

El arbitraje y los economistas

Diego Rivero Calderón

Resumen: Sigue estando de actualidad la lentitud de la justicia en España, que ya denunciaban la Ley de Madrid de 1502 y las Ordenanzas de Bilbao de 1737, y sigue sin despegar el arbitraje, que estas mismas Leyes proponían como solución alternativa. El balance no puede ser, por tanto, más descorazonador. España cuenta con una buena Ley de Arbitraje y sólo necesitaría del interés de los llamados operadores jurídicos para que nuestro país se pudiera convertir en un centro de referencia internacional en materia de arbitraje. La falta de interés por el arbitraje contrasta, sin embargo, con el hecho de que los problemas más importantes de España se hayan resuelto -y se estén resolviendo- mediante el arbitraje. Es necesaria una labor pedagógica para dar a conocer a los estudiantes de Derecho, a los juristas, a las empresas y a la ciudadanía, las ventajas del arbitraje (confidencialidad, ausencia de rigorismos procesales, flexibilidad y libertad, decisión por especialistas, pacto anticipado sobre el pago de costas, rapidez en los resultados y neutralidad, entre otras muchas).

Palabras clave: Controversia; arbitraje; resolución de conflictos; participaciones preferentes.

Códigos JEL: D18; K00; K41.

1. Introducción

El arbitraje goza de gran tradición en el Derecho histórico español, donde aparece reconocido en leyes antiguas, como el Breviario de Alarico o las Partidas de Alfonso X el Sabio, y, en otras más recientes, como la Constitución de 1812 o el Código de Comercio de 1829, que no son al caso detallar, pero para mi reflexión es casi imprescindible al menos una referencia histórica a dos normas:

- La Ley de Madrid de 1502, porque nos dice que el arbitraje permite la solución de las controversias jurídicas para «evitar costas, pleytos y contiendas» (sic); y
- Las Ordenanzas de Bilbao de 1737, porque imponen el arbitraje forzoso a los socios de las compañías mercantiles para evitar -y vuelvo a citar literalmente- «pleitos largos y costosos capaces de arruinar a todos».

Y digo que son imprescindibles al menos estas dos breves menciones, porque -como acabamos de ver- ya en 1502 y 1737, respectivamente, los legisladores españoles cuestionaban la lentitud de la justicia y veían en el arbitraje casi las mismas ventajas que vemos en nuestros días.

Es descorazonador que a pesar de un análisis de la situación tan certero en tan remotas fechas, el estado de cosas sea muy similar: el arbitraje no tiene

actualmente un uso cuantitativamente importante y los pleitos siguen siendo largos y costosos.

También es descorazonador que los dos principales partidos políticos de España estén empeñados desde hace años en potenciar el arbitraje y que tampoco hayan conseguido implicar a los abogados, economistas y demás operadores jurídicos.

Tampoco ha corrido mejor suerte la importantísima reforma legal llevada a cabo en mayo de 2011, por la que se potencia y refuerza el arbitraje e, incluso, se hace extensivo a las Administraciones Públicas.

Es paradójico, sin embargo, que los asuntos más relevantes de España, con repercusión nacional e internacional, se resolvieron con el arbitraje.



Por citar algunos ejemplos, recordaré que éste fue el caso de la huelga de los controladores aéreos de diciembre de 2010, con la declaración por primera vez en 40 años de democracia del estado de alarma, la militarización del espacio aéreo y los demás repercusiones para las aerolíneas, para AENA, para el turismo y para casi tres millones de personas afectadas. El conflicto se resolvió mediante el arbitraje.

La huelga de los pilotos de Iberia de abril de 2012 supuso 24 jornadas de caos con unas pérdidas, sólo para esa compañía aérea, de 3 millones de euros por cada día de huelga y enormes repercusiones para los viajeros, turistas y negocios hosteleros. El conflicto también se resolvió mediante el arbitraje.

La escandalosa e inadecuada comercialización del producto financiero denominado participaciones preferentes se está resolviendo mediante el arbitraje.

Si echamos una mirada a la justicia, vemos que se halla en entredicho por lo que a su eficiencia y lentitud se refiere. Conforme a la Memoria de 2011 del Consejo General del Poder Judicial, en ese año de 2011, desde la interposición de la demanda hasta sentencia definitiva, se tardan años y sólo la fase declarativa puede durar cinco o seis años, si la naturaleza o la cuantía del asunto permite llegar hasta el Tribunal Supremo.

Con este panorama, resulta paradójico que en España haya tan pocos arbitrajes en los asuntos de nuestro día a día, en los asuntos –digamos- más normales y corrientes que afectan a nuestros clientes, cuando este método de resolución de conflictos permite obtener una resolución firme y ejecutable en el plazo de seis meses.

Así, que me he preguntado muchas veces: ¿cómo es posible que la ciudadanía y los abogados no se planteen masivamente recurrir al arbitraje como método de resolver sus conflictos? ¿Qué estamos haciendo mal los Tribunales y Cortes Arbitrales?

Pero hoy me toca plantear nuevas preguntas: ¿cómo es posible que los economistas le estén dando la espalda a una institución que les permite ofrecer un buen servicio a sus clientes, a la par que les brinda una nueva parcela de trabajo? ¿Si desde la reforma legislativa de mayo de 2011 el arbitraje de Derecho ha dejado de ser monopolio de los abogados en ejercicio, por qué los economistas no le han prestado todo el apoyo que la institución les brinda?

Trataré de encontrar una explicación, comenzando por el marco normativo.

2. Marco normativo

En el ámbito interno, el marco normativo sobre el arbitraje está constituido por Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma del Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Nuestra ley se basa -incluso, hasta podríamos decir que traspone- en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985, enmendada en 2006.

Este instrumento consiste, como su propio nombre indica, en un patrón normativo que tiene vocación transnacional y que, aunando fundamentalmente las tradiciones europeo-continental y anglosajona, pretende facilitar a los Estados la modernización de su legislación arbitral.

Existen otras normas, tanto de Derecho interno como muy especialmente de Derecho internacional, cuyo comentario e incluso hasta su simple mención excederían del ámbito del presente artículo y tal vez nos harían perder o difuminar el objetivo que nos hemos propuesto.

Centrándonos, por tanto, en nuestra ley, de forma muy esquemática destacaré cuatro cambios importantes, cuyas consecuencias han sido escasamente valoradas, a saber:

2.1. Cambio de *abogado en ejercicio* por *jurista*

En los arbitrajes de derecho, salvo acuerdo en contrario de las partes, se requiere la condición de *jurista* en lugar de abogado en ejercicio.

Para ser exactos, el artículo 15 de la Ley de Arbitraje dice textualmente que «*salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal*».

¿Los economistas son *juristas*?

La Ley no define el término y si acudimos al diccionario nos dice que «*jurista es la persona que ejerce una profesión jurídica*». En mi opinión, el trabajo de los economistas consiste en poner números

a las normas jurídicas, por tanto, en un sentido laxo, podría decirse que son juristas y que podrían dictar un laudo en Derecho. Ahí queda la cuestión para otro momento.

Pero si la contestación fuera negativa, es decir, si los economistas no fueran juristas, aún tendríamos una solución legal, porque, si hay acuerdo de las partes, parece indiscutible que un economista puede dictar un laudo de Derecho.

En todo caso -y esta es la solución que propugno- los economistas, para dictar un laudo de Derecho, precisarán del concurso de los abogados, bien directamente, bien a través de una institución arbitral, ya que el laudo, si no se cumple voluntariamente, habrá de ser ejecutado judicialmente, por lo que deberá estar adornado con todos los requisitos necesarios para ello.

Considero imprescindible, insisto, la colaboración entre abogados y economistas en un mundo en el que cada día están más difuminadas las fronteras de los conocimientos y de las titulaciones.

2.2. Eficacia del laudo dictado fuera de plazo

Históricamente éste era uno de los puntos más débiles del arbitraje en la Ley de Arbitraje anterior de 1988, que la actual Ley trató de corregir y que la reforma de mayo de 2011 remató.

Así, en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, si transcurría el plazo de seis meses sin que se hubiera dictado el laudo, quedaba sin efecto el convenio arbitral y expedida la vía judicial para plantear la controversia (artículo 30.1).

Simplificando la cuestión al máximo, podríamos decir que bastaba con que una de las partes mareara un poco la perdiz para escapar del arbitraje.

La Ley 60/2003, de 21 de diciembre, intentó resolver la cuestión y en su redacción inicial nos decía que la expiración del plazo (6 meses) sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros (artículo 37.2).

Se produce un cambio esencialísimo, pero, según opinión unánime, fue insuficiente. A partir de la Ley de 2003 si el laudo no se dictaba en plazo, la jurisdicción ordinaria ya no adquiriría competencia

por el retraso, pero había que empezar un nuevo el procedimiento arbitral.

La Ley 11/2011 de Reforma del Arbitraje, va más allá y ahora nos dice que la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral, ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros (artículo 37.2).

Otorgar validez al *laudo* dictado fuera de plazo supone un cambio de gran calado y un enorme refuerzo para la institución arbitral, que tal vez ha pasado un poco desapercibido.

Actualmente, cuando se plantea un procedimiento arbitral, las partes tienen ya que concentrar sus esfuerzos en obtener un laudo acorde con sus pretensiones e intereses, porque ya no valen las tácticas dilatorias.

2.3. Ejecución registral del laudo sin necesidad de auxilio judicial en el arbitraje societario

Desde la entrada en vigor de la Ley 11/2011, España cuenta con una regulación pormenorizada sobre el arbitraje societario en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley de Arbitraje.

Estos dos artículos merecen aquí un comentario más detallado, por la enorme repercusión que tienen para el trabajo diario de los economistas, que se centra muy frecuentemente en sociedades.

En primer lugar, la Ley termina con una vieja polémica y admite expresamente la posibilidad de que las sociedades de capital sometan a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

«*Son arbitrables los actos de una sociedad de capital*», incluida la impugnación de los acuerdos sociales. También son arbitrables los conflictos que afecten a la sociedad, a sus socios y a sus administradores.

Mas para que esto sea así, se requiere la inclusión de la cláusula de sumisión arbitral en los Estatutos sociales, siendo preciso a tal efecto el voto favorable de, al menos, «*dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*».

En segundo lugar la Ley de Arbitraje «*encomienda el arbitraje societario a una institución arbitral*», de la que se hablará después.

En tercer lugar -y para nosotros el más importante-, la Ley aplica a los laudos arbitrales el mismo tratamiento registral que el artículo 208 de la Ley de Sociedades de Capital otorga a las resoluciones judiciales.

Los laudos arbitrales en el caso de impugnación de acuerdos sociales se inscriben directamente en el Registro Mercantil, pudiendo ordenar el laudo la cancelación de la inscripción del acuerdo anulado y la de todos los asientos posteriores que resulten contradictorios con él.

A modo de conclusión de este apartado, diremos que en seis meses el laudo dictado en conflictos societarios puede estar inscrito en el Registro Mercantil y canceladas las inscripciones contradictorias posteriores, dejando resueltos en brevísimo tiempo conflictos societarios que de otro modo pueden poner en riesgo la propia supervivencia de la sociedad.

2.4. Importancia de las instituciones arbitrales

La Ley y la Reforma están pensando en las instituciones arbitrales, aunque sin descartar totalmente el arbitraje *ad hoc*.

Para que estas instituciones puedan cumplir su nueva misión de arbitrajes societarios, se les impone nuevas obligaciones, como las de velar por las condiciones de capacidad de los árbitros, la transparencia de su designación, vigilar su independencia, contratar un seguro de responsabilidad civil y otras, cuyo cumplimiento e implantación se cuida con esmero.

3. Precisiones entre el arbitraje y la mediación

Según tengo entendido, los economistas han apostado por la mediación en detrimento del arbitraje, por lo que considero necesario señalar esquemáticamente las diferencias entre una y otro, y la necesidad de analizar las circunstancias del caso para emprender caminos bastante dispares, porque la mediación y el arbitraje son instituciones radicalmente distintas, que el gran público tiende a confundir.

Aquella es un sistema de resolución de conflictos mediante la autocomposición (mediación), porque son *«las propias partes quienes intentan voluntariamente alcanzar un acuerdo con la intervención de un mediador»*.

Y éste es un sistema de heterocomposición (arbitraje), porque son los árbitros quienes imponen la solución del conflicto mediante la emisión de un laudo, que es equiparable a una resolución judicial.

La mediación es una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con *la ayuda* de una tercera persona imparcial: el mediador. El arbitraje resuelve el conflicto mediante una *«solución impuesta»* por un tercero (árbitro), que emite un laudo equiparable a una sentencia judicial.

En la mediación, las partes son libres para iniciar el procedimiento y también son libres para abandonarlo durante su desarrollo. La mediación puede terminar con acuerdo o sin él.

En el arbitraje, las partes son libres para iniciar el procedimiento (bien por haber incluido la sumisión a arbitraje en la cláusula contractual o bien por acuerdo posterior), pero una vez iniciado el proceso no pueden abandonarlo durante su desarrollo y necesariamente termina con el *laudo* (decisión del árbitro), que es asimilable a una sentencia firme.

En España la mediación está consiguiendo un grado de interés por parte de la abogacía mayor que el arbitraje y creo que los economistas se apuntan también en esta línea, en detrimento del arbitraje, cuyas ventajas son innegables, ya me he referido a algunas de ellas, pero en aras de la claridad voy a resumirlas.

4. Ventajas del arbitraje

Entre las ventajas del arbitraje se suelen mencionar las siguientes:

4.1. Confidencialidad

La confidencialidad en los negocios es siempre beneficiosa, especialmente cuando las desavenencias se presentan en el área de la tecnología o de la propiedad industrial o intelectual.

Mediante el arbitraje se protegen mucho mejor los secretos, las fórmulas, los inventos, los diseños industriales.

Los intervinientes en el proceso arbitral firman un pacto de confidencialidad, hay una sola instancia, y los laudos no se publican, por lo que las empresas competidoras y otros clientes no pueden tener noticias de la existencia del conflicto, ni de la forma en que ha sido resuelto.

4.2. Ausencia de rigorismos procesales

El arbitraje es un proceso reglado, pero más flexible y sin rigorismos procesales.

4.3. Flexibilidad y libertad

El arbitraje permite a las partes, en ejercicio de su autonomía, elegir:

- La modalidad del arbitraje (de Derecho o de equidad).
- La sede del arbitraje.
- El procedimiento que seguirá el arbitraje.
- El lenguaje en que se desarrollarán las instancias.
- El derecho sustantivo que se aplicará para resolver la disputa.

4.4. Decisión por especialistas

Las partes designan a:

- Los encargados de decidir la disputa en calidad de árbitros; y
- La elección de éstos en base a sus conocimientos y especialidades.

4.5. Pacto anticipado sobre el pago de costas

- Las partes pueden pactar libremente la forma en que van a sufragar las costas, sin que rija necesariamente el principio de vencimiento objetivo.
- Las tarifas son conocidas y calculadas sobre una base objetiva.

4.6. Rapidez en los resultados

- En el plazo es de seis meses se obtiene una resolución firme y ejecutable.

4.7. Neutralidad

Destacable especialmente en los arbitrajes internacionales, ya que desaparece el temor de creer que si litigan ante los tribunales estatales de la otra parte, se sentirán menos protegidos en sus derechos.

Las partes se sienten más seguras en un foro neutral de su libre elección.

El arbitraje es en definitiva un traje confeccionado a la medida de nuestras necesidades bien en el contrato inicial, bien en un pacto posterior.

5. Conclusión

Tengo muy meditadas las causas por las que los abogados no elegimos al arbitraje y en mi particular elenco llego a enumerar más de una docena, destacando de entre todas ellas nuestra familiaridad con el proceso judicial y el temor a experimentar caminos menos transitados, pero sinceramente -tras la reforma de mayo de 2011- no encuentro ninguna razón para que los economistas den la espalda al arbitraje.

La resolución de las disputas de sus clientes ante instituciones arbitrales de prestigio o la colaboración y el entendimiento con los abogados, para que el laudo dictado pueda ser, en su caso, ejecutable judicialmente, supondrá un buen servicio y una nueva línea de negocio, que los economistas no pueden ignorar.

