

Ley 22/2004, Reguladora de los Métodos Extrajudiciales.

El 18 de julio el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de Ley de Arbitraje, con la que se pretende conseguir una alternativa eficaz a la vía judicial como solución de los conflictos entre particulares. Este Anteproyecto está ahora siendo objeto de estudio por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo de Estado.

Si bien el texto de este proyecto de ley no se ha presentado todavía a las Cortes, parece ser que contendrá 46 artículos frente a los 63 de la ley vigente, de 5 de Diciembre de 1988. Todo parece indicar que la nueva ley de arbitraje será efectivamente una norma procesal más ágil y moderna.

Arbitraje internacional

El concepto de arbitraje internacional cambiará si bien no sabemos exactamente cómo. Tal y como está ahora redactada la ley vigente "se entiende por laudo arbitral extranjero en que no haya sido pronunciado en España" (art. 56.2, Título IX, de la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros)

Mucho se ha venido hablando de adoptar la definición de arbitraje internacional de la Ley Modelo de la CNUDMI para el Arbitraje Mercantil Internacional de 1985 expresada en su primer artículo, que a su vez contiene cinco párrafos.

La necesidad de que se adopte o adapte este artículo reside en que un laudo en un asunto internacional dictado en España no pase por nuestras Audiencias Provinciales en procesos de anulación del laudo, sino que su reconocimiento y ejecución pase por nuestro Tribunal Supremo en aplicación de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Ello eliminaría la "incertidumbre" a los ojos de la comunidad empresarial internacional que pueda suponer un examen jurisdiccional del laudo en instancias inferiores a nuestro Supremo.

Imaginamos que se modificará la práctica totalidad de los títulos IX y X para adecuar nuestro nuevo concepto de arbitraje internacional a la práctica habitual hoy día en este ámbito que, entre otras cosas, permite a los árbitros pronunciarse sobre la eficacia y validez de la cláusula compromisoria, y permite que los árbitros se pronuncien, en caso de discrepancia, sobre la ley aplicable al fondo de la controversia. Tal y como está redactada la actual ley de arbitraje, estos extremos pueden ser examinados por el Tribunal Supremo. En nuestra opinión, el examen del Supremo debiera restringirse a (i) cuestiones que no puedan ser objeto de arbitraje en España, (ii) laudos que puedan ser contrarios al orden público, y (iii) laudos que se pronuncien sobre extremos no sometidos al juicio de los árbitros.

Medidas cautelares

Entendemos que el árbitro tendrá en la nueva ley un mayor margen de actuación para instrumentar medidas cautelares. Necesaria medida. Sin embargo, es probable que se tarde más en conseguir que una medida cautelar cobre eficacia por muy ágil que sea el proceso, que en llevar a cabo el arbitraje de principio a fin, particularmente si la medida cautelar solicitada y concedida se hubiese de instrumentar en países con normativas menos favorecedoras de este tipo de medidas en procesos arbitrales. Asumimos que en la nueva ley, la medida cautelar concedida por el árbitro no estará sujeta a recurso jurisdiccional alguno por la razón apuntada anteriormente, esto es, corre riesgo de ser eficaz meses después de dictado el laudo.

Ejecución provisional del laudo

El laudo arbitral podrá ejecutarse provisionalmente mientras se tramita el proceso de anulación del laudo. Esta iniciativa potenciará decididamente el arbitraje de régimen interno. Seis meses en arbitraje y un año en la audiencia Provincial de Madrid restaban atractivo al arbitraje.

Modalidad del arbitraje

Por defecto el arbitraje será en Derecho y no en equidad. Principalmente el arbitraje es casi siempre en Derecho porque la práctica totalidad de árbitros en todo el mundo son abogados y aplican la profesión que conocen, el Derecho. En España hay jurisprudencia que establece que la incorrecta aplicación del derecho por parte de un árbitro no conlleva la anulación de un laudo, y ello en base a que este motivo no es

hoy motivo de anulación de un laudo. En otras jurisdicciones, la incorrecta aplicación del derecho sí es motivo de anulación de un laudo.

Es más práctico arbitrar en equidad ante árbitros que aplicarán irremediamente el derecho -porque es lo que saben-que arbitrar en Derecho, ya que se obtendrá probablemente la misma decisión solo que obviando el peligro de anulación del laudo en ciertas jurisdicciones.

Ciertamente confiamos que no se enmiende el hoy artículo 45 para permitir la anulación del laudo por la incorrecta aplicación del derecho al fondo de la cuestión. Todo lo que se pretenda ganar se habría perdido irremediamente ya que quedaría una opción, esto es, litigar de nuevo ante un juez para explicarle las claras "equivocaciones del árbitro" con objeto de que éste remita a las partes a un nuevo arbitraje y empezar de nuevo -esto en la mejor de las circunstancias.

Protocolización del laudo

No será necesaria la protocolización notarial del laudo. Bueno, las partes se ahorran 150-200 euros y unos diez días adicionales de trámite que sólo contribuyen a aumentar el peligro de anulación por extemporaneidad del laudo porque ¿qué fecha tiene el laudo?, ¿la fecha de firma del laudo por el árbitro, el "original"?, ¿la fecha de protocolización? ¿la fecha de entrega fehaciente del instrumento protocolizado?

El número de árbitros

A falta de acuerdo entre las partes sobre el número de árbitros que decidirán la controversia, ésta será resuelta por un solo árbitro. Las partes probablemente siempre acuerden arbitrar ante un panel cuando la disputa sea cuantiosa y/o compleja, pero es ciertamente innecesario obligar a dos partes a arbitrar una disputa de 10.000 euros ante tres árbitros sólo porque un demandado se empeñe en encarecer el proceso para el demandante. Es cierto que el demandante puede recuperar las costas pero las tiene que pagar inicialmente para que el proceso se lleve a cabo.

Los árbitros

Registradores y notarios podrán ser árbitros. Intuimos que jueces, magistrados y fiscales en activo continuarán sin poder ser árbitros. Creemos que la ley de arbitraje no debiera discriminar positivamente como lo hace ahora. Otra cosa distinta es que los miembros de estos colectivos quieran actuar como árbitros, o que les interese.

Estos colectivos tienen un denominador común, su extraordinaria preparación y su independencia. En arbitraje serán imparciales, por supuesto, hasta que lauden; entonces habrán de tomar partido y a una de las partes no le va a gustar la decisión del señor notario o registrador. Un notario es independiente del abogado que trae contratos a su notaría, pero si el abogado pierde varios arbitrajes ante su notario, ¿cambiará de notario? No debiera, pero somos humanos. Es probable que estos colectivos terminen bien por no aceptar ser árbitros, o por construir una base deontológica específica para cuando sean llamados a actuar como árbitros.

Esto es de momento lo que se sabe extraoficialmente sobre el anteproyecto. Hay más cosas que no se saben y que quizás estén contempladas.

Plazo para laudar

¿Continuará siendo el plazo para laudar de seis meses? En nuestra opinión no debiera contemplarse un plazo de esta naturaleza. Seis meses son generalmente suficientes pero pueden poner en peligro un laudo sobre cuestiones complejas que necesiten más tiempo. Lo que sí se debiera contemplar es un pronunciamiento del árbitro clausurando oficialmente el periodo de audiencia, bien porque las partes manifiesten haber presentado la totalidad de sus casos, bien porque el árbitro considere que ya no hay lugar a más. A partir de dicha fecha, el árbitro tendría que dictar su laudo dentro de un plazo razonable sin posibilidad de prórroga excepto con el consentimiento expreso de ambas partes.

Las costas y gastos

Los gastos relacionados con el arbitraje serán decisivos a la hora de promocionar el arbitraje. Hay gastos porque el arbitraje es un método extrajudicial voluntario. Hay gastos de administración y hay que compensar a los árbitros. Hay gastos relacionados con el procedimiento arbitral, igual que los hay en un juicio ordinario... peritos, testigos, informes de todo tipo, etc. Todos estos gastos -que ha de asumir la empresa española o extranjera-están contemplados hoy en la vigente ley de arbitraje en su artículo 35.1.

Hay un gasto que no está contemplado expresamente en este artículo, los honorarios correspondientes a la representación letrada. No se mencionan ¿Prohibido? No, no necesariamente. Si en otras jurisdicciones este gasto es expresamente recuperable en arbitraje, ¿porqué no admitirlo como "costa del arbitraje" en España? Desde luego el empresario ha de pagar a su abogado para que le represente en un arbitraje.

En nuestra opinión el árbitro debiera poder pronunciarse en su laudo sobre TODOS las costas y gastos debidamente justificados, sin excepción, que se deriven de un procedimiento arbitral.

¿Promocionar el arbitraje?, ¿descargar a la Justicia...? Sugerimos que el Estado considere incentivar fiscalmente a las empresas que acudan al arbitraje mediante una reducción de un porcentaje de las costas arbitrales en su impuesto de sociedades. La posibilidad de que las empresas puedan recuperar en arbitraje sus gastos de representación letrada, así como un incentivo fiscal al empresariado son iniciativas que probablemente contribuirían a promocionar el arbitraje.

La administración de arbitrajes

¿Quién administrará los arbitrajes?, ¿asociaciones sin ánimo de lucro?, ¿corporaciones de derecho público?. No hay nada prohibido expresamente, es decir, la ley vigente no excluye expresamente a nadie, pero estas personalidades jurídicas - y no otras-se hallan mencionadas expresamente en nuestra vigente y ya antigua ley de arbitraje.

Es sencillo, al Legislador del 88 ni se le pasaba por la cabeza que la iniciativa privada pudiese "administrar Justicia". En el 2003 nuestro mundo, en toda su amplitud, es distinto y la iniciativa privada convive necesariamente con la pública. Es importante distinguir entre administrar y arbitrar. Son dos funciones distintas que conviven con objeto de proporcionar un servicio completo a quienes deseen resolver sus diferencias en sede arbitral.

Mediación

Arbitraje, arbitraje, arbitraje. Se nos presenta una oportunidad única para contemplar la mediación mercantil en esta ley. La mediación se abrirá camino de una manera u otra y pronto porque es una tendencia internacional imparable. En nuestro propio entorno inmediato, la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea ya ha anunciado que en el 2004 prevé presentar una propuesta de directiva para promover la mediación. (circular JAI.A.3/DS/ic - D/03/5456)

Si hemos esperado 15 años para enmendar la ley de arbitraje, unos meses más no nos perjudicará. Contemplemos la mediación. Hablemos de ADR en general, no sólo de arbitraje.

Ya se nos ocurre un nombre para esta nueva ley, "**Ley 2004/??, reguladora de los métodos extrajudiciales**". Seríamos los primeros en llamarla así. Arbitraje, mediación, evaluación neutral, mini-juicio, etc. Hagamos el esfuerzo y seamos pioneros si queremos liderar. Y desde luego confiamos que la nueva ley sea traducida oficialmente a otros idiomas. El español es una lengua internacional pero hay otras. Si nuestros futuros árbitros hablan inglés, o francés o chino, nuestra ley "reguladora de los métodos extrajudiciales" tiene que ser comprendida por muchos si desea nacer con vocación de liderazgo internacional.. Si nuestros futuros árbitros hablan inglés, o francés o chino, nuestra ley "reguladora de los métodos extrajudiciales" tiene que ser comprendida por muchos si desea nacer con vocación de liderazgo internacional.

Conclusión

No estamos mejorando lo que funciona. Estamos enmendando lo que a todas luces no ha funcionado nunca en nuestro país. Así las cosas, el esfuerzo que se está realizando desde el Ministerio de Justicia habrá de dar fruto si aprovecha la oportunidad para liderar y convertir a España en un auténtico referente internacional.

José Antonio García Álvaro
ARBITRAJE y MEDIACIÓN (ARyME)
Madrid, 27 de Agosto de 2003

Si desea publicar un artículo jurídico en nuestro Boletín puede enviarnoslo a la siguiente dirección boletin@lexjuridica.com. Una vez revisado, aparecerá su artículo con una referencia a su autor y un enlace a su página web si lo desea. Gracias por colaborar con nosotros.

IMPRIMIR

CERRAR

Copyright © Easy Lawyer S.L 2001 - Avisos Legales
<http://www.lexjuridica.com>
info@lexjuridica.com

Lex

Lex