

## Utilidad de los Sistemas de Justicia Alternativa en Materias Mercantiles

*Javier Divar y Enrique Gadea*

Universidad de Deusto

Es esencia de la mercantilidad la realización de actos y negocios jurídicos en masa, por lo que también es frecuente en el ámbito mercantil la aparición de conflictos de interés, derivados de la frecuencia contractual y de la celeridad de los negocios propia de este ámbito. Por ello es tradicional en el mundo de la empresa la búsqueda de soluciones ágiles a los contenciosos, huyendo de los engorrosos pleitos en beneficio de acuerdos y soluciones amistosas. Así se ha hecho común el dicho que al efecto sentencia: «el peor acuerdo es mejor que el mejor pleito».

Las Ordenanzas de Comercio, previas a la Codificación, ya consideraron la evitación de pleitos como objetivo preferencial de los Consulados, como decían las muy ilustres de Bilbao, de 1737: «... procurando ... el bien y utilidad de su Universidad y Casa de Contratación, y su Comercio, y que los Tratantes y Navegantes se mantengan en paz y justicia, desviando en lo posible dudas, diferencias y pleytos...». En consecuencia las Ordenanzas de Bilbao establecían (Cap. I, N.º VI) que «los pleytos y diferencias de entre las partes, deben determinarse en el Consulado, breve y sumariamente, ..., sin dar lugar a dilaciones, libelos, ni escritos de abogados...».

Esta huída de pleitos y «picapleitos» en el orden mercantil, es precisamente origen del Derecho Mercantil como «Derecho de Clase» de los Mercaderes y Navegantes. El Privilegio de los Reyes Católicos al Consulado de Burgos, otorgado el 21 de julio de 1494, para la jurisdicción propia del mismo, ya decía que «...los pleytos que se movían entre Mercaderes, nunca se concluían, y fenecían, porque se presentaban escritos, y libelos de Letrados, por manera, que por mal pleyto que fuese, le sostenían los Letrados, de manera que los hacían inmortales...».



La Codificación mercantil para la generalización de este Derecho, que fue acompañada de la Jurisdicción Mercantil especializada (Ley de 1830), fue tristemente derogada para lograr una unificación procesal contraria a la evolución histórica mercantilista interna y definitivamente sustituida por una legislación procesal farragosa (L.E.C. de 1881).

El resultado final fue que los Reglamentos de las nuevas Cámaras de Comercio procuraran las conciliaciones y arbitrajes entre empresarios. Como dijo Bonifacio de Echegaray (1921), «... unas mismas leyes procesales rigen para los actos civiles y mercantiles, sin que quepa a los mercaderes que deseen ventilar con celeridad sus desacuerdos otro recurso que el de acudir al juicio de amigable composición; y a este fin corresponde el fomentarlos a las Cámaras de Comercio, según su Reglamento; y en este punto puede presentarse como modelo el de la Cámara de Comercio de Bilbao, aprobado por Real Orden de 30 de Enero de 1920».

Este mismo espíritu, de justicia alternativa, ha inspirado la nueva Ley de Arbitrajes de 23 de diciembre de 2003 (derogatoria de la de 5 de diciembre de 1998), que pretende, como dice su Exposición de Motivos, dar en la materia «un salto cualitativo», amparando el arbitraje interno, el internacional y el *On-line*, puesto que a la hora presente sigue sin superarse el problema que se originó en España con la Codificación y la derogación de la jurisdicción de los Consulados de Comercio.

Los intentos para fomentar la conciliación, pese a su establecimiento obligatorio en la legislación procesal con carácter previo a los juicios declarativos, no ha tenido los resultados deseados por el legislador (precisamente por no responder a la libre voluntad), terminando por convertirse en un trámite procesal, caso siempre inútil y desatendido por las partes procesales.

Tampoco el arbitraje, hasta la fecha, ha tenido éxito como alternativa al proceso judicial, salvo en determinados ámbitos especializados (internacionales, financieros o bajo el servicio de compañías de consultoría). Y ello a pesar de la economía de medios y tiempo que supone el arbitraje en comparación con las reclamaciones judiciales. La misma estadística de los Tribunales Arbitrales en el ámbito interno (fundamentalmente de las Cámaras de Comercio y de los Colegios de Abogados) acreditan con toda evidencia que el arbitraje en materia mercantil no ha funcionado como era deseable (tampoco, por cierto, en el ámbito



cooperativo, como acreditan las Memorias de los Consejos Superiores de Cooperativas de las Autonomías que han desarrollado este servicio).

## **La nueva Ley de Arbitraje (L. 60/2003)**

Muchas esperanzas se han puesto en la nueva ley de arbitraje, inspirada en la Ley Modelo de la Uncitral (ONU) para la unificación del Derecho Mercantil Internacional (de 21 de junio de 1985), con la que se desea fomentar el arbitraje, incluso en el ámbito internacional (objetivo no conseguido con la ley ahora derogada de 5-12-1988).

La nueva ley deja a las leyes especiales la determinación de las materias indisponibles para el arbitraje en cada caso, con lo que no establece limitaciones generales previas (excluye sin embargo de su ámbito al arbitraje laboral, que seguirá en consecuencia su propio camino). Abre también, por primera vez en el ordenamiento interno, la vía al arbitraje internacional (art. 3.º), como queda apuntado.

Admite también la nueva ley que el convenio arbitral pueda determinarse en soporte electrónico, óptico o de otro tipo accesible, además del escrito (art. 9-3), con lo que abre las posibilidades formales del compromiso.

A falta de acuerdo, la nueva ley está por la designación de un solo árbitro (art. 12), frente a los tres de la derogada, lo que economizará el sistema y agilizará las intervenciones.

Se considera que tendrá capacidad para ser árbitro cualquier persona natural (art. 13), salvo que se trate de arbitrajes de Derecho no internacionales (se requiere la colegiación como abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso de las partes).

La nueva ley admite también que las medidas cautelares se puedan solicitar tanto ante los tribunales como ante el mismo árbitro (art. 23), simplificando así la adopción de estas medidas.

Además, la nueva ley sigue el principio de libertad de procedimiento (sólo limitado por los principios legales fundamentales del arbitraje, de igualdad, audiencia y contradicción: art. 24).

También es muy abierta la nueva ley en la formalización de escritos (art. 29) y permite la no celebración de audiencias (procedimiento sólo escrito: art. 30).



En contra de la ley derogada, la nueva ley de arbitraje establece que, salvo acuerdo de las partes, el arbitraje será de derecho (art. 34-1) y no de equidad, como hasta ahora.

También se admite que el laudo pueda constar en soporte electrónico (art. 37-3), así como es libre la elección del idioma (art. 28). Su plazo de dictado ordinario será de seis meses. Las costas incluirán los honorarios de posibles defensores o representantes (art. 37-6).

## **La Mediación Mercantil**

La nueva ley de arbitraje de 2003 no hace referencia directa alguna a la mediación mercantil, aunque indirectamente cabe entender su admisión en una interpretación en tal sentido de sus arts. 36 y 37. En efecto la nueva ley de arbitraje determina que las partes pueden solicitar a los árbitros que dicten laudos que recojan acuerdos entre ellas durante la sustanciación del procedimiento arbitral (art. 36), permitiéndose también parcialmente que una parte del litigio o cuestiones conexas quedaran resueltas mientras el proceso arbitral continúa para el resto (art. 37). En tales casos el laudo parcial tiene la misma consideración que el definitivo, siendo por ello directamente ejecutable.

Pero estos acuerdos a que nos referimos pueden proceder de mediaciones, de negociaciones entre las partes o de transacciones, no de la regulación directa de la institución mediadora.

Un avance en el campo de la regulación de la mediación empresarial, en cambio, lo encontramos en el novedoso «Reglamento sobre Procedimientos de Resolución de Conflictos en las Cooperativas Vascas», del 3 de septiembre de 2004, del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi (BOPV n.º 181 ZK, del 21 de septiembre).

Este Reglamento, como reconoce en su expositivo, se produce por la experiencia acumulada durante más de una década de servicio arbitral y por «las innovaciones introducidas por la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que hacen recomendable un replanteamiento de la configuración del actual procedimiento arbitral». Y en este sentido termina diciendo: «Por otro lado, se amplían las modalidades de resolución alternativa de conflictos, al incorporarse al Reglamento la posibilidad de que los usuarios del servicio puedan optar por los procedimientos de la Conciliación y/o la Mediación, todo ello en el seno del Consejo».



En desarrollo de su progresista intención, el servicio vasco se dota (art. 7.º del Reglamento) de un cuerpo de árbitros, mediadores y conciliadores.

La conciliación se ejercitará por el Secretario del Servicio, quien podrá delegar en el Letrado Asesor del Consejo Superior de Cooperativas. La conciliación sustituye al arbitraje, «previo acuerdo de las partes» (art. 54-1 del Reglamento), pero a falta de definitiva avenencia «las partes pueden acudir a otro de los procedimientos regulados en el Reglamento» (art. 54-5).

La mediación compone todo un Título (el V.º, arts. 55 a 58) del Reglamento. Los mediadores compondrán una lista «confeccionada por el Pleno del Consejo Superior de Cooperativas» (art. 56-2). No tendrán poder de decisión ni de imposición (art. 56-1).

Cualquier parte interesada podrá solicitar la mediación por escrito ante el Servicio (art. 57-1) y la parte contraria podrá aceptarla en diez días.

El mediador no actúa un mero corretaje de servicio, sino que se somete al procedimiento general previsto por el Reglamento (art. 57), actuando bajo los principios de imparcialidad, neutralidad, igualdad, contradicción y audiencia. Además, guardará «la confidencialidad de la causa y la privacidad de la documentación en información aportada por las partes» (art. 57-5, in fine).

Las partes podrán estar representadas y asistidas en el procedimiento «por personas debidamente facultadas» (art. 57-6, in fine).

Si se llegara a un acuerdo, éste podrá ser total o parcial, documentándose por escrito por el mediador. Además la mediación será gratuita hasta un importe que irá determinando anualmente el Pleno del Consejo Superior de Cooperativas.

Finalmente, como comentario conclusivo, entendemos que este procedimiento de mediación, elaborado por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, puede ser un instrumento excelente para la resolución de conflictos en su ámbito, mejor por su agilidad y flexibilidad que el mismo arbitraje. Se aparta del procedimiento controvertido, tan poco querido en el ámbito empresarial por escapar del control del empresario, facilitando las negociaciones evitadoras de pleitos, costos procesales, farragosas disputas y pérdidas de tiempo.

Pero para ello se precisará, imprescindiblemente, que los mediadores sean personas conocedoras del mundo empresarial y del ámbito cooperativo.

