




**Práctica Forense**  
La mediación mercantil en las PYMES  
8



**Dossier**  
Dossier de los tribunales sobre mediación  
10



## TRIBUNA

LA LEY 4801/2014

# Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*)

Manuel RICHARD GONZÁLEZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA  
Investigador del Grupo de Estudios sobre la solución extrajudicial de conflictos transfronterizos en el ámbito civil y mercantil (GESECO)

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se han acreditado como el mejor modo de resolver los litigios derivados del comercio electrónico globalizado. En ese contexto destaca el impulso actual para regular procedimientos sustanciados completamente por medios electrónicos, cuyos mejores ejemplos se hallan en el Proyecto de Ley Modelo de UNCITRAL y la normativa europea en esta materia contenida en el Regl. (UE) núm. 524/2013, a los que se atiende especialmente en este trabajo.

### I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Lo electrónico está definitivamente de moda. Lo está en el ámbito de la tecnología, el ocio y el comercio que cada vez más se rea-

liza por medios electrónicos. También en el clásico y conservador ámbito del Derecho procesal. Efectivamente, últimamente resulta muy frecuente oír hablar de sistemas telemáticos de notificación, de prueba electrónica y todavía más de procedimientos sustanciados electrónicamente. Se trata en la mayoría de las ocasiones de propuestas o iniciativas

## sumario

- **Tribuna**  
Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*)  
Manuel RICHARD GONZÁLEZ 1
- **Práctica Forense**  
La mediación mercantil en las PYMES como medio de resolución de conflictos entre socios  
Miquel PUIGGALÍ TORRENTÓ 8
- **Dossier**  
Dossier de los tribunales sobre mediación  
Antoni VIDAL TEIXIDÓ 10  
Dossier de los tribunales sobre arbitraje  
Frederic MUNNÉ CATARINA 13
- **Preguntas con respuesta**  
El arbitraje de inversión: ¿es la Justicia de los estados la única vía procesal para dirimir reclamaciones derivadas de actos de administraciones y poderes públicos?  
Jorge L. COLLANTES GONZÁLEZ 19
- **Rincón de Lectura** 21
- **Biblioteca** 22

Revista semestral promovida por el despacho 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, doctor en Derecho,  
profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho ESADE-URL.

**Colaboradores en éste número:**  
Jorge Luis Collantes González  
Frederic Munné Catarina  
Miquel Puiggalí Torrentó  
Antoni Vidal Teixidó  
Manuel Richard González

puntuales y parciales que intentan aplicar las nuevas tecnologías al ámbito de la resolución de conflictos a fin de aprovechar las indudables ventajas que aquéllas ofrecen.

En este sentido, no cabe ninguna duda de la mejora que se producirá en el momento en el que se haga efectivo el expediente electrónico en el ámbito de la justicia, que agilizará la sustanciación de los procedimientos judiciales de forma notable al pasar de un sistema manual de notificación, archivo y control del procedimiento a otro virtual gestionado desde terminales informáticos y mediante programas que permiten el archivo, la presentación de documentos y la notificación y comunicación electrónica de forma automática. Piénsese en el efecto meramente psicológico que se producirá en los tribunales de justicia cuando desaparezcan las «montañas» de expedientes capaces de ahogar las mejores intenciones de los más probos y eficaces funcionarios de justicia. Una justicia modernizada con la aplicación de las nuevas tecnologías también debe permitir la práctica de determinados medios de prueba mediante dispositivos electrónicos que permiten sustanciar pruebas personales como las declaraciones mediante videoconferencia. No se pretende con ello sustituir completamente los actos centrales del procedimiento judicial como son las audiencias y vistas de juicio, que cumplen diversas finalidades, sino facilitar la práctica de determinadas pruebas que se pueden aportar al proceso sin necesidad de un desplazamiento físico de quien, por ejemplo, deba declarar. En definitiva, la intermediación judicial también puede quedar garantizada en determinados supuestos con el uso de la video conferencia permitiendo con ello agilizar la sustanciación de los procedimientos judiciales.

La LEC contiene varias normas referidas a la aplicación de la electrónica y las nuevas tecnologías en el ámbito de la justicia. Así, el art. 162 regula los actos de comunicación realizados por medios electrónicos o informáticos, el art. 147 que dispone la documentación de las actuaciones orales en video y audio o el art. 299.2 sobre prueba electrónica. Sin embargo, queda lejana la implantación de un sistema electrónico de notificación y gestión documental integral de los procedimientos judiciales. Las razones son diversas. A mi juicio, el principal obstáculo es el sencillo y simple desinterés de los poderes públicos en la mejora del sistema de justicia mediante una mejora que, obviamente, requiere de una importante inversión tanto en tecnología como en formación del los funcionarios de justicia. Basta recurrir a a ese fin a la comparación con el grado de tecnificación de la administración tributaria que ha sido debidamente provista de procedimientos tecnológicos de gestión y control. Otra razón puede ser la fragmentación del sistema de impartición de justicia español

que se fundamenta en la atribución de la competencia en materia de medios materiales de la justicia a las CC.AA. (aunque no todas tienen atribuida la competencia), que ha determinado el desarrollo de diferentes sistemas informáticos de gestión judicial.

Las nuevas tecnologías también se están introduciendo en el ámbito de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Aunque, en la actualidad más allá de mucho ruido tampoco podemos hablar de ejemplos concretos de procedimientos de resolución alternativa de conflictos que se sustancien electrónicamente. Sobre este particular es cierto que la legislación prevé, probablemente con mayor «intensidad e intención» la posibilidad de sustanciar la mediación y el arbitraje, básicamente de consumo, completamente mediante sistemas electrónicos. También cabe señalar la continua aparición de estudios, informes y propuestas algunas materializadas en distintas páginas web para la implantación de sistemas ODR (*on-line dispute resolution*). Sin embargo, es también cierto que en el momento presente no existen sistemas alternativos de resolución de conflictos extendidos e implantados que permitan la reclamación, sustanciación y resolución de conflictos mediante sistemas electrónicos.

No obstante, esta situación puede cambiar radicalmente si, como parece que va a ser, se cumplen los plazos establecidos en el Regl. (UE) núm. 524/2013 que prevé la implantación con fecha de enero de 2016 de una plataforma pública de resolución de conflictos en materia de consumo en el ámbito europeo. Esta plataforma, a la que me refiero más adelante, puede impulsar definitivamente la implantación de los sistemas electrónicos en los procedimientos de impartición de justicia y más específicamente en el ámbito de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (véase § 3.1).

## II. COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El fenómeno del comercio electrónico es una realidad que ya está determinando el más inmediato futuro de la sociedad en el mundo globalizado. Se trata de una revolución económica, técnica y social que supone un cambio de paradigma en el modo en el que se venden y compran servicios superando las tradicionales limitaciones físicas del comercio tradicional para adquirir un ámbito global. Efectivamente, es ya evidente el desarrollo imparable del comercio electrónico como modo habitual de adquisición de bienes y servicios. Comercio electrónico que carece, por esencia, de límites geográficos y jurídicos, en tanto que la red global permite la puesta en contacto de empresas y consumi-

dores sitos en cualquier parte del mundo. Esta realidad es si cabe más importante en el ámbito europeo uno de cuyos principios es el de la libertad de comercio y de mercado a cuyo desarrollo contribuye de un modo relevante el comercio electrónico. La principal ventaja del comercio electrónico es su capacidad de operar a escala planetaria en un entorno virtual independiente de las distancias geográficas. Ello posibilita que tanto la oferta como la demanda se puedan multiplicar hasta poder alcanzar, prácticamente, a toda la población del mundo desarrollado que tiene acceso a internet. A ello debe unirse el desarrollo de los sistemas de transporte que permiten, especialmente respecto a pequeños objetos de relativo alto precio, enviar cualquier bien a cualquier lugar del mundo en unas pocas horas.

La extensión del comercio electrónico, como cualquier otra gran innovación socio-cultural, plantea un buen número de problemas que se derivan de la dificultad de encorsetar esa actividad comercial en el marco concreto de un país y de su correspondiente sistema jurídico. Entre estos problemas se pueden citar los referentes al marco legal aplicable a las transacciones con relación al derecho sustantivo aplicable a la compraventa o a la determinación de los impuestos que deban ser aplicados a la transacción. En este punto cabe destacar que la determinación de las normas sustantivas aplicables a la compraventa no van a suscitar controversia en tanto que el acto de compraventa podríamos decir que es una suerte de acto natural de negocio jurídico que responde a un esquema básico aceptado en todo el mundo de forma general. De modo que planteado el litigio la resolución del mismo va a constituir una simple aplicación de las reglas sobre prueba del pago y de la correcta entrega del bien contratado sin que ordinariamente vayan a aplicarse reglas de derecho de mayor complejidad. Además, en el caso del comercio electrónico las reglas de entrega y pago están predeterminadas de modo que ninguna especialidad cabe en ese sentido. Más dificultades se plantean respecto a las reclamaciones que se pueden plantear ante una disputa originada en el marco del comercio electrónico. Precisamente, el comercio electrónico es especialmente susceptible de generar conflictos en las operaciones de compra y venta. Así es si se advierte de que se trata de contratos no presenciales, es decir que se formalizan sin el contacto directo entre comprador y vendedor. Por otra parte el objeto de la compra no es directamente aprehendido por el comprador, sino que únicamente lo hace suyo transcurrido un cierto tiempo desde la compra cuando le es entregado por la empresa de transporte, siempre previo pago al vendedor el producto. De otro modo el vendedor se expondría extraordinariamente ante la posibilidad de que los compradores no satisficieran los productos adquiridos por vía electrónica.

En este punto conviene distinguir entre los distintos intervinientes en el marco amplio del denominado «comercio electrónico» donde se puede actuar como comerciante o como no comerciante y estos últimos interviniendo, o no, como consumidores. Efectivamente, en el espacio virtual electrónico las relaciones económicas pueden tener una distinta naturaleza. Así, podemos identificar, en primer lugar, la situación ordinaria que consistirá en la compraventa simple que se produce entre un ciudadano consumidor que compra un producto a una empresa que lo oferta en la red por medio de una plataforma electrónica. Pero, ello no obsta para que también puedan producirse transacciones comerciales entre comerciantes (*bussines to bussines*) o también entre ciudadanos consumidores (*consumer to consumer*). Este último supuesto es el que se da, por ejemplo, en las ya muy conocidas redes de intercambio, permuta o compra y venta de objetos y servicios de toda clase y naturaleza. Probablemente el caso más conocido sea el de eBay.

La diferenciación entre los distintos supuestos de transacción electrónica es importante puesto que el tratamiento jurídico en cada uno de los supuestos: comerciante-consumidor; comerciante-comerciante, y consumidor-consumidor, debe ser a mi juicio distinto. Al menos en nuestro entorno jurídico, puesto que de ello dependerá, principalmente, la aplicación o no de las reglas especiales de protección del consumidor en el caso de una compraventa entre consumidor y comerciante. En realidad esta es la cuestión nuclear que se ha suscitado en la elaboración de la normativa sobre mecanismos alternativos sobre resolución de conflictos que se está discutiendo en este momento en las Naciones Unidas, concretamente en UNCITRAL. El conflicto radica entre dos posturas claramente distinguibles. Por una parte los que pretenden un reglamento aplicable a toda clase de intervinientes en el comercio electrónico sin distinción ni normas especiales de protección para el consumidor (por ej., Estados Unidos, República Checa). Por otra parte existen un grupo de Estados aglutinados en torno a la postura de la Comisión Europea que proponen que se distinga claramente el supuesto del consumidor a efecto de que pueda tener un tratamiento distinto a efectos de los compromisos que cada parte deberá asumir al realizar un contrato de compraventa online y el posterior desarrollo del procedimiento de reclamación (entre estos Estados destacan Alemania, Austria y la Unión Europea que en UNCITRAL actúa como observador). La postura europea se fundamenta en la propia propuesta de reglamento que se está elaborando también en este momento en la Unión Europea. A estas cuestiones me refiero en el ap. III.2.

Desde mi punto de vista el principal interés en esta materia es el de las reclamaciones del

consumidor al vendedor por problemas en la clase, el tipo de producto o las condiciones de entrega. Ello no obsta para que, naturalmente, puedan suscitarse reclamaciones en el sentido inverso de vendedor frente a comprador. Sin embargo esta posibilidad no será tan habitual, sencillamente porque los vendedores están provistos de mecanismos de abono de las mercancías que aseguran el pago del producto antes de que éste llegue a las manos del comprador. De modo que los problemas que puedan existir en esa dirección (reclamaciones comprador-vendedor) se suscitarán, en su caso, en el ámbito del sistema de medios de pago, que suele ser el de tarjeta de crédito. Es decir que, con carácter general, el vendedor se asegura el pago de la mercancía mediante el sistema de pago que es el que deberá afrontar los problemas de fraude u otras circunstancias relativas al pago. Precisamente, la posibilidad de recurrir a la anulación de las operaciones de comercio electrónico satisfechas mediante tarjeta de crédito es una de las circunstancias que ha permitido el desarrollo del comercio electrónico, aun en ausencia de mecanismos eficaces de reclamación de compradores frente a vendedores. Este es un sistema que garantiza al vendedor recibir el pago por su producto una vez formalizada la transacción y siempre antes de que el comprador se haga con el producto y al comprador la posibilidad de retrotraer la venta en caso de sospecha de incumplimiento por parte del vendedor o de existencia de fraude en la utilización de la tarjeta de crédito. El sistema expuesto de garantía de las transacciones por medio de las condiciones establecidas para el pago no presencial mediante tarjetas de crédito no es sin embargo suficiente para ofrecer un adecuado marco de seguridad a las transacciones del comercio electrónico. La insuficiencia del sistema queda patente cuando se advierte que, en realidad, el procedimiento de anulación de la transacción no ofrece solución a un problema, sino que lo elude mediante el expediente de la eliminación de la transacción. Este es un sistema que no puede mantenerse mucho más en el tiempo, teniendo en cuenta que conforme se consoliden los mecanismos de seguridad en el uso de los medios de pago las transacciones electrónicas no podrán, como regla general, ser anuladas a instancia únicamente del comprador. De todos modos lo que en realidad se precisa es un sistema que permita, más allá de las posibilidades de renunciar a la compra, resolver los conflictos que se originan en el comercio electrónico mediante los mecanismos de resolución de conflictos más adecuados para esta clase de negocio jurídico.

En este nuevo ámbito social y comercial se produce la constatación de la necesidad de proteger tanto al consumidor como al propio sistema de comercio electrónico mediante una regulación adecuada tanto de las for-

mas y los modos de contratación como de las garantías jurídicas existentes para el consumidor para poder reclamar, en su caso, por la defectuosa prestación del servicio o del objeto adquirido *on-line*. Desde este punto de vista resulta indudable que el desarrollo del comercio electrónico depende en gran parte de la existencia de cauces de reclamación ágiles y de escaso coste que permitan al consumidor ejercer sus derechos frente al vendedor. Precisamente, la ausencia de estos cauces de reclamación ha determinado un estancamiento, en los últimos años, del consumo transfronterizo en el marco de la Unión Europea a pesar de los factores que a priori lo incentivan, como son el establecimiento de una moneda única que facilita el intercambio, el aumento de desplazamientos a otros países comunitarios por trabajo o por ocio y, sobre todo, el comercio *on-line*. Sin embargo, los datos ofrecidos por los Cuadros de Indicadores de los Mercados de Consumo, realizado por la Unión Europea, ponen de manifiesto que **el comercio transfronterizo no crece de acuerdo con las expectativas previstas**. Por otra parte, en los informes elaborados por la Unión Europea se resalta, en primer lugar, que las compras en línea constituyen una de las principales fuentes de reclamaciones enviadas a los Centros Europeos del Consumidor. En segundo lugar, la insatisfacción de los consumidores respecto a las compras online no se traduce en reclamación alguna, en gran medida por considerar que *no existen medios adecuados para resolver sus reclamaciones*. Si analizamos los datos por países ofrecidos en los últimos años, los de España son especialmente preocupantes: sólo el 28 % de los consumidores quedaron satisfechos del curso dado a sus quejas (incluyendo las de consumidores internos) lo que supone la cifra más baja de satisfacción de toda la Unión Europea. Por poner otros ejemplos, en Francia el porcentaje de satisfacción alcanza el 52 % y en Portugal el 65 %.

### 1. Limitaciones de los cauces jurisdiccionales ordinarios para reclamar en los conflictos originados en el comercio electrónico

La reclamación fundada en transacciones comerciales electrónicas no está sujeta a distintos criterios o especialidades procesales, puesto que ninguna incidencia tiene, en principio, la naturaleza o forma de la compra respecto a la utilización de los cauces jurisdiccionales previstos en la Ley. De modo que nada impide al comprador de un producto de comercio electrónico utilizar los cauces ordinarios de reclamación judicial previstos en la Ley (que en España serán el juicio verbal o el ordinario en virtud de la cuantía de la reclamación). En ese procedimiento judicial se aplicarán las normas procesales del Estado donde se sustancie y el derecho sustantivo

aplicable a la transacción. Ahora bien, resulta evidente la dificultad de los consumidores para plantear reclamaciones frente a los vendedores de bienes y servicios adquiridos en el comercio electrónico cuando las empresas se ubican en un Estado distinto, sea de la Unión Europea o extracomunitario. Piénsese en la divergencia existente entre las legislaciones nacionales, los problemas lingüísticos o la distancia geográfica entre los actores; todos ellos elementos que disuaden al consumidor a la hora de hacer valer sus derechos en un país extranjero.

Ante esa situación se postulan mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación y el arbitraje, accesibles mediante plataformas *on-line* que permitan a los consumidores obtener respuesta a su reclamación del mismo modo y con la misma facilidad que adquiere el bien o servicio. Véase que resulta lógico y coherente poder reclamar del mismo modo en el que se adquirió el producto, es decir *on-line*. Los medios alternativos de resolución de conflictos no creo que sean ni mejores ni peores que los cauces jurisdiccionales ordinarios. Sin embargo, su flexibilidad permite adaptarlos a las necesidades del comercio electrónico para ofrecer un cauce sencillo y rápido de resolución de conflictos eludiendo, de ese modo, la tradicional rigidez de los sistemas jurisdiccionales ordinarios. En este sentido, no creo que pueda predicarse ninguna clase de superioridad de la mediación o el arbitraje sobre el proceso jurisdiccional. Ahora bien, no cabe duda que los procedimientos alternativos pueden adaptarse más fácilmente a las necesidades de la clase de negocio y, en definitiva, de los intereses de las partes en el litigio. Así sucede en el comercio electrónico donde se puede plantear un sistema de resolución de los conflictos virtual mediante el uso de la red global, que sería de difícil implantación en el entorno jurisdiccional tradicional.

## 2. Definición y características de los sistemas de ODR (*on-line dispute resolution*) o plataforma de resolución de conflictos en línea

Los sistemas de ODR (*on-line dispute resolution*) se pueden definir como las plataformas tecnológicas de tramitación y gestión de los procedimientos de resolución de conflictos. Se trata de sistemas tecnológicos que ofrecen un espacio virtual para el encuentro de las partes y el tercero (mediador o árbitro) con la finalidad de sustanciar el procedimiento de resolución del conflicto.

Unas definiciones útiles de estos conceptos las podemos hallar en la Propuesta de Reglamento de UNCITRAL de enero de 2014 que establece: «Por "ODR" se entenderá la solución de controversias en línea,

que constituye un mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones» (art. 2.1). Mientras que por plataforma ODR se entenderá: «... toda plataforma para la solución de controversias en línea que consista en un sistema para generar, enviar, recibir, archivar, intercambiar o procesar de otra forma las comunicaciones electrónicas utilizadas en el contexto de la solución de controversias en línea y que sea designada por el proveedor de servicios ODR en el procedimiento ODR» (art. 2.2). Finalmente por proveedor de servicios ODR se entenderá: «... el proveedor de servicios para la solución de controversias en línea especificado en la cláusula sobre solución de controversias. Un proveedor de servicios ODR es una entidad que se encarga de administrar las actuaciones en el contexto de la solución de controversias en línea (y designa una plataforma ODR), (independientemente de que disponga o no de una plataforma ODR)» (art. 2.3) (1) (véase sobre las características del sistema propuesto en UNCITRAL el § 3.1).

Por su parte el art. 5.2 Regl. (UE) núm. 524/2013 define la plataforma de ODR del siguiente modo: «La plataforma de resolución de litigios en línea constituirá una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Será un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión» [véase sobre las características del sistema propuesto en el Regl. (UE) núm. 524/2013 el § 3.2].

En su virtud, un sistema de ODR se caracteriza por la completa sustanciación del procedimiento de resolución de conflicto en un entorno virtual electrónico que permite la transmisión de documentos, la sustanciación del procedimiento y la propuesta o la resolución del conflicto por el mediador o el árbitro. Los sistemas de ODR también deben permitir la posibilidad de la práctica de declaraciones por videoconferencia, sin necesidad de contar con la presencia física de las partes en ningún lugar concreto. De este modo **debemos diferenciar un procedimiento electrónico de resolución de conflictos de la simple y puntual utilización de medios electrónicos o telemáticos para la notificación o práctica de alguna actuación en concreto en un procedimiento ordinario.**

Las entidades de ADR, o de resolución alternativa de litigios o conflictos que pueden tener por objeto la negociación, la mediación o el arbitraje, son las encargadas de prestar el servicio de mediación o arbitraje siempre dentro del entorno virtual de la plataforma

ODR. Como se verá a continuación, en el sistema previsto en la Unión Europea las entidades de ADR sustanciarán los procedimientos en el marco de la plataforma pública de ODR creada por la Unión Europea por el Regl. (UE) núm. 524/2013. A ese fin, conforme con el art. 2 del citado Reglamento, las entidades de resolución alternativa (ADR) deberán cumplir los requisitos establecidos en el art. 20.2 Directiva 2013/11/UE. Podríamos decir que la plataforma y el sistema de ODR viene a constituir la base tecnológica en la que confluyen los demandantes y demandados y los órganos de mediación y arbitrales que deben resolver el asunto. De algún modo la plataforma ODR podría equipararse al juzgado en el sentido más físico y material del término, lugar, en este caso virtual, en el que se desarrollan los actos propios de la resolución del conflicto. Precisamente, en este sentido, resulta un gran acierto la apuesta de la Unión Europea por regular una plataforma de ODR pública (una «ventanilla única») y gestionada por la propia Comisión Europea, sin perjuicio de la naturaleza pública o privada que puedan tener las distintas entidades de ADR autorizadas a resolver conflictos en ese ámbito público.

## 3. Los mecanismos alternativos electrónicos de resolución de conflictos en el derecho español

La introducción de los procedimientos electrónicos de resolución de conflictos en nuestro derecho se ha producido tanto en la mediación como en el arbitraje, aunque en realidad se trata de una regulación formal que ha tenido escaso o ningún desarrollo en la práctica.

La mediación electrónica está prevista en el art. 24 Ley de Mediación 5/2012 que dispone la posibilidad de sustanciar todas o alguna de las actuaciones de mediación por medios electrónicos. Más aún, el párrafo segundo del citado art. 24 prevé la sustanciación preferente por medios electrónicos de las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros (en el mismo sentido el art. 30 RD 980/2013 de desarrollo de la Ley de Mediación). Sin embargo, no se contiene en la Ley de mediación ni se ha dictado ninguna norma o disposición que prevea la instalación y desarrollo de los sistemas técnicos que permitan la sustanciación de procedimientos ODR.

La normativa sobre arbitraje de consumo también prevé la sustanciación del procedimiento arbitral por medios electrónicos. Así se regula en los arts. 51 a 55 RD 231/2008 sobre arbitraje de consumo que prevén la posibilidad de sustanciar un arbitraje de consumo que se denomina electrónico y que se caracteriza por su sustanciación íntegra por medios electrónicos. Efectivamente, conforme con el art. 51.1 del Real Decreto: «El

arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales». En su virtud la calificación como electrónico de un procedimiento arbitral de consumo precisará de la completa sustanciación del arbitraje mediante medios electrónicos incluyendo las alegaciones, la práctica de la prueba y las notificaciones que deban practicarse durante el procedimiento. No obstante, la regulación admite la posibilidad de que alguna actuación arbitral: «... deba practicarse por medios tradicionales». La previsión de que alguna actuación pueda practicarse presencialmente ha de calificarse de adecuada. Ahora bien, la crítica que cabe hacer al precepto se refiere a la utilización del imperativo (*deba practicarse*), con relación a la práctica de alguna actuación arbitral. Sobre este particular parece claro que la posibilidad de practicar alguna actuación arbitral de un modo ordinario, es decir con presencia de las partes, responderá a razones de oportunidad o conveniencia, ya que por principio todo el procedimiento arbitral debe poder sustanciarse de modo electrónico. En definitiva, parece que la vocación legal es la de establecer un procedimiento arbitral de consumo sustanciado íntegramente por medios electrónicos, descartando como electrónico el procedimiento arbitral en el que la utilización de la tecnología se limita a la utilización por el Tribunal de consumo de: «... medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o para la realización de actuaciones arbitrales concretas».

Sin embargo, al igual que sucede en el caso de la mediación, **la efectiva utilización del procedimiento arbitral de consumo precisa de la necesaria habilitación por parte de las Juntas Arbitrales de Consumo del sistema electrónico y las aplicaciones tecnológicas que permitan asegurar la sustanciación del procedimiento arbitral con todas las garantías.** A ese fin, el sistema debe garantizar la accesibilidad al sistema, la seguridad de la comunicación, la posibilidad de practicar declaración mediante un sistema de videoconferencia. Sin embargo, en el momento presente, salvo error mío, esta modalidad de arbitraje no se ha implantado en ninguna de las Juntas Arbitrales de Consumo de España.

### III. LA REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS ODR EN UNCITRAL (NACIONES UNIDAS) Y EN LA UNIÓN EUROPEA

La situación expuesta respecto a las exigencias planteadas por el crecimiento exponencial del comercio electrónico ha conducido

a los organismos internacionales a trabajar para la implantación de sistemas electrónicos alternativos de resolución de conflictos. Dentro de este marco internacional debemos destacar dos iniciativas distintas.

En primer lugar, las instituciones europeas y, particularmente, la Comisión Europea han impulsado instrumentos jurídicos para regular los medios de resolución alternativa de conflictos mediante sistemas electrónicos virtuales. A ese fin, cabe destacar la aprobación del la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y, especialmente, del Regl. (UE) núm. 524/2013 sobre la plataforma ODR Común Europea y la Directiva de entidades de resolución de conflictos ADR 2013/2011 de 12 de marzo.

**La UE pretende la creación de un servicio homogéneo, público y gratuito que se constituya en un servicio similar al que se presta, por ejemplo, en España por los tribunales arbitrales de consumo**

En segundo lugar, y de modo paralelo, también se está procediendo a debatir una Ley modelo de arbitraje comercial *on-line* en UNCITRAL (La Organización para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas). Esta institución tiene por objetivo la modernización y la armonización de las reglas del comercio internacional mediante la elaboración de normas aceptables a escala mundial y de guías legislativas. Sus pautas son seguidas en diferentes ordenamientos jurídicos; sirva para ello como ejemplo prácticamente todas las leyes de arbitraje modernas que han tomado como modelo la normativa elaborada por UNCITRAL. El texto legal sobre el que se está trabajando es el *Reglamento sobre la solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico*. Reglamento en el que se postula por la mediación y el arbitraje electrónico como el modo más eficaz para la resolución de esta clase de conflictos.

En definitiva, de lo que se trata, tanto en el ámbito europeo como en el de Naciones Unidas es desarrollar instrumentos legales adecuados para regular debidamente las recla-

maciones que surgen a partir del desarrollo de la práctica del comercio electrónico. Todo ello con la finalidad de establecer un marco adecuado para resolver los pequeños pleitos de escasa cuantía los cuales, cada vez más, van a ser formalizados por medio de vías electrónicas. Ese marco adecuado no es otro que la implantación de mecanismos de resolución de conflictos ODR (*on-line dispute resolution*) utilizables desde plataformas electrónicas accesibles de forma fácil, rápida y económica por los usuarios. La diferencia entre una y otra regulación se halla en la diferente orientación de las regulaciones. Pública y de protección al consumidor en la normativa de la Unión Europea frente a la visión más neutral y civilista que se está adoptando desde UNCITRAL.

#### 1. El proyecto de reglamento de UNCITRAL

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como son la conciliación, la mediación y el arbitraje son objeto de dos Grupos de trabajo en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) (2). El Grupo de Trabajo II está dedicado al arbitraje y la conciliación, mientras que el Grupo de Trabajo III tiene por objeto el estudio de la solución de controversias por vía informática. El Grupo III se encuentra en la actualidad elaborando un *Reglamento sobre la solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico* (3). Con esa finalidad el grupo de trabajo ha realizado varios periodos de sesiones que cuentan con la asistencia de los diferentes países integrantes de las Naciones Unidas (4).

El Reglamento sobre resolución de controversias *online* debe funcionar como una ley modelo para los países que se adhieran al Acuerdo respecto a la resolución alternativa de conflictos por vía electrónica. Procedimiento que no debe limitar el derecho de las partes a instar los procedimientos judiciales que estimen oportunos. **La propuesta de UNCITRAL, sustentada por los Estados miembros, está alentada por las grandes empresas del comercio electrónico que consideran necesaria la previsión de procedimientos de resolución de conflictos sencillos que ofrezcan seguridad al consumidor y posibiliten un desarrollo del comercio electrónico. A este fin se postulan un sistema consecutivo de mediación y, en su caso, de arbitraje accesibles mediante plataformas *on-line* que permitan a los consumidores obtener respuesta a su reclamación del mismo modo, y con la misma facilidad, que se adquiere el bien o servicio. Esto es mediante un procedimiento sencillo y ágil (aunque en principio no gratuito). Se trata en definitiva de acudir al principio de homogeneidad entre el procedimiento de compra y el procedimiento de reclamación.**

El sistema de resolución de conflictos debatido en UNCITRAL se fundamenta en las siguientes características:

1.º. La aplicación del Reglamento a las transacciones de gran volumen y de escaso valor producidas entre comerciantes y consumidores sin atender, en principio, a las especificidades de las transacciones realizadas por los consumidores.

2.º. La diferenciación entre las plataformas ODR (*on-line dispute resolutions*) y los proveedores de servicio ODR. Las plataformas son las encargadas de suministrar el soporte técnico y logístico para permitir la confluencia de vendedores de servicios y consumidores en un espacio virtual en el que pueden dirimir las controversias que se planteen en el marco de la contratación electrónica. Estas plataformas servirían de base para el funcionamiento de los denominados «proveedores de servicios» ODR que actuarían por medio de la plataforma y que serían los responsables de sustanciar el procedimiento de resolución del conflicto.

3.º. La intención declarada, al menos desde la postura de los Estados Unidos de América, de establecer una cláusula de sometimiento *ex ante* por la cual los usuarios se adhieran al sistema de resolución de conflictos al momento de realizar la compra o transacción electrónica (art. 1). Esta es una postura combatida por las delegaciones Europeas, y especialmente por la Comisión Europea, que se opone frontalmente a lo previsto en el proyecto de Regl. (UE) núm. 524/2013 que se examina en el apartado siguiente.

4.º. El procedimiento de resolución del conflicto estará informado por normas respetuosas con los derechos de las partes implicadas en el conflicto y homologable con los sistemas jurídicos ordinarios en el marco de las reglas y principios consolidados del Derecho procesal moderno.

5.º. El procedimiento de ODR prevé una fase de negociación, seguida por otra destinada a facilitar una solución conciliatoria que, en caso de no prosperar tampoco, va a su vez seguida por la adopción de una decisión vinculante y definitiva adoptada por un árbitro o tercero neutral.

6.º. El procedimiento, a falta de acuerdo, finalizará por laudo que dictará el árbitro o tercero neutral, que será definitiva y vinculante para las partes que deberán cumplir lo resuelto (art. 9).

7.º. El procedimiento no será gratuito, por cuanto cada parte sufragará sus gastos: «[El tercero neutral no dictará (decisión alguna) (laudo alguno) acerca de las costas y cada

una de las partes deberá sufragar sus propios gastos]» (art. 13 del proyecto).

3.2 El impulso normativo de la union europea en materia de mediación y arbitraje *on-line*: una apuesta por la defensa de los derechos del consumidor.

**La Unión Europea tiene un gran interés en el desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos conscientes de su relación con el desarrollo de los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea y, especialmente, del comercio electrónico como un modo de consolidar el mercado único.** A este respecto, hace más de una década —en 1998—, la Comisión Europea ya advertía de los problemas de los consumidores a la hora de acceder a la justicia debido a los elevados costes de asesoramiento y representación, así como a la lentitud de los procesos judiciales. A partir de ese momento la actividad de la Unión Europea en esta materia ha sido continua y progresiva con la publicación del *Libro Verde de 2002* sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos con la finalidad de atender a la previsión y unificación de tales mecanismos y, finalmente, la aprobación de la Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles a la que se dio cumplimiento con la Ley 5/2012, de mediación. La Directiva de mediación tiene por objeto los litigios transfronterizos, sin que ello impida que también sirva para impulsar los procedimientos de mediación en las legislaciones nacionales. En este sentido la Directiva tiene un alcance general, ya que su pretensión es servir de mecanismo de resolución de conflictos mediante la obtención de: «... una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes» (considerando 6.º de la Directiva).

La Directiva de mediación fue el primer paso de lo que la Unión Europea pretende que sea una normativa que permita ofrecer un completo sistema de resolución de conflictos por vía electrónica (5). Sobre este particular en el mes de marzo de 2010 la Comisión Europea creó un grupo de expertos jurídicos para mejorar el Derecho contractual en la Unión Europea con el objetivo expreso de «impulsar el comercio transfronterizo y de reforzar los derechos de los consumidores» y se han aprobado la Directiva 2013/11/UE y el Regl. (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, ambos con fecha de 21 de mayo de 2013.

Se trata de dos instrumentos complementarios en los que se pretende, en la línea de lo expuesto en este trabajo, ofrecer cauces adecuados de resolución de conflictos. Así

mientras que en el Regl. (UE) núm. 524/2013 se regula la plataforma pública ODR de resolución de conflictos, la Directiva 2013/11/UE tiene por finalidad establecer los requisitos y condiciones de las entidades de ADR que deben prestar sus servicios en la plataforma pública europea. La Exposición de Motivos es ilustrativa al respecto de cual es la finalidad de la regulación al señalar que: «Las disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados miembros constituyen un obstáculo para el mercado interior y se hallan entre las razones por las cuales muchos consumidores se abstienen de comprar más allá de las fronteras y no confían en que los posibles litigios con los comerciantes puedan resolverse de un modo sencillo, rápido y asequible» (considerando 6 de la Directiva 2013/11/UE). Es por ello que la Unión Europea considera que: «Dada la creciente importancia del comercio en línea y, en particular, del comercio transfronterizo como pilar de la actividad económica de la Unión, es necesario contar con una infraestructura para la resolución alternativa de litigios en materia de consumo que funcione correctamente y con un marco para la resolución de litigios en línea en materia de consumo derivados de transacciones en línea que esté convenientemente integrado, a fin de lograr el objetivo del Acta del Mercado Único de reforzar la confianza de los ciudadanos en el mercado interior» (considerando 11 de la Directiva 2013/11/UE). Los principios a los que la Unión Europea somete estos procedimientos pueden verse claramente en los considerandos de la Directiva y son los de: responsabilidad, transparencia, control y garantía de las entidades que presten servicios ADR; sencillez, eficacia y economía del procedimiento.

En la Directiva de ADR se hace mención a la prestación en línea del servicio que es la materia a la que se refiere el Reglamento de ODR. Nótese la diferencia de instrumento legal, puesto que la regulación de las plataformas ODR de resolución de conflictos se contienen en un Reglamento y no en una Directiva. De modo que la regulación que se contiene tendrá eficacia directa e inmediata en toda la Unión Europea. La razón de esta diferencia es clara cuando se advierte que lo que pretende el Reglamento consiste en: «... crear una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la Unión. La plataforma de resolución de litigios en línea debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a los consumidores y a los comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones en línea. La plataforma de resolución de litigios en línea debe facilitar información general sobre la resolución extrajudicial de litigios contractuales derivados de contratos de compraventa o

de prestación de servicios celebrados en línea entre comerciantes y consumidores. La plataforma debe permitir a consumidores y comerciantes presentar reclamaciones rellenando un formulario electrónico de reclamación disponible en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, y adjuntar los documentos pertinentes. Debe transmitir las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa competente para conocer del litigio en cuestión. La plataforma debe ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las entidades de resolución alternativa tramitar el procedimiento de resolución del litigio con las partes a través de la plataforma de resolución de litigios en línea. Las entidades de resolución alternativa no deben estar obligadas a utilizar el sistema de tramitación de asuntos» [considerando 18 del Regl. (UE) núm. 524/2013].

En resumen, lo que pretende la Unión Europea es la creación de un servicio homogéneo, público y gratuito que se constituya en un servicio similar al que se presta, por ejemplo, en España por los tribunales arbitrales de consumo. Este mecanismo de resolución de conflictos *on-line* se fundamenta en unos principios que se oponen frontalmente al fin perseguido por algunas delegaciones

presentes en UNCITRAL como se ha explicado en el apartado anterior. Estos principios básicos del sistema previsto en la propuesta de la Unión Europea son los siguientes:

1.º. La apuesta clara y decida por atender a los litigios en materia de consumo, a cuyo efecto la propuesta diferencia claramente, a mi juicio correctamente, entre consumidores y comerciantes [art. 4 Regl. (UE) núm. 524/2013].

2.º. Se apuesta por la creación de una plataforma pública de provisión de tecnología ODR, dependiente de la Comisión Europea [art. 5 Regl. (UE) núm. 524/2013], ello sin perjuicio de los servicios concretos de resolución de conflictos se presten por las Entidades que cumplan los requisitos exigidos y se registren en el sistema. Esta plataforma será la encargada de recibir las reclamaciones formuladas por los consumidores [art. 8 Regl. (UE) núm. 524/2013]. Pero, no se impide que las entidades de resolución de conflictos reciban reclamaciones a través de canales distintos al de la plataforma pública.

3.º. Se excluye el establecimiento de cláusulas *ex ante* por las que el consumidor pueda verse compelido a utilizar estos mecanismos de resolución de conflictos

que, son por esencia, alternativos. En este sentido se pronuncia el considerando 26 del Regl. (UE) núm. 524/2013, que dispone: «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La resolución de litigios en línea no está concebida ni puede concebirse para sustituir a los procedimientos judiciales, ni debe privar a consumidores o comerciantes de su derecho de recurso ante los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, el presente Reglamento no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial».

Por lo demás, el procedimiento previsto, al igual que el que se debate en Naciones Unidas, se sustanciará por medios electrónicos, aunque no se excluye la posibilidad de que el procedimiento previsto incluya alguna clase de comparecencia física. En realidad en el Reglamento se atiende más al sistema de plataforma electrónica que al procedimiento en sí cuyo contenido se difiere a lo que pueda establecer la entidad de resolución de conflictos en el marco de lo previsto en la legislación que le sea aplicable, que en todo caso deberá cumplir los requisitos previstos en la Directiva 2013/11/UE. ■

## NOTAS

(1) La última propuesta de reglamento debatida recientemente en Nueva York en marzo de 2014 se puede examinar en la siguiente dirección: (<http://goo.gl/axOOI4>) y (<http://goo.gl/zCXcfs>).

(2) UNCITRAL es un organismo de las Naciones Unidas que tiene por objeto la modernización y la armonización de las reglas del comercio internacional mediante la elaboración de normas aceptables a escala mundial y de guías legislativas. Así sucede al seguirse las pautas contenidas en

su normativa que son seguidas en diferentes ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro; sirva para ello como ejemplo nuestra actual y vigente Ley de Arbitraje, que tomó como modelo la normativa elaborada por UNCITRAL.

(3) Los trabajos relativos al arbitraje online se iniciaron en la reunión de Nueva York celebrada del 21 de junio a 9 de julio de 2010 (43.º período de sesiones) donde la Comisión convino en que se estableciera un grupo de trabajo que se ocupara de la solución de controversias por vía informática (ODR) surgidas a raíz de operaciones

transfronterizas de comercio electrónico, con particular referencia a las operaciones entre empresas y entre empresas y consumidores.

(4) Véase toda la información sobre los trabajos del Grupo de Trabajo en: <http://goo.gl/2GvHyU>.

(5) La propia Directiva de Mediación de 2008 ya preveía la utilización de sistemas electrónicos en la sustanciación de los procedimientos de mediación: «La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación» (considerando 9.º de la Directiva).



NUEVO

5% de DESCUENTO  
por compras en Internet

PRECIO: 95 € + IVA

AHORA: 90,25 € + IVA

## Formularios de denuncias penales

➔ Con comentarios doctrinales y jurisprudenciales, legislación aplicable y notas prácticas. Acceso on-line a los formularios.

➔ AUTOR: Javier Alonso García.

➔ Páginas: 640 / Encuadernación: Tapa dura / ISBN: 978-84-16018-72-7.

 Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO  
SU EJEMPLAR

902 250 500 tel.  
e-mail: [clientes@wke.es](mailto:clientes@wke.es)  
<http://tienda.wke.es>



## Práctica Forense

La mediación mercantil  
en las PYMES

LA LEY 4802/2014

# La mediación mercantil en las PYMES como medio de resolución de conflictos entre socios

Miquel PUIGGALÍ TORRENTÓ  
Abogado

*Las PYMES, y en general las sociedades formadas con pocos socios, al igual que ocurre con las sociedades familiares, son un sector idóneo para que las controversias intrasocietarias se resuelvan a través de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Con ello se minimiza los perniciosos efectos negativos del proceso judicial, en los distintos tipos de conflictos más frecuentes en éste ámbito mercantil.*

La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (BOE 7 de julio de 2012) dio categoría lega dentro del ámbito del territorio español a las actuaciones de mediación en el ámbito civil y mercantil. Diversas comunidades autónomas ya tenían antes de esa fecha diferentes regulaciones sobre la materia en especial en aspectos de conflicto en el ámbito del derecho de familia o la comunitaria. Aunque con anterioridad a la publicación de la Ley ya había expertos mediadores mercantiles y se utilizaba, claro, en poca medida.

Las PYMES y sobre todo aquellas que tienen la forma societaria, limitada o anónima y sus variantes, son normalmente formadas con pocos socios y presentan a menudo, además, relaciones para societarias de amistad o similar, al igual que ocurre con las sociedades familiares, que debido a esta composición de pocos socios, son propensas a relaciones interpersonales entre los mismos y a generar conflictos que pueden obedecer a intereses distintos al del interés social.

El desencanto de un proyecto empresarial, un defectuoso o demasiado estandarizado redactado de los estatutos sociales que no se ajustan a los intereses de los socios, la desafección entre los socios, una mala o

inapropiada estructura orgánica de administración, inquietudes de poder de unos sobre otros, abuso de la mayoría en perjuicio de la minoría, conflicto de intereses etc. propician y avivan el conflicto. Con el paso del tiempo surgen desacuerdos y malos entendidos que paulatinamente van deteriorando la relación entre los socios hasta que se genera el conflicto, que pueden tener su origen en muy variadas causas a veces acumuladas y otras muchas ajenas a la empresa, rompiendo los consensos iniciales.

Estos conflictos entre socios se pueden proyectar en cualquier situación de la empresa, el conflicto laboral entre los socios trabajadores contra los otros socios (órgano de administración), peticiones de auditor de cuentas en pequeñas sociedades no obligadas a ello, requerimientos de convocatorias de juntas con largos y complejos órdenes del día y con petición de abundante información y de documentación a veces difícil de cumplimentar, solicitud de notario en juntas de trámite, celebración de tensas reuniones de juntas o de consejo de administración donde el conflicto alcanza sus versiones más grotescas e incómodas, lo que provoca un distanciamiento entre los socios que muchas veces es difícil de reconducir y como colofón, la impugnación de los acuerdos sociales, en definitiva se produce como la máxima de «al enemigo ni agua» iniciándose una guerra societaria muy enroscada que puede acabar después, de un

gran desgaste, en la marcha de socios, previa compraventa de participaciones o acciones, lo que suele suceder, la mayoría de veces, después de años de conflicto.

La perjudicada, la sociedad y la empresa que gestiona, desgastada anímica y económicamente.

Esta es la realidad de la mayoría de conflictos societarios que nos encontramos en los despachos de abogados que nos dedicamos a esta materia y por ello nos planteamos qué sistemas y herramientas nos ofrece el ordenamiento jurídico para la prevención y resolución de estos conflictos. **La mediación mercantil, junto con el arbitraje y poco utilizada la conciliación, dentro de los sistemas de resolución alternativos de conflictos, es una de las mejores herramientas.**

Puesto de manifiesto el conflicto, la solución de acudir a la jurisdicción de los tribunales para el ejercicio de las acciones que correspondan a las partes o socios, es la solución tradicional, que supone largos procesos judiciales, con primeras, segundas y posibles terceras instancias, con un coste muy elevado y una consecuencia clara: unos ganan y otros pierden, lo que acentúa más el distanciamiento de los socios, con nula o casi nula posibilidad de reconducir las relaciones y conllevar a la vez la total desafección y muy probablemente la destrucción de las relaciones personales y de amistad.

**La perjudicada continúa siendo en definitiva la sociedad, que ha sufrido con las luchas intersocietarias un desgaste, inútil a veces o pírrico y pudiendo dar una imagen dentro del mercado donde se mueve la empresa muy negativa lo que multiplica los efectos nocivos del conflicto.**

El buscar una solución rápida al conflicto, y más en el mundo de la empresa, que no acabe con ganadores y vencidos, minimiza los perniciosos efectos negativos de un procedimiento legal y entiendo que la mejor herramienta puede ser la mediación mercantil.

En la mediación mercantil se ponen de manifiesto muchas de las cuestiones que en un proceso ante los juzgados, con el rigor procesal, no salen a la luz como son los verdaderos intereses del conflicto que escudados en los trámites judiciales pueden no verse claros. Con la mediación la solución es de las partes, no es impuesta y esto facilita la sensación de finalización consensuada con un añadido importante, el factor temporal, ya que se puede reducir a la mínima expresión el tiempo de resolución del conflicto; podemos pasar de años de pleitos a meses o semanas, lo que supone grandes ventajas para todos y desde el punto empresarial es muy positivo.



La mediación mercantil, como todo proceso de mediación, la controversia admite otros tipos de soluciones entre los socios a las consideradas tradicionales que se derivan de un pleito, pues una vez puesto de manifiesto los intereses verdaderos que originan el conflicto, **la intervención profesional del/la mediador/a o mediadores con su soporte de asesores, puede llegarse a una solución mucho más amplia, laxa y ajustada que la judicial, así por ejemplo ante una posible impugnación de acuerdos sociales, una vez finalizada nada impide que en un futuro se vuelva a repetir las causas del conflicto, anquilosando y alargándolo.** La mediación mercantil puede facilitar el reestablecimiento de las relaciones e incluso renovar los pactos sociales iniciales que hicieron a la empresa desarrollarse.

Hay que hacer proselitismo de la cultura de la mediación y utilizarla también de forma preventiva. Hemos de diferenciar y potenciar aquellas normas estatutarias que regulan las relaciones internas e introducen normas o mecanismo para solucionar un conflicto entre socios o estos y la sociedad, por ejemplo los artículos estatutarios que afectan al órgano de administración de la sociedad, su determinación y composición, toma y adopción de decisiones y acuerdos, impugnación de los mismos, de aquellas otras que prevén soluciones ante una situación conflictiva por ejemplo, ante la exclusión de un socio, derecho de separación o disolución y liquidación de la sociedad, etc.

Los abogados que asesoran mercantilmente a las empresas deben conocer y formarse en los mecanismos de la mediación en general y especialmente en la mercantil y no dudar en proponer, potenciar y acogernos a ella. En definitiva si la mediación fracasa la solución judicial puede ejercitarse e incluso, a tenor de lo establecido en el art. 4 Ley 5/2012, la solicitud de mediación interrumpe los plazos de prescripción o la caducidad de acciones y si no se desea continuar con la mediación, ya que es voluntaria, puede desistirse de ella (art. 6 Ley 5/2012).

La mediación puede plantearse bien antes del conflicto o una vez que ha surgido el conflicto someterse a mediación.

En la mediación, un tercero, el mediador mediante técnicas adecuadas, ayuda a las partes a alcanzar acuerdos. **No impone, ni sugiere ninguna solución sino que facilita la comunicación entre las partes, esa comunicación que en su momento hizo que surgieran los acuerdos de puesta en marcha de la empresa.**

La mediación se desarrolla en varias etapas según establece la Ley 5/2012, aunque no determina cuantas, va a depender de las partes. Es importante lo que establece el art. 20 Ley 5/2012 al manifestar que la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

La mediación se desarrollará bajo los principios de igualdad, lealtad, buena fe, respeto mutuo y voluntariedad, con intervención de mediadores neutrales, imparciales y con el sometimiento a la confidencialidad de los intervinientes y mediadores (arts. 6, 7, 8, 9, y 10 Ley 5/2012) y mientras dura el procedimiento de mediación del conflicto societario, queda vetado el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales sobre los mismos conflictos (excepto las medidas cautelares o urgentes) y en caso de haber tales acciones provocará la declinatoria de las mismas.

***El buen mediador será el que detectará, a través de las sesiones iniciales y desarrollo de la mediación, la posibilidad o no del acuerdo***

La ley establece unas pautas para el procedimiento de mediación, en la que se efectúa una solicitud inicial (ante una institución o ante un mediador) ya sea de común acuerdo entre las partes o bien por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

En la solicitud de petición de mediación de común acuerdo se incluirá la designación del mediador o la institución de mediación que se encargará de ello, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

A continuación se cita a las partes para realizar la sesión informativa, a no ser que exista pacto en contrario, en la que el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su

profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Otra fase será la de la sesión constitutiva, en la que da comienzo formal la mediación mercantil y donde constarán las partes y el/la mediador/a, se identifica el conflicto que se somete a mediación, la posibilidad de fijar las posiciones, el programa de actuaciones y plazos, coste, lugar y lengua de la mediación.

A partir de este momento en que la mediación mercantil ya se ha iniciado, la habilidad y experiencia del mediador entra en juego, para que cada una de las partes ponga de manifiesto sus intereses y conseguir que se acerquen las posiciones.

Es posible reformular las posiciones de la partes a medida que avanza la mediación.

El final será la etapa en la que las partes consiguen llegar a un acuerdo o acuerdos.

**El buen mediador será el que detectará, a través de las sesiones iniciales y desarrollo de la mediación, la posibilidad o no del acuerdo, valorando no alargar innecesariamente la mediación en caso de la no posibilidad de acuerdo.**

En la mediación mercantil es habitual que intervengan los abogados, aunque entiendo que su función debe estar en un segundo plano, es decir, de forma paralela asesorando a su cliente tras cada sesión o para redactar los acuerdos, pues en definitiva quien debe llegar al acuerdo es el socio, cliente del abogado.

La mediación finaliza con un acta final que 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. La Ley 5/2012 regula el acto y el contenido del acuerdo en los arts. 22 y 23.

Por último la Ley 5/2012 prevé que las partes puedan acordar, que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta ley. ■

## DOSSIER



## Dossier

Dossier de los tribunales sobre mediación


 Consulte los textos íntegros en  
 www.diariolaley.es

LA LEY 5183/2014

## Dossier de los tribunales sobre mediación

Antoni VIDAL TEIXIDÓ  
 Abogado-mediador

*El primer comentario trata sobre la valoración de los acuerdos de mediación aportados sin su transcripción al Convenio Regulador ni constando la aprobación de los mismos por el Ministerio Fiscal pese a existir menores. En el segundo, se valora la conveniencia de la intervención de los menores en un proceso de mediación cuando exista contradicción de intereses, aunque debe ser objeto de un tratamiento específico.*

### I. CONSIDERACIONES SOBRE EL VALOR DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN FASE DE MEDIACIÓN Y SU DISTINCIÓN DEL CONVENIO REGULADOR

COMENTARIO A LA SAP VALLADOLID, SECC. 1.ª, DE 27 DICIEMBRE DE 2011 (PONENTE: D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL)

**M**odificación de medidas acordadas en procedimiento de divorcio a instancias del progenitor paterno y aportación del Acuerdo Final de Mediación suscrito por los litigantes juntamente con las Mediadoras que han intervenido en el proceso y que se transcribe en la Resolución de la Audiencia.

Valoración de los acuerdos de mediación aportados sin su transcripción al Convenio Regulador ni constando la aprobación de los mismos por el MF pese a existir menores.

La cuestión objeto de litis se basaba en la modificación de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio tramitado por el Juzgado de Instancia núm. 10 de Valladolid y en cuya resolución se acordaba; a) la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa; b) se fijaba la pensión que el progenitor debía satisfacer en concepto de

alimentos para los dos hijos en la cantidad de 400 euros mensuales, con actualización anual del IPC; c) desde la fecha de la resolución los progenitores debían abonar por mitad los gastos extraordinarios de los hijos y d) el derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar reconocido a la esposa se mantendría como máximo hasta el 31 de marzo de 2016, precisando que el IBI y seguro del hogar, mientras no se liquidara la vivienda, serían pagados por los litigantes en igual proporción que su participación en la propiedad de este bien.

La esposa demandada, no conforme con la resolución del Juzgado de Instancia, interpuso recurso de apelación, presentando escrito de oposición al mismo el esposo, habiéndose señalado por la Audiencia la fecha de deliberación, votación y fallo.

Considerando el Tribunal que las actuaciones eran susceptibles de mediación, en base a lo dispuesto en los arts. 158 CC y 19 y 770.7 LEC, se convocó a las partes a una Sesión Informativa de Mediación, presentando seguidamente las representaciones de ambas partes un escrito conjunto interesando la suspensión del procedimiento judicial y presentado posteriormente un nuevo escrito, firmado por ambas representaciones, solicitando se dictase sentencia de conformidad con lo interesado en el cuerpo del indicado escrito al haber llegado las partes a un acuerdo.

Según el FD 2.º de la resolución de la Audiencia se transcribió el Acuerdo de Mediación

acompañado al rollo de apelación debidamente suscrito por ambos litigantes junto a las mediadoras que intervinieron en el proceso y accediendo, según el FD 3.º, a lo interesado conforme al acuerdo obtenido en el Proceso de Mediación intrajudicial llevado a cabo y por consiguiente la extinción de la pensión compensatoria y fijación de alimentos a cargo del progenitor en la cantidad de 400 euros mensuales, dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la atribución del derecho de uso y disfrute exclusivo de la vivienda, con límite de 31 de marzo de 2016 que se hacía referencia en la resolución de instancia, dado que en virtud del acuerdo alcanzado, dicha vivienda le sería adjudicada a la esposa junto con los muebles y enseres existentes en la misma, mediante contraprestación de 60.000 euros que le serían entregados al esposo.

En el fallo de la Audiencia se realiza el Acuerdo de Mediación Familiar alcanzado por los litigantes y por consiguiente declarando a) la extinción de la pensión compensatoria; b) la fijación de la pensión alimenticia en 400 euros mensuales, actualizables con arreglo al IPC, y c) dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la atribución del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar, con limitación temporal hasta el mes de marzo de 2016 a favor de la esposa.

De lo expuesto y al margen de que lo que se dirime es una modificación de unas medidas establecidas en un anterior proceso de divorcio, lo que vamos a tratar es hasta que punto el acuerdo final de mediación es equiparable o puede sustituir a un convenio regulador en un proceso de divorcio con hijos menores, o hasta que punto debe acompañar al convenio regulador en la petición inicial.

El art. 775 LEC, de modificación de las medidas convenidas o de las adoptadas en defecto de acuerdo, establece que las peticiones de modificación se tramitarán conforme a lo dispuesto en el art. 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el art. 777.

En su punto 2, el art. 777 LEC establece que el escrito en que se solicita la separación o el divorcio de común acuerdo, además de los correspondientes certificados de matrimonio y nacimiento de los hijos, si los hubiere, deberá acompañarse la propuesta de convenio regulador y los documentos en que el cónyuge o los cónyuges funden sus derechos, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

A mi parecer, en los procesos de separación y divorcio de común acuerdo, el acuerdo de mediación no es más (y es mucho) que la

herramienta que sirve de soporte para que el convenio regulador ostente la mayor eficacia. La consolidación, la fortaleza, de que lo que se ha acordado será consistente y aceptado por las partes, precisamente por cuanto la mediación trata del acuerdo de las partes, libremente aceptado. Ahora bien, el acuerdo de mediación no es el convenio regulador y, en su caso, la resolución judicial deberá tener en cuenta el contenido del convenio regulador para la aprobación o denegación del mismo, no el contenido del Acta Final con el Acuerdo de Mediación.

Así pues, el acuerdo de mediación en los procesos de separación y divorcio (otra cuestión sería el acuerdo de mediación en otros ámbitos, el mercantil, por ejemplo) precisa del Convenio Regulador para llegar a la resolución judicial. Sin embargo, el Convenio Regulador no precisa del acuerdo de mediación, por cuanto la mediación no es preceptiva si las partes han llegado a un acuerdo negociado.

Pero es que además, lo que el MF analiza es la observancia y protección de los menores reflejada en el convenio regulador, y cuyo contenido debe ceñirse a la transcripción de la voluntad de las partes.

¿Pero qué ocurre si el Convenio Regulador no refleja lo que consta en el Acuerdo de Mediación? ¿Y si el Acuerdo de Mediación es impreciso e incluso contradictorio? Entiendo que el Acuerdo de Mediación es el soporte de la voluntad de las partes y el sostén de sus intereses y su traslación al Convenio Regulador marcará el acuerdo definitivo. La aceptación y la posterior ratificación del convenio ante la oficina judicial determinará la posterior resolución judicial, al margen de la inexactitud que pudiera proceder del Acuerdo de Mediación.

Si el Acuerdo de Mediación no precisa de su aprobación por el Juzgado, si lo precisa el Convenio Regulador, de acuerdo con el art. 777.7 LEC, puesto que si la sentencia de separación o divorcio no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio (no nuevo acuerdo de mediación) limitado, en su caso, en los puntos que no hayan sido aprobados por el Tribunal.

Lo que extraña de la resolución de la Audiencia Provincial es la aparente ausencia, al menos en el contenido de la resolución, del Convenio Regulador y la no intervención del MF para la aprobación de los puntos que afectan a los menores (en este caso la pensión alimenticia, puesto que nada se indica de una posible controversia en cuanto a las estancias de los hijos con los progenitores).

Se indica en el FD 1.º que «... ambas partes han alcanzado un Acuerdo Final del Procedi-

miento, merced a su voluntaria participación en el Proceso de Mediación iniciado en esta segunda instancia que ha conestado de cinco sesiones y como fruto de las cuales coinciden en que es procedente extinguir definitivamente la pensión compensatoria ...». A continuación en el indicado fundamento se expone el contenido del acuerdo final, ya conocido.

Sí es cierto que en el FD 2.º de la sentencia de la Audiencia se dice que «... se presenta escrito ante esta Audiencia Provincial interesándose de esta Sala una resolución por la que en relación con los puntos que han sido objeto de debate en el recurso de apelación en trámite se declare definitivamente extinguida la pensión compensatoria ...». Es decir, se habla de escrito y se acompaña Acuerdo de mediación, pero nada se dice de Convenio Regulador.

Tampoco esta clara la intervención del MF (no consta su intervención) pero en el FD 3.º se dice: «En consecuencia, a tenor del acuerdo alcanzado por las partes en conflicto, y dado que el mismo no es contrario a la moral, ni al orden público, ni redundante en perjuicio de tercero, siendo además suficientemente protegidos y amparados los derechos e intereses de los hijos de la pareja, procede acceder a lo interesado **conforme al acuerdo obtenido en el Proceso de Mediación**». Es decir Acuerdo de Mediación que la Audiencia equipara al Acta Final. Sin embargo nada se dice de la aprobación del Convenio Regulador.

A mi entender, fue un gran avance legislativo la introducción de la separación y el divorcio de común acuerdo y los pactos de las partes alcanzados mediante un Convenio Regulador. La negociación entre letrados ha alcanzado las mayores casuísticas de éxito y los procesos no contenciosos son ya, por suerte, la mayoría. Además, el Convenio Regulador permite un claro rigor de filtro jurídico que desecha acuerdos imposibles o perjuicios irreparables (ya de por sí el derecho fiscal es un grave quebranto de cabeza incluso para muchos letrados del ámbito del derecho de familia). Por ello considero que el Acuerdo de Mediación cumple un papel de suma importancia para allanar el terreno de lo que posteriormente será el Convenio Regulador. Sin las habilidades del mediador, sin su buena práctica, posiblemente muchos convenios no hubieran surgido efecto.

Tampoco podríamos hablar de la consistencia del acuerdo o de la transformación de las relaciones entre progenitores, pero en la separación judicial o en el divorcio, cuando existen menores, todavía hoy, **el Convenio Regulador (regula), acomoda, la voluntad e intereses de las partes según el ordenamiento jurídico.**

Otra cuestión sería la formalización de acuerdos de separación no judiciales, es decir no llevados a los Tribunales. Acuerdos vinculantes entre las partes a través de un proceso de mediación, a los que nada que decir en cuanto no afectan a terceros y mientras sean de libre disposición. Incluso las declaraciones de intenciones asumidas por las partes en un proceso de mediación pueden materializarse verbalmente o por escrito. Solo si las partes quieren se redactará un documento que podrá denominarse Acta Final.

Sin embargo, tanto la forma, la eficacia, como la ejecución de los acuerdos de mediación son aspectos de tal relevancia que así lo han expresado los diferentes textos legales y en especial la Directiva comunitaria de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como la actual Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Por ello, las competencias y facultades del mediador finalizan en el momento de la firma, por las partes mediadas, del documento que recoge en el Acta Final los acuerdos alcanzados, al margen de posibles seguimientos y supervisión que las partes solicitaran posteriormente. Por consiguiente, el traspaso de los acuerdos a un protocolo determinado como podría ser un convenio regulador, exigido por la ley, no es competencia de la persona mediadora como tal, sino de los profesionales especializados, es decir, los abogados. Si posteriormente, el Juzgado no aprueba parte de los acuerdos alcanzados, será el abogado o abogados los que deberán de efectuar formalmente la subsanación del convenio en los plazos previstos por la LEC, al margen que, para ello, se valgan o no de una nueva intervención mediadora.

## II. VALORACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE MENORES EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN

### COMENTARIO A LA SAP ÁLAVA, SECC. 1.ª, DE 6 DE FEBRERO DE 2012 (PONENTE: D. IÑIGO ELIZBURU AGUIRRE)

Disolución por causa de divorcio, manteniendo las medidas definitivas establecidas en la sentencia de separación y que habían sido confirmadas por sentencia de la AP Álava.

Formula la esposa recurso de apelación, presentado el esposo el correspondiente escrito de oposición y emitiendo informe el MF interesando la confirmación de la sentencia.

Solicita la apelante, entre otras peticiones, que se acuerde la supresión de las pernoctas, manteniendo el resto del régimen de visitas o,

subsidiariamente, si se considera conveniente mantener dichas pernoctas, se acuerde un proceso de mediación padre-hija, con la finalidad de resolver el déficit de comunicación existente entre padre e hija.

La cuestión objeto de litis se basaba, además de la concreción de la actualización de la pensión de alimentos, en la solicitud por parte de la esposa de la supresión de las pernoctas entre padre e hija, manteniendo el resto del régimen de visitas (estancias en la actualidad) o de modo subsidiario, si el Tribunal considerara conveniente el mantenimiento de las pernoctas, que se acordara un proceso de mediación familiar entre padre e hija habida cuenta del déficit de comunicación existente entre ambos.

Tanto el padre como el MF se opusieron a las pretensiones de la esposa, solicitando la confirmación de la totalidad de la sentencia.

Del texto de la resolución recaída se desprende que la menor estaba conforme con el régimen solicitado por la madre, es decir, la supresión de las pernoctas. Pero el Tribunal, como buen criterio, amparándose en el informe del equipo psicosocial que claramente se decantaba por desaconsejar la restricción de las pernoctas, consideraba que «la voluntad de la menor no puede prevalecer sobre circunstancias que aconsejen que su favorecimiento y beneficio pasa por situación distinta de la por ella querida».

La recurrente, solicitaba la supresión de las pernoctas y para el supuesto de que el Tribunal no lo considerase conveniente se acordara iniciar un proceso de mediación, no entre ambos progenitores sino entre padre e hija, por considerar que el conflicto se centraba entre ellos dos. Lo que en cierto modo era trasladar y cambiar las partes en conflicto.

Es cierto, como dice la Audiencia, siguiendo el informe del equipo psicosocial, «que padre e hija podrían beneficiarse de un proceso de mediación que les ayudara a resolver cuestiones relacionadas con la convivencia y a lograr una relación satisfactoria, pero también es cierto que el informe también hace referencia a que la esposa no adopta una actitud facilitadora de las visitas y contactos de la menor con el progenitor y la familia extensa paterna, que se observa tendencia en la madre a focalizar y enfatizar los aspectos negativos del padre y de su familia obviando los positivos, actitud, que, en cierta medida, transmite a su hija, que la madre no ha adoptado una actitud facilitadora de la relación entre el padre y la hija, aspecto que interfiere no sólo en la relación de la menor con su padre sino también en su integración con la familia extensa

paterna, y que debe promover y facilitar la madre la relación e la menor con su padre y con la familia extensa paterna, valorando la importancia de la presencia del progenitor en la vida de su hija, así como su participación activa en el proceso madurativo de ésta, por lo que, también, se presenta conveniente la participación de la madre en un proceso dirigido a tal fin».

Hay que tener en cuenta quienes son realmente las partes en el proceso de mediación, por lo que no es procedente concluir que el conflicto es de un tercero ajeno al proceso principal, es decir de la hija respecto al divorcio de sus progenitores, en lenguaje coloquial pasarle la pelota, como si la madre no tuviera nada que ver, en la decisión de la hija.

Otra cuestión sería una intervención mediadora entre los progenitores para establecer la conveniencia o el modo de relacionarse padre e hija y si, realmente, hubiera una oposición manifiesta, buscar conjuntamente una solución a través de una vía terapéutica o psicológica.

Con todo hay que tener en cuenta la reacción de los niños y adolescentes frente al divorcio de sus padres. De ahí la importancia de la constitución de un plan de parentalidad que las partes podrían proponer para una mejor guía de actuación mientras los hijos son menores y de ahí también la importancia, como establece el art. 233.9 CC de Cataluña, en su núm. 3 cuando dice «que las propuestas del plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos».

Es objeto de discusión en los foros de mediación, la conveniencia o no en cuanto a la intervención de los menores de edad en un proceso de mediación. En principio, cuando les afecta directamente, entendemos que deben ser personas legitimadas y, en todos los casos, los mayores de doce años (así lo expresa el art. 4 Ley de mediación catalana). **En los casos que existe contradicción de intereses los menores de edad pueden participar en las sesiones de mediación, asistidos por un defensor o defensora.**

**Sin embargo los menores (generalmente adolescentes) pueden ser partícipes directos del conflicto** como podría ser una violencia escolar, grupal, de convivencia ciudadana, conflictos en relación con los espacios públicos, marginación, conflictos entre hermanos, etc.

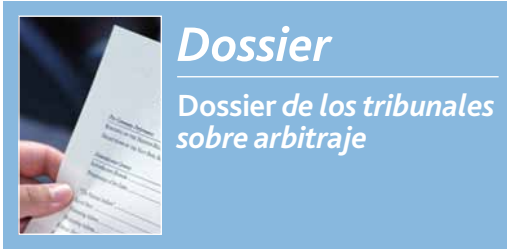
Ahora bien, en el caso que estamos comentando, entendemos la posición de la Audiencia por cuanto el conflicto real se centra en la actitud de los progenitores respecto al régimen de estancia padre/hija, al solicitar la madre en el proceso judicial la no pernocta de aquella en el domicilio paterno. La oposición de la hija es un exponente de la propia oposición de la esposa pero no es parte del proceso judicial.

El traspasar el papel de parte a la hija, como si fuera un conflicto ajeno de la madre y convertirse en un único conflicto paterno/filial es dar un cauce inadecuado y pervertir el proceso mediador.

El mediador ha de tener en cuenta la legitimación de los ausentes, es decir las personas que no son parte en el proceso de mediación, pero que pueden quedar afectadas por los acuerdos que se puedan tomar en la mediación. Es por eso, que la persona mediadora ha de tener en cuenta estas personas y si lo cree conveniente hacerlas participar en el proceso de mediación, previa aceptación de los progenitores en el caso de los menores de edad.

Con todo, desde un punto de vista del equilibrio de poder se puede hablar de relaciones simétricas o asimétricas, es decir entre iguales, por ejemplo entre amigos, compañeros de clase, o entre desiguales, por ejemplo cuando existe una relación jerárquica y también en el caso que nos ocupa entre padre e hija.

Ahora bien, en este caso, y en el supuesto de la viabilidad de la mediación, esta debería iniciarse a través de la voluntad de los progenitores y es en el proceso de mediación entre ellos cuando puede solicitarse la intervención de la menor, pero no como parte, sino como persona para ser escuchada, generalmente mediante sesiones privadas y siempre con su consentimiento. Para ello en el supuesto de que las partes estuvieran de acuerdo en que la hija pudiera asistir o a participar en las sesiones de mediación de sus padres, debería tenerse en cuenta, por parte del mediador, el analizar cómo desarrollar la intervención mediadora, diferenciando la posibilidad de la presencia de los padres en la sesión de mediación, o la intervención directa entre la persona mediadora y la hija, sin la presencia de los padres. Pero nunca entre padre e hija, porque no es este el marco donde debe dilucidarse el conflicto entre ellos. La mediación entre los progenitores puede facilitar, una vez las partes hayan atemperado sus diferencias, que la relación entre padre e hija haya mejorado y, dependiendo de la edad de la menor, incluso el acordar entre ambos como va a ser su régimen de estancia. ■



## Dossier

Dossier de los tribunales sobre arbitraje

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

LA LEY 5184/2014

# 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 se abordan algunas prevenciones a tener en cuenta en cuanto a eventuales pactos en materia de costas. En el segundo se analizan las causas de recusación desde el punto de vista temporal de los hechos constitutivos de las mismas. Por último, el tercero nos recuerda los riesgos de peregrinaje que conlleva una redacción poco precisa del pacto de sumisión a arbitraje.*

## I. RIESGOS Y PREVENCIÓN EN LOS PACTOS SOBRE LAS COSTAS DEL ARBITRAJE

COMENTARIO A LAS SSTSJ CATALUNYA, SECC. 1.ª, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2013 Y DE 7 DE ENERO DE 2014 (PONENTES: CARLOS RAMOS RUBIO Y NURIA BASSOLS MUNTADA, RESPECTIVAMENTE).

**S**TSJ Catalunya de 30 de diciembre de 2013, FJ 2.º:

«... Así las cosas, se comprueba que el Laudo contiene un apartado argumentativo (XII) destinado a explicar con la extensión y el detalle requeridos por la LA (art. 37.4) el pronunciamiento referido a las costas del arbitraje, apartado en el que, tras unas reflexiones iniciales destinadas a justificar que todo procedimiento arbitral comporta un coste del que, en la medida de lo posible, debe ser resarcida la parte que hubiera visto reconocido su derecho, el Árbitro deja constancia expresa del acuerdo de las partes para que las costas sean impuestas conforme al principio de “vencimiento proporcional” y enuncia las

tres premisas básicas de su decisión, a saber: “1) Las pretensiones de la Instante han sido estimadas en parte, y en un importe menor al reclamado. 2) Las dos pretensiones de la Instada, tanto la principal como la subsidiaria, han sido desestimadas. 3) Por otra parte, como se ha expresado en este Laudo, el origen último de la controversia se encuentra el defectuoso modo en que la Instada llevó la contabilidad de la Película”.

.../... En concreto no se aprecia el supuesto del art. 41.1 c) LA, ni tampoco el del apartado d) del mismo precepto, porque el Árbitro designado por el TAB se hallaba plenamente autorizado por la LA (art. 37.6) y por las partes a pronunciarse sobre las costas del arbitraje, y el examen de las actuaciones arbitrales permite comprobar que, en efecto, las impuso distribuyéndolas proporcionalmente entre ambas de manera motivada —tal y como resulta de la motivación de su Laudo (FJ XII)— y conforme al principio de vencimiento proporcional, interpretado con la discrecionalidad de criterio que le otorgaban la LA (art. 37.6), el Reglamento del TAB (art. 21) y el propio acuerdo de las partes, carente de cualquier precisión respecto al sentido y al alcance de la proporción, de manera que no puede sostenerse en puridad que la decisión no se haya ajustado al mismo.

En este sentido, la determinación de si la oposición a la demanda arbitral podía ser tenida en cuenta a efectos de decretar o no el vencimiento de la Instada, o de si la estimación de las pretensiones declarativas de la Instante podía tener la influencia finalmente otorgada en la imposición de las costas arbitrales frente a la menguada condena dineraria también pretendida, cuestiones sobre las que nada se precisaba en el acuerdo de las partes, estaban plenamente abarcadas por la discrecionalidad de criterio reconocida al Árbitro por la LA y el Reglamento del TAB —al que las partes se sometieron [art. 4 b) LA]— y su revisión es completamente ajena a este procedimiento de anulación, máxime si se tiene en cuenta que —como denuncia la Instante y aquí demanda— la demandante no denunció en su día ante el propio Árbitro la pretendida extralimitación al amparo del art. 39.1 d) LA.»

STSJ Catalunya de 7 de enero de 2014, FF. JJ. 2.º y 3.º:

«2.º (...) en el arbitraje se pactó que la condena en costas se regiría por el principio de vencimiento absoluto y que el pacto sobre costas y gastos no resulta prohibido en la LA, sino todo lo contrario, puesto que queda sujeto al principio de disposición —art. 37.6 LA—, como regla primaria. En este contexto, hemos de analizar la condena en costas y si se ha producido o no el vencimiento absoluto pactado. Téngase presente que la LA no establece un criterio para la imposición de las costas sino que deja a las partes, como regla primaria, convenir lo que se estimen oportuno sobre las costas, lo que, a diferencia de lo dispuesto en el art. 394 LEC, comporta que dicha materia tenga una naturaleza dispositiva en los procesos arbitrales.

.../... Se concluye en el Laudo, en materia de costas: “Sin embargo en el presente caso entiendo que no existe un vencimiento absoluto dado que aunque la instante haya visto rechazadas sus pretensiones, también se han rechazado las excepciones procesales de la instada. En consecuencia, procede abonar los gastos y costes del presente arbitraje por mitad, y que cada parte satisfaga sus propias costas, en los siguientes términos...”.

De lo expuesto se infiere, sin lugar a dudas, que el árbitro dentro del principio de vencimiento absoluto pactado en el arbitraje, ha apreciado que no se producido dicho vencimiento absoluto y ello lo es en relación con todas las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral, sin que se haya producido vulneración alguna de lo especialmente estipulado inter partes.

En definitiva, la motivación contenida en el laudo en el sentido de que no se imponen las costas al haber rechazado las excepciones procesales debe de ser relacionada con el resto de la misma resolución y ello lleva a concluir que varias

*razones de fondo alegadas por la vencedora en el procedimiento arbitral fueron rechazadas por ventilarse una cuestión litigiosa compleja fáctica y jurídicamente. Por tanto, ante los razonamientos razonables y razonados del Laudo que conducen a la no imposición de costas, quiebra cualquier consideración de indefensión.*

3.º (...) *Esta Sala, en virtud de las argumentaciones anteriores y de la doctrina jurisprudencial citada ha de concluir en el sentido de que la condena en costas solo afecta al orden público cuando no se tiene presente el pacto o se produce una interpretación del mismo que incida en palmaria arbitrariedad, lo que no sucede en autos, como hemos señalado.»*

Aparentemente, la Ley de Arbitraje (LA) omite toda referencia al criterio que deba seguir el árbitro en materia de imposición de costas. No obstante una mínima exégesis del art. 37.6 LA nos basta para ver cómo, en realidad, ello no es exactamente así.

En efecto, conforme al citado precepto, «con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral».

Del mencionado art. 37.6 LA se desprende que **en cuanto al criterio para imponer las costas deberá estarse en primer lugar a lo que hayan pactado las partes, y en su caso a lo que establezca el reglamento de la institución que administre el arbitraje [art. 4 b) LA], y en su defecto podrán los árbitros aplicar el criterio de imposición de costas que más se adecue a las circunstancias del caso (1)**, desde el vencimiento objetivo, hasta el vencimiento ponderado o proporcionado a las pretensiones estimadas, pasando por la razonabilidad de las pretensiones e incluso por apreciar en las partes cierta mala fe o temeridad procesal en las posiciones en que se hayan situado (obstruccionismo, inactividad, impago de las provisiones de fondos, mendacidad, ocultación de pruebas, etc.) durante el proceso arbitral.

Asimismo, el art. 37.6 LA precisa el contenido de las costas en el arbitraje **incluyendo los honorarios de los defensores y representantes de las partes, a pesar de no ser preceptiva su intervención y aclara in fine que las costas se refieren a los gastos originados en el procedimiento arbitral**. Con ello las costas, en el arbitraje, salvo que las partes lo amplíen o reduzcan, incluyen los siguientes conceptos:

a) Los honorarios y gastos de los árbitros.

b) Los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes.

c) El coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje.

d) Todos los gastos originados en el procedimiento arbitral.

La ley se limita a definir su contenido de forma dispositiva para las partes («con sujeción a lo acordado por las partes»), sin que el árbitro lo pueda modificar por iniciativa propia, ni excluir o incluir conceptos distintos a los que se mencionan en la ley («incluirán...») (2).

**Es conveniente que para evitar dudas acerca de la voluntad de las partes, se explicite brevemente cuál es el sentido del pacto en materia de criterio a seguir en la imposición de las costas**

Las sentencias comentadas plantean dos cuestiones de interés en materia de costas, y pone de manifiesto el riesgo de una redacción imprecisa del pacto que suscriban las partes en materia de costas, con el fin de precisar el criterio que deban seguir los árbitros para decidir sobre su imposición y distribución entre las partes.

En primer lugar, coinciden ambas sentencias en concluir que «la condena en costas solo afecta al orden público cuando no se tiene presente el pacto o se produce una interpretación del mismo que incida en palmaria arbitrariedad». Es decir, que **tan sólo cabrá anular el pronunciamiento de un laudo sobre las costas del arbitraje cuando se infrinja lo pactado por las partes o cuando lo resuelto en costas resulte arbitrario. De ahí la importancia que lo pactado en materia de costas sea unívoco**, y de que se exprese en los términos más claros y precisos posibles, sin que requiera que el árbitro deba recurrir a su interpretación o integración; y de ahí también la importancia de que el árbitro motive mínimamente el pronunciamiento sobre las costas para disipar cualquier sobra de arbitrariedad. A ello cabe añadir que su denuncia en sede de anulación del laudo requiere que **previamente se denuncie la presunta infracción (art. 6 LA) como pretendida extralimitación del árbitro al amparo del art. 39.1 d) LA dentro del breve plazo de 10 días naturales [art. 5 b) LA] a contar desde el siguiente al de la notificación del laudo a cada parte.**

En segundo lugar, a raíz de las sentencias comentadas debemos preguntarnos **qué sucede cuando haya una discordancia, o cuando no exista una precisa concordancia, entre lo pactado por las partes y lo dispuesto en el reglamento** de la institución arbitral. En este sentido, el art. 4 b) LA dispone que las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido **integran** el contenido del pacto entre las partes, en nuestro caso en materia de costas del arbitraje. Es decir que bien suplen la inexistencia de dicho pacto o bien **lo completan en sus lagunas u omisiones**.

Así en la primera de las dos sentencias que comentamos, las partes en la sesión inicial constitutiva del arbitraje acuerdan, en el marco de un escrito normalizado de la institución que administra el arbitraje, que «las costas se regirán según lo previsto en el principio de vencimiento proporcional», lo que el árbitro en su laudo entiende como una referencia a que las costas «se impongan conforme al principio de vencimiento proporcional». Así, lo primero quizá sea poco preciso y requiera su integración, pero lo segundo resulta mucho más preciso. Y por ello, dado el contenido de las costas que pueden conllevar un relevante interés económico para las partes, adquiere especial trascendencia la necesidad de ser precisos en la redacción de los acuerdos en materia de imposición de costas. En efecto es cierto que en el caso enjuiciado el acuerdo entre las partes es, como afirma la sentencia comentada, «carente de cualquier precisión respecto al sentido y al alcance de la proporción», aunque a nuestro entender no lo es la interpretación del mismo dada por el árbitro. Y, en este sentido, es habitual en materia de costas recurrir a conceptos jurídicos indeterminados tales como razonabilidad de las pretensiones, temeridad, mala fe, etc., pero a nuestro entender son más precisos los conceptos de vencimiento absoluto (estimación o desestimación de las pretensiones, que puede prescindir de las estimaciones parciales salvo que sean una estimación sustancial de la mayor parte de lo pretendido por una de las partes) o vencimiento proporcional (en proporción aritmética, obviamente aproximada pero cercana a la aritmética, de la estimación de las respectivas pretensiones, mucho más ajustada a la estimación parcial tanto si es sustancial como si no lo es).

Por todo ello, **es conveniente que para evitar dudas acerca de la voluntad de las partes, se explicite brevemente cual es exactamente el sentido del pacto en materia de criterio a seguir en la imposición de las costas**. Y ello con mayor motivo si como sostiene la primera de las sentencias comentadas lo pactado en materia de costas debe ser interpretado «con la discrecionalidad de criterio que le otorgaban la LA (art. 37.6) y el Reglamento del TAB (art. 21)». Si bien, a nuestro entender,

la discrecionalidad de la ley tan sólo opera en defecto de pacto, que no es precisamente el caso enjuiciado; si es cierto que la escasa precisión de lo pactado por las partes en el Acto de Inicio ante la institución arbitral requiere acudir al Reglamento de la misma institución (3), aunque también en este caso concreto el mismo precepto de dicho reglamento contempla una previsión tan sólo «en defecto de acuerdo entre las partes...», por lo que entendemos que lo correcto sería interpretar la voluntad de las partes, como hace el árbitro, quien por cierto si establece en su laudo de un modo suficientemente preciso que entiende lo pactado por las partes como una referencia a que las costas «se impongan conforme al principio de vencimiento proporcional». Y llegados a este punto no compartimos el criterio de la sentencia comentada cuando considera que se ajusta a lo pactado por las partes el razonamiento del árbitro que funda su decisión (su proporción en la imposición de las costas que se aparta de la proporción en cuanto al estricto vencimiento de las pretensiones) en tres extremos, de los que el tercero ninguna relación guarda con el vencimiento proporcional, cual es: «3) Por otra parte, como se ha expresado en este Laudo, el origen último de la controversia se encuentra el defectuoso modo en que la Instada llevó la contabilidad de la Película». Y por ello es obligado preguntarse: ¿Qué relación guarda tal razonar con el vencimiento proporcional? ¿No se trata más bien de un razonamiento sobre mala fe o temeridad? De ahí que reiteremos, más si cabe, la **conveniencia de precisar mínimamente los conceptos jurídicos indeterminados que las partes plasman en los acuerdos en materia de costas** del arbitraje, además de utilizar una redacción lo más clara y precisa en tales pactos.

En la segunda sentencia comentada, las partes pactan seguir el principio del vencimiento absoluto, y el árbitro en su laudo razona que impone las costas por mitad porque «no existe un vencimiento absoluto dado que aunque la instante haya visto rechazadas sus pretensiones, también se han rechazado las excepciones procesales de la instada». Aunque en este supuesto la ausencia de arbitrariedad queda ampliamente justificada por la desestimación de las excepciones, tengo para mí que el criterio seguido por el árbitro no se ajusta precisamente a lo pactado: vencimiento absoluto. Más bien se sigue por el árbitro el criterio de razonabilidad de lo pretendido por las partes, pero el vencimiento absoluto que rige en la jurisdicción ordinaria se refiere al vencimiento de las pretensiones de las partes y a nuestro entender no puede equipararse a tales efectos (vencimiento) las pretensiones con las excepciones, de modo que viéndose plenamente desestimadas las pretensiones de las partes (sean principales o reconvenionales) debería estarse al carácter absoluto del vencimiento, en los términos pactados.

Una vez más quizá hubiera sido aconsejable precisar lo acordado en materia de costas haciendo referencia al vencimiento absoluto como imposición de las costas favorable a la parte cuyas pretensiones sean estimadas de forma íntegra, o en los términos y matices que las partes quisieran dar al de por sí preciso criterio del «vencimiento absoluto» en materia de costas.

## II. LÍMITE TEMPORAL DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE RECUSACIÓN: EL INICIO DEL ARBITRAJE Y LA ACEPTACIÓN DEL ÁRBITRO

### COMENTARIO A LAS SSTSJ MURCIA, SECC. 1.ª, DE 10 DE MARZO DE 2014 (PONENTE: MANUEL ABADÍA VICENTE) Y DE 21 DE FEBRERO DE 2014 (PONENTE: JUAN MARTÍNEZ MOYA)

**SSTSJ de Murcia de 10 de marzo de 2014, FJ 5.º:**

«... precisamente por ese carácter contractual del arbitraje, la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido con una o con las dos relaciones de este tipo. Haber mantenido este tipo de relaciones en el pasado puede ser una de esas circunstancias que deben ponerse en conocimiento de las partes, para que la que lo estime oportuno recuse, pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro.

En el presente caso la imparcialidad e independencia de D. Teodosio estaba asegurada, tanto en el pasado como desde el momento en que fue designado Árbitro, porque no le concernía relación alguna con las partes sometidas a arbitraje, ni mantiene con las partes relación personal, profesional o comercial. Eso es inquestionable en el caso enjuiciado, porque EL TIRO, S.L. no ha podido concretar ni una sola relación personal, profesional o comercial con INTERSA del Árbitro dirimidor del conflicto D. Teodosio.»

**SSTSJ de Murcia de 21 de febrero de 2014, FJ 5.º:**

«... la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido con una o con las dos relaciones de este tipo. Haber mantenido este tipo de relaciones en el

pasado puede ser una de esas circunstancias que deben ponerse en conocimiento de las partes, para que la que lo estime oportuno recuse, pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro.

15. En este caso, la estipulación dirigida al nombramiento del árbitro es clara. No admite dudas. Basta examinar el objeto de las cuestiones sujetas al arbitraje de equidad, el contexto procesal del conflicto entre las mismas (media un concurso de acreedores, hay procedimientos penales abiertos por supuestos delitos sobre propiedad industrial y societarios y operaciones financieras —pólizas de crédito—) para ponerlo en relación con los términos empleados para la designación del árbitro, donde se dice con meridiana claridad que “ha sido abogado común a ambas partes”, lo que aparece complementado con otros términos aclaratorios que revelan que lo que las partes dan por hecho de que dicho árbitro conoce ampliamente el panorama del asunto que lleva al arbitraje, cuando pactan también que “ todos los antecedentes de los diversos convenios, problemas y litigios que existen entre las partes o con terceros, y en los que ha intervenido el árbitro o el diverso personal profesional de su despacho, podrán ser tenidos en cuenta sin necesidad de que sean pedidos o aportados como prueba de las partes. Es decir, se da por hecho que el árbitro conoce los antecedentes.” El conocimiento que se explicita de las vinculaciones profesionales del árbitro con ambas partes, de la aceptación de ese estado de cosas, y de la confianza que se confiere al mismo en los términos pactados, impide ahora a una de las partes cuestione la independencia e imparcialidad del árbitro amparándose en hechos que no se consideran relevantes a los efectos de demostrar la parcialidad del árbitro en su actuación. Que el árbitro continúe siendo el letrado defensor de una de las partes en dos procedimientos penales que por su fecha son anteriores al convenio arbitral y que, además, no explican con fundamento por sí solos la influencia que sobre la imparcialidad del árbitro pudo tener en la resolución del arbitraje, no tiene entidad suficiente para, de manera extemporánea, denunciar, en abstracto, la falta de imparcialidad del árbitro, cuando los términos tan rotundos y claros de la estipulación no dejaban margen de duda sobre el conocimiento de los asuntos y la vinculación profesional del letrado con ambas partes...»

El arbitraje se sustenta sobre la base de la confianza de las partes en las personas que actúan como árbitros, puesto que su potestad «jurisdiccional» es convencional (surge de la autonomía de la voluntad) y esa confianza justifica la voluntaria sumisión a su decisión. Generar confianza, y por tanto disipar cualquier sombra de duda, en cuanto a la recta y ética actuación del árbitro, como tal árbitro, es esencial en esta institución jurídica.

Este carácter *cum fiduciae* de la sumisión arbitral y la ubérrima *fides* que caracteriza el arbitraje conllevan a nuestro entender la necesidad de atribuir una interpretación razonablemente amplia de las causas de abstención y recusación de los árbitros: «ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial» (4) (art. 17.1 LA) y poseer «las calificaciones convenidas por las partes» (art. 17.3 LA).

Por otra parte, la designación del árbitro debe respetar en todo caso el principio de **igualdad**. Cualquier procedimiento que hayan pactado las partes (o que prevea el reglamento de una institución) será válido siempre que no vulnere ese principio, que constituye un límite legal (art. 15.2 LA) a la autonomía de la voluntad y si se infringe, el convenio arbitral es nulo *ex lege*, más allá de la eventual concurrencia de motivos de recusación del árbitro así designado.

Sin embargo, a **diferencia del requisito imperativo de la igualdad en el nombramiento del árbitro, las causas de recusación (independencia, imparcialidad y calificaciones convenidas) tienen carácter dispositivo para las partes** (5). Los motivos de recusación tiene un carácter meramente tuitivo de las partes, y con ellas tan sólo se pretende salvaguardar una piedra angular del arbitraje: será tan ético e imparcial como lo sea la actuación del árbitro.

Como reconoce la propia exposición de motivos de la ley, «se trata de conceptos jurídicos indeterminados que habrán de ser interpretados e integrados por la jurisprudencia». No obstante, el propio texto legal se cuida de precisar que el árbitro «en todo caso, no podrá mantener con las partes **relación personal, profesional o comercial**» (art. 17.1 LA) y que deberá poseer «**las calificaciones convenidas por las partes**» (art. 17.3 LA vinculado al art. 15.6 LA), y que si el árbitro ha sido nombrado por la parte o ésta ha participado en su nombramiento «**sólo podrá recusarlo...** por las causas de las que haya tenido **conocimiento** después de su designación».

El estándar *imparcialidad* es un concepto jurídico propio en nuestro Derecho procesal, dado que se predica tanto de los jueces y magistrados (LOPJ) como de los peritos (LEC). En cambio el estándar *independencia* carece de ese referente normativo, puesto que la independencia judicial se refiere a la independencia como poder del Estado y a su inamovilidad (6). Por su parte, el hecho de que el árbitro **necesariamente** debe poseer las calificaciones convenidas por las partes, dependerá de que las partes las hayan acordado y de la precisión de los términos con que se lo hayan estipulado.

Los árbitros además de ser y permanecer im-

parciales ante las partes durante todo el arbitraje, deben colaborar con las mismas en el esclarecimiento de cualquier duda motivada o justificada, que pudieran albergar sobre su eventual dependencia o parcialidad (7).

En las dos sentencias comentadas el TSJ Murcia reitera que «**el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro**». No obstante, ¿lo que se proyecta sobre el futuro es el deber en sí mismo? y ¿desde cuándo y hasta cuándo se proyecta ese deber?

Analicemos por separado el aspecto temporal en las tres causas de recusación de los árbitros:

a) El **poseer las calificaciones convenidas** por las partes, no es en general una cuestión temporal, sino sobre su tenencia, aunque puede sobrevenir la pérdida de las mismas. En este sentido entendemos que dichas calificaciones deben tenerse **desde la aceptación como árbitro, y mantenerse durante el desarrollo de las actuaciones** (art. 38 LA), porque es un requisito convencional para *ser* árbitro y antes de aceptar el árbitro no lo es (art. 21.1 LA).

b) El deber de la **imparcialidad** se refiere al trato igualitario de las partes tanto *in procedendo*, lo que entronca con el principio de igualdad de armas y oportunidades procesales (art. 24 LA), como *in iudicando*, lo que implica no actuar en defensa o a favor de los intereses de una de las partes. Por ello entendemos que tal deber **debe cumplirse al menos durante el desarrollo del procedimiento arbitral**. No obstante, el art. 17.1 LA parece exigir la imparcialidad del árbitro *ab initio*, desde que se inicia el arbitraje, con el requerimiento del art. 27 LA (8), a pesar de que el árbitro aún no dirige el procedimiento arbitral ni resuelve el conflicto, porque aún no está constituido como tal árbitro.

c) El deber de **independencia** se refiere a la ausencia de relaciones de dependencia que puedan interferir en la decisión en cuanto al fondo, *in iudicando*, por lo que afecta al actuar del árbitro en tanto debe resolver el conflicto con «efectos de cosa juzgada» (art. 43 LA) y mientras ostenta su potestad arbitral de carácter jurisdiccional. No obstante, también aquí el art. 17.1 LA parece exigir la independencia del árbitro *ab initio*, desde que se inicia el arbitraje, con el requerimiento del art. 27 LA, a pesar de que el árbitro aún no está llamado a intervenir para resolver el conflicto, porqué aun no es árbitro.

En este sentido, debemos entender que en lo que atañe a la independencia y la imparcialidad, será causa de recusación los hechos acaecidos desde que se inicie el arbitraje. Momento que dependerá de lo pactado entre las partes al respecto (art. 27 LA), o de lo dispuesto en el reglamento arbitral sobre el particular [art. 4 b) LA], y en defecto de todo ello, desde la fecha

en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (art. 27 LA). Y a ello no obsta el inciso final del art. 17.3 LA sobre su conocimiento posterior a la designación, cuando se haya intervenido en el nombramiento del árbitro recusado, puesto que salvo que las partes hayan designado directamente al árbitro (supuesto que la norma exceptúa) la designación se sitúa, precisamente, entre el inicio del arbitraje y la aceptación por parte del árbitro.

Así, **el tiempo en que se conozca el hecho (la causa de recusación) es relevante para poderla invocar** de forma temporánea por quien nombra al árbitro o participó en su nombramiento, en cambio **el tiempo en que se produce el hecho es relevante para que sea causa de recusación en sí misma**. Tan sólo lo son las que se produzcan dentro de esos límites temporales.

En definitiva, entendemos que **los deberes de independencia e imparcialidad cuyo incumplimiento puede dar lugar a la recusación del árbitro, deben cumplirse del desde el inicio del arbitraje (arts. 17.1 y 27 LA) hasta la conclusión de las actuaciones arbitrales (art. 38 LA), mientras que el deber de poseer las calificaciones convenidas por las partes debe cumplirse desde la aceptación del árbitro (art. 16 LA) hasta la conclusión de las actuaciones arbitrales (art. 38 LA)**.

Sin embargo una cosa es el límite temporal del deber de independencia e imparcialidad, y con ello de los hechos constitutivos de su infracción, que hemos situado en el inicio del arbitraje, proyectándose tan sólo hacia el futuro, y otra muy distinta es que, sobre todo la imparcialidad como factor psicológico que es, puede tener su origen eficiente en circunstancias, hechos o relaciones muy anteriores en el tiempo. Y ello a pesar de que lo único jurídicamente relevante es que aquella circunstancia pasada se proyecte en un incumplimiento futuro del deber de imparcialidad, tras el inicio del arbitraje.

Nótese sobre este particular que en la primera de las sentencias comentadas el nombramiento del árbitro recae en el Decano de los Abogados de Murcia, quien al no aceptar designa él mismo al árbitro por haberlo pactado así las partes resultando designado el Diputado 1.º del Colegio de Abogados de Murcia, mientras que en el segundo caso en el propio convenio arbitral se designa como árbitro a quien fue abogado de ambas partes precisamente porque conoce los antecedentes.

Parece claro que el segundo supuesto los hechos en que es sustenta la recusación del árbitro (haber sido abogado de ambas partes **antes del inicio** del arbitraje) escapa de los límites temporales que señala el art. 17.1 LA, siendo además un abuso de derecho (art. 7 CC) contrario a la doctrina de los actos propios, al pretender, una vez conocido el contenido del laudo, desdecir-



se del nombramiento como árbitro de quien era conocedor del asunto y mantuvo también vínculos profesionales con todas las partes. En cambio en el primer supuesto, no puede sostenerse que las partes hayan nombrado al árbitro ni participado en su nombramiento, puesto que se trata de un nombramiento objetivo, al aplicarse un mecanismo de sustitución de la persona inicialmente designada por las partes. Tal árbitro es susceptible de recusación si se acredita una relación de dependencia con una de las partes o una actuación parcial (en interés o a favor de una de las partes), entre el inicio del arbitraje y la conclusión de las actuaciones arbitrales, tanto por hechos conocidos por las partes antes de su nombramiento, como por hechos posteriores.

Por todo ello, no compartimos la afirmación de las sentencias comentadas acerca de que la independencia e imparcialidad del árbitro «debe entenderse para el futuro, es decir para después de su designación, pero no comprende el pasado». La designación es relevante en cuanto al conocimiento de los hechos y por ello a la extemporaneidad de la denuncia de la causa de recusación, pero no como límite temporal de los hechos constitutivos de causa de recusación. **La independencia e imparcialidad del árbitro debe entenderse para el futuro, es decir para después de iniciado el arbitraje, pero no comprende el pasado.**



*ejecución sea necesario acudir a la tutela judicial. Mientras que el mediador no tiene la capacidad de resolver de forma vinculante el conflicto; de hecho, no lo resuelve, sino que, incluso cuando se le dota de la posibilidad de emitir una propuesta de solución, son exclusivamente las partes las que deciden asumirlo o rechazarlo. El acuerdo es, por ende, el fin del proceso mediador.*

3.º (...) se indica y se expresa que: "En el supuesto de desacuerdos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las partes deberán ponerse de acuerdo sin demora sobre el nombramiento de un experto independiente o árbitro, así como sobre los pormenores de este acto de conciliación". Es decir, de su contexto se desprende que la función de este experto es celebrar un acto de conciliación, entendido como mediación, atendiendo a lo regulado por el mentado art. 3 del Reglamento (CE). O sea, que ese experto, en caso de desacuerdo entre las partes, debe de interceder y mediar entre ellas, a los efectos de que puedan alcanzar un acuerdo amistoso. Del referido clausulado en modo alguno se colige, ni se deduce, que el experto pudiera tener como función iniciar un procedimiento arbitral; sin poder olvidar, ni ignorar, además, que en caso de que hubiere alguna duda al respecto, ésta ha de interpretarse de forma restrictiva y resolverse siempre en contra de la existencia de arbitraje, el cual, por ende, no puede ser impuesto a alguna de las partes.

Pero es más, en el propio art. 23 de constante referencia, se recoge al final que: "Ello no afectará al derecho de las partes a acudir a un Tribunal nacional", lo cual, obviamente, viene a comportar asimismo, que en el supuesto objeto de examen quede efectivamente excluida que la controversia pueda resolverse por medio de arbitraje.»

En el diseño y redacción de los convenios de sumisión a arbitraje conviene emplear términos claros y precisos, sin recurrir a requisitos

convencionales de procedibilidad de la acción, ni a especiales complejidades procedimentales. En todo caso es aconsejable utilizar expresiones unívocas e inequívocas en lo que se refiere a la voluntad de «sumisión a arbitraje» sin emplear eventuales expresiones que puedan resultar incompatibles o simplemente poner en duda aquella expresa voluntad de someterse a la decisión de árbitros (9). Y por último conviene expresa de forma clara y precisa que dicha sumisión engloba a «cualquier controversia derivada del contrato o acto jurídico» de que se trate, es decir en donde se inserta el pacto arbitral, o en su caso que excluya de forma clara y precisa aquellas materias que las partes quieran excluir de la sumisión a arbitraje.

Una redacción que, por desconocimiento, por plagio de textos de otra cultura jurídica o por un desaconsejable abuso de «ingeniería jurídica» en el pacto de arbitraje, que haga del mismo un texto impreciso, ambiguo, y en general necesitado de hermenéutica, incurre en un notable riesgo de peregrinaje diametralmente opuesto a una de las principales finalidades del arbitraje: la celeridad en la resolución del conflicto.

La praxis arbitral pone de manifiesto la importancia de todo ello: resulta absurdo, y prácticamente Kafkiano como por desgracia he tenido ocasión de vivir, tener que destinar más de uno o dos años a discutir en sede arbitral y/o judicial la recta interpretación de un pacto de sumisión a arbitraje, cuando lo que realmente se pretendía con el mismo era poder alcanzar una solución ágil, sin dilaciones innecesarias de la controversia, sin tener que acudir a los Tribunales de justicia ordinarios, del Estado. Una solución ágil y rápida del fondo del litigio, que en este estadio de mera interpretación del pacto arbitral, ni tan sólo se ha iniciado.

El pacto de sumisión a arbitraje, igual que el de sumisión a mediación u otra forma de ADR,

### III. DELIMITACIÓN ENTRE ARBITRAJE Y ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR): INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL PACTO DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

#### COMENTARIO A LA STSJ CATALUNYA, SECC. 1.ª, DE 9 DE DICIEMBRE DE 2013 (PONENTE: ENRIQUE ANGLADA FORS)

FF. JJ. 2.º y 3.º:

«2.º (...) frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación "una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos...".»

Una vez que la Ley 5/2012 (Disposición Final Tercera), ha asimilado la mediación al arbitraje en orden a sustraer el conocimiento del conflicto a los jueces mediante la fórmula de la declinatoria (art. 63.1 LEC), la principal diferencia consiste en que en el arbitraje el árbitro resuelve, como lo hace un juez, pero con un alcance más limitado; en todo caso, resuelve sobre el fondo del conflicto a través del laudo vinculante, aunque para su

debe ser lo más claro y preciso posible, y evitar una hermenéutica que pueda dar lugar a un peregrinaje previo al inicio de lo que «finalmente se entienda» querían pactar las partes. Peregrinaje (de mera interpretación del pacto) que puede consumir un largo tiempo sin, tan siquiera, haber iniciado el procedimiento para la solución del conflicto en cuanto al fondo de la controversia.

En este sentido, en la sentencia comentada, las partes pactaron someter sus controversias a «un experto independiente o árbitro» (hasta aquí parece claro el pacto arbitral) pero siguieron estipulando las partes que ellas mismas acordarían a *limine litis* «los pormenores de este acto de conciliación» (ahora ya no parece tan claro si se está pactado un arbitraje o una forma de ADR), y aún para complicarlo más en sus pactos las partes hacen referencia a la función de «mediación» de ese tercero cuya intervención «no afectará al derecho de las partes a acudir a un Tribunal nacional».

## NOTAS

(1) Se regula con mayor libertad para el árbitro que en la Ley de 1988. En ella, en defecto de acuerdo, se remitía de forma directa a la temeridad o mala fe, sin permitir a los árbitros estimar más adecuado a las circunstancias del caso otro criterio como el del vencimiento, objetivo o atenuado.

(2) No obstante, el último de los conceptos reseñados en el art. 37.6 LA constituye una cláusula en blanco que permite cierto margen de discrecionalidad en su interpretación, aunque exige que se trate de gastos que efectivamente tengan su origen (y no sólo su destino) en el procedimiento, de donde se debe colegir que tanto los gastos generados en el desarrollo de las actuaciones del procedimiento arbitral por la obtención o ejecución de las pruebas admitidas por el árbitro (admisibles, pertinentes y útiles) como por las traducciones de documentos ordenadas por el árbitro (necesarias, sin perjuicio del idioma del arbitraje), entre otros conceptos, deben entenderse incluidas en las costas, salvo pacto en contrario, o previsión al respecto en el Reglamento de la institución [art. 4 b) LA].

(3) Nótese que el art. 21 del Reglamento del TAB que transcribe la propia sentencia que comentamos dispone se limita a disponer que: «En defecto de acuerdo de las partes el sistema de costas se regirá por el vencimiento, pudiendo imponerse por parte del árbitro un porcentaje inferior si el vencimiento no fuese total. No obstante, en cualquier caso, el árbitro tendrá la libre potestad de efectuar una condena en costas por temeridad o mala fe arbitral». El carácter supletorio de la norma respecto de la voluntad de las partes, entendemos que impide su aplicación, incluso como pauta de integración, cuando las partes han suscrito un pacto ad hoc en la materia, puesto que lo que prevé dicha norma es que el árbitro aplicará el criterio del vencimiento absoluto, aunque se le reserva la facultad de poder imponer las costas de modo proporcional, es decir en «un porcentaje inferior si el vencimiento no fuese total». No es una pauta hermenéutica del

De todo este despropósito de contradicciones es quizá lo último lo que, con acierto, le sirve al TSJ Catalunya para descartar al arbitraje como verdadera voluntad de las partes, por cuanto su dicción de compatibilidad entre lo convenido por las partes y la jurisdicción ordinaria, tan solo puede predicarse de las ADR pero no del arbitraje, que precisamente la excluye. Y ello es lo que lleva al Tribunal a afirmar que «en caso de que hubiere alguna duda al respecto, ésta (la sumisión a arbitraje) ha de interpretarse de forma restrictiva y resolverse siempre en contra de la existencia de arbitraje, el cual, por ende, no puede ser impuesto a alguna de las partes».

Además no debemos olvidar que en el caso de la sentencia que comentamos, todo ello se debate en sede judicial en el marco de un procedimiento de nombramiento judicial de árbitros, lo que conlleva la «pérdida» de un tiempo absurdo, el pago de unas costas judiciales innecesarias y el desprestigio social

pacto en materia de costas, como parece dar a entender la sentencia comentada, sino un criterio que tan sólo es de aplicación «en defecto de acuerdo entre las partes».

(4) Ello enlaza con la obligación de todo árbitro de «revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia» debiendo revelar «a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida» y pudiendo las partes en cualquier momento «pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes» (art. 17.2 LA).

(5) El árbitro «podrá ser recusado» conforme al art. 17.3 LA, disponibilidad que entendemos que tan sólo alcanza a las partes y para el caso concreto, pero no al reglamento de la institución, puesto que no se admite una renuncia al derecho de recusar que entendemos nula —ex art. 17.1 LA— sino que lo que permite la Ley es la renuncia a recusar al árbitro una vez haya sido nombrado como potestad que tienen las partes.

Tal dispensa debe entenderse incluso tácita como parece desprenderse del art. 18.3 LA, cuando prevé que la recusación puede hacerse valer en la impugnación del laudo si no prospera la planteada ante el árbitro, por lo que de no plantearse ante el árbitro ya no cabrá plantarla ex novo en sede de anulación del laudo. Y no es óbice para que tan sólo quepa aceptar de forma tácita los motivos de recusación que fuesen notoriamente conocidos por las partes y no así los desconocidos: ¿qué sucede si las partes conocen los motivos de recusación tras el laudo? Entendemos que en tal caso, previa acreditación de tal nova reperta deberán poder introducir la recusación a través de la acción de anulación.

(6) Tal y como nos recuerda la AP Madrid, Secc. 11.ª, en su sentencia de 26 de febrero de 2008: «... Generalmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un

de la «justicia alternativa» en general y del arbitraje en particular.

Y en este sentido, la necesidad de atino, sencillez y claridad en los pactos de arbitraje, y en los de ADR en general, adquiere mayor relevancia si tenemos en consideración que tanto en la designación judicial del árbitro (art. 15.5 LA) como su remoción [art. 19.1 a)] y al plantearse declinatoria (art. 65.1 LEC) el juez está llamado a valorar la existencia de convenio arbitral, por lo que es evidente el riesgo de caer en un peregrinaje judicial para decidir meras cuestiones formales de quienes precisamente pretendían evitar la intervención judicial para resolver el fondo de la controversia. El convenio arbitral es tan solo un instrumento contractual para poder resolver la controversia a través de un arbitraje, por lo que conviene prestar atención a una redacción sencilla y clara del convenio arbitral que evite la futura necesidad de su integración o hermenéutica. Que un árbol no nos impida ver todo el bosque. ■

deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar. Ahora bien, el requisito de la independencia no garantiza en sí mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser parcial».

(7) La ley exige que el árbitro se abstenga de conocer cuando concurren esas mismas circunstancias que «puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia» revelando su concurrencia a las partes sin demora. No obstante su incumplimiento, si ello fuese conocido por las partes tan sólo podría dar lugar a una eventual responsabilidad del árbitro por los daños y perjuicios que causare, pero no podría afectar a la validez del laudo (art. 6 LA). En cambio de ser desconocido por las partes, a pesar de que la Ley dispone que estas en cualquier momento del arbitraje podrán «pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes», su carácter dispositivo y el desconocimiento de las partes que sirve de premisa a la norma impide considerar que la omisión de tal solicitud de aclaraciones constituya per se una renuncia tácita a las facultades de recusación ex art. 6 LA.

(8) Sobre este particular puede verse un extenso comentario en MUNNÉ, F., «Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje», Anuario de Justicia Alternativa, núm. 5, Ed. Bosch, 2004, pág. 107.

(9) En la anterior Ley 36/1988 se exigía en el pacto de sumisión a arbitraje una «voluntad inequívoca de someter a la decisión de árbitros y de cumplir con el laudo arbitral». Ello dio lugar a diversas críticas doctrinales por cuanto la voluntad es o no es pero no puede ni debe calificarse de equívoca o inequívoca. Lo puede ser equívoco son los términos o las palabras que se utilicen si no son claras y precisas, pero ello no es un requisito legal del pacto de sumisión a arbitraje (como daba a entender el precedente texto legal) sino un mero consejo en aras de evitar los riesgos que, como veremos, conlleva una redacción confusa.



## Preguntas con respuesta

La mediación y el arbitraje a consulta

LA LEY 4803/2014

# Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta

En el ámbito de las inversiones internacionales son frecuentes los tratados bilaterales o multilaterales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras en las que tanto las compañías privadas como los poderes públicos acuerdan dirimir las eventuales reclamaciones futuras por cauces distintos a la justicia del Estado receptor de la inversión, incluso como elección alternativa para el inversor.

Jorge Luis COLLANTES GONZÁLEZ

Licenciado en Derecho por la UIC (Barcelona). Director del Postgrado en Derecho de las Inversiones Internacionales y Arbitraje del ICAB

## EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ¿ES LA JUSTICIA DE LOS ESTADOS LA ÚNICA VÍA PROCESAL PARA DIRIMIR RECLAMACIONES DERIVADAS DE ACTOS DE ADMINISTRACIONES Y PODERES PÚBLICOS?

En los últimos años, la prensa ha dado cuenta a la opinión pública de casos en los cuales inversores extranjeros reclaman, por la vía del arbitraje, contra Estados por actuaciones de sus administraciones y poderes públicos, iniciándose así procedimientos arbitrales en los que el objeto de la controversia se relaciona con una inversión. Es lo que ha ocurrido en distintos asuntos como, por ejemplo, *Repsol vs. Argentina*, *Iberdrola vs. Guatemala* o el asunto de las Fotovoltaicas en España.

Jurídicamente, la posibilidad de que un inversor pueda acudir al arbitraje no es novedad y está contemplada en tratados internacionales, sean tratados bilaterales como los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones (en adelante APPRIs) (conocidos en inglés como *Bilateral Investment Treaties* o por sus siglas BITs); o sean tratados multilaterales como el Tratado de la Carta de la Energía (art. 26) o el Tratado de Libre Comercio de Norte América (TLCAN) firmado entre Canadá, Estados Unidos y México (arts. 1119 y ss.).

En este sentido, bajo la figura del arbitraje de inversión, un inversor extranjero puede acudir al arbitraje como mecanismo de solución de controversias aparecidas entre este y las autoridades o administración del Estado receptor de la inversión, pudiendo entablar demandas contra un Estado por el comportamiento o actuaciones de sus entes, instituciones o gobiernos, incluidos gobiernos locales y regionales.



En este escenario, la nacionalidad del inversor juega un papel importante porque, en gran medida, los tratados internacionales suscritos por el Estado de su nacionalidad (y algunas veces el de su residencia) son instrumentos que permiten al inversor tomar acciones legales contra el Estado receptor de su inversión.

### 1. El arbitraje de inversión en los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones

Centrados en los APPRIs/BITs y en la política seguida por España en este tipo de tratados, cabe decir que España tiene suscritos alrededor de setenta APPRIs con Estados de distintas latitudes, economías y regímenes políticos, tales como Indonesia, Uruguay, Perú, China, Rusia, Marruecos, Cuba, Vietnam, Uzbekistán, entre otros países.

Los APPRIs suelen especificar a quienes se ha de considerar como inversores (personas físicas y jurídicas que, de cara al arbitraje, pueden ser parte en un procedimiento arbitral); indican lo que se ha de entender por inversión (lo cual está ligado al objeto de la controversia en un eventual procedimiento arbitral); y, a la vez, establecen normas vinculantes relativas a expropiaciones, tratamiento de la inversión, transferencia de las rentas de la inversión, etc. (normas cuyas transgresión puede dar lugar a demandas y litigios). E incluso, estos tratados bilaterales suelen contener la llamada cláusula de la nación más favorecida, cláusula mediante la cual un inversor se podría beneficiar de mejores condiciones o facilidades que otro BIT/ APPRI pudiera ofrecer a inversores de una nacionalidad que este no posee.

### 2. El arbitraje en los APPRIs/BITs a modo de ejemplo: los APPRIs España-Argentina y España-Chile

Los APPRIs en los que España es Parte contratante contienen previsiones de arbitraje dentro de los mecanismos de solución de controversias; pero no de manera homogénea. Pues, en algunos APPRIs el inversor puede elegir si acude directamente al arbitraje o a la justicia ordinaria. Un APPRI en el cual el inversor tiene esta facultad de elección es el APPRI España-Chile, mientras que otro APPRI, como el APPRI España-Argentina, no contiene precepto similar a favor del inversor.

Concretamente, el art. 10 del APPRI España-Chile señala que:

«1. Toda controversia... entre una Parte Contratante y un inversionista... será... solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el pfo.

3. Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación o elección del inversionista:

- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965...

- A un Tribunal de arbitraje ad hoc...

...

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.»

Por su parte, el APPRI España-Argentina prevé una fórmula similar pero a la vez distinta; ya que si bien igualmente establece procurar una solución amistosa, si tal intento amistoso fracasara entonces el inversor se vería compelido a iniciar la vía judicial ante los tribunales del Estado receptor de la inversión (art. X.2). Pues, siguiendo el tenor literal del APPRI España-Argentina, el inversor no tendría la posibilidad de elegir como ocurre con el APPRI España-Chile, sino que aparentemente podría ir a la vía arbitral en los siguientes casos tasados: si no hay una solución judicial sobre el fondo del asunto trascurridos dieciocho meses, si la controversia persiste tras la decisión judicial, o si las partes (Estado e inversionista) así lo hayan convenido (art. X.4).

Es decir que en algunos casos y dependiendo del APPRI en juego, el inversor habría de acudir al aparato judicial del Estado receptor de la inversión antes de acudir a la vía arbitral (tenor del APPRI España-Argentina), mientras que en otros casos el inversor podría acudir directamente a la vía arbitral (tenor del APPRI España-Chile).

No obstante, la posibilidad de que un inversor pueda elegir, o no, el mecanismo arbitral presenta matizaciones en la práctica, matizaciones en virtud de una interpretación de la llamada cláusula de la nación más favorecida en el sentido de reconocer al inversor la posibilidad de acceder a un tratamiento procesal más favorable previsto en otro tratado, facilitándole acudir a directamente a la vía arbitral aun cuando el APPRI que le cobija en razón de su nacionalidad no le permita directamente esta opción. Es lo que ocurrió en el asunto *Maffezini*.

### 3. La cláusula de la nación más favorecida en relación al arbitraje de inversión

En el conocido asunto *Maffezini*, un inversor de nacionalidad argentina demandó a España sobre la base del APPRI España-Argentina, acudien-

do a un arbitraje en el marco del CIADI. España planteó una excepción de jurisdicción respecto del CIADI y objetó la competencia del Tribunal arbitral constituido, alegando que el inversionista argentino no había cumplido con los requisitos exigidos en el art. X del APPRI España-Argentina que hemos descrito.

Al respecto, el Tribunal arbitral desestimó la citada objeción de España en tanto que, en resumen, el Tribunal reconoció al inversionista argentino demandante la posibilidad de acogerse al tratamiento procesal más favorable recogido en el APPRI España-Chile, el cual —subrayamos— permite acudir directamente al arbitraje a elección del inversor (Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, de 25 de enero de 2000).

Cabe apreciar que hay jurisprudencia arbitral en materia de inversiones que sigue la línea del asunto *Maffezini*, pero es necesario dar cuenta que hay otra jurisprudencia arbitral que parece rechazar que la cláusula de la nación más favorecida pueda ser interpretada de manera que abarque los mecanismos de solución de controversias previstas en otro tratado, tal como se aprecia en casos como los asuntos *Salini Costruttori Spa vs Jordania* (Decisión sobre jurisdicción, de 9 de noviembre de 2004), *Plama Consortium Limited vs Bulgaria* (Decisión sobre jurisdicción, de 8 de febrero de 2005), *Telenor Mobile Communications vs Hungría* (Laudo de 13 de septiembre de 2006), *Daimler Financial Services AG vs Argentina* (Laudo de 22 de agosto de 2012).

En este panorama, cobra especial interés el principio *kompetenz-kompetenz*. Mediante este principio, en el escenario del arbitraje internacional, son los árbitros los llamados a decidir sobre su propia competencia sobre un asunto determinado.

### 4. Arbitraje de inversión sin APPRI

Cabe decir que si bien los Estados dan su consentimiento al arbitraje de inversión a través de los APPRIs (en tanto que le reconocen como mecanismo de solución de controversias en un instrumento vinculante), también cabe decir que nada impide que los inversores cuyos países no tengan APPRI puedan acordar, con el Estado receptor de su inversión, someter sus controversias a arbitraje, tal como puede ocurrir con la inclusión de un acuerdo arbitral dentro de un contrato público.

### 5. El ordenamiento aplicable en el arbitraje de inversión

Desde una macro perspectiva en la disciplina del arbitraje de inversión, es apreciable que las partes de una controversia sometida a arbitraje (inversor y Estado) pueden acordar el ordenamiento aplicable al fondo del asunto en un contexto en el cual no se ha de olvidar el sistema de fuentes del Derecho internacional.

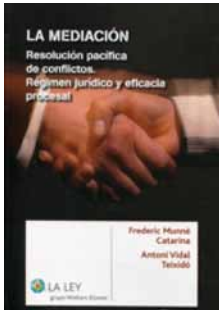
En este contexto, cabe decir que los mismos APPRIs suelen establecer cuál es el ordenamiento aplicable por los árbitros para dirimir una controversia. Este ordenamiento puede ser las mismas disposiciones de un APPRI sobre el cual se fundamenta el mecanismo arbitral (ya que, recordemos, contiene normas sobre trato a inversiones), el Derecho del Estado receptor de la inversión (incluyendo sus normas de conflicto, lo que nos ubica en un tema clásico de Derecho internacional privado), la costumbre internacional (lo que nos lleva directamente al ámbito del Derecho internacional público), así como los principios generales del Derecho y los principios del Derecho internacional en materia de la controversia. ■



## rincón

### DELECTURA

LA LEY 5215/2014



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

**Autores:** MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A.

**Edita:** Editorial La Ley, Madrid 2013, 221 páginas

**S**e 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.

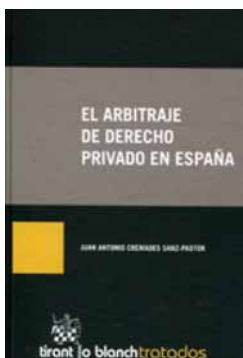
Todo ello, sin olvidar las técnicas de mediación y el procedimiento a seguir durante las sesiones de mediación, así como los efectos derivados de la misma, que puede dar lugar a un acuerdo con fuerza ejecutiva, abordando por último las cuestiones derivadas de su ejecución, así como de la oposición a 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.



## rincón

### DELECTURA

LA LEY 5217/2014



## El arbitraje de derecho privado en España

**Autores:** CREMADES SANZ-PASTOR, J. A.

**Edita:** Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2014, 471 páginas

**P**ocas son las firmas que negocian con el extranjero y no suscriben cláusulas compromisorias para resolver las eventuales diferencias. El arbitraje es hoy el método normal de solución de conflictos en las relaciones internacionales de derecho privado. Al abogado le permite acompañar jurídicamente a su cliente en su andadura exterior: aunque pueda hacerlo en teoría, no se pondrá la toga para defenderlo ante un Tribunal de Berlín, pero sí que lo asistirá eficazmente en un arbitraje contra una empresa alemana.

El apoyo dado recientemente por el legislador y por nuestros jueces a este modo contractual de resolver las discrepancias hace que también se desarrolle en el ámbito interno, ampliándose su aplicación a nuevos temas como los societarios, familiares o sucesorios.

El presente libro da la visión práctica sobre esta institución de quien desde hace más de cuarenta años es árbitro y abogado en arbitrajes internacionales e internos, habiendo formado parte, durante tres décadas, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, decano de los centros de administración de arbitrajes y uno de los más reputados del mundo.



## Biblioteca

LA LEY 5219/2014

### Últimas publicaciones en materia de mediación y arbitraje

- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y arbitraje: los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Civitas, 2014, 871 págs.
- GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, Pedro María, *Materiales para la práctica de la mediación: esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza*, Ed. Aranzadi, 2014, 333 págs.
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco y GARAU SOBRINO, Federico (coordinadores), *Mediación en materia civil y mercantil: análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, 509 págs.
- GISBERT POMATA, Marta y DÍEZ RIAZA, Sara, *El Contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Ed. Civitas, 2014, 366 págs.
- MORENO TARRÉS, Eloy et al., *Asesoramiento y habilidades profesionales del abogado: especial consideración a la mediación, arbitraje y conciliación*, Ed. Bosch, 2014, 589 págs.
- GANDÍA SELLENS, María Aránzazu, *El Arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Ed. Aranzadi, 2014, 231 págs.
- AZNAR GINER, Eduardo, *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, 194 págs.
- SANCHÍS CRESPO, Carolina, *Mediación y comunidades de vecinos: un nuevo modo de solucionar viejos conflictos*, Ed. Civitas, 2013, 243 págs.
- ÁLVAREZ TORRES, Manuel et al., *Mediación civil y mercantil*, Ed. Dykinson, 2013, 168 págs.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Resolución de disputas en línea (RDL): las claves de la mediación electrónica*, Ed. Reus, 2013, 287 págs.
- PEREIRA PARDO, María del Carmen et al., *La Mediación paso a paso: de la teoría a la práctica*, Ed. Dykinson, 2013, 266 págs.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis, *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*, Ed. Francis Lefebvre, 2013, 331 págs.
- REAL FLORES, Miren Josune, *¿Cómo mediar en asuntos civiles y mercantiles?*, Ed. Gomylex, 2013, 348 págs.



NOVEDAD

AUTORA:  
**María Flora  
 Martín Moral**

## El concurso de acreedores y el arbitraje

Estudio pormenorizado de la relación entre el concurso de acreedores y el arbitraje

Ficha técnica versión papel:  
 Páginas: 312 / Encuadernación: Rústica / ISBN: 978-84-9020-319-4.

 Wolters Kluwer  
 LA LEY

ADQUIERA AHORA SU EJEMPLAR  
 902 250 500 tel.  
 Internet: <http://tienda.wke.es>  
 smarteca: [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)



Versión papel con 5% de dto.

PVP: ~~42,31 €~~ (+IVA)  
 AHORA: 40,19 € (+IVA)

Versión digital (smarteca)  
 36,36 € (+IVA)

 smarteca



 LA LEY  
 diario

#### PUBLICIDAD

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)  
 Tel.: 902 250 500  
 e-mail: [publicidad@wke.es](mailto:publicidad@wke.es)

#### SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502  
 e-mail: [clientes@wke.es](mailto:clientes@wke.es)

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

Tel.: 902 250 502 / e-mail: [diariolaley@wke.es](mailto:diariolaley@wke.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 Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià

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

Printed in Spain

 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