**TEMA 79. LA TRANSACCION. EL ARBITRAJE. LA MEDIACIÓN. LA CONCILIACIÓN.**

INTRODUCCIÓN

La doctrina clásica diferenciaba dos modos de resolución de conflictos:

* “Autocomposición”, vg la transacción.
* “Heterocomposición”, medios en los que un tercero (juez o árbitro) pone fin a la controversia mediante una decisión, en forma de sentencia o laudo.

Sin embargo, desde el último cuarto del siglo XX se abre paso una corriente alternativa que defiende un cambio de paradigma en la Administración de Justicia, cuyas bases serían:

* recuperar la “libertad” como medio de resolución de conflictos
* potenciar la “cooperación” como estrategia racional de toda negociación (win-win approach –yo gano, tu ganas-)
* buscar “alternativas” a la Jurisdicción, ante sus actuales retrasos y deficiencia.

Ese cambio tiene su origen en Estados Unidos, que es donde surgen los *ADR* (mecanismos alternativos de resolución de conflictos). Se trata de ofrecer a los ciudadanos y las empresas distintas opciones para la “gestión del conflicto”, entre otros:

*transacción*

negociación por medio de un tercero neutral (*mediación* y *conciliación)*

justicia alternativa (árbitros)

solo como última ratio la Jurisdicción

#### LA TRANSACCIÓN

Su concepto legal

Art 1809 La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo, o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

Según Ruggeri son tres los elementos que la caracterizan:

· res dubia o litigiosa subjetiva (es decir, para las partes implicadas)

· intención de las partes de alcanzar la certeza en dicha relación controvertida sin acudir a los Tribunales.

· por último, a diferencia de las renuncias o allanamientos (en los que sólo se sacrifica una de las partes), recíproca concesión de ambas, que no tienen que ser equivalentes.

NATURALEZA. Se discute si tiene carácter traslativo o declarativo de los derechos que a cada parte se adjudican.

* La tradición romanista aplica el aforismo "*transigere est alienare*", atribuyéndole efectos traslativos y novatorios.
* Sin embargo, la mayoría de la doctrina moderna entiende que la transacción tiene carácter meramente declarativo (ya que lo que se renuncia no es la cosa o derecho, sino la pretensión que sobre ellos tenía una de las partes). En consecuencia:
* Ni las partes están obligadas al saneamiento de los derechos que reconocen, ni la transacción puede servir de título para la usucapión.
* No obstante, advierte GULLON, ello no impide que junto a la transacción pura (sobre los derechos controvertidos) pueda haber una transacción compleja en la que, además, se hagan concesiones sobre derechos distintos, en cuyo caso, tendrá respecto a éstos últimos naturaleza traslativa

SUJETOS. Dos o más personas entre las que surgen discrepancias acerca de una relación jurídica cualquiera.

Capacidad. Parece acoger el Código la regla "transigere *est alienare*", pues:

**Art 1810 Para transigir** sobre **los bienes y derechos de los hijos bajo la PATRIA** POTESTAD, se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos.

Se aplicará por tanto el régimen del artículo 166 (causa justificada de utilidad o necesidad y autorización judicial para transigir sobre ciertos bienes de gran valor)

Respecto de los menores emancipados, será preciso el consentimiento de los padres o curador, conforme al artículo 323, para transigir sobre los bienes en él enumerados.

Art 1811 El TUTOR no puede transigir sobre los derechos de las persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código.

Según el 271.3, el tutor necesita autorización judicial para transigir o someter a arbitraje cuestiones en las que el tutelado estuviera interesado.

Art 1812 Las CORPORACIONES que tengan personalidad jurídica, sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.

Tratándose de bienes del Estado se estará al art 31 Ley Patrimonio Administraciones Públicas 3 de noviembre de 2003: “no se podrá transigir judicial o extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del patrimonio, ni someter a arbitraje las contiendas que se suscitan sobre los mismos, sino mediante RD acordado en el Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.

MANDATARIOS. Según el art 1713 para transigir se necesita mandato expreso.

¿Qué significa “expreso” en el art. 1713? La desconcertante STS 6 de noviembre de 2013 pareció dar al traste con los poderes generales: Frente a la práctica inveterada, esta sentencia interpreta que el mandato para ser expreso requiere de “una designación concreta del objeto para el cual se confiere”. Se apoya en otra STS anterior, de fecha 26 de noviembre de 2010, relativa a una transacción, en la que se exigió además, a fin de considerar expreso el poder, no sólo la especificación de los bienes sobre los habría de recaer tal transacción sino también precisar el conflicto al que se refería la transacción (“en términos objetivos y subjetivos”).

Ante semejante doctrina se corre el riesgo de que cualquier apoderamiento al uso se considere insuficiente. La doctrina, mayoritariamente, ha realizado una interpretación casuística de ambas sentencias: no serían susceptibles de ser entendidas fuera de las particulares circunstancias que a ellas dieron lugar (una donación exorbitante y una transacción muy específica). Remisión a tema 76.

OBJETO

Podrán ser objeto de este contrato todos aquellos bienes o derechos que sean objeto del litigio que se pretende evitar, siempre y cuando sean renunciables y disponibles. Por ello:

Art. 1813 Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.

Art. 1814 No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.

Artículo 151 No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.

Respecto a las cuestiones matrimoniales, hay que tener en cuenta que tras la reforma de 1981 han quedado contractualizados algunos aspectos hasta entonces sustraídos a la voluntad de las partes, admitiéndose su tratamiento en convenio regulador.

Tampoco podría ser objeto de transacción los derechos de la personalidad ni la legítima futura (art 816). Y el art 751 LEC establece la indisponibilidad del objeto de procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

FORMA. No se impone ninguna forma especial, ahora bien, la transacción que recaiga sobre inmuebles, no perjudica a tercero si no se otorga en EP y se inscribe el RP (art 144 LH y 240 RH).

Artículo 144 LH. Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos.

En cuanto a la extensión e interpretación de sus cláusulas, la transacción es de interpretación estricta.

Art 1815 La transacción no comprende sino los objetos expresados determinantemente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma.

La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción.

EFECTOS

Art. 1816 La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

A los efectos del último inciso de este precepto se plantea la cuestión de determinar cuando la transacción es o no judicial. Dos criterios:

* Según unos, la transacción extrajudicial es la que evita la provocación de un pleito, mientras que en la judicial le pone término.
* Pero la mayoría de la doctrina entiende que será judicial la transacción si se lleva a cabo ante el órgano judicial, que ex art 19 LEC la homologará si se cumplen los requisitos de capacidad y objeto transigible. Por el contrario, será extrajudicial cuando, se realiza al margen de todo proceso

Señalar que dentro del juicio ordinario, EN LA COMPARECENCIA PREVIA SE EXIGE PODER ESPECIAL al procurador de la parte PARA renunciar, allanarse o transigir, en los términos del art. 414LEC

Artículo 414. Una vez contestada la demanda… una audiencia… para

* intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso
* examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto
* fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes
* y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

Cuestión debatida es la de si el incumplimiento de lo acordado en la transacción faculta a las partes a solicitar la resolución por incumplimiento, con el consiguiente renacimiento de la relación litigiosa.

* Creemos que *en la transacción judicial*, al equipararse a la sentencia, no cabe irrevocabilidad. Pero SÍ *en la transacción extrajudicial* (no tendría sentido obligar en todo caso a acudir a un procedimiento ordinario declarativo para ejecutar lo que se convino). Esta postura positiva fue sostenida por la STS de 11/6/87.
* Bien entendido que el TS ha señalado que la homologación judicial de la transacción no modifica su naturaleza contractual y que por tanto es susceptible de impugnación, como todo contrato, cuando haya vicios del consentimiento (son susceptibles de nulidad y rescisión).

Art 1817 La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de este Código.

Es la regla general. Pero existen reglas especiales

Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado”.

Art. 1818. El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe.

Art. 1819. Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, por ésta pedir que se rescinda la transacción.

La ignorancia de una sentencia que pueda revocase, no es causa para atacar la transacción.

#### EL ARBITRAJE

El Cc regulaba el compromiso en los arts 1820 y 1821, los cuales fueron dejados sin contenido por la antigua Ley de Arbitraje de 1988, que además derogó la anterior ley de 1953. En la actualidad rige la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 que fue objeto de sustancial modificación por la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. En la actualidad ambos términos tienen un significado distinto:

* El arbitraje puede definirse como la institución por la cual se alcanza la solución de controversias privadas por medio de la decisión de un particular, con exclusión de autoridad judicial.
* El compromiso o CONVENIO ARBITRAL es el acuerdo por el cual las partes someten la solución de su controversia a la decisión de un tercero.

Art 9  El convenio arbitral, que podrá adoptar la FORMA de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá

expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje (OBJETO)todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

SUJETOS. Pueden celebrar el convenio arbitral quienes sean capaces de contratar y tengan poder de disposición sobre la materia objeto del mismo. Rigen los arts. 271.3 CC (que exige autorización judicial para que el tutor pueda *“transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado*") y 1713 (mandato expreso).

El art. 11 LA regula los EFECTOS del convenio arbitral:

* Efecto “positivo”: obliga a las partes a cumplir lo estipulado
* Efecto “negativo”: impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante *declinatoria*.

NATURALEZA. Se discute la naturaleza procesal o material del arbitraje. La mayoría de los civilistas defienden esto último porque:

· el árbitro carece de poder jurisdiccional o potestas, derivando sus facultades del convenio entre las partes y siendo su responsabilidad contractual

· la capacidad y legitimación para comprometer es la de disponer y no la procesal

ÁMBITO

Art 1 Esta ley (LA 2003) se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.

…

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales.

Como se observa, la ley española sigue el sistema monista, que unifica, salvo algunas especialidades, el arbitraje interno y el internacional, pues toma como base la Ley Modelo de UNCITRAL.

Art. 3 El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

Que el lugar del arbitraje, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones… o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

OBJETO

Art 2 Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre “MATERIAS DE LIBRE DISPOSICIÓN” conforme a derecho.

Esta expresión ha planteado dificultades particularmente en arbitraje testamentario y societario.

Art 10 *(Arbitraje testamentario)* También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

La doctrina critica esta prohibición:

* No afectando a legítimas, no parece que aún entre legitimarios deba aplicarse esta prohibición.
* En materia de legítimas, se considera que debería admitirse el arbitraje de derecho (pues también éste garantiza la observancia del derecho imperativo)

Artículo 11 bis (Arbitraje estatutario)

Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, 2/3 de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral *(arbitraje institucional)*

La DA 10ª de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (aun no siendo éstas sociedades de capital, art. 1 TRLSC) aborda dos temas de discusión que suscita este 11 bis.

* ¿Es posible someter a arbitraje de equidad una cuestión de derecho societario?
* *“El carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, NO empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos*”. Ahora bien, “*el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes… so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo*” (STS 18 de abril de 1998, cuya doctrina sigue esta DA 10ª)

DA 10ª LC (Arbitraje)

Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas… podrán ser sometidas a arbitraje de derecho; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudirse al arbitraje de equidad.

Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes.

ÁRBITROS (arts 12 y ss)

(NUMERO) Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.

(CAPACIDAD) Pueden ser árbitros las PERSONAS NATURALES que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión

Por tanto, Catedráticos, registradores y notarios podrán actuar de árbitros.

**También** pueden las partes encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, así como asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean tales funciones (ARBITRAJE INSTITUCIONAL)

(NOMBRAMIENTO) Salvo acuerdo de las partes, el árbitro único de derecho habrá de ser jurista (siendo tres o más, al menos uno de ellos habrá de tener tal condición de jurista).

La anterior LA exigía ser abogado en ejercicio

Aceptación del cargo: en los 15 días siguientes a la comunicación del nombramiento.

Motivos de abstención y recusación: todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial (en todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial).

(RESPONSABILIDAD) El árbitro debe cumplir fielmente su encargo y responde de los daños causados por “mala fe, temeridad o dolo”. Se exige a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

(COMPETENCIA) El árbitro está facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. Se acoge así el principio “Kompetenz-Kompetenz” característico del derecho alemán.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL Art. 24 y ss

Principios de igualdad, audiencia y contradicción. Deber de confidencialidad

LIBERTAD PROCEDIMENTAL

LAS PARTES PODRÁN CON­VENIR LIBREMENTE EL PROCEDIMIENTO al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado.

Así:

Lugar: se fija por las partes y en su defecto por árbitros (se permite que se celebren audiencias o deliberaciones fuera de la sede del arbitraje).

Idioma: es libre y a falta de acuerdo, decide el árbitro.

Demanda y contestación (los plazos son los pactados).

Forma de las actuaciones arbitrales: si no hay acuerdo, el árbitro decide si hay que celebrar audiencias o si el procedimiento es escrito

Nombramiento de peritos: salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos

En todo caso los árbitros (o cualquiera de las partes con su aprobación) podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas

LAUDO Art. 34 y ss

El procedimiento termina con la emisión del laudo por el árbitro, que pone fin a la controversia. Cabe también la terminación “anormal” por desistimiento, mutuo acuerdo o imposibilidad de continuar las actuaciones.

En cuanto a laudo, destacar:

* A diferencia del régimen anterior,

Art 34 Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.

* Decisiones colegiadas (en caso de varios árbitros, la decisión de acuerda por mayoría y en caso de empate, decide el presidente).
* Cabe el laudo “por acuerdo de las partes” (las partes llegan a un acuerdo y éste es asumido por el árbitro, que le da forma de laudo).
* Plazo. Salvo pacto en contrario, el laudo debe dictarse lazo dentro de los 6 meses siguientes (a la fecha de presentación de la contestación A LA DEMANDA o de expiración del plazo para presentarla), aunque cabe la prórroga (por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada).
* Forma. El laudo debe constar por escrito y con la firma de los árbitros, que podrán expresar su posición discrepante.

Debe ser motivado y puede ser protocolizado notarialmente a instancia de cualquiera de las partes y a su costa.

El laudo produce efectos de COSA JUZGADA Y frente a él sólo cabrá ejercitar la ACCIÓN DE ANULACIÓN, dentro de los 2 meses siguientes a su notificación.

Sin perjuicio de ello podrán las partes solicitar además su:

* Corrección, aclaración, complemento y rectificación (por extralimitación), dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo.
* Revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes.

Los motivos de ANULACIÓN son tasados (art 41), alguno de ellos apreciables de oficio por el Tribunal (o a instancia del Mº Fiscal):

Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

No haber sido debidamente notificado de la designación de un arbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes, o en su caso a lo dispuesto en la ley

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Que el laudo es contrario al orden público.

La acción de anulación se sustanciará por los trámites del juicio verbal, atribuyéndose competencia funcional para conocerlo al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado, contra cuya sentencia no cabrá recurso alguno.

Su EJECUCIÓN se rige por la LEC y el exequátur de laudos extranjeros por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York en 1958

#### LA MEDIACIÓN

CONCEPTO El art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, define la mediación como “*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Por tanto, son 2 las notas que caracterizan esta figura:

* es un medio de “autocomposición” de conflictos, porque la decisión corresponde a las partes.
* la clave es la “técnica de negociación”, conjunto de técnicas evaluativas o facilitadoras que emplea el mediador para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo.

ÁMBITO (art. 2 LM) La LM se aplica a los asuntos civiles y mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes. Además,

* se *excluye* la mediación penal, con las administraciones públicas, laboral y de consumo.
* hay *leyes especiales* sobre mediación, algunas autonómicas (como las relativas a la mediación familiar).

PRINCIPIOS RECTORES de la mediación (arts. 6-10 LM). Son:

* Voluntariedad. La mediación es voluntaria, nadie esta obligado a mantenerse en el procedimiento ni a concluir un acuerdo.

Si por escrito hubieran acordado someterse a mediación, las partes deben intentarla “de buena fe” antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial.

* Imparcialidad y neutralidad. Esto supone que las partes han de tener igualdad de oportunidades en el procedimiento y que el mediador debe garantizar el equilibriio.
* Confidencialidad. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador.

En consecuencia, en principio (salvo dispensa de las partes o requerimiento de juez penal) no están obligados a declarar o a aportar documentación en un procedimiento judicial.

* Lealtad, Buena fe y Respeto Mutuo. Las partes actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

ESTATUTO DEL MEDIADOR (art. 11 ss LM)

Pueden ser mediadores las PERSONAS NATURALES que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión

Las PERSONAS JURÍDICAS que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

Por tanto, los notarios pueden ser mediadores, pero actuando no “como notarios” sino sometidos al estatuto jurídico del mediador.

En cualquier caso la LM exige para ser mediador unos requisitos mínimos:

* Titulo Universitario o FP superior
* Contar con formación específica, tanto teórica como práctica, para ejercer la mediación
* Suscribir un seguro (o garantía equivalente) que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga

Por otro lado, están sometidos a responsabilidad, porque deberán cumplir fielmente su encargo y responder de los daños y perjuicios causados con arreglo al régimen general de responsabilidad civil (por tanto y a diferencia del árbitro, también en los casos de culpa o negligencia).

PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN (art. 16 ss LM)

La mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente. Aunque se rige por el principio de libertad, podemos identificar las siguientes fases del procedimiento:

* Inicio: A instancia de parte o de mutuo acuerdo.
* Audiencia previa, que funciona como sesión informativa, para valorar la imparcialidad, profesionalidad y experiencia del mediador; características de la mediación, procedimiento y consecuencias, etc.

En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desiste de la mediación solicitada.

* Sesión Constitutiva: donde se identifica a partes, objeto del conflicto, coste, etc, mediante un “acta” firmada por las partes y el mediador.
* Terminación: con acuerdo de las partes o sin acuerdo, formalizado con un “acta Final” firmada por las partes y mediador y con devolución de los documentos aportados. Si no es posible la firma de alguna parte se hará constar expresamente.

EFECTOS de la mediación

* La solicitud de mediación SUSPENDE LA PRESCRIPCIÓN O LA CADUCIDAD de las acciones hasta la terminación del procedimiento.

Destacar que “si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva, se reanudará el cómputo de los plazos”.

Declinatoria: mientras dure el proceso, las partes no pueden iniciar un procedimiento judicial y si lo hacen la otra parte puede interponer declinatoria.

Si hay un procemiento judicial previo se podrá solicitar de común acuerdo la suspensión según ley procesal.

* EN CASO DE ACUERDO, el mediador informa a las partes del carácter vinculante del mismo (contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos) y de que pueden instar su elevación a público (al objeto de configurar tal acuerdo como TÍTULO EJECUTIVO):
* el acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.
* el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley y que su contenido no es contrario a Derecho.
* LA ESCRITURA tiene fuerza ejecutiva, incluso transfronteriza.

Un supuesto especial es la MEDIACIÓN CONCURSAL

Art. 232.1 LC El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal

Posee un régimen específico. Destacamos:

Art. 242 bis LC *(para el acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarias)* El notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, pudiendo designar, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor, un mediador concursal.

Es discutida la posición del notario:

* Para MARQUÉS el notario es un “negociador”.
* Según Valerio PÉREZ DE MADRID en cambio estamos ante una solución “escalonada”: el notario realiza una conciliación y solo cuando vea que la negociación está bloqueada designará un mediador concursal.

#### LA CONCILIACIÓN

Su régimen jurídico aparece contenido en la LJV, LH y LN.

Conciliación judicial

Art. 139 ss LJV:

Es una conciliación pre-procesal, que se intenta para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito”. No se admite sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso ni en particular:

* en juicios en que estén interesados menores y personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes ó Administraciones públicas
* el proceso de reclamación de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.

Es competente el juez de paz o el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil.

PROCEDIMIENTO

El interesado presenta una solicitud (existe impreso normalizado), que se notifica a la otra parte. Su admisión interrumpe la prescripción.

Acto de conciliación. Cada parte expone su reclamación. Finalizado el acto, el LAJ dictará decreto o el Juez de Paz dictará auto haciendo constar la avenencia o, en su caso, que se intentó sin efecto (por incomparecencia) o que se celebró sin avenencia.

Lo convenido tiene valor de documento público y es título ejecutivo extrajudicial en los términos del art. 517.2.9 LEC.

Conciliación registral

Art 103 bis LH Los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. La conciliación por estas controversias puede también celebrarse, a elección de los interesados, ante Notario o Secretario judicial.

Las cuestiones previstas en la Ley Concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.

Celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia.

(si se trata de Notarias)

Permite conciliar el registrador en determinadas materias: mercantil, inmobiliaria, urbanística y registral, si bien con limitados efectos (el registrador solo certifica que hubo acuerdo o desacuerdo).

A diferencia de la judicial o notarial, no es título ejecutivo. Y a diferencia de la notarial, no es documento público y por tanto no es título inscribible ni tiene valor de tradición instrumental o privilegio de cobro.

(si se trata de registros)

No existe criterio de competencia territorial del registrador en el art.103 bis LH.

* Unos defienden el criterio territorial de distrito hipotecario, seguido genéricamente por la LH y RH.
* Otros aplican el criterio del domicilio de la persona requerida en cumplimiento de un contrato o el designado por las partes (16 LM), sin que sea en consecuencia imprescindible la competencia territorial.

Aunque la LH habla de “certificación”, hay autores que apoyan la tesis de iniciación de la conciliación por acta (analogía con la Ley Mediación) y su conclusión por certificación.

Conciliación notarial

La conciliación extrajudicial notarial está regulada en los arts. 81-83 LN, introducidos por la LJV (aparte el art. 103 bis LH ya expuesto)

Artículo 81 LN. Podrá realizarse ante Notario la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial.

La conciliación podrá realizarse sobre cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar siempre que no recaiga sobre materia indisponible.

Las cuestiones previstas en la Ley Concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.

Son indisponibles:

Las cuestiones en las que se encuentren interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes.

Las cuestiones en las que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza.

Los juicios sobre responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.

En general, los acuerdos que se pretendan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

El artículo 82 LN regula la documentación del expediente de conciliación y, según dice, se hará mediante una “*ESCRITURA PÚBLICA*”. También la modificación del contenido pactado. A primera vista, sorprende la elección de la forma documental:

* *Si no hay avenencia* sino constatación de que no se produjo el acuerdo, no hay declaración de voluntad y por tanto debería documentarse en acta notarial, tal como ordenan los artículos 17 y 49 LN (este último reformado por la misma LJV)
* *Si hay acuerdo*, parece lógica utilizar como vehículo documental la escritura pública, pero se plantea la duda de si es necesario o no que el proceso de conciliación se documente de modo independiente mediante acta separada.

En cuanto a los efectos, el art. 83 LN dice que “*gozará en general de la eficacia de un instrumento público”* y además, tiene “*eficacia ejecutiva en los términos del número 9 del apartado 2 del artículo 517 LEC” (“Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”), con lo cual –parece- se amplía la e*ficacia ejecutiva genérica, que no se limita ahora a la ejecución de deudas de dinero (sino que se extiende a cualquier obligación, sea de dar, hacer o no hacer alguna cosa).