómeno paralelo del recurso a la mediación en sectores económicos variados y en determinados tipos de conflictos.

Con este trabajo conjunto se ofrece una perspectiva inicial «de arranque» y comparativa de la mediación. Sólo el paso de algunos años nos mostrará cuál ha sido su devenir, sus flaquezas y sus fortalezas.

LA LEY 6054/2013

La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal



Autores: MUNNÉ CATARINA, Frederic y VIDAL TEIXIDÓ, Antoni

Edita: La Ley, 2013, 221 páginas

Se trata de una obra que aborda de forma sintética pero completa la mediación como método para una solución dialogada o pacífica de los conflictos basada en la autonomía de la voluntad y en la aceptación de las partes de intervenir y de permanecer en ella, así como en la aceptación de la solución que evita la confrontación. Analiza las múltiples cuestiones que plantea la mediación en orden a su conexión con el proceso jurisdiccional, como los límites al derecho probatorio y, en menor medida, con un eventual proceso arbitral.

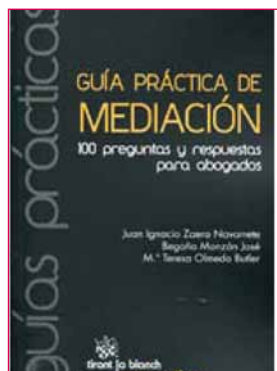
Trata asimismo las cuestiones que se plantean respecto de los centros de mediación, tanto públicos como privados y los de ámbito comunitario. Expone el modelo de conducta de mediador e instituciones de mediación, el código de conducta europeo; la capacidad, límites y prohibiciones del mediador, así como su responsabilidad civil.

Todo ello, sin olvidar las técnicas de mediación y el procedimiento a seguir durante las sesiones de mediación, así como los efectos derivados de la misma, que puede dar lugar a un acuerdo con fuerza ejecutiva, abordando por último las cuestiones derivadas de su ejecución, así como de la oposición a dicha ejecución. La obra concluye con una amplia recopilación de modelos orientativos, tanto en cuanto a los modelos clásicos de formas de mediar (Harvard, transformativo y circular-narrativo) como de pactos, solicitud, aceptación, actas, acuerdos y otros escritos durante y tras la mediación, así como ejemplos concretos de actas finales y acuerdos de mediación, a modo de «breve casuística» o precedentes de mediaciones concretas.

Su exposición se aborda desde la experiencia profesional y docente adquirida por sus autores, tanto en la Universidad como en su paso por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona, como sobre todo por las múltiples mediaciones llevadas a cabo por ambos durante su dilatada experiencia profesional.

LA LEY 6055/2013

Guía práctica de mediación 100 preguntas y respuestas para abogados



Autores: ZAERA NAVARRETE, Juan Ignacio; MONZÓN JOSÉ, Begoña y OLMEDO BUTLER, M.ª Teresa

Edita: Tirant lo Blanch 2013, 435 páginas

Esta guía, que nace del entusiasmo e ilusión de los autores por lo mediación, como sistema alternativo y pacífico de resolución de conflictos, está destinada a resolver cuantas dudas y cuestiones surgen de este nuevo reto que para los abogados y todos aquellos profesionales que desarrollan su labor en lo Administración de Justicia, supone la implantación de la mediación.

Mediante un sencillo y práctico esquema de preguntas y respuestas se pretende recoger las cuestiones principales sobre mediación y mediadores, cómo se realiza, características del proceso, rol del mediador y herramientas y técnicos que se utilizan para llevarla a buen término.

Se trata de acercar el conocimiento de la mediación en un momento en el que se hace más necesario debido a la entrada en vigor de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

LA LEY 6056/2013

La mediación



Autor: MARQUÉS CEBOLA, Celia

Edita: Marcial Pons 2013, 274 páginas

Con un exhaustivo examen del Derecho comparado, se analizan en este trabajo las más importantes cuestiones que se plantean en la resolución de conflictos a través de la mediación: su admisibilidad constitucional y material, su no siempre sencilla articulación con el sistema judicial, sus principales notas distintivas (voluntariedad, confidencialidad e igualdad), el papel de las partes y del abogado, la validez de las cláusulas de mediación, así como la responsabilidad por su incumplimiento y el carácter ejecutivo de los acuerdos finales. Se le dedica también especial atención a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil, que ha incorporado al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Una parte muy relevante del estudio está consagrada al análisis de las técnicas y estrategias implicadas en una mediación, así como al estatuto jurídico-profesional del mediador, fundamental para la elevación de su actividad a la categoría de profesión jurídica. En suma, una obra fundamental

para mediadores, abogados, jueces y juristas en general, que pretende familiarizarlos, desde una perspectiva técnica y muy rigurosa, con el funcionamiento de la mediación, que no es sino un mecanismo pacífico de realización de la justicia en el caso concreto.

LA LEY 6057/2013

Las innovaciones en la mediación de la desigualdad



Autor: RUBIO, Ana

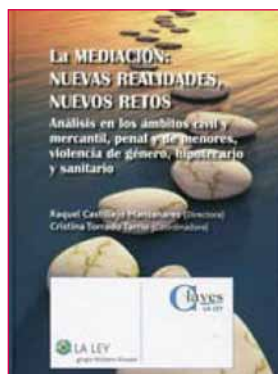
Edita: Dykinson, 2013, 227 páginas

El discurso de la igualdad está sometido a continuos cambios y retrocesos que afectan directamente a la protección de los derechos humanos de mujeres y hombres y a la calidad de los sistemas democráticos. Esta situación hace necesario analizar críticamente los discursos vinculados de igualdad, contruidos históricamente para identificar los logros alcanzados y los límites que las políticas de igualdad están mostrando en el contexto socio-económico y político actual. Pero además se propone un nuevo constitucionalismo que, antes la crisis institucional y de falta de credibilidad en la política, aporte nuevos fundamentos a la necesidad y relevancia del Estado y al interés por un proyecto común. El nuevo proceso constituyente que dé lugar al nuevo constitucionalismo debe integrar todo aquello que la modernidad excluyó en el pacto constitutivo y legitimador del Estado, para poder modificar la cultura de los derechos desde el punto de vista de la diversidad humana y cultural. Aquí radica el interés de este libro que opta de

forma valiente por nuevos derechos y nuevas propuestas desde las que dar sentido a la política de hoy y a la ciudadanía activa.

LA LEY 6058/2013

La mediación. Nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario



Autores: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Directora) y TORRADO TARRÍO, Cristina (Coordinadora)

Edita: La Ley 2013, 762 páginas

La actual coyuntura económica ha revelado, sin ambages, la impericia de los tradicionales mecanismos de respuesta para atender a los desafíos que la ciudadanía del siglo XXI impone a la Administración de Justicia. Es por ello que, tanto la naturaleza poliédrica de la realidad social, como la disparidad de las controversias que de ésta se derivan, han estimulado el recurso a instrumentos jurídicos y sociales complementarios al propio sistema judicial ordinario. Habida cuenta de su significación en el campo de los métodos alternativos de resolución de conflictos, especial consideración merece la mediación, en cuyo seno se trabaja «con» y «para» la persona. La presente obra colectiva ambiciona, a lo largo de sus páginas, aportar respuestas a las incógnitas que acompañan a la implementación de esta institución en ámbitos tan contemporáneos e inusitados como los conflictos hipotecarios, la intervención autor-víctima en centros penitenciarios o, entre otras, aquellas disputas en las que se encuentren envueltas personas con discapacidad

intelectual. Así las cosas, el empoderamiento y la participación social igualitaria han de erigirse en principios rectores que guíen las actuaciones de los profesionales de la gestión alternativa de conflictos, todo ello para contribuir a la consecución de los valores superiores de justicia e igualdad.

LA LEY 6059/2013

Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio



Autor: BARONA VILAR, Silvia

Edita: Tirant lo Blanch, 2013, 558 páginas

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha supuesto la incorporación definitiva —tras el Real Decreto-Ley 5/2012— al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. El libro que se presenta analiza en profundidad las cuestiones suscitadas en el itinerario legislativo y en el desarrollo legal español (con aportaciones de legislaciones europeas).

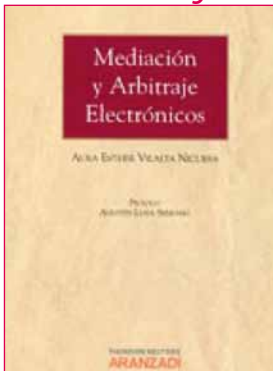
Se aborda en el libro cuestiones tales como el papel de la mediación en la sociedad actual, como una de las múltiples vías que deben presentarse al ciudadano para que, en libertad, pueda tratar de resolver en unos casos y/o gestionar en otros sus propios conflictos. La experiencia del modelo asiático y anglosajón, presente en la incorporación de las ADR en España y en los modelos continentales, permite contar con referencias en su estudio. Éste, su estudio, se inicia en torno al concepto y naturaleza de

la mediación, impulso europeo y de las Comunidades Autónomas, para adentrarse con rigor científico en el estudio de la mediación civil y mercantil desde las coordenadas de la nueva legislación: el ámbito material y especial de la misma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y la caducidad, así como las instituciones de mediación, los principios informadores de la mediación, las reglas de actuación de las partes en la mediación, el estatuto del mediador, el análisis del procedimiento de mediación, con especial referencia al acuerdo de mediación, pieza esencial que puede medir la función de los mediadores y la de las propias partes que han intervenido, así como la ejecución de los acuerdos.

En suma, estamos ante un libro de referencia para quienes pretenden ahondar en el estudio y la práctica de la mediación en general y de la mediación civil y mercantil en particular.

LA LEY 6061/2013

Mediación y arbitraje electrónicos



Autor: VILALTA NICUESA, Aura Esther

Edita: Aranzadi 2013, 467 páginas

La reciente aprobación en fecha 12 de marzo de 2013 de la novedosa Directiva sobre resolución alternativa de litigios (Directiva sobre RAL) en materia de consumo y del Reglamento para su resolución electrónica (Reglamento sobre RLL) otorga auténtica carta de naturaleza en el espacio económico europeo y en España a las modalidades extrajudiciales en línea ya presentes en el contexto internacional e introducidas tímidamente en nuestro país a partir de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La presente monografía aporta los elementos clave para conocer el nuevo contexto de estas modalidades en el comercio electrónico. Dota al experto y al jurista de un útil instrumento de consulta acerca de su marco jurídico, proyecciones normativas y práctica internacional. En este sentido, contextualiza los conflictos transnacionales y del comercio electrónico, da a conocer los beneficios de las innovaciones tecnológicas aplicadas a los mecanismos electrónicos, hace hincapié en sus postulados teóricos, sus principios rectores e informadores y profundiza en la mecánica de las diversas modalidades para esclarecer algunas cuestiones complejas. Sintetiza a su vez toda una labor de reflexión acerca del consumo en línea y contribuye a la formulación teórica de esta disciplina condensando los resultados de diversas líneas de investigación llevadas a cabo en el seno de las Naciones Unidas (Grupo III de UNCITRAL) así como de proyectos nacionales, europeos recientes.

LA LEY 6062/2013

La reforma del arbitraje de 2011 presupuestos, antecedentes y alcance



Autor: PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César

Edita: Tirant lo Blanch 2013, 81 páginas

obra editada bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en el marco de la convocatoria de ayudas a la publicación de trabajos fin de máster (año 2011), en la que obtuvo el Premio de investigación de la Facultad de Derecho.

Esta investigación se ha propuesto el examen del significado del procedimiento arbitral en el presente, partiendo de sus antecedentes históricos más significativos. El Capítulo I perfila la evolución histórica de la institución arbitral, con especial atención a su desarrollo evolutivo en la experiencia jurídica española. El Capítulo II ha tenido por objeto ofrecer una panorámica compendiada de la Ley 60/2003, de Arbitraje. Para ello se han analizado los principios y caracteres básicos de dicha norma, con la referencia a algunas decisiones jurisprudenciales resultantes de su aplicación. Estas consideraciones han permitido un planteamiento más clarificador del análisis de los textos reformados, que constituye el objeto del Capítulo III. En dicho Capítulo III se ha abordado el comentario de los aspectos nucleares de la Reforma producida en estas últimas fechas por la Ley Orgánica 5/2011 y la Ley 11/2011. Por último, se exponen las Conclusiones inferidas de la elaboración de este estudio, que se completan con la relación del aparato crítico-bibliográfico que ha servido de soporte al desarrollo de la investigación.

LA LEY 6064/2013

Jurisprudencia española de arbitraje 60 años de aplicación del arbitraje en España



Autores: BENEYTO PEREZ, Jose M.ª; FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; TUELLES EVELIO, Verónica y RODRIGUEZ ROBLERO, M.ª Inmaculada (Colaborador)

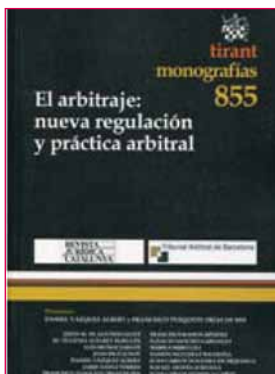
Edita: Aranzadi 2013, 1.193 páginas

Uno de los índices más expresivos para comprobar el verdadero progreso del arbitraje en un particular sistema jurídico es la actitud de los tribunales estatales respecto a la institución, cuestión ésta que, paradójicamente, no suele ser abordada en toda su intensidad y que prescinde del conocimiento global de las decisiones emitidas en este específico contexto. En el espíritu de la preparación del presente repertorio los compiladores han tenido como objetivo esencial ofrecer al operador jurídico del arbitraje, en el sentido más amplio de la expresión (abogados, árbitros, jueces...),

un material de consulta sistematizado y de fácil acceso para respaldar su labor en el desarrollo de este concreto procedimiento de arreglo de controversias y este es el resultado que ahora se presenta. Una sistematización de la doctrina de nuestros tribunales, tanto de la justicia constitucional como ordinaria, de los últimos sesenta años, con un especial énfasis en las reformas operadas por la LA/1988 y, sobre todo, por la LA/2003, tras la modificación efectuada por la Ley 11/2011. El presente compendio está centrado preferentemente en las decisiones derivadas del «arbitraje comercial». Sin embargo, como quiera que la acción de anulación de los laudos es común a otras modalidades de arbitraje, señaladamente el arbitraje de consumo o el arbitraje de transportes, se han insertado numerosos pasajes relevantes, concernientes a dichas modalidades, que son de perfecta proyección al objeto central de esta obra.

LA LEY 6065/2013

El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral



Autores: AA.VV.

Edita: Tirant lo Blanch, 2013, 377 páginas

Esta monografía analiza en profundidad el régimen actual del arbitraje, incluyendo las importantes novedades surgidas de la reforma de la Ley de arbitraje de 2011. Entre otros, se examinan las ventajas del arbitraje, la condición de jurista del arbitro, las instituciones arbitrales, así como la responsabilidad de unos y otros, el arbitraje de equidad, el arbitraje internacional, el arbitraje societario, la compatibilidad del arbitraje con el concurso de acreedores, el arbitraje en la Administración, el laudo, sus efectos registrales y su anulación, así como las cuestiones procesales del arbitraje y las nuevas competencias de los órganos judiciales.

Se trata de una obra colectiva coordinada conjuntamente por la REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, editada por el Ilustre Col·legi d'Advocats de Barcelona y la Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya, y el ANUARIO DE JUSTICIA ALTERNATIVA, del Tribunal Arbitral de

Barcelona, en la que han participado destacados especialistas procedentes de la abogacía, el notariado, los registros, la judicatura y la universidad.

LA LEY 6066/2013

Aspectos filosóficos del Derecho del arbitraje internacional



Autor: GUILLARD, Emmanuel

Edita: Cátedra Bancolombia, 2013, 199 páginas

El título del libro refleja la realidad de la obra, pero puede llevar a engaños. No se trata de una descripción teórica del arbitraje. Por el contrario, nos encontramos ante un verdadero análisis filosófico de las tendencias del arbitraje y de sus elementos fundadores. Para ello, el autor recurre a las representaciones que del arbitraje se hace y se tiene en la conciencia, es decir, a la forma de aprehenderlo, la cual, necesariamente influirá en la manera como se practica y explica. Y si esa conciencia individual se transforma en conciencia colectiva, el método de Emmanuel Gaillard ayuda a entender las diferentes escuelas y concepciones del arbitraje según se conoce hoy en día en el mundo. Así, se pueden adivinar las razones que inspiran una u otra política legislativa en materia de arbitraje, o aun entender las causas de ciertas prácticas arbitrales propias de un sistema jurídico determinado o de un grupo humano. Es divertido, a medida que se avanza en la lectura de esta obra,

el clasificar a los autores, leyes, reglamentos bajo el prisma del análisis que propone Emmanuel Gaillard. Incluso, las más importantes y urgentes cuestiones que atañen a la práctica del arbitraje moderno no escapan a esa clasificación. Para varias de ellas, que el autor utiliza como ejemplos didácticos, aparecen diferentes soluciones según la representación que del arbitraje se tenga en nuestras conciencias.

¿Queremos un arbitraje flexible, autónomo, eficaz que encuentre su fuente en el consentimiento de las partes? ¿Necesitamos que ese consentimiento sea además reconocido por los Estados? ¿Creemos que solo el reconocimiento estatal —y constitucional— del arbitraje permite su existencia y subsistencia?

Estas son las preguntas esenciales que permean la obra de Emmanuel Gaillard y a las que Emmanuel Gaillard doctamente intenta proveer respuestas que confrontan al lector con las consecuencias de la escogencia que haga. Al final de la obra, el lector no podrá evitar preguntarse, una vez hecho su propio análisis y decantada su propia representación del arbitraje, si Emmanuel Gaillard aprobaría esa representación. ■



mimarte



La biblioteca digital que mejora
tu forma de trabajar.

Es el momento de que pienses en cuidarte,
en mimarte un poco.

En smartteca tienes la solución que te permite trabajar
con tu biblioteca profesional en cualquier momento y lugar.

Consulta, actualiza, trabaja y adquiere las últimas novedades
desde cualquier ordenador o tablet con un simple clic.




Empieza a utilizar smartteca
con contenidos gratuitos

www.smartteca.es

Descubre
cómo mimarte
con nuestro
vídeo
presentación



Estés donde estés, smartteca



diario LA LEY

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28231 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Gemma Bruno García,

Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizueté González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano,

Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos,

Julián Maíllo Amaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén

Ortiz, Beatriz Pérez-Ollerías Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina,

Ramón Zapata Julià

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain



LA LEY
grupo Wolters Kluwer



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).

ISSN: 1138-9907

D.L.: M-11197-2012