

ESPAÑA ha incorporado a su ordenamiento jurídico en los últimos meses dos reformas legales, la del Arbitraje y la de Mediación, con las que se dota a la Justicia de mecanismos de sobrada y demostrada eficiencia para descongestionar los juzgados. El fomento de las figuras del árbitro y del mediador –que, a diferencia del primero, exige que sean las partes las que lleguen a un acuerdo sin necesidad de que se pronuncie ningún laudo arbitral– supone una apuesta del legislador por configurar medios alternativos de resolución de conflictos a los de la jurisdicción ordinaria. El notario, como funcionario público y asesor imparcial de las partes, está llamado a ocupar un papel relevante como árbitro o mediador, especialmente en el ámbito civil y mercantil.

La mediación es una forma voluntaria de resolución de controversias entre dos partes con ayuda de una tercera que no tiene capacidad de decisión sobre el conflicto.



EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN TOMAN NUEVOS BRÍOS

IGNACIO J. DOMINGO

LA modernización normativa del arbitraje se promulgó el 20 de mayo de 2011, con la reforma que modifica sustancialmente la Ley 60/2003, su norma reguladora por excelencia en España. Pero, ¿qué es el arbitraje? ¿Por

qué no ha logrado forjarse un papel relevante como opción frente a la jurisdicción ordinaria? Y, sobre todo, ¿qué ventajas y desventajas plantea? Se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos por el que las partes se someten a la decisión de un tercero quien, mediante un procedimiento acor-

dado por las partes y oídas y probadas sus pretensiones, dicta una resolución final inapelable y ejecutiva: el laudo arbitral, que resulta equivalente a una sentencia judicial. En la mediación, sin embargo, son las partes las que acuerdan una solución, con la ayuda y colaboración del mediador, quien, sin

La labor asesora del notario en el arbitraje

FRANCISCO Alejandro Armas desarrolla, en un trabajo sobre arbitraje, un concienzudo análisis sobre la labor asesora de los notarios en esta figura jurídica. E incide en la obligación de estos profesionales de poner de manifiesto a las partes toda la información que sea precisa para que pacten con conocimiento informado y no se vean sorprendidas después por un sometimiento a arbitraje cuyas consecuencias desconocían. El conocimiento y difusión del arbitraje —precisa el notario de Barcelona— “es imprescindible para que esta institución tenga el éxito que se pretende”, por lo que esa labor notarial de asesoramiento debe dirigirse a conseguir una adecuada redacción de la cláusula arbitral especialmente para que defina con precisión qué cuestiones se someten a arbitraje y cuáles no para evitar después futuros conflictos. A su juicio, debe ponerse también de relieve que muchas veces la cláusula arbitral es una de las *mid-night clauses* o cláusulas de medianoche, término que hace referencia a aquellas consideraciones que suelen redactarse al final de una negociación contractual, muchas veces larga, compleja y difícil por lo que no se llega en las mejores condiciones para su elaboración y redacción y sin darle la importancia debida cuando en cambio va a ser vital en caso de conflicto. Y lo mismo ocurre en los estatutos sociales de las personas jurídicas en que se introducen al final sin que se les preste la debida atención. A todo ello —resalta Armas— “debe atender el notario, resaltando la importancia de determinar bien y de forma precisa el objeto del arbitraje para ver qué es lo que se quiere que quede cubierto por el pacto arbitral”.

embargo, carece de capacidad alguna para imponer su dictamen.

El concepto legal del arbitraje queda descrito en el artículo 9 de la Ley 11/2011, donde se define el denominado convenio arbitral. Dice el precepto que éste “podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o acuerdo independiente” y que “deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, contractual o no”. Mientras que las consecuencias de dicho pacto quedan esbozadas en el artículo 11 de la misma norma legal, del siguiente tenor: “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tri-

bunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Es decir, si se interpone una demanda ante los tribunales ordinarios y existe una cláusula arbitral, la otra parte puede exigir que el conflicto se resuelva según lo pactado por vía arbitral mediante la declinatoria correspondiente y el tribunal, por tanto, no podrá entrar a conocer sobre el asunto. O, dicho de otro modo más preciso: no hay vuelta atrás y no cabe volver a la jurisdicción ordinaria salvo nuevo acuerdo entre las partes.

Pros y contras arbitrales. En opinión de Francisco Alejandro Armas Omedes, notario y vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona

(TAB), la figura del arbitraje ofrece ventajas y desventajas. Entre las primeras, menciona la calidad y especialización del árbitro: “se suele decir que el arbitraje vale lo que vale el árbitro”, asegura; la mayor dedicación del árbitro, ya que se erige en “juez de un solo asunto que se juega su prestigio profesional en una resolución”; la flexibilidad del procedimiento frente a la rigidez de la actuación judicial ordinaria; la confidencialidad de gran importancia a veces en el ámbito mercantil y la mayor celeridad frente a la jurisdicción ordinaria. Frente a estos beneficios, también conviene señalar una serie de inconvenientes. En esencia, su mayor coste, ya que “hay que pagar las tasas de la institución arbitral, si la hay, y los honorarios del árbitro”, si bien “no hay que sufragar honorarios de procurador” y, en no pocas ocasiones, sus defensores inciden en que resulta más barato por el ahorro de tiempo, señala Armas. Pero también —aclara este notario de Barcelona— por la ausencia de recursos que es una de las características del arbitraje, que hace que el laudo carezca de “segunda instancia”, como la jurisdicción ordinaria, opción a la que sólo se acude, en ocasiones, para la adopción de medidas cautelares o la ejecución del laudo cuando no se cumple de forma voluntaria. Circunstancia que no es habitual, ya que aproximadamente el 60 por ciento de los laudos condenatorios se cumplen voluntariamente, a tenor de las estadísticas del TAB. Y, por último, la acumulación en el proceso arbitral, que tiene cierto grado de rigidez. Toda vez que, en comparación, en la jurisdicción ordinaria el juez puede llamar a terceros o abrir diversos procedimientos. Mientras que en el arbitraje sólo es posible esta opción si hay acuerdo de todas las partes, en

El arbitraje es el contrato por el que las partes someten la resolución de un conflicto a la decisión de un tercero independiente e imparcial

La mediación como ahorro de costes empresariales

EL Ministerio de Justicia ha hecho hincapié, al valorar el decreto de mediación, en que se trata de un mecanismo de resolución de conflictos idóneo para las empresas por su condición de figura jurídica voluntaria, ágil, flexible y que produce ahorros económicos. Una de sus novedades más trascendentales es la supresión de la obligatoriedad de la mediación para asuntos de menos de 6.000 euros, que instauró el anteproyecto del Gobierno anterior. En cambio, otorga más poderes al juez a la hora de recomendar la mediación a las partes. En el nuevo texto, el mediador no tiene por qué ser licenciado, como recomendó el Consejo de Estado en su momento, pero sí tendrá que acreditar formación específica. La norma prevé la creación de un Registro de Mediadores, a falta de determinar si será voluntario y obligatorio en un futuro desarrollo reglamentario.

Estudios de plataformas de árbitros y mediadores estadounidenses y franceses como la American Arbitration Association y Fidal muestran que las empresas prefieren la mediación al arbitraje porque les ahorra hasta un 40 por ciento del coste de los procesos y es más rápida. El acuerdo de mediación, a diferencia del laudo arbitral, no es irreversible. Además, y por otro lado, la implantación de esta norma reducirá el número de litigios civiles y mercantiles que se dirimen ante la jurisdicción ordinaria; del orden de medio millón de casos al año.



Los cambios en la Ley de Arbitraje hacen al notario un profesional idóneo para desarrollar la función arbitral por su independencia y preparación.

cumplimiento del precepto de que “nadie puede ser obligado a participar en un proceso arbitral contra su voluntad”.

Sopesando los pros y los contras, resulta sorprendente que no exista mayor tradición arbitral en España, y que esta figura no entre dentro de los planes de estudios de las facultades de Derecho, que parecen prestarle una atención marginal. Incluso voces tan autorizadas como las del ámbito judicial admiten esta paradoja. Entre ellas, destaca, por ejemplo, la del magistrado del Tribunal Supremo, Xabier O'Callaghan, para quien el arbitraje no despegaba en España por culpa del desconocimiento que existe sobre esta institución.

El papel del notario. El nuevo contexto normativo incluye dentro del arbitraje en España los asuntos

civiles y mercantiles e insta a inculcar mayores ratios de rapidez y conformidad a los laudos y a potenciar su uso con vistas a reforzar la posición internacional de España como Corte de Arbitraje; en especial, con los países iberoamericanos. Un esquema operativo que confiere un protagonismo propio al colectivo notarial. En esencia, por su condición de funcionario público, especializado en el ámbito civil y mercantil, que está obligado a prestar un asesoramiento imparcial a las partes. Y porque la reforma legal ha ampliado el elenco de árbitros a los juristas, lo que acaba con las exclusiones indirectas a la participación de los notarios de tal condición, como la que quedó reflejada en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1988. En esta ocasión, sin embargo, la norma en vigor hace del notario un profesional

idóneo para desarrollar la función arbitral. No sólo por su componente de neutralidad, sino porque la nueva redacción aumenta la seguridad jurídica de esta figura –principio consustancial a la labor de los notarios– y por incluir en la misma los laudos societarios y mercantiles, sobre los que el arbitraje está dotado de una especial idoneidad porque casa a la perfección con el dinamismo que requieren los conflictos empresariales, que no acaban de entender la prolongación de tiempos, la incertidumbre y la rigidez formal que caracteriza las decisiones de la jurisdicción ordinaria en este terreno.

La escasa demanda de arbitraje en España deja otro déficit colateral: su mínima base estadística. Aun así, la Asociación Europea de Arbitraje, en su última memoria oficial, la de 2010, año anterior a la

Los Colegios Notariales han emprendido en los últimos meses acuerdos propios o externos para impulsar la labor de árbitros y mediadores de sus colegiados

Los acuerdos de mediación tienen un índice de cumplimiento voluntario por las partes muy superior al de los laudos arbitrales y las sentencias

promulgación de la nueva ley, realizó en España 1.279 procedimientos arbitrales, un 27,4 por ciento más que el ejercicio precedente. Madrid, con el 31,9 por ciento de los procesos, encabeza el ránking por comunidades autónomas, solo un punto por delante de Cataluña. Les siguen País Vasco (10,9%) y Andalucía (10,5%). Otros datos de interés son los que publica el Tribunal de Arbitraje de Barcelona, uno de los más activos. En este caso, desglosa por asuntos sus laudos arbitrales de 2010. Más de la mitad de ellos, y a partes iguales (un 25,7 por ciento cada uno) fueron casos societarios y relacionados con el sector de la construcción. Sus 74 laudos movilizaron algo más de 78 millones de euros, siendo la cuantía máxima de 11,4 millones, la mínima de 500 euros y la media del total de resoluciones dictadas, de 970.935 euros.

Impulso a la mediación. El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles es un texto que incorpora –con meses de retraso– las bases mínimas que estableció la Directiva 2008/52/CE. De forma que introduce un marco general mucho más amplio ya que, a los acuerdos transfronterizos que regula la normativa europea, el decreto gubernamental incorpora los civiles que, por primera vez, resultarán aplicables en toda España. La mediación, explica la norma elaborada por el Ministerio de Justicia, se extiende al ámbito mercantil y civil, a la vez que hace expresa exclusión de esta “forma voluntaria de resolución de controversias entre dos partes con ayuda de una tercera persona, cualificada, imparcial y neutral”, a los asuntos de índole penal, laboral, de consumo y con las administraciones públicas.



El decreto de mediación insta a usar la transparencia, rapidez y capacidad de difusión de los medios *on line*.

El mediador, en consecuencia, guía en la consecución de un acuerdo y, a diferencia del árbitro, no tiene capacidad de decisión en la resolución del conflicto, ya que esta corresponde íntegramente a las partes involucradas.

La norma se circunscribe “estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias”. Además de establecer una exigencia de formación específica para ejercer esta figura jurídica, que se adquirirá “mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas”, proporcionando “los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética” propia de esta modalidad alternativa de resolución de conflictos. E insta a la implantación de

sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias. En concreto, se prevé que la mediación con cantidades inferiores a 600 euros se desarrolle por medios electrónicos, “salvo que su empleo no sea posible para alguna de las partes”. Además de autorizar que los acuerdos alcanzados puedan elevarse a escritura pública, con lo que adquirirían valor ejecutivo directo ante el juez. Todo ello confiere al notario otro terreno de actuación, el de mediador, que se ajusta a las funciones que le son propias en el ejercicio de su profesión. De ahí que los colegios notariales hayan emprendido en los últimos meses acuerdos propios o externos para impulsar la labor de árbitros y mediadores de sus colegiados. No sólo con tribunales de arbitraje de instituciones como determinadas cámaras de comercio locales o regionales, sino también con cortes específicas, como el TAB o, incluso, con proyectos propios como el de la Fundación Signum del colegio notarial madrileño, que incorpora la mediación a sus servicios de arbitraje.

Carácter voluntario. La mediación se configura con carácter voluntario, de manera que no se regula ninguna obligación legal de acudir a un mediador. No obstante, el juez, cuando aprecie que, en atención a la naturaleza del litigio éste podría resolverse de forma más ágil y menos costosa a través de la mediación, podrá instar a las partes a que asistan a una sesión informativa. No en vano, los acuerdos de mediación tienen un índice de cumplimiento voluntario por las partes muy superior al de los laudos arbitrales y las sentencias, ya que alcanza hasta el 98 por ciento de los casos. ■