

ELS ADR, PROCEDIMENTS EXTRAJUDICIALS DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES: Legislació vigent i aplicació pràctica als conflictes empresarials.

Francesc Casulleras Climent

(fcasulleras@uoc.edu)

5 de gener de 2016

Activitat de Recerca

Treball Final de Grau

Semestre setembre 2015 – gener 2016

Índex

Resum	5
Introducció	7
1. Els ADR, procediments extrajudicials de resolució de conflictes	7
1.1. La saturació de la via judicial	8
1.2. Les avantatges d'utilitzar els ADR	11
1.3. Aplicació dels ADR en els conflictes empresarials	11
1.4. Tipus de ADR	11
2. La mediació	12
2.1. Legislació sobre mediació	12
2.2. Principis de la mediació	14
2.3. Mediació concursal i mediació intrajudicial	15
2.4. Cost de la mediació	17
2.5. La mediació a Catalunya	17
3. L'arbitratge	18
3.1. Legislació sobre arbitratge	18
3.2. Principis del procediment arbitral	19
3.3. Cost de l'arbitratge	20
3.4. L'arbitratge societari	20
3.5. L'arbitratge a Catalunya	21
4. La conciliació civil	22
4.1. Legislació sobre conciliació civil	23

4.2. La conciliació civil a l'Estat espanyol	23
5. Implicacions ètiques i/o socials	24
Conclusions	25
Valoració	26
Referències bibliogràfiques	27

ELS ADR, PROCEDIMENTS EXTRAJUDICIALS DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES: Legislació vigent i aplicació pràctica als conflictes empresarials.

Francesc Casulleras Climent (fcasulleras@uoc.edu)

Resum

En el present estudi s'analitzen els principals procediments extrajudicials de resolució de conflictes, anomenats ADR per les seves sigles en anglès (*Alternative Dispute Resolution*), o MASC per les sigles en castellà (*Medios Alternativos de Solución de Conflictos*), com són la mediació, l'arbitratge i la conciliació; es fa una anàlisi jurídica de la legislació vigent de cadascuna d'aquestes modalitats, i s'analitza la seva aplicació pràctica en els conflictes empresarials.

La saturació dels tribunals, també els de l'Estat espanyol, justifica la conveniència de desenvolupar alternatives a la via judicial; i especialment en la resolució dels conflictes empresarials, on els costos d'una via judicial congestionada són més evidents.

La mediació civil, es el mètode ADR més nou, i actualment s'està desenvolupant com a modalitat de mediació empresarial autocompositiva, juntament amb la mediació concursal i la mediació intrajudicial civil, però el seu futur dependrà de que arrel en la cultura jurídica del món empresarial.

La introducció d'una clàusula arbitral, tant en els contractes empresarials, com també de forma més recent en els estatuts de la societat, es la fórmula ADR més consolidada; compta amb l'avantatge que garanteix sempre una solució al conflicte, el que no sempre es dona amb la mediació, però el seu cost es molt superior.

La conciliació civil després d'anys d'estar relegada a l'antiga llei de jurisdicció civil de 1881, ara s'ha incorporat finalment com un acte de jurisdicció voluntària, amb el que caldrà veure com es desenvoluparà en el futur.

Paraules clau:

Conflicte, ADR, MASC, litigiositat, mediació, arbitratge, conciliació, mediació concursal, mediació intrajudicial, arbitratge societari.

Abstract

In the present document we analyze the main extrajudicial procedures of conflict resolution like mediation, arbitration and conciliation. They are also known as *Alternative Dispute Resolution*, ADR (or "*Medios Alternativos de Solución de Conflictos*" in Spanish, MASC). There will be a juridical analysis of the current legislation on each of these modalities while doing an in-depth analysis in its practical application in business conflicts.

The saturation of the tribunals (also in Spain) justify the necessity of developing alternatives to the judicial proceedings. That's especially true in business conflicts where the costs of going through congested legal channels are more evident.

Civil mediation is the newest of all ADR procedures and it's being developed as a consensual modality of business mediation, together with insolvency and intra-judicial civil mediation, but its future will depend on its future relevance in the judicial culture in the business world.

The introduction to the arbitral clause is the most consolidated ADR, both in business contracts and in articles of association of the company. It has the advantage that it guaranties a solution to the conflict, which is not always present with a mediation, but its more costly.

Civil conciliation has been finally incorporated as a Non-contentious Proceeding Act after being relegated in the 1881's Civil Procedure Act, so it'll take some time to develop.

Keywords:

Conflict, ADR, MASC, litigation, mediation, arbitration, conciliation.

INTRODUCCIÓ

Relacionat amb la Nota Informativa 1 de Dret Privat, ha sorgit la qüestió de quins eren els procediments de resolució del conflicte que s'havia plantejat entre dues empreses que mantenien una relació comercial, tant els procediments judicials com els alternatius als judicials existents en el Dret espanyol.

Justificació

En el Grau de Dret hem tingut oportunitat de conèixer la existència dels mitjans de resolució extrajudicial, tot i que el seu estudi ha estat molt limitat i ajustat al contingut propi de l'assignatura corresponent. Així, l'arbitratge s'estudia en l'assignatura de Dret Civil II (03.512), i en Dret Processal I (03.527); en Dret de la Contractació (03.541), s'estudia tant el conveni arbitral com la mediació com a mètode d'autocomposició. No obstant, també es cert que hi ha una assignatura específica optativa de Mediació i Arbitratge (03.560), però que en el meu cas no he pogut cursar, tot i ser del meu interès, per causa de la programació bimestral.

Objectiu i abast

L'interès d'aquest treball pels mitjans de resolució extrajudicial de conflictes, està en l'estudi de la seva aplicació pràctica als conflictes empresarials, per tal d'examinar i comprovar la seva utilitat com a procediment alternatiu al procés judicial.

Hem d'entendre com a conflictes empresarials, tots aquells conflictes civils i mercantils que es produeixen dins del món empresarial; es a dir, tant dins de la empresa, entre socis, administradors, excloent els conflictes laborals; com entre empreses i empresaris, bàsicament d'origen contractual.

La necessitat de trobar una alternativa al procés judicial, es deguda als elevats costos que comporta la via judicial, tant en terminis de resolució i recursos allargats, com la pròpia incertesa del seu resultat. I tenint en compte que una bona gestió empresarial es incompatible amb el manteniment d'aquestes dues variables: costos elevats i incertesa.

Amb aquesta finalitat, iniciarem el treball analitzant els procediments extrajudicials, quins son i la seva utilitat, per a continuació analitzar la legislació vigent dels principals procediments, la mediació, l'arbitratge i la conciliació, centrant-nos en la seva aplicació pràctica als conflictes empresarials.

1 ELS ADR, PROCEDIMENTS EXTRAJUDICIALS DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES.

L'aplicació de procediments extrajudicials per la resolució de conflictes, anomenats **ADR** per les seves sigles en anglès (**Alternative Dispute Resolution**), o **MASC** per les sigles en castellà (Medios Alternativos de Solución de Conflictos), s'ha aplicat a diferents àmbits.

Així, el **LLIBRE VERD sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en el àmbit del dret civil i mercantil de 19.04.2002**¹, distingeix la seva aplicació en els procediments judicials, en dret contractual, en l'àmbit del dret del consumidor, del dret de família i en el de les relacions laborals.

¹ **LLIBRE VERD sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en el àmbit del dret civil i mercantil (COM(2002) 196)**, de 19.04.2002. Obtingut el 24 desembre de 2014, de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0196&rid=1>

En el document d'estudi sobre "**REDUCCIÓN DE LITIGIOSIDAD**"², aprovat pel **Ple del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)** de 28.06.2012, es diferencia en tres àmbits materials molt diferents: assumptes de família i civils en general, assumptes penals i assumptes administratius.

I finalment, el **LLIBRE BLANC DE LA MEDIACIÓ A CATALUNYA**³, del **Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2010**, distingeix la mediació empresarial, la mediació en l'àmbit laboral, en l'àmbit del consum, la mediació ciutadana i comunitària en l'àmbit local, la mediació en l'àmbit de família, en l'àmbit escolar, en l'àmbit de la salut, la mediació penal, en el que s'anomena justícia reparadora, en la resolució de conflictes en les polítiques de la Generalitat, en conflictes ambientals, i també en dret administratiu.

Com podem observar de la simple lectura, el potencial camp d'aplicació dels **ADR** fa que els puguem considerar un instrument valuós i pràctic amb moltes possibilitats d'aplicació concreta.

No obstant, en el present estudi ens interessa centrar el tema en l'aplicació concreta dels **ADR** a la resolució de conflictes empresarials, estudiar i analitzar el seu interès i utilitat, i l'aplicació pràctica i la seva eficàcia aplicades envers a les relacions entre empreses, o dins de les empreses, com veurem seguidament.

1.1 La saturació de la via judicial.

La utilització de la via jurisdiccional per resoldre aquest tipus de conflictes s'ha mostrat poc eficient per la crisi d'eficàcia dels sistemes judicials, degut a la saturació dels tribunals tal com manifesta el **LLIBRE VERD**¹: els procediments s'allarguen, les despeses judicials inherents a aquests procediments augmenten; sumat a la quantitat i complexitat i caràcter tècnic cada vegada més creixent dels textos legislatius que, tot plegat, contribueix a dificultar l'accés a la justícia a que s'enfronten molts països.

A Espanya, el **CGPJ**² reconeix el fet real i actual de que la litigiositat està clarament sobredimensionada, i que el problema es de tal entitat que reclama urgents solucions, ja que comporten un elevat cost de la litigiositat, per la exagerada càrrega de treball dels òrgans judicials i el elevat cost de la càrrega de litigis.

Si analitzem la estadística judicial que publica el CGPJ (www.poderjudicial.es), podem observar com ha evolucionat aquesta congestió judicial en els darrers 5 anys, veient la evolució en el nombre d'assumptes ingressats, resolts i pendents, anyalment, tant en els Jutjats de Primera Instància, com en els Jutjats Mercantils, que son els òrgans on es tramiten en primera instància els assumptes civils que poden afectar als conflictes entre empreses:

JUTJATS DE PRIMERA INSTÀNCIA

ASSUMPTES	2010	2011	2012	2013	2014	MITJANA
JUTJATS	606	661	677	677	678	
INGRESSATS	2.112.287	1.971.410	2.083.795	1.923.541	2.079.140	
		-6,67%	5,70%	-7,69%	8,09%	-0,39%

² MONTERRAT, A.; URÍA, M.; CAMP, R. i COLLADO, M. (2012). "**REDUCCIÓN DE LITIGIOSIDAD**". *REVISTA DEL PODER JUDICIAL*. NÚM.94 (pàgs.53 a 59). Aprovat pel **Ple del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)** de 28.06.2012.

³ **LLIBRE BLANC DE LA MEDIACIÓ A CATALUNYA**, del **Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2010**. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/llobres_fora_colleccio/llibre_blanco_mediacion.pdf

ASSUMPTES	2010	2011	2012	2013	2014	MITJANA
RESOLTS	1.916.517	2.026.511	2.141.742	2.128.752	2.293.148	
		5,74%	5,69%	-0,61%	7,72%	4,91%
PENDENTS	2.257.950	2.315.963	2.378.438	2.388.023	2.437.910	
		2,57%	2,70%	0,40%	2,09%	1,99%
TAXA DE RESOLUCIO	0,91	1,03	1,03	1,11	1,10	1,03
TAXA DE PENDENCIA	1,18	1,14	1,11	1,12	1,06	1,12
TAXA DE CONGESTIÓ		2,09	2,05	2,02	1,95	

Font: Elaboració pròpia a partir de les dades d'Estadística Judicial del CGPJ (www.poderjudicial.es).

Com podem observar:

a) El nombre d'assumpes nous ingressats, pràcticament s'ha mantingut al voltant dels 2 milions/any.

b) El nombre d'assumpes resolts, s'ha incrementat lleugerament en una mitjana del 5% anual, en els darrers 5 anys, degut a l'augment del nombre de jutjats de 606 a 678.

c) No obstant això, el nombre d'assumpes pendents s'ha incrementat una mitjana anual d'un 2% anuals, en els darrers 5 anys.

Això ha provocat que:

1. La Taxa de Resolució (assumpes resolts/assumpes ingressats), ha superat 1, el que indica que es resolen més assumpes dels que ingressen.

2. La Taxa de Pendència (assumpes pendents/assumpes resolts), expressada en mesos (Taxa Pendència x 12), que expressa el nombre de mesos que es necessitaria per acabar amb tots els assumpes pendents, ha baixat de 14 mesos a 12,7 mesos.

3. No obstant lo anterior, la Taxa de congestió (assumpes pendents més assumpes ingressats/assumpes resolts) s'ha mantingut pràcticament al voltant de 2.

JUTJATS MERCANTILS

ASSUMPTES	2010	2011	2012	2013	2014	MITJANA
JUTJATS	55	65	64	64	64	
INGRESSATS	149.437	157.831	166.243	182.157	246.146	
		5,62%	5,33%	9,57%	35,13%	16,18%
RESOLTS	128.006	141.480	154.385	150.224	177.784	
		10,53%	9,12%	-2,70%	18,35%	9,72%
PENDENTS	143.622	156.154	158.381	186.216	247.598	
		8,73%	1,43%	17,57%	32,96%	18,10%
TAXA DE RESOLUCIO	0,86	0,90	0,93	0,82	0,72	0,83
TAXA DE PENDENCIA	1,12	1,10	1,03	1,24	1,39	1,19
TAXA DE CONGESTIÓ		2,13	2,09	2,27	2,43	

Font: Elaboració pròpia a partir de les dades d'Estadística Judicial del CGPJ (www.poderjudicial.es).

Del que podem observar, que la situació dels Jutjats Mercantils es molt pitjor:

a) El nombre d'assumpes ingressats, s'ha incrementat una mitjana anual d'un 16%, fins gairebé uns 250.000 casos/any.

b) El nombre d'assumptes resolts, s'ha incrementat una mitjana anual d'un 10%, malgrat l'augment del nombre de jutjats de 55 a 64.

c) Malgrat tot això, el nombre d'assumptes pendents s'ha incrementat un 18% de mitjana anual els darrers 5 anys.

Amb lo que:

1. La Taxa de Resolució ha baixat a 0,72, i es manté per sota la unitat.
2. La Taxa de Pendència expressada en mesos ha passat de 13,4 mesos a 16,7 mesos.
3. I la Taxa de Congestió s'ha incrementat un 14% en els darrers 5 anys, de 2,13 a 2,43.

A nivell de la Unió Europea, el **ADR Center**, organisme de mediació i arbitratge amb seu a Roma (Itàlia), va publicar el 2010 l'estudi "**The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation**"⁴, basat en enquestes a empreses, advocats i experts de tots els estats membres de la UE, entre quines conclusions s'indica que els procediments de mediació comporten una inversió menor en termini i cost econòmic respecte dels procediments judicials:

Valor del conflicte: 200.000 eur	Procés judicial		Arbitratge		Mediació	
	Temps (dies)	Cost (euros)	Temps (dies)	Cost (euros)	Temps (dies)	Cost (euros)
Austria	540	14.660	540	46.480	90	14.790
Belgium	525	16.000	630	19.500	45	7.000
Bulgaria	870	17.885	480	15.372	14	4.676
Cyprus	1445	6.796	732	8.300	45	7.000
Czech Rep	1280	21.004	289	20.950	75	7.667
Denmark	380	46.600	250	66.000	45	7.000
Estonia	291	45.337	205	51.149	45	7.000
Finland	800	17.046	713	30.546	368	17.000
France	330	20.500	345	28.000	60	10.000
Germany	246	9.854	200	21.788	45	7.000
Greece	970	14.700	250	19.600	60	4.275
Hungary	765	11.312	540	21.038	90	14.000
Ireland	515	53.800	357	66.661	45	7.000
Italy	2205	19.527	2935	65.400	47	17.000
Latvia	420	6.900	260	9.780	75	3.500
Lithuania	460	21.410	150	29.000	90	15.400
Luxemburg	321	15.500	113	25.500	98	13.900
Malta	1575	8.100	665	5.100	300	3.600
Netherlands	700	32.000	600	33.500	40	6.000
Poland	540	47.000	352	51.000	42	10.000
Portugal	450	11.428	480	20.161	90	3.050
Romania	342	19.414	398	17.347	32	3.010
Slovakia	570	51.993	730	57.761	125	8.603
Slovenia	600	8.087	290	15.190	180	6.015
Spain	730	30.000	320	21.632	74	7.667
Sweden	610	65.710	405	94.990	45	7.000
UK	333	51.536	357	66.661	85	37.011

⁴ *The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation*, ADR Center, Roma, 2010. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://www.adrcenter.com/jamsinternacional/civil-justice/Survey_Data_Report.pdf

Valor del conflicte: 200.000 eur	Procés judicial		Arbitratge		Mediació	
	Temps (dies)	Cost (euros)	Temps (dies)	Cost (euros)	Temps (dies)	Cost (euros)
Mitjana	697	25.337	503	34.385	87	9.488

Font: *The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation, 2010.*

Com s'observa el termini mitjà dels procediments judicials al conjunt dels països de la UE es de 697 dies, amb els procediments d'arbitratge es redueix a 503 dies, i amb la mediació es de només 87 dies.

A Espanya, tot i que el termini mitjà dels arbitratges, 320 dies, es menys de la meitat del termini mitjà dels procediments judicials, 730 dies, el termini de la mediació es de només 74 dies.

1.2 Les avantatges d'utilitzar els ADR.

Totes aquestes dades, justifiquen empíricament la conveniència de desenvolupar els ADR com instrument per resoldre els conflictes empresarials, com via alternativa a la via judicial, ja que una via judicial congestionada comporta les següents desavantatges, segons el *LLIBRE BLANC*³:

- elevat cost temporal i de gestió.
- despeses econòmiques elevades.
- deteriorament de les relacions comercials o de negoci entre les parts.
- risc de publicitat negativa amb la conseqüent pèrdua de reputació.
- pèrdua de control sobre la resolució final del conflicte.

1.3 Aplicació dels ADR en els conflictes empresarials.

Dins de l'àmbit concret dels conflictes empresarials, els ADR s'utilitzen de manera molt freqüent, segons el *LLIBRE BLANC*³, en la resolució dels següents conflictes empresarials:

- conflictes interns en empreses familiars.
- conflictes entre empreses o empresaris individuals.
- conflictes entre empreses i particulars.
- conflictes entre socis, o entre directius.
- conflictes entre llogaters i propietaris de locals comercials.
- conflictes derivats de reclamacions de danys per culpa extracontractual.
- conflictes derivats de l'execució de projectes empresarials comuns en joint venture.
- conflictes pel incompliment de contractes de prestació de serveis o d'obra.
- conflictes en acords entre accionistes.
- conflictes en matèria de patents i marques.

1.4 Tipus de ADR.

D'acord amb el *LLIBRE VERD*¹, entenem per ADR, per convenció, totes les alternatives de solució de conflictes en el àmbit del dret civil i mercantil, tot i que considera l'arbitratge com una alternativa més propera a la decisió judicial.

El estudi del *CGPJ de 2012*², considera com a mètodes de resolució alternativa de conflictes, a la MEDIACIÓ, l'ARBITRATGE i la CONCILIACIÓ.

El *LLIBRE BLANC*³, al seu torn diferencia entre el procediment judicial, l'arbitratge, la conciliació, la negociació i la mediació:

Procediment judicial: Sistema heterocompositiu de resolució de conflictes, on el jutge dicta una sentència sobre el fons de la demanda, en un procés públic i contradictori, i quina decisió es en principi susceptible de recurs i directament executiva.

Arbitratge: Sistema també heterocompositiu, on l'àrbitre dicta un laude, que es executiu, sobre les qüestions sotmeses, en un procés en principi confidencial, que no es pot revisar, per regla general, respecte del fons del assumpte.

Conciliació: També preveu la participació d'una persona aliena al conflicte que, no obstant no té potestat per imposar la seva decisió a les parts, però dona la seva opinió sobre quina hauria de ser la solució del conflicte.

Negociació: Sistema de resolució de conflictes bilateral, sense la intervenció d'una tercera persona.

Mediació: Sistema autocompositiu de resolució de conflictes on les pròpies parts poden arribar a un acord, i la funció del tercer, persona mediadora, es la d'assistir a les parts en la negociació i facilitar la comunicació, però sense donar en principi la seva opinió, ni proposar solucions. Es precisa la participació activa de les parts i en qualsevol moment si una de les parts decideix abandonar, es donar per finalitzat el procés.

Nosaltres aquí ens centrarem en analitzar la normativa vigent a l'Estat espanyol de tres mètodes concrets: MEDIACIÓ, ARBITRATGE i CONCILIACIÓ, aplicada als conflictes entre empreses.

2 LA MEDIACIÓ.

En primer lloc s'estudien els antecedents i legislació vigent de la mediació; a continuació s'analitza les notes comunes que defineixen la mediació; s'introdueix també dues figures específiques de mediació, com son la mediació concursal i la mediació intrajudicial; i finalment s'indica el cost de la mediació i algunes dades sobre mediació a Catalunya.

2.1 Legislació sobre mediació.

El primer antecedent el situem en la **Ley Modelo sobre Conciliación Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2002)**, adoptada per la **Resolució 57/18** de la **Asamblea General de las Naciones Unidas de 19.11.2002**, en quin acord s'indica que:

*“Reconociendo el valor para el comercio internacional de los métodos de solución de las controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa, Observando que esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como **conciliación** y **mediación** y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales,”.*

Ja en el primer moment en que es redacta la Ley Modelo, es pot observar el interès en que els Estats puguin aplicar al seu dret intern, en els procediments de conciliació nacionals, la experiència dels mètodes de conciliació en els conflictes internacionals.

En el seu **article 1, àmbit d'aplicació i definicions**, es defineix la conciliació, com:

“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les

preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.

Com podem observar s'utilitza la expressió conciliació i mediació de forma equivalent, ja que “la Comisión adoptó una noción amplia de la conciliación, que cabría designar también por términos como los de “mediación”, “vía alternativa para la solución de una controversia”, “dictamen neutral” y expresiones similares. La Comisión desea que la Ley Modelo sea aplicable a la más amplia variedad posible de controversias comerciales” (**Guía de la Ley Modelo sobre Conciliación Internacional, 2002**)⁵.

A l'àmbit de la Unió Europea, el primer antecedent legislatiu el situem en la **Directiva 2008/52/CE, de 21 maig, sobre determinats aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils**, en endavant Directiva 2008/52, quines disposicions tot i que en principi es refereixen a la mediació en litigis transfronterers, expressament s'indica que res impedeix als Estats membres la seva aplicació a procediments de mediació de caràcter nacional, com ha estat el cas, com veurem, de l'Estat espanyol.

L'**article 3 Directiva 2008/52**, defineix la mediació, com:

“Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

I a l'Estat espanyol, la **Ley 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils** (LM), que transposa la **Directiva 2008/52** al dret espanyol, justifica la mediació “como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia” (Preàmbul, II).

I d'acord amb l'**article 1 LM**:

“se entiende por mediación 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”.

⁵ **LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL**, con la GUIA PARA SU INCORPORACION AL DERECHO INTERNO Y UTILIZACION 2002. Naciones Unidas. Nova York. 2004. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf

A Catalunya, amb anterioritat a la llei estatal ja havia entrat en vigor la **Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en el àmbit del dret privat**, dictada en base a la competència exclusiva en matèria de dret civil de Catalunya, que en el seu **article 1**, estableix que:

- “1. Als efectes d'aquesta llei, s'entén per mediació el procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que s'adreça a facilitar la comunicació entre les persones, per tal que gestionin per elles mateixes una solució dels conflictes que els afecten, amb l'assistència d'una persona mediadora que actua d'una manera imparcial i neutral.*
- 2. La mediació, com a mètode de gestió de conflictes, pretén evitar l'obertura de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als ja iniciats o reduir-ne l'abast”.*

I finalment, no podem deixar d'esmentar entre els antecedents en l'àmbit de la mediació, el d'una institució secular a Catalunya, com es el **Tribunal del Consolat de Mar**, fundat a Barcelona en 1.347 per Pere el Cerimoniós, i que a l'actualitat segueix prestant serveis d'arbitratge, mediació i conciliació entre empreses, com organisme depenent de la Cambra Oficial de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona.

2.2 Principis de la mediació.

El **Código de Conducta Europeo para los Mediadores**, adoptat per la Comissió Europea en 2004⁶, estableix com a requisits del mediador: la independència, imparcialitat, competència en la matèria, formació continuada i especialitzada, coneixement del procés, i la exigència de confidencialitat.

La **GUIA PRÀCTICA DE LA MEDIACIÓ**⁴, afirma que la mediació es sustenta en els següents principis:

- 1) **Voluntarietat.** Les parts decideixen participar en la mediació de forma totalment voluntària, i son lliures d'abandonar-la lliurement.
- 2) **Confidencialitat.** La confidencialitat de la mediació es un element essencial i definitori, les parts no han de poder utilitzar ni difondre el que s'hagi debatut en el procés, ni utilitzar la documentació que hagin pogut tenir accés, i el mediador no ha de poder intervenir en un procés judicial o arbitral posterior.
- 3) **Imparcialitat i neutralitat.** El procés de mediació s'ha de caracteritzar per la confiança dipositada per les parts en el mediador, el seu paper es de dirigir el procés, però sense involucrar-se en el mateix i procurant l'equilibri de les parts.
- 4) **Bilateralitat i bona fe.** El principi de bilateralitat suposa que les dues parts disposen de les mateixes oportunitats, les parts han d'actuar conforme als principis de lleialtat, bona fe i respecte mutu, enfocats a la consecució de l'acord.
- 5) **Flexibilitat.** El procés de mediació s'ha d'adaptar a les necessitats de les parts, sense formalismes ni protocols rígids, i s'han d'adaptar a les característiques de la controvèrsia.
- 6) **Professionalitat.** La mediació es un procés de diàleg assistit i gestionat per un professional, amb la preparació tècnica adequada per reconduir les posicions confrontades de les parts i establir el marc per que la negociació s'encarrili cap un acord satisfactori.

⁶ **Código de Conducta Europeo para los Mediadores**, Comissió Europea, 2004. Obtingut el 24 de desembre de 2015, de:

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

- 7) **Garanties legals.** La autogestió del conflicte per les parts no comporta cap limitació a la seva assistència lletrada.

I el **LLIBRE BLANC**³, afegeix als anteriors principis que els trets específics de la mediació empresarial són: **a)** Utilització d'elements de la negociació estructurada (enfocament en crear valor, en els interessos i no en la posició, en cercar solucions win-win, resoldre el problema i determinar si existeix un acord que sigui millor que la manca d'acord); **b)** Participació activa de les parts en el conflicte; **c)** Autocomposició; **d)** Autonomia de la voluntat; **e)** Procés limitat en el temps; **f)** No impedeix recórrer a la via judicial o arbitral; **g)** Individualització; **h)** Pacte escrit; **i)** Sessions privades o *caucus* (reunions separades); **j)** Possibilitat que el mediador proposi solucions.

D'aquests principis, la **Ley 5/2012** (LM) recull en el seu articulat els següents: **a)** Voluntarietat; **b)** Confidencialitat; **c)** Autonomia i disposició; **d)** Autocomposició; **e)** Executorietat acord (mitjançant escriptura notarial); **f)** Suspensió terminis caducitat i prescripció.

2.3 Mediació concursal i mediació intrajudicial.

Addicionalment a la legislació general sobre la mediació, hem de fer referència a dues especialitats, la primera la MEDIACIÓ CONCURSAL i la darrera la MEDIACIÓ INTRAJUDICIAL.

2.3.1 Mediació concursal.

La **Ley 14/2013, de 27 setembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización**, va afegir un nou capítol, **Acuerdo Extrajudicial de Pagos**, a la **Ley 22/2003, de 9 juliol, Concursal** (LC); que introdueix la figura del anomenat *mediador concursal*, d'obligada presència davant la sol·licitud del deutor d'intentar un acord extrajudicial de pagaments.

La figura del mediador concursal en aquests casos es justifica, en el Preàmbul II de la llei, en la necessitat de nomenar un professional idoni i independent que doni impuls als tràmits del procediment de negociació i a l'avenença dels creditors.

El deutor ha de sol·licitar en el mateix moment de la sol·licitud judicial d'acord extrajudicial de pagaments, el nomenament d'un mediador concursal (**art.232 LC**), que li serà assignat de forma seqüencial d'una llista oficial (**art.233 LC**), ha de comprovar la documentació i dades aportades pel deutor, la existència i quantia dels crèdits, i convocar a una reunió als creditors (**art.234 LC**), remetrà als creditors una proposta d'acord extrajudicial, amb el consentiment del deutor (**art.236 LC**), que si no es aprovada amb el quòrum exigít legalment, comportarà l'obligació pel mediador de sol·licitar immediatament la declaració judicial de concurs (**art.238 LC**).

Com es pot observar, aquestes funcions no encaixen amb els principis de voluntarietat, neutralitat, imparcialitat i confidencialitat que es deriven de la normativa general abans citada i que analitzarem posteriorment, al punt que l'article 233 LC remet en lo no previst per aquesta llei en quan al mediador concursal, a lo disposat en matèria d'experts independents, enlloc de fer-ho a la **Ley 15/2012 de Mediació** (LM).

2.3.2 Mediació intrajudicial.

La **Ley 5/2012 (LM)**, va modificar alguns articles de la **Ley 1/2000, de 7 gener, de Enjuiciamiento Civil** (LEC), per tal d'introduir la mediació dins del procés civil, dins de la facultat de les parts per disposar del objecte del judici (**art.19 LEC**), afegint la possibilitat de que sigui el jutge el que convidi a les parts a arribar a un acord i promoure la mediació com una forma amistosa de resoldre el litigi (**Preàmbul, V**).

Bàsicament, i dins de l'audiència prèvia, els **articles 414 i 415 LEC** preveuen que el tribunal convidi a les parts a que intentin un acord per posar fi al litigi mitjançant un procediment de mediació, amb suspensió del procés fins que qualsevol de les parts sol·liciti la seva continuació.

El CGPJ ha publicat la "**Guía para la práctica de la mediación intrajudicial**", 2013⁷, que inclou un protocol de derivació a mediació i una tipologia dels casos en que recórrer a la mediació pot ser la millor alternativa possible, dels que nosaltres extraïem aquells relacionats amb conflictes empresarials:

- gestió d'empreses familiars.
- relació entre partícips i òrgans d'administració de societats.
- ruptura de relacions de col·laboració empresarial (franquícies, agència, distribució).
- incompliments contractuals com conseqüència d'accions danyoses de tercers.
- reclamacions front a empreses insolvents.
- impossibilitat de fixar terminis, condicions, garanties o substitució de la prestació incomplerta.
- supòsits d'insolvència.
- responsabilitat civil extracontractual.
- reclamacions per compliment defectuós, de base tècnica.

Així com també el següent quadre amb les avantatges de la mediació front al procés judicial:

MEDIACIÓN	TRIBUNALES
Control proceso y resultado por las partes	Control del proceso y resultado por el Juez
Colaboración	Adversarial
Ganar-ganar	Ganar-perder
Conflicto más amplio, puede abarcar	Conflicto legal conflictos personales u otros
Protagonismo de las partes en la solución	Decisión es del Juez
Más compromiso con el resultado	Poco compromiso de las partes con el resultado
Posibilidad de reanudar el diálogo entre las partes	Rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes
Permite soluciones creativas rápido	Las soluciones son más limitadas
Rápido	Larga duración
Menor coste económico	Mayor coste económico
Facilita y conserva la relación	Crea distancia, costes emocionales
Genera empatía	Genera hostilidad
Probabilidad alta de cumplimiento	Mas dificultad para cumplimiento
Previene de conflictos futuros	Reitera conflictos

Font: *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, CGPJ, 2013.

No obstant les dades que facilita el CGPJ⁸ sobre la mediació civil intrajudicial, son realment molt minses:

⁷ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, CGPJ, 2013. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/MEDIACIACIÓN/DOCUMENTOSCGPJ/>

⁸ *Dades estadístiques de mediació intrajudicial a Espanya*. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos>

MEDIACION CIVIL INTRAJUDICIAL	2012	2013	2014
JUZGADOS QUE DERIVARON	36	80	78
TOTAL derivaciones realizadas	572	721	549
Total de mediaciones efectuadas	71	91	119
Finalizadas con acuerdo	15	31	37
Finalizadas sin acuerdo	56	60	82

Font: Elaboració pròpia a partir de la estadística CGPJ (www.poderjudicial.es)

El nombre de jutjats que participen a tot Espanya del programa de mediació intrajudicial, i que ofereixen aquest servei, es de 78 jutjats a 2014, d'un total de 678 jutjats de primera instància existents, i el nombre de mediacions realment realitzades tot i que s'ha incrementat a 119 en el 2014, recordem que el nombre de procediments civils ingressats a 2014 es de més de 2 milions.

Per tant, podem afirmar que la mediació civil intrajudicial no estarà encara afermada.

2.4 Cost de la mediació.

De forma orientativa, s'exposa el preu de la mediació que ofereix el ICAM, *Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*⁹:

a) Mediació extrajudicial: 72,60 euros (IVA inclòs), a abonar per cada part.

b) Sessió informativa: gratuïta.

b) Sessions de Mediació: 96,80 euros (IVA inclòs), a abonar per cada sessió de mediació, i per cada part.

Es recomana un mínim de 3 sessions, amb lo que el cost de la mediació serà de 363,00 euros, per cada part, amb independència de la quantia del conflicte, que no es valora.

Per tant, es pot afirmar que el procés de mediació es realment molt econòmic.

2.5 La mediació a Catalunya.

A Catalunya la mediació va ser pionera, amb l'aprovació de la *Llei de mediació familiar* l'any 2001, dedicada als conflictes en situacions de crisi de convivència de les parelles, en cas de ruptura, separació o divorci.

Posteriorment, com ja s'ha dit, la *Llei 15/2009* també es va anticipar a la llei estatal de 2012 (LM) en l'àmbit del dret privat, estenent la mediació familiar a la mediació civil en la resolució de conflictes.

La *Llei 15/2009*, va crear el *Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya* (CMDPC), depenent de la *Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques* de la *Generalitat de Catalunya*.

El **CMDPC**, ofereix les següents dades de mediacions en que ha intervingut en el període de 2012-2014:

⁹ Cost d'una mediació sol·licitada al *Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Obtinguda el 24 desembre de 2015, de: mediacion.icam.es/web3/cache/P_MED_ciu_tar.html

	2012			2013			2014		
	Família	Dret privat	TOTAL	Família	Dret privat	TOTAL	Família	Dret privat	TOTAL
núm. expedients gestionats CMDPC	4.004	721	4.725	4.075	610	4.685	4.401	516	4.917
Directes	2.091	189	3.280	1.911	161	2.072	2.354	204	2.558
Derivacions judicials	1.913	532	2.445	2.164	449	2.613	2.047	312	2.359
Sol·licituds de mediació iniciades	2.821	307	3.128	2.766	318	3.084	3.280	318	3.598
Directes	2.091	189	2.280	1.911	161	2.072	2.354	204	2.558
Derivacions judicials	730	118	848	855	157	1.012	926	114	1.040
Finalitzades	856	72	928	794	67	861	867	51	918
Finalitzades amb acord	479	31	510	415	23	438	443	14	457

Font: Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya (CMDPC).

Com es pot observar el nombre d'expedients de mediació que gestiona el CMDPC en dret privat es molt reduït, i inclús s'ha reduït en els darrers 3 anys, respecte a les xifres de la mediació familiar. Això ens indica que la mediació encara s'ha d'assentar a la cultura jurídica de les empreses.

També es molt significativa la proporció entre les mediacions iniciades (318 a l'any 2014), respecte les finalitzades (51 en el mateix període), conseqüència directa del principi de voluntarietat, ja que qualsevol de les parts pot abandonar el procediment en qualsevol moment.

3 L'ARBITRATGE.

A continuació s'estudia l'arbitratge com una de les fórmules d'ADR, la legislació vigent sobre arbitratge, els principis del procediment arbitral, el cost de l'arbitratge, com element específic en que cal aturar-se a valorar, s'analitza una aplicació específica de l'arbitratge en els conflictes empresarials, com es l'arbitratge societari, i finalment es fa una ullada a la situació de l'arbitratge a Catalunya.

3.1 Legislació sobre arbitratge.

També en aquest cas trobem l'antecedent legislatiu en la **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985**, recomanada per la Resolució 40/72, de 11.12.1985, de l'Assemblea General, i esmenada per la Resolució 61/33, de 4.12.2006.

En el seu **article 7.1** defineix l'acord d'arbitratge, com:

“El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

L'arbitratge adopta la forma de *laude arbitral*, que es dictat per un *tribunal arbitral*, de conformitat amb l'**article 28.1**:

“El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

Es de ressaltar en l'àmbit de la **Unió Europea**, la manca d'aportacions al arbitratge, amb la excepció del dret de consumidors, probablement per la pròpia existència de la **Ley Modelo de CNUDMI**.

A Espanya, la **Ley 36/1988, de 5 de desembre, de Arbitraje**, va substituir la Ley de 1953, que estava orientada a la solució arbitral de conflictes estrictament en dret civil, per introduir l'arbitratge en el tràfic mercantil, intern i internacional; i posteriorment derogada per la vigent **Ley 60/2003, de 23 de desembre, de Arbitraje** (LA), que es basa en la **Ley Modelo de CNUDMI**.

D'acord amb la **LA**, el conveni arbitral es podrà contenir en una clàusula incorporada al contracte, en un contracte d'adhesió, en un document intercanviat entre les parts, o per acceptació tàcita de les parts en l'actuació d'un tribunal arbitral, que ha d'expressar la voluntat de les parts de sotmetre a arbitratge totes o algunes de les controvèrsies que hagin sorgit o puguin sorgir en la relació jurídica, sigui contractual o no (**art.9 LA**).

El tribunal arbitral estarà format per un sol àrbitre, o per un nombre senar (**art.12 LA**); que pronunciarà un *laude arbitral*, que serà en equitat només si les parts expressament ho han autoritzat (**arts.34 LA**); dins del termini de 6 mesos, prorrogable per 2 mesos (**art.37 LA**), per escrit i motivat; que produirà efectes de cosa jutjada (**art.43 LA**), i contra el que només es podrà exercitar l'acció d'anul·lació, o de revisió; que serà directament executable conforme a la LEC (**art.44 LA**).

El **Tribunal Constitucional** ha tingut oportunitat de pronunciar-se en vàries ocasions sobre la consideració jurisdiccional del procediment arbitral (**SSTC 62/1991, 22 març, 288/1993, 4 octubre**):

“Siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.

Així la **Ley 60/2003 LA**, recull que contra el laude arbitral, que produeix efectes de cosa jutjada (**art.43 LA**), només procedeix l'acció de nul·litat, en base als motius taxats de l'**article 41 LA**, o el recurs de revisió de sentències fermes, conforme l'**article 510 LEC (art.43 LA)**.

3.2 Principis del procediment arbitral.

De l'anterior legislació sobre arbitratge podem deduir els següents principis del procediment arbitral, tot i que hem d'afegir que no hi ha una unanimitat respecte de tots ells:

1. **Voluntarietat.** Mitjançant la inclusió d'una clàusula arbitral les parts acorden voluntàriament la forma de dirimir els conflictes (art.7 Ley Modelo).
2. **Immediació.** La prova es practica davant els àrbitres.
3. **Audiència.** Les parts tenen dret a exposar els seus raonaments.
4. **Celeritat.** Terminis acotats per dictar el laude arbitral.
5. **Contradicció.** Cada part té dret a conèixer el contingut dels arguments de la part contrària (arts.23 i 24 Ley Modelo).
6. **Igualtat de les parts.** Ha de tractar-se a les parts amb igualtat, donant a cadascuna la plena oportunitat de fer valdre els seus drets (art.18 Ley Modelo).
7. **Llibertat procediment.** Les parts poden determinar de comú acord el procediment (art.19 Ley Modelo).

8. Confidencialitat. Els àrbitres i les parts estan obligades a guardar confidencialitat respecte de les informacions que coneguin a través de les actuacions arbitral.

La **Ley 60/2003 (LA)**, reconeix en el seu articulat els principis d'igualtat, audiència, contradicció i confidencialitat (**art.24 LA**), llibertat de procediment (**art.25 LA**), immediació (**art.30 LA**) i celeritat (**art.37 LA**).

3.3 Cost de l'arbitratge.

Per comparar el cost de l'arbitratge respecte al que hem vist anteriorment de la mediació, s'indiquen a continuació les tarifes oficials del TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA (TAB)¹⁰, com a organisme més representatiu de l'arbitratge a Catalunya.

Un procediment d'arbitratge comporta el següent cost, en funció de la quantia en que es valora el conflicte:

a) Despeses d'obertura i registre de l'expedient: 350 euros per cada part.

b) Honoraris dels àrbitres i despeses administratives (50% a cada part):

QUANTÍA EN LITIGI (euros)	MÍNIM (euros)	MÀXIM (euros)
Fins 20.000	1.800	4.000
de 20.001 a 45.000	4.000	6.750
de 45.001 a 90.000	6.750	9.000
de 90.001 a 180.000	9.000	14.400
de 180.001 a 600.000	14.400	24.000
de 600.001 a 1.500.000	24.000	30.000
Superior a 1.500.000	30.000	30.000 + 0,5% s/increment

Si els àrbitres son 3 es doblarà la tarifa.

Com es pot comprovar estem davant d'un procediment que davant del cost econòmic que comporta, caldrà fer un anàlisi previ del cost-benefici que suposa a les parts i respecte a l'alternativa jurisdiccional, inicialment més econòmica, però molt més llarga en el temps i de resultat incert, el que comporta costos d'oportunitat molt elevats.

3.4 L'arbitratge societari.

La introducció de l'arbitratge en els conflictes intraempresarials, ha donat lloc al que es coneix com a arbitratge societari, matèria que ha suscitat múltiples resolucions jurisprudencials, tant a Espanya com a altres ordenaments jurídics europeus, particularment a França, Bèlgica i Itàlia (CORREA DELCASSO¹¹).

Així la possibilitat d'incloure en els propis estatuts de la societat una clàusula o conveni arbitral per la solució de les controvèrsies de caràcter social, es una possibilitat que van admetre

¹⁰ Taxes de Registre i Honoraris per trams de quantia, per un arbitratge sol·licitat al TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA. Obtinguda el 24 desembre de 2015, de:

http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=348&Itemid=380&lang=ca

¹¹ CORREA DELCASSO, J.P. (2011). **El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado.** Anuario de Justicia Alternativa, núm. 11.

finalment tant la **STS núm. 355/1998, de 18 abril** (RJ 1998\2984), com la **RDGRN de 19.02.1998**.

Posteriorment la **Ley 11/2011, de 20 maig, de reforma de la Ley de Arbitraje**, va afegir a la LA l'**article 11 bis LA, "Arbitraje estatutario"**, que admet que les societats de capital puguin sotmetre a arbitratge els seus conflictes, mitjançant la introducció en els estatuts socials d'una clàusula de submissió a arbitratge; i l'**article 11 ter LA, "Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles"**, que permet la inscripció al Registre Mercantil del laude que declari la nul·litat d'un acord impugnat que hagués estat inscrit.

L'abast objectiu del conveni arbitral, es a dir la matèria societària que pot ser objecte de resolució mitjançant l'arbitratge inclou tots les controvèrsies intrínsecament societaris, amb la limitació legal de que la matèria sigui de lliure disposició conforme a dret (**art.2.1 LA**).

La doctrina jurisprudencial (CORREA DELCASSO⁷), ha admès les següents:

- 1) La impugnació d'acords socials.
- 2) En matèria de responsabilitat dels administradors, i particularment l'acció social de responsabilitat exercitada pels socis.
- 3) La separació i exclusió de socis.
- 4) La dissolució de societats, així com la posterior liquidació de la societat i els conflictes que es puguin derivar de la mateixa.
- 5) Litigis en que s'exerciti l'acció de nul·litat de la societat, si bé no es una qüestió pacífica.
- 6) Les controvèrsies sobre la interpretació dels Estatuts socials.
- 7) La valoració de les aportacions no dineràries, o el repartiment de beneficis.

3.5 L'arbitratge a Catalunya.

A Catalunya l'Associació Catalana per a l'Arbitratge es va constituir a l'any 1989, amb l'aprovació de la **Ley 36/1988**, que permetia l'arbitratge institucional, amb la finalitat de posar en marxa un òrgan arbitral a Barcelona en matèria civil i mercantil, el **TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA** (TAB).

El nombre de casos arbitrats pel TAB (www.tab.es)¹², s'ha reduït els darrers 4 anys, passant de 74 casos a 51, tenint en compte a més que el màxim es va donar una dècada abans, el 2004, amb 121 casos.

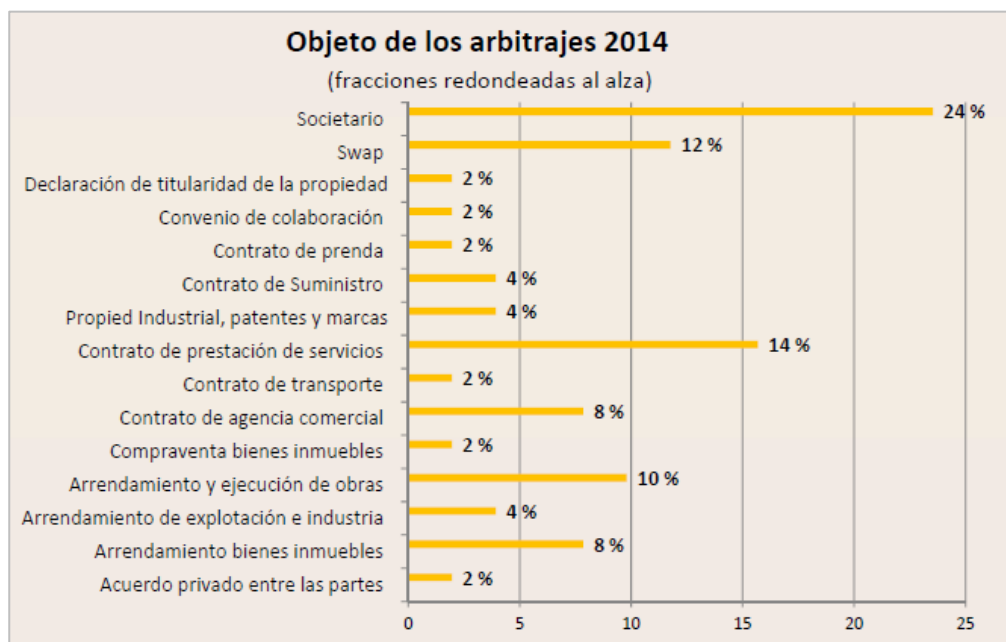
En quan a la quantia total, com podem observar a la següent taula, oscil·la molt d'un any a l'altre, conseqüència directa que la quantia individual d'un sol cas pot determinar la quantia total de l'any:

¹² ESTADÍSTIQUES DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=608&Itemid=388&lang=ca

TAB	2011	2012	2013	2014
Nombre	74	71	62	51
Quantia (milers euros)	54.722	69.950	18.393	63.694

Font: Elaboració pròpia a partir de les dades estadístiques del TAB.

Es interessant, la estadística de l'objecte dels arbitratges, si ens fixem en la estadística del TAB de 2014, els conflictes societaris, els contractes de swap i els de prestació de serveis, han suposat la meitat del tots els arbitratges realitzats en el període:



Font: Tribunal Arbitral de Barcelona. Estadística 2014.

Finalment, afegir que a finals de 2015 s'ha promogut pel Consell de Cambres de Catalunya i el Col·legi de Notaris de Catalunya, la **CORT ARBITRAL DE CATALUNYA** (CAC) per la resolució arbitral de controvèrsies en matèries de dret públic, civil i mercantil, en l'àmbit territorial de Catalunya, amb el compromís de la Generalitat de Catalunya de designar a la CAC per administrar els arbitratges que es plantegin en els seus contractes en l'àmbit de la contractació pública, com alternativa a la via jurisdiccional.

4 LA CONCILIACIÓ CIVIL.

Quan parlem de la conciliació i recuperem la definició que fa el **LLIBRE BLANC**³, se'ns fa difícil distingir-la de la mediació.

Potser podríem diferenciar que la mediació es un procediment estructurat, com ja hem vist, en el que el mediador segueix unes regles, i en la conciliació, en canvi, el tercer aliè al conflicte no fa cap tasca de mediació. Però aquesta distinció desapareix en els països anglosaxons, en que la conciliació inclou la mediació.

En aquest treball es parla de la conciliació civil, per diferenciar-la de la conciliació laboral que afecta als litigis laborals i no es objecte del nostre estudi.

4.1 Legislació sobre conciliació civil.

A l'Estat espanyol la **Ley 34/1984, de 6 agost, de reforma urgent de la LEC1881**, va conferir al acte de conciliació, que fins aquell moment era preceptiu per la posterior admissibilitat de la demanda, caràcter merament facultatiu.

Configurant la conciliació a partir d'aquell moment, com un acte de jurisdicció voluntària, en la que el jutge no actua com òrgan jurisdiccional, i que a la **STS 31.10.1989 (RJ 1989\7040)** es qualifica com un negoci jurídic particular entre les parts, similar a la transacció:

“independientemente de su naturaleza procesal, la conciliación supone o constituye, como ya dijo esta Sala, entre otras, en Sentencia de 5 de noviembre de 1976 (RJ 1976\4585), un negocio jurídico particular, semejante en cuanto a sus efectos a la transacción” (FD.2).

Amb l'aprovació de la **Ley 1/2000, de 7 gener, de Enjuiciamiento Civil** (LEC), es deixa fora la conciliació, amb la previsió d'incorporar-la en una llei de jurisdicció voluntària, i mantenint mentrestant la vigència dels corresponents articles de la LEC1881.

Així els **articles 460 a 480 LEC1881**, han mantingut la seva vigència fins a la recent aprovació de la **Ley 15/2015, de 2 juliol, de la Jurisdicción Voluntaria** (LJV).

La **LJV** preveu que es pugui sol·licitar que es celebri un acte de conciliació per tal d'assolir un acord amb la finalitat d'evitar un plet, sempre que no sigui respecte d'alguna matèria que no sigui susceptible de transacció (**art.139 LJV**); que es farà davant el Jutge de Pau, el Secretari del Jutjat de Primera Instància o del Mercantil, en el seu cas (**art.140 LJV**); la seva admissió interromp els terminis de prescripció (**art.143 LJV**); i si el requerit no compareix, es posarà fi al acte, tenint la conciliació com intentada (**art.144 LJV**). En el acte de conciliació, les parts exposaran els seus arguments i el Secretari o Jutge de Pau procurarà l'avenença, i si hagués conformitat en tot o en part es farà constar detalladament en l'acta firmada pels compareixents, fent constar l'avenença, en el seu cas (**art.145 LJV**).

L'acta de conciliació té la consideració de document públic i portarà aparellada execució, conforme a la LEC (**art.147 LJV**). Contra l'acte de conciliació es podrà exercitar l'acció de nul·litat per les causes que invaliden els contractes (**art.148 LJV**).

4.2 La conciliació civil a l'Estat espanyol.

EL LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA¹³ de 1997, constata el fracàs de la conciliació, convertida en un mer mecanisme de constància de fets per tal de ser utilitzats posteriorment en el procediment judicial, com els requeriments notarials, abonant la tesi de que *“cuando un asunto ya ha llegado a la vía judicial es porque han fracasado los mecanismos previos”* i que en aquest sentit la conciliació *“realmente, se trata de un mero trámite formal carente de significado en el proceso”*.

De fet, si es comprova el nombre de conciliacions realitzades pels Secretaris Judicials, en els darrers 4 anys estant al voltant del 5% del total de demandes ingressades en els jutjats de primera instància a Espanya:

¹³ **EL LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA**. CGPJ. Aprovat pel Ple del CGPJ de 8.09.1997 (pàgina 87).
Obtingut el 24 desembre de 2015, de:
http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170003_6_0.pdf

JPI	2011	2012	2013	2014
INGRESSATS	1.971.410	2.083.795	1.923.541	2.079.140
CONCILIACIONS	99.853	134.707	110.996	93.988
% CONCILIACIONS	5,07%	6,46%	5,77%	4,52%

Font: Elaboració pròpia a partir de la estadística CGPJ (www.poderjudicial.es).

I en els Jutjats Mercantils, aquest percentatge està per sota del 1%, el que significa que la conciliació civil, i particularment la conciliació civil empresarial, es merament testimonial:

JMER	2011	2012	2013	2014
INGRESSATS	157.831	166.243	182.157	246.146
JURISD.VOLUNT.	1.243	1.273	1.184	1.304
% JURISD.VOLUNT.	0,79%	0,77%	0,65%	0,53%

Font: Elaboració pròpia a partir de la estadística CGPJ (www.poderjudicial.es).

5 IMPLICACIONS ÈTIQUES I/O SOCIALS.

Estableix l'**article 24 Constitució Espanyola**, el dret a obtenir la tutela efectiva dels Jutges i Tribunals, una de quines vessants es la expressada en el seu apartat 2, que garanteix un procés públic sense dilacions indegudes i amb totes les garanties.

La dilació de la justícia, com a mal endèmic, no sols afecta als drets de les persones, sinó també als drets de les empreses o empresaris, en tant que un mal funcionament dels tribunals implica desajustos en el funcionament de les empreses i en definitiva del propi sistema econòmic i productiu del país.

La confiança de les empreses i empresaris en obtenir una resolució ajustada a dret, també inclou la necessitat que aquesta resolució no es demori en el temps, en base a la premissa empresarial de que *el temps es or*, i la màxima processal de que *una justícia tardana no es justícia*.

El col·lapse judicial afecta a les regles de joc del sistema productiu, en tant que afavoreix l'aparició d'agents que cerquen beneficiar-se o treure'n avantatge al seu favor, impunement.

D'altre banda, la confiança en el bon funcionament dels tribunals de justícia es una condició indispensable per afavorir la inversió empresarial, i la creació de riquesa que reverteix en el benestar de la població.

L'**article 38 Constitució Espanyola**, estableix la llibertat d'empresa dins del sistema econòmic en el que es troba l'Estat espanyol, que es la economia de mercat. I es en aquest sentit que hem d'entendre que l'aparició dels ADR es una resposta de les empreses, respectant les regles de joc de la economia de mercat, a la necessitat de resolució dels conflictes empresarials.

D'aquesta resposta han sorgit dues formulacions diferenciades de ADR: els mètodes heterocompositius, com es l'arbitratge, que no deixa de ser una privatització de la justícia; i els mètodes autocompositius, com son la mediació i la conciliació, basats en la negociació de les parts i la seva autotutela.

CONCLUSIONS

La congestió del sistema judicial, per la saturació dels tribunals, provoca que els procediments s'allarguin, les despeses judicials augmentin i dificulta l'accés a la justícia a que s'enfronten molts països.

A Espanya, el Consell General del Poder Judicial (CGPJ) reconeix que el problema real i actual de la litigiositat significa un elevat cost per la càrrega de treball dels òrgans judicials. En els darrers 5 anys les taxes de congestió es mantenen en els Jutjats de Primera Instància, tot i l'augment del nombre de jutjats, i s'ha incrementat de forma notable en els Jutjats Mercantils, on es tramiten bona part dels litigis empresarials.

Una via judicial congestionada, comporta a les empreses a l'hora de resoldre els seus conflictes, un elevat cost temporal i de gestió i elevades despeses econòmiques, a la vegada que un deteriorament de les relacions comercials entre les parts afectades i un risc de publicitat negativa amb pèrdua de reputació.

Aquest escenari justifica la conveniència de desenvolupar els ADR, específicament com instruments per resoldre els conflictes empresarials, com via alternativa a la via judicial. I entre aquests mètodes ens hem fixat específicament en la MEDIACIÓ, l'ARBITRATGE i la CONCILIACIÓ, per tal d'analitzar la legislació vigent i la seva utilitat pràctica.

La mediació es el procediment ADR més nou a Espanya, malgrat que la Ley Modelo es de 2002, i la Directiva europea es de 2008, la llei de mediació de l'Estat espanyol es de 2012, tot i que a Catalunya ja comptava amb una llei de mediació de 2009. Aquesta novetat comporta d'ordre pràctic el que encara no s'hagi arrelat com a mètode de resolució de conflictes. Les poques dades de que disposem a Catalunya ens indiquen que la mediació s'ha utilitzat sobretot en conflictes de família, i que el nombre de conflictes de dret privat, entre els que estarien els conflictes empresarials, son encara molt pocs.

La mediació com a mètode autocompositiu de resolució de conflictes, es basa en els principis de voluntarietat de les parts, confidencialitat, imparcialitat i neutralitat d'un mediador professional. I la mediació empresarial específicament, comporta la participació activa de les parts en el conflicte; un procés limitat en el temps; la suspensió dels terminis de caducitat i prescripció; no impedeix recórrer a la via judicial o arbitral; i la executorietat de l'acord mitjançant escriptura notarial.

A conseqüència de l'aprovació de la llei de mediació estatal, el legislador ha desenvolupat dues figures específiques de mediació que afecten els conflictes empresarials, la mediació concursal i la mediació intrajudicial.

La nova figura de la mediació concursal ha aixecat nombroses expectatives en l'àmbit concursal, però del seu anàlisi hem d'objectar que la figura del mediador concursal no encaixa en les notes de voluntarietat, neutralitat, imparcialitat i confidencialitat que ha de tenir el mediador, i guarda més similitud amb la figura d'un expert independent.

Les dades de que disposem respecte la introducció de la mediació civil intrajudicial, denoten que encara hi ha molts poc jutjats que l'ofereixin activament, i el nombre de casos mediatos en els 3 darrers anys es realment encara molt reduït.

L'arbitratge en canvi es un ADR amb gran tradició empresarial, que deriva de la Ley Modelo de 1985 sobre arbitratge comercial internacional, adaptada a Espanya per la llei de 2003, que va derogar l'anterior llei espanyola de 1988.

L'arbitratge es un mètode ADR heterocompositiu, que es basa en els principis d'igualtat, audiència, contradicció, confidencialitat, llibertat de procediment, immediació i celeritat. El laude arbitral, tal com afirma el Tribunal Constitucional, es un equivalent jurisdiccional amb efectes de

cosa jutjada, el que garanteix sempre una solució al conflicte, el que no sempre es dona amb la mediació. La principal desavantatge es el seu cost, molt superior a la mediació, pel que caldrà que la empresa realitzi un anàlisi cost-benefici, tenint en compte els costos d'oportunitat d'un procés curt, 6 mesos, respecte d'un procés incert, el procediment judicial.

La reforma de 2011 de la llei d'arbitratge, va introduir la figura de l'arbitratge societari, que permet que els socis i administradors de la societat sotmetin a arbitratge els conflictes interns de la empresa.

Finalment la conciliació civil, que havia estat obligatòria fins a 1984, i havia quedat com un reducte de la llei de la jurisdicció civil de 1881, com un mer tràmit formal; s'ha incorporat a la llei de jurisdicció voluntària de 2015, com un procediment de jurisdicció voluntària que es celebra davant del Secretari judicial.

Les dades de conciliacions civils realitzades en els darrers 4 anys davant el Secretari judicial, estant al voltant del 5% del total de procediments civils, i de menys del 1% les realitzades en els jutjats mercantils.

Com a conclusió final, creiem que els mètodes ADR per la resolució dels conflictes empresarials tenen per davant clarament un potencial de creixement important, en la mesura que no es probable que es redueixi la taxa de congestió dels tribunals espanyols, i que les noves figures específiques de resolució de conflictes, com son les modalitats de mediació i conciliació que hem analitzat en aquest treball, juntament amb la més consolidada de l'arbitratge, s'arrelin en la cultura jurídica dels professionals i juristes del món de la empresa, com a eines vàlides per la resolució dels conflictes empresarials.

VALORACIÓ.

Com a economista, he desenvolupat la meva professió en el món de la empresa en els darrers 30 anys; inicialment dins de la empresa privada i més darrerament en l'exercici lliure de la professió. Per tant, he viscut en primera persona les dificultats de les empreses en resoldre els seus conflictes per la via judicial.

La possibilitat de desenvolupar en aquest treball, l'aplicació pràctica dels ADR als conflictes empresarials ha estat força interessant, en tant que es un tema de força actualitat jurídica a partir de l'aprovació de la llei de mediació, i posteriorment la reforma de la llei concursal per incorporar la figura del mediador concursal.

No obstant, la mediació a diferència de l'arbitratge, obliga a les parts a negociar i transaccionar, amb la finalitat d'arribar a un acord win-win, que sigui més beneficiós per les dues parts que el plet. Això implica incorporar a la cultura empresarial nous conceptes, i penso que aquest pot ser un repte important pels jurídics que ens volem dedicar al món empresarial.

REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES.

- [1] LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL. (COM/2002/0196), de 19.04.2002. Obtingut el 24 desembre de 2014, de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0196&rid=1>
- [2] MONTSERRAT, A.; URÍA, M.; CAMP, R. i COLLADO, M. (2012). "REDUCCIÓN DE LITIGIOSIDAD". REVISTA DEL PODER JUDICIAL. NÚM.94 (pàgs.53 a 59). Aprovat pel Ple del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 28.06.2012.
- [3] LLIBRE BLANC DE LA MEDIACIÓ A CATALUNYA. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2010. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/libres_fora_colleccio/libre_blanco_mediacio.pdf
- [4] The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation", ADR Center, Roma, 2010. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Survey_Data_Report.pdf
- [5] LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL, con la GUIA PARA SU INCORPORACION AL DERECHO INTERNO Y UTILIZACION 2002. Naciones Unidas. Nova York. 2004. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf
- [6] GUÍA PARA LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. CGPJ, 2013. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/MEDIACION/DOCUMENTOS/CGPJ/>
- [7] CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO PARA LOS MEDIADORES. Comisión Europea, 2004. Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf
- [8] CORREA DELCASSO, J.P. (2011). El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado. Anuario de Justicia Alternativa, núm. 11.
- [9] EL LIBRO BLANCO DE LA JUSTÍCIA. CGPJ. Aprovat pel Ple del CGPJ de 8.09.1997 (pàgina 87). Obtingut el 24 desembre de 2015, de: http://www.icam.es/docs/ficheros/201202170003_6_0.pdf