

Rechazo de formalización judicial por la presencia de una cláusula imprecisa entre arbitraje y otros MASC en el sector de la automoción

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS *

Sumario: I. Introducción. II. Control de la validez del convenio arbitral a propósito de la formalización judicial. III. Eventual patología de la cláusula controvertida. 1. Expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. 2. Condicionamiento del marco regulador de la automoción. 3. Solución favorable al arbitraje: SAP Madrid 19ª 16 mayo 2008. 4. Solución contraria al arbitraje: STSJ Cataluña CP 1ª 9 diciembre 2013. IV. Interacción entre el arbitraje y los ADN. 1. Arbitraje y jurisdicción. 2. Arbitraje y MASC.

I. Introducción

1. Aunque no por primera vez en la práctica española, la STSJ de Cataluña de 9 diciembre 2013¹ resuelve acerca de la solicitud de formalización judicial solicitada por una de las partes, al amparo del art. 15.3º LA, a propósito de un litigio que tenía su origen en un contrato de concesión de venta de automóviles inserto en el marco del Reglamento (CE) nº 1400/2002 de 31 julio 2002, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor². Esto es, un “acuerdo vertical” admitido por la normativa comunitaria en el sector de los vehículos de motor en lo relativo a la distribución de vehículos de motor nuevos, recambios y servicios posventa y, por tanto, sometido a una concreta regulación fijada en el propio Reglamento. Dicho contrato había incorporado, dentro de sus condiciones generales, una singular cláusula de arreglo de controversias cuyo carácter de “convenio arbitral” era discutible por involucrar junto otros procedimientos alternativos de arreglo de controversias (ADR) diferentes al arbitraje. Sin embargo una de las partes, considerando que tal convenio era efectivo, acudió al TSJ de Cataluña solicitando el nombramiento de un árbitro con resultado adverso. La decisión que se comenta plantea tres cuestiones principales. En primer lugar, las facultades del TSJ para examinar la validez del convenio arbitral en sede de formalización judicial (II); en segundo lugar, el alcance de las denominadas “cláusulas patológicas” (III) y, por último, la interacción entre el arbitraje y los MASC (IV).

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ *Vid. infra*, pp.578-584.

² DO L 203 de 1.8.2002.

II. Control de la validez del convenio arbitral a propósito de la formalización judicial

2. El TSJ de Cataluña desestima la pretensión actora relativa a que se nombre un árbitro, a los efectos de que, a través del procedimiento arbitral, resolviere acerca de la controversia dimanante de la relación contractual existente *inter partes*, al considerar la inexistencia en el supuesto de autos de convenio arbitral. Para ello reitera la doctrina existente en la materia. Dicha doctrina puede resumirse en los siguientes términos:

i) La sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones³ o con otros procedimientos alternativos de controversias.

ii) Dentro de las situaciones que dan lugar al recurso a los tribunales está la determinación de la existencia y validez del convenio arbitral por hallarnos en presencia de una cláusula patológica de cuyo resultado se considere la improcedencia de nombrar árbitros⁴.

iii) En esta fase el TSJ no está facultado para realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, “un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia”⁵.

iv) Únicamente el TJS podrá desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, sin que esté llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio pues el art. 15.5º LA dispone que únicamente se podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, “no resulta la existencia de un convenio arbitral”.

Y a ello debe añadirse que el art. 9 LA establece los elementos esenciales de la voluntad del convenio arbitral entre los cuales no se encuentra ni la forma de designar a los árbitros ni si debe ser de derecho o de equidad, prevaleciendo, en su interpretación, el principio de conservación del acuerdo de arbitraje o *favor arbitri*⁶. Esto último obliga al tribunal a realizar una valoración aplicando las reglas generales de interpretación de los contra-

³ STS 1ª 20 junio 20012, *Jurisprudencia Española de Arbitraje* (JAE), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013 (JEA), nº 119-A.

⁴ STSJ CP 1ª 25 septiembre 2013, *Arbitraje*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 228 ss y nota de J.C. Fernández Rozas.

⁵ Exp. Mot. LA/2003; SSTSJ Comunidad Valenciana CP 1ª 12 febrero y 26 y 31 julio 2013, TOL3.974.610 y TOL3.974.127.

⁶ STSJ Cataluña CP 1ª 9 septiembre 2013, RJ 2013\7401.

tos⁷. Desde esta perspectiva baste atender, de un lado, a la existencia de un convenio arbitral defectuoso, válido en lo esencial, pero con imprecisiones susceptibles de provocar su propia ineficacia del propio convenio arbitral; y, de otro lado, a que aunque las partes pretendan evitar la resolución judicial de la controversia (efecto negativo del convenio) no expliciten su decisión incuestionable de someterse al juicio de árbitros (efecto positivo del convenio); por ejemplo, porque la cláusula de arreglo de controversias futuras establezca con carácter previo al arbitraje otro procedimiento no jurisdiccional (*v.gr.* una conciliación), o la práctica de alguna pericia (*v.gr.*, el dictamen de un arquitecto o de un ingeniero)⁸.

3. A partir de lo dispuesto en el art. 15.5^o LA, cuando el juez esté llamado a resolver una formalización del arbitraje debe verificar si en la documentación aportada consta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Dejando a un lado la cuestión de determinar si dicha voluntad es “inequívoca”⁹ lo que está claro es que esta voluntad ha de estar presente en la cláusula de arbitraje y que debe resultar suficientemente expresiva de la aceptación por los otorgantes de la institución arbitral y que es decir que no cabe dejar abiertas puertas a la duda o a la imprevisión. La participación de los órganos jurisdiccionales en lo que respecta al nombramiento de árbitros es cierta-

⁷ Así lo hizo, con evidente corrección la STSJ Castilla y León CP 1^a 24 noviembre 2011, JEA, n^o 141), que declaró la pertinencia de nombrar árbitro una vez acreditada la existencia del convenio arbitral, interpretó la voluntad de las partes “con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, en armonía con el principio que rige con carácter general para la interpretación de los contratos en el art. 1.284 Cc en cuya virtud si una cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, por lo que deberá subsanarse la mención de la inexistente Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de León entendiéndola referida a esa última, considerándola como la institución a la que las partes encomendaron la designación del árbitro de equidad cuyo nombramiento interesa el demandante (...)”.

⁸ Como pusiera de relieve el AAP Madrid 11^a 6 junio 2001, lo destacable es que el pacto o la cláusula compromisoria vincule a las partes es una doble vertiente, tanto positiva como negativa. La “primera caracterizada por una voluntad inequívoca de compelerse a su formalización; y la segunda, caracterizada por la expresión de no querer un proceso judicial que entre a valorar el fondo del asunto para resolver la controversia” (AC 2001, 1602).

⁹ En una primera etapa de la moderna regulación del arbitraje en España se exigía que la voluntad de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que pudiesen surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de los árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión, debía ser “inequívoca” (art. 5 LA/1988), pues la práctica demuestra que la intención de las partes a este respecto es cuestionada con frecuencia. De conformidad con la STS 1^a 20 junio 2002 “lo que resulta importante, a efectos de la vinculación de los interesados a la estipulación, es que el convenio arbitral, debidamente formalizado por escrito, contenga (...) el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes de someterse a arbitraje, es decir que no cabe dejar abiertas puertas a la duda o imprevisión de lo que debe quedar bien explicitado” (RJ 2002, 5256). Entre otras decisiones confirmatorias cabe referirse a las siguientes: STS 1^a 18 marzo 2002, RJ 2002, 2847, SAP Sevilla 2^a 18 enero 1993, RCEA 1994, pp. 248-252 y nota de S.B., AAP Madrid 20^a 8 junio 1999, AC 1999, 1713, AAP Madrid 11^a 6 junio 2001, AC 2001, 1602, SAP Ávila 13 septiembre 2001, JUR 2001, 326630, SAP A Coruña 4^a 22 febrero 2002, JUR 2002, 136409, SAP Asturias 4^a 27 octubre 2003, JUR 2004,49401.

mente limitada¹⁰, lo que con carácter general deriva del art. 7 LA, que viene a recoger el principio de intervención mínima de los Juzgados y Tribunales en la esfera arbitral. Por ello, el TSJ sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral¹¹.

III. Eventual patología de la cláusula controvertida

1. Expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje

4. En tanto que la cláusula de elección de foro atribuye al juez el derecho de ejercicio del poder jurisdiccional, que se reparte entre los diversos órganos judiciales de un Estado en virtud de los criterios de competencia determinados por cada ley estatal, la cláusula de arbitraje es un mero título contractual que confiere o instituye al árbitro la facultad de resolver el litigio: mientras que el juez “juzga” (art. 117 CE), el árbitro “resuelve” una controversia previamente delimitada y dentro del margen estatuido por las partes¹². La práctica no manifiesta una delimitación nítida entre ambas figuras suscitando, a la inversa, frecuentes supuestos de concurrencia entre ellas y, por ende, la determinación de la prevalencia de una sobre la otra. La cuestión nos acerca al terreno de las llamadas “cláusulas patológicas”.

Como regla general las cláusulas de arbitraje que se incluyen en los contratos tipo tienden a solventar las dificultades a la hora de su aplicación o su interpretación pues, al margen de los intereses que subyacen en la atracción de los asuntos hacia un determinado centro de arbitraje (marketing arbitral), acostumbra a ser el resultado de una redacción depurada por parte de operadores jurídicos especializados en una determinada rama mercantil; y las partes que deciden incorporarse a ellas suelen conocer perfectamente los inconvenientes que supone la solución del eventual litigio por parte de los tribunales estatales.

Por eso, antes de adoptar una decisión al respecto, el operador jurídico debe distinguir con precisión las bondades que ofrece cada una de las alternativas apuntadas sopesando, además, las eventuales ventajas de una solución jurisdiccional, sobre todo, cuando se elige un tribunal situado en un sistema que cuente con jueces especializados en materia mercantil o que goce de un reconocido prestigio internacional. Y también debe estudiar si los altos costes de la solución arbitral justifican esta opción. Al margen de la mayor o menor corrección de establecer una cláusula arbitral con un extenso

¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana CP 1^a 23 septiembre de 2013, *Arbitraje*, vol. VII, n^o 1, pp. 223 y nota de A. Fernández Pérez

¹¹ STSJ Comunidad Valenciana, CP 1^a 16 septiembre de 2013, *Arbitraje*, vol. VII, n^o 1, pp. 216 y nota de M. de Lorenzo

¹² J.C. Fernández Rozas, “Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje”, *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 140–182.

contenido, es lo cierto que puede involucrar ulteriores problemas de interpretación poniendo en peligro el propio procedimiento arbitral. De no optarse por una cláusula tipo, dentro de las indicaciones que deben figurar en una cláusula de arbitraje aparece, en primer lugar, la identificación de la modalidad de arbitraje elegida

5. La cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes en someterse a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial, bien porque se presenta directamente la reclamación ante el juez desconociendo la cláusula compromisoria, bien con posterioridad en la fase de anulación del laudo. La cláusula patológica surge en función de circunstancias muy diversas como la designación como rectora del procedimiento arbitral de una norma derogada; la falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje; la ausencia expresa y tajante de renuncia a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales; la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje o, siendo esta correcta, que tal institución no administre el arbitraje o no cuente con un Reglamento de arbitraje que permita desempeñar tal función; la concurrencia de la sumisión a arbitraje como método de solución de las posibles controversias dimanantes del contrato, con la elección de foro judicial; la inclusión de modalidades en el ejercicio de la actividad arbitral de imposible o difícil cumplimiento tales como plazos excesivamente breves para llegar al laudo definitivo, o el establecimiento de un procedimiento de designación de árbitros excesivamente alambicado. Si esto es así, nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal.

2. Condicionamiento del marco regulador de la automoción

6. Hasta ahora la cláusula controvertida se ha estudiado aisladamente y, aunque el TSJ de Cataluña hace alguna referencia al marco regulador comunitario de base, parece oportuno profundizar un poco más en dicho marco regulador por si esto pudiera aportar alguna luz al proceso interpretativo que se está efectuando. El sector de vehículos de motor ha disfrutado desde hace años de un régimen de exención por categorías específico durante algún tiempo. Dicho régimen, que se inició con el Reglamento 1475/956¹³, fue sustituido por el Reglamento 1400/2002 y acogió los acuerdos relativos a la distribución de vehículos de motor nuevos y de piezas de recambio, y los acuerdos de distribución que rigen la prestación de los servicios de reparación y mantenimiento por reparadores autorizados. No es esta la sede para valorar esta regulación. Baste apuntar que a partir de estas disposiciones el Derecho de la Unión Europea intenta proteger a los concesionarios de la

¹³ Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 351-884.

fuerte posición que ocupan en el mercado las grandes marcas de automoción inmiscuyéndose en cuestiones, como el eventual arreglo de controversias objeto del presente litigio, que no deberían ser objeto de su competencia.

Sea como fuere, el Reglamento era aplicable, en particular, a los acuerdos verticales celebrados entre un fabricante de vehículos de motor o su filial y los importadores o mayoristas independientes que no sean filiales de este fabricante y a los cuales puedan confiarse el suministro y la gestión de la red de distribución y reparación de éste en uno o más Estados miembros; un fabricante de vehículos de motor y miembros de su red de distribuidores y talleres de reparación autorizados tomados individualmente, incluidos los derechos de propiedad intelectual; un fabricante de vehículos de motor, un distribuidor principal y un distribuidor secundario; un fabricante de vehículos de motor y una asociación de concesionarios o talleres de reparación autorizados o independientes que efectúen compras de vehículos o recambios, si ningún miembro de la asociación realiza un volumen de negocios anual total superior a 50 millones de euros; y, por último, un proveedor de recambios y los miembros de una red de talleres de reparación que reparen o hagan el mantenimiento de los vehículos.

El art. 3 establecía cinco condiciones generales a las que deberían atenerse los acuerdos para que se aplicase la exención por categorías y entre estas figuraba un derecho a someter los litigios contractuales a un mediador (ap. 6º). Según eso:

“3.6. La exención se aplicará a condición de que el acuerdo vertical establezca el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Estos litigios pueden referirse, entre otros, a los siguientes aspectos:

- a) obligaciones de suministro;
- b) establecimiento o consecución de los objetivos de ventas;
- c) aplicación de requisitos en materia de existencias;
- d) aplicación de una obligación de proporcionar o utilizar vehículos de demostración;
- e) condiciones para la venta de diferentes marcas;
- f) determinación de si la prohibición de trabajar en un lugar de establecimiento no autorizado limita la capacidad del distribuidor de vehículos de motor que no sean turismos o vehículos comerciales ligeros para expandir sus actividades;
- g) determinación de si la resolución de un acuerdo está justificada por las razones expuestas en el preaviso de resolución.

El derecho mencionado en la primera frase no prejuzga el derecho de las partes a recurrir a un órgano jurisdiccional nacional”.

Dicha disposición debía interpretarse en relación con el considerando 11 del Reglamento, que aclaraba la finalidad de dicha condición, al señalar: “Con el fin de favorecer la resolución rápida de los conflictos que surjan entre las partes de un acuerdo de distribución y que, de lo contrario, podrían obstaculizar la competencia efectiva, los acuerdos sólo podrán acogerse a la exención si establecen el derecho de cada una de las partes a recurrir a un experto o mediador independiente, en particular en caso de preaviso de resolución de un acuerdo”.

7. Ciertamente, el texto transcrito contempla la obligación de las partes de ponerse de acuerdo para el nombramiento de un experto o mediador que proceda a la avenencia así como a las reglas que han de regirla, y a continuación introduce un instrumento de salvaguarda para el acceso a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Dicho texto no es propiamente una cláusula arbitral excluyente de la jurisdicción de los tribunales. Acaso podría interpretarse como una cláusula que requiere una previa conciliación como condición para acceder a una demanda ante los tribunales y en tal caso las partes deberían ponerse de acuerdo en el nombramiento del experto o mediador y en las reglas aplicables a esta eventual “conciliación” y, de no llegar a un acuerdo en el nombramiento de ese tercero se abriría el recurso jurisdiccional de acuerdo con el último párrafo del ap. 3.6º. Nótese que no se indica en ningún momento la eventualidad de una formalización judicial en el referido nombramiento.

Ahora bien, la interpretación señalada es incompatible con el sentido de la condición prevista en el Reglamento 1400/2002 al exigir este último la inclusión en el acuerdo vertical de la opción por un sistema de solución de controversias que agilice la solución de la diferencia, particularmente cuando se pretende la resolución del contrato. Su finalidad no es, pues, establecer un sistema de conciliación previa a la solución judicial, que dilataría aún más la solución del caso, sino permitir que la parte que presente su reclamación opte, frente a la solución judicial, por una vía a través del árbitro o experto único. No habla el Reglamento de “conciliación”, sino de “sumisión del litigio”, por lo que la cláusula no debe ser interpretada rígidamente como un mecanismo alternativo o facultativo que excluye el arbitraje. Puede entenderse que en caso de discrepancia o controversia, la parte afectada debería poder optar bien directamente por la reclamación judicial, bien por requerir el nombramiento de un árbitro o experto independiente que dirimiera la controversia (más allá de la mera conciliación o mediación).

8. Existen precedentes que avalan esta última interpretación a propósito de la delimitación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo del Derecho comunitario y de los ordenamientos jurídicos nacionales respecto de los contratos de distribución de vehículos de motor¹⁴, si bien es verdad que no lo suficientemente contundentes en la materia que nos ocupa ahora.

La alternatividad opcional entre solución jurisdiccional y arbitral aparece claramente presupuesta respecto a las posibles consecuencias económicas desfavorables que un proveedor podría sufrir en el supuesto de que resolviera el acuerdo de distribución con un preaviso de dos años; en tal caso, de conformidad con el Tribunal de Luxemburgo, “corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y a los *órganos de arbitraje* apreciar, en función

¹⁴ G. Garriga Suau, “*Lex contractus* y Derecho de la competencia. La resolución de contratos de distribución de vehículos en la jurisprudencia del TJCE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30, 2008, pp. 483-508.

del conjunto de elementos concretos del litigio del que conocen, si se cumplen estos requisitos¹⁵. También, cuando se introduzcan en los acuerdos cambios de tal importancia que constituyan una verdadera reorganización en de la red de distribución de cada proveedor, se establece que “corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y a los órganos de arbitraje apreciar si éste es el caso en función del conjunto de elementos concretos del litigio del que conocen”¹⁶.

Y a estas decisiones cabe añadir la STJ 3^a 18 enero 2007 (as. C-421/05: *City Motors Groep NV y Citroën Belux NV*)¹⁷. En el asunto el órgano jurisdiccional remitente preguntó si el art. 3, ap. 6, del Reglamento n^o 1400/2002 debe interpretarse en el sentido de que la exención por categoría prevista en el art. 2, ap. 1, de dicho Reglamento no se aplica a los acuerdos incluidos en su ámbito de aplicación que contienen una cláusula expresa de resolución, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual un proveedor puede resolver de pleno derecho y sin preaviso un acuerdo en caso de incumplimiento por parte del distribuidor de una de las obligaciones contractuales mencionadas en dicha cláusula. Por lo que respecta a la cuestión de si la intervención de un perito independiente, de un árbitro o de un juez nacional debe tener lugar antes de la resolución, o si los efectos de ésta deben quedar suspendidos a la espera de una decisión en cuanto a la validez de tal resolución, el TJ puso de relieve que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia (pues ninguna disposición del Reglamento n^o 1400/2002 contiene tal exigencia) corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna. Conforme al principio de equivalencia, “un perito independiente, un árbitro o un juez nacional encargados de apreciar, a la luz del Derecho comunitario sobre la competencia, la validez de una resolución efectuada en virtud de una cláusula expresa de resolución no pueden estar obligados a intervenir con carácter previo a esta resolución”. Esto es, el TJ si bien se hace mención al perito independiente, al árbitro o al juez nacional, únicamente garantiza el mecanismo regulado por el art. 3.6^o Reglamento 1400/2002 a través de una resolución judicial y no a través de un “procedimiento arbitral”, aunque no lo excluye. Precisamente este último argumento es esgrimido por el TSJ de Cataluña para considerar improcedente la formalización judicial del nombramiento de árbitro solicitado.

¹⁵ STJ 3^a 7 septiembre 2006, as. C-125/06: *VW-Audi Forhandlerforeningen / Skandinavisk Motor Co. A/S*.

¹⁶ STJ 3^a 30 noviembre 2006, asuntos acumulados C-376/05 y C-377/05: *A. Brünsteiner GmbH, Autohaus Hilgert GmbH y Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*.

¹⁷ J.A. Echebarría Sáenz, “Sobre la admisibilidad de las cláusulas de resolución en el Reglamento 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002 sobre acuerdos verticales en el sector de los vehículos de motor”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n^o 1, 2007, pp. 235-245.

9. En el futuro esta imprecisión en orden al arbitraje tiende a desaparecer en un sentido favorable a su admisión. Con posterioridad a la fecha en que se desarrollaron las actuaciones en el litigio que se comenta se aprobó el Reglamento n° 330/2010, adoptado el 20 de abril), pero con un período transitorio de tres años que permitiese adaptarse a los distribuidores autorizados el Reglamento (UE) n° 461/2010 de la Comisión de 27 de mayo de 2010 relativo a la aplicación del art. 101, ap. 3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor¹⁸; junto a este último Reglamento se aprobaron las “Directrices suplementarias” relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor. Si bien el Reglamento 461/2010 no impone la adhesión a códigos de conducta, las Directrices suplementarias fomentan implícitamente que los fabricantes e importadores se sumen a ellos pues valoran positivamente la transparencia de las relaciones entre las partes contratantes. Las Directrices apuntan hacia la adhesión a un código de conducta como una forma de lograr una mayor transparencia en las relaciones comerciales entre las partes y un código de este tipo puede prever, para la rescisión del contrato, plazos de preaviso que se fijarían, por ejemplo, en función de la duración del contrato; indemnizaciones, en caso de rescisión temprana sin causa justificada, por las inversiones en curso hechas por el concesionario y específicas de la relación contractual; así como el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Con estas previsiones es de presumir que la cuestión controvertida en la decisión que se comenta desaparezca en el futuro.

3. Solución favorable al arbitraje: SAP Madrid 19ª 16 mayo 2008¹⁹

10. El marco regulador indicado, anterior a 2010, y la inclusión de la imprecisa directriz del Reglamento 1400/2002 en orden a los procedimientos de arreglo de controversias se suscitó en un litigio ante la AP de Madrid, cuyo origen fue un contrato cebrado entre la entidad Clemente Aller-Auto, S.L. y Automóviles Citroën España, S.A. que incluyó la siguiente cláusula

“El presente contrato se rige por el Derecho español.

En caso de controversia relativa a la ejecución del presente Contrato, cada una de las partes podrá recurrir a un perito, que será designado por el Juzgado de 1ª Instancia de Madrid, a petición de la parte más diligente.

La presente disposición no va en detrimento de los derechos de cada una de las partes a recurrir a los Tribunales en caso de controversia, relativa a la ejecución del presente contrato por cualquier causa, entre el Servicio Oficial Citroën y el Concedente, incluso en caso de demanda de inci-

¹⁸ R. Aleixo Gregório, “Driving Competition — The Impact of Regulation 1400/2002 on Motor Vehicle Distribution”, *World Competition*, vol. 31, n° 2, 2008, pp. 299–325; Ph. Marsden y P. Whelan “Intervention and the Internal Market: Contemporary European Competition Initiatives Concerning Distribution in the Market for New Cars”, *Eur. Comp. J.*, 2008, vol. 4, n° 2, pp. 425-540; S. Marco Colino, “Recent Changes in the Regulation of Motor Vehicle Distribution in Europe – Questioning the Logic of Sector-Specific Rules for the Car Industry”, *Comp. L. Rev.*, vol. 6 n° 2, 2010, pp 203-224.

¹⁹ JUR\2009\164039.

dencia o de demanda en garantía o de pluralidad de demandados, estipulándose expresamente que tendrá competencia exclusiva la jurisdicción de los Tribunales de Madrid”.

Surgida la controversia, Automóviles Citroën España, S.A. declaró la resolución del contrato y Clemente Aller-Auto, S.L. consideró que dicha resolución no era conforme al Reglamento nº 1400/2002 así como a su extensión u obligatoriedad y, amparándose en el párrafo 2º de la cláusula transcrita, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid (que con anterioridad a la refirma de la LA de 2011 era el órgano competente en materia de formalización judicial) demanda de juicio verbal para instar la designación de un “árbitro” cuya misión sería decidir la controversia. Citroën rechazó tal pretensión alegando la inexistencia de convenio arbitral pero el juez no la tuvo en cuenta procediendo al nombramiento de árbitro, cuestión que fue recurrida en queja sin éxito.

Iniciado el procedimiento arbitral Citroën opuso ante el árbitro la excepción del art. 22 LA (“Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”) insistiendo en la fragilidad de la cláusula y éste decidió proceder a resolver esta cuestión en pieza separa antes de entrar a conocer del fondo. Dicho incidente fue resuelto por laudo de 17 septiembre 2007 que desestimó la excepción de presentada, declaro que la cláusula controvertida era un convenio arbitral y, en su virtud se declaró competente para entrar en el fondo de la controversia planteada.

Incoada una acción de anulación contra el referido laudo la AP de Madrid la desestimó con una argumentación basada esencialmente dos argumentos. El primero, de carácter interpretativo, con recurso en las reglas de interpretación de los contratos de los arts. 1281 ss Cc en el sentido de que debía prevalecer el texto o literalidad y que, partiendo de la inexistencia de duda en torno a que la cláusula controvertida hacía alusión a un “perito” pero que “cuando la cláusula alude a designación judicial, es de entender se está refiriendo a la contemplada en la Ley de Arbitraje, debiendo ser entendida en el sentido de que las partes decide someter la decisión de sus controversias a un tercero, y utilizan para ello la palabra perito, impropia a los efectos que se utiliza, pero que no desnaturaliza la intención de las partes de someterse a la decisión de un tercero y éste tercero recibe la denominación de árbitro”. El segundo argumento, amparado en la normativa comunitaria reguladora del sector, sirvió a la Audiencia para considerar que tan normativa “no impone una u otra forma de resolución de conflictos, sino que la está permitiendo independientemente, pero referido el perito a los términos antes indicados y lo hace para la rápida resolución del conflicto, lo que refuerza la anterior interpretación, esto es, acudir a la designación del perito para cuestiones cuánticas, pues en otra caso se extrae de la legislación comunitaria que prevé el sometimiento a experto independiente o mediador, y ese recibe la denominación de árbitro y ello es lo querido o la intención de las partes en el establecimiento de la cláusula”.

Semejante interpretación, favorable a equiparar la designación judicial de un perito con la contemplada en la Ley de Arbitraje para los árbitros, no fue

admitida por el TSJ de Cataluña en la decisión objeto de este comentario, como se verá a continuación.

11. Esta última cuestión nos conduce a la delimitación entre la función del árbitro y la del perito²⁰. Con frecuencia, al seleccionar a un árbitro se busca que sea experto en la materia de la controversia para que la comprenda y, en la medida de lo posible, evite recurrir a un perito. Mas no siempre es así pues lo conveniente es la solución eficaz por lo que en el punto de mira de la elección está el experto en procedimiento arbitral cuya misión es llegar a un laudo que no solamente sea justo, sino que despliegue toda su eficacia. El dictamen pericial puede considerarse como una institución *sui generis*, pues en ella los peritos no actúan como asesores sino como decisores. La pericial es una actividad próxima a la propia de los árbitros, pero una y otra son instituciones jurídicas distintas con régimen jurídico igualmente diverso²¹. En los sistemas que, como el español, descansan en la Ley Modelo Uncitral de 1985 no resulta de recibo confundir dos actividades o funciones desemejantes como son la elaboración de un informe técnico pericial con la resolución de una controversia o conflicto entre los contratantes²², a lo que cabe añadir la función auxiliar del peritaje establecido en el art. 32 LA (“Nombramiento de peritos por los árbitros”)²³.

El objeto del convenio de arbitraje está referido a “una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” que haya surgido o que pueda surgir entre las partes (art. 9 LA). De esta definición cabe entender que la controversia debe poseer un contenido jurídico y ello diferencia el arbitraje con el denominado “peritaje dirimente”, cuyo objeto es una mera cuestión de hecho diversa al conflicto de intereses cuya resolución pretende una concreta tutela jurídica. Cosa distinta es el denominado “acuerdo arbitral escalonado”

²⁰ C. Roger Vide, “Arbitradores, peritos y árbitros”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 1, 2013, pp. 71-78; L.A. González Martín, “La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación”, *Revista de Mediación*, año 5, nº 9 2012, pp. 6-9.

²¹ STS 1ª 11 noviembre 2009, JEA, nº 7. De acuerdo a esta decisión: “A diferencia del arbitraje, que solo podrá anularse por motivos tasados, no se impide a los jueces y tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje. Además, mientras los árbitros deciden motivadamente, en derecho o en equidad, la total controversia existente entre las partes, el procedimiento de peritos queda circunscrito a la evaluación y valoración de los daños a abonar por el asegurador producidos por un siniestro, y su informe resulta inatacable transcurridos los plazos de impugnación judicial; diferencias que se hacen más llamativas si cabe a partir de la modificación de la LEC/2000 hecha por LA/2003, que cambia el sistema de ejecución del laudo para atribuir fuerza ejecutiva a ‘los laudos o resoluciones arbitrales’, sin hacer mención alguna al dictamen” pericial.

²² SAP Sevilla 5ª 26 enero 2011, JEA, nº 9: “Resulta obvio que si lo que se pretendía era resolver una cuestión técnica no se hubiese utilizado la palabra ‘árbitro’, sino los términos mucho más apropiados a la finalidad pretendida de ‘dictamen’, ‘informe técnico’, ‘peritaje’, ‘valoración pericial’, ‘dictamen pericial’, o ‘informe pericial’”.

²³ Existen otros sistemas, como el argentino, donde la pericia arbitral da lugar al llamado juicio pericial o juicio de peritos que tiene, de un lado, características propias de una pericia, y de otro, del arbitraje. De la primera adopta su carácter técnico especializado y del segundo recibe el carácter vinculante de su resolución que le da el carácter de un fallo técnico irrevisable.

(*Multi-Tiered Arbitration Clause*) que incluye una combinación de procedimientos de arreglo de controversias que actúan es cascada en el sentido de que ha de agotarse uno antes de acudir al otro y, precisamente uno de ellos puede ser un peritaje sobre una cuestión técnica no necesariamente jurídica²⁴.

La pericia es un medio de prueba en virtud del cual una persona ajena al proceso con conocimientos especializados o técnicos, que no pueden presumirse del juzgador, los aporta al mismo para que éste aprecie mejor los elementos o hechos de prueba relacionados con dicha especialización. El deber esencial de los peritos es elaborar y presentar el dictamen cabalmente, es decir, aplicando científicamente los conocimientos profesionales requeridos para el caso concreto; por eso, al igual que en el ámbito judicial, en el procedimiento arbitral el perito debe ser independiente y objetivo, por lo que no debe tener ningún tipo de relación con las partes o sus representaciones letradas que pudieran tachar su independencia y objetividad; las consecuencias del incumplimiento de este deber de independencia y objetividad son similares de las que acontecen en el procedimiento ante los tribunales ordinarios.

4. Solución contraria al arbitraje: STSJ Cataluña CP 1ª 9 diciembre 2013

12. También el marco de los acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, el origen del litigio objeto de este comentario, arranca de una cláusula tan imprecisa como la estudiada por la Audiencia Provincial de Madrid, si bien el “peritaje” es sustituido en este caso por la “conciliación”. Su tenor es el siguiente:

“Art. 23. *Conciliación*. En el supuesto de desacuerdos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las partes deberán ponerse de acuerdo sin demora sobre el nombramiento de un experto independiente o un árbitro, así como sobre los pormenores de este acto de conciliación. Ello no afectará al derecho de las partes a acudir a un tribunal nacional”.

También de este texto se desprenden dudas fundadas acerca del carácter vinculante del arbitraje por combinar una referencia a los “árbitros” con el de sometimiento a un procedimiento de arreglo diverso cual es el de la conciliación. Y a ello hay que añadir que a diferencia del asunto considerado por la AP de Madrid en la cláusula no se hace referencia a la formalización judicial.

Una solución a esta cuestión exige del juez que ha de interpretar la cláusula compromisoria la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo al denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga; por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad el organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una

²⁴ D. Jiménez, “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, Introduction and Comment”, *Bull. ICC ICA*, vol 14, nº 1, 2003, pp. 71-88.

cláusula compromisoria en el contrato el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y sólo ha de llegar a una solución contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por medio de circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual denota que deberá moverse, en muchas ocasiones, en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual denegación de justicia.

13. En el presente caso el TSJ de Cataluña opta por resolver la cuestión a través de una interpretación literal de la cláusula entendida en sus propios términos, con respaldo en el art. 1.281 Cc, llegando a la conclusión que esta no dispone otra cosa que un “acto de conciliación”, como así viene intitulado en el mismo y refrendado en su contenido, es decir, como un acto propiamente de mediación. Considera que dicha cláusula está redactada en términos “claros y meridianos” y que por el hecho de incluir la palabra “árbitro” semejante referencia no la equipara a una cláusula arbitral añadiendo que si así fuera introduciría otros elementos inherentes a esta última como, por ejemplo, una alusión al procedimiento arbitral, “lo cual hubiera sido lo lógico y coherente” si las partes hubieran querido someter sus controversias a tal mecanismo.

De dicho artículo realmente resulta todo lo contrario, toda vez que en el mismo se indica y se expresa que: “En el supuesto de desacuerdos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las partes deberán ponerse de acuerdo sin demora sobre el nombramiento de un experto independiente o árbitro, así como sobre los pormenores de este acto de conciliación. Es decir, de su contexto se desprende que la función de este experto es celebrar un acto de conciliación, entendido como mediación

III. Interacción entre el arbitraje y los ADN

1. Arbitraje y jurisdicción

14. Con asiduidad se emplea el término “arbitraje” para denominar a figuras que no contienen los requisitos que son consustanciales a éste; a saber, la actuación de un tercero, como sujeto privado imparcial y su capacidad de imposición jurídica a las partes de la solución por él decidida. Conforme al primero de los elementos, la figura se integra en el conjunto de las manifestaciones de la resolución privada de los conflictos mercantiles, junto con la conciliación y la mediación. A través de estos últimos procedimientos se invita a las partes a que entablen o reinicien el diálogo, evitando confrontación; ellas mismas eligen la manera de solucionar el desacuerdo, desempe-

ñando un papel activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que les conviene mejor. Tales métodos ofrecen la posibilidad de superar el debate propiamente jurídico y de encontrar una solución personalizada y adaptada al conflicto. Y a partir de aquí se suele incorporar un tópico que no siempre es real: que una vez resuelto el conflicto, el enfoque consensual inherente a estos métodos incrementa para las partes la posibilidad de sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo. Conforme al segundo, la figura se aproxima a la intervención de un Juez o Tribunal de Justicia.

15. El TSJ de Cataluña aprovecha la interpretación de la cláusula para realizar una construcción doctrinal con un fin esencialmente didáctico que, aunque innecesario para la solución de la controversia suscitada, tiene cierta utilidad. El punto inicial es que la autoridad judicial forma parte del poder estatal; es un poder público frente al árbitro que actúa como persona privada, por mucho que su decisión alcance una eficacia jurídica vinculante, incluso desde la perspectiva de lo público. Sin desdeñar el sistema judicial estatal de resolución de los conflictos jurídicos, se percibe la existencia de otros medios de tutela que pueden en ciertos ámbitos jugar una tarea mucho activa al servicio de los particulares que reclaman justicia. La institución arbitral se presenta, pues, como un medio de tutela que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos como complementario de los tribunales y del proceso judicial. Como afirma la decisión que comentamos, "Son sistemas heterocompositivos, la jurisdicción y el arbitraje. En el primer caso, el tercero imparcial es un Juez al que el Estado inviste de la *potestas* y de la *auctoritas* necesaria para impartir la justicia y para imponer por la fuerza si es necesario la solución. El Estado es quien le hace depositario de esa facultad que le confiere en exclusiva para determinados supuestos (Derecho penal y demás derechos indisponibles y generalmente para la ejecución). El Juez debe resolver conforme al ordenamiento jurídico, sea la ley sea el precedente. En el caso del arbitraje, la controversia la decide un tercero a quien las partes directa o indirectamente (en el arbitraje institucional) libremente y en materias de libre disposición han encomendado la decisión de su conflicto. En definitiva, los llamados ADR son los sistemas autocompositivos o heterocompositivos de resolución de conflictos, ajenos a la jurisdicción". Nada que objetar a tal *obiter dicta*.

2. Arbitraje y MASC

16. De conformidad con la presente sentencia "El arbitraje puede ser definido como una institución que permite a las personas, sean naturales o jurídicas, y mediante una expresión libre de voluntad, someter las cuestiones litigiosas actuales o futuras de las que tengan libre disposición conforme a derecho a la decisión vinculante de uno o más árbitros, siguiendo el procedimiento arbitral." Cabe añadir que, a diferencia del árbitro, el conciliador o el mediador sólo poseen una mera facultad de acercamiento de posiciones o propuesta de soluciones, careciendo de la capacidad resolutoria que se le otorga al árbi-

tro²⁵, de ahí que el arbitraje se presente como el procedimiento más importante en el que interviene un tercero en la resolución de los conflictos mercantiles²⁶. No obstante, pese a lo delicado que resulta establecer los contornos de esta institución²⁷, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas desde el momento en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

Los cauces de los “métodos alternativos de solución de conflictos” (ADR en la terminología inglesa) no pueden suscitarse como fórmulas antagónicas a la actuación de los tribunales, ni pueden concebirse como herramientas exclusivamente privadas de solución de los conflictos; su desarrollo, en efecto, no debe contemplarse como una manera de remediar las dificultades de funcionamiento de los tribunales sino como una forma más consensuada de pacificación social y, en muchos casos, más conveniente que el recurso al juez o a un árbitro. Al igual que en el arbitraje, la colaboración de los tribunales es fundamental para la consecución de la tutela de los intereses privados, por eso su desarrollo a partir del impulso de la Administración constituye un elemento esencial para que estos métodos evolucionen de manera eficaz. Los MASC se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia desempeñando un cometido complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, las técnicas aplicadas en los MASC se suelen acomodar mejor al carácter de ciertos litigios y ello por permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales.

Mas la alternativa no termina aquí, coexiste con otros cauces de arreglo menos incisivos, como la mediación, la conciliación, el med-arb, etc. Sin embargo en la puesta en marcha de los MASC, a diferencia de los anteriores sistemas, los terceros no adoptan ninguna decisión y las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Y, como se ha indicado, una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual facilita a las partes la posibilidad de que sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.

17. Cuando surge una controversia en el ámbito mercantil resulta un procedimiento habitual que las partes traten de resolverla por la vía de la negociación, sin dar entrada a nadie que sea ajeno al asunto; no obstante, si tal operación fracasa, como es bastante habitual, es factible recurrir otros meca-

²⁵ E. Bertrand, “Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?”, *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n° 2, pp. 133-141; C. Punzi, “Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti”, *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385-409. Asimismo, *vid.* Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, pp. 179-197.

²⁶ B. Oppetit, “Arbitrage, médiation et conciliation”, *Rev. arb.*, 1984, pp. 307 ss.

²⁷ Ch. Jarrosson, “Les frontières de l'arbitrage”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 5-41.

nismos de solución de controversias, como el arbitraje, la conciliación o la mediación. Si las partes en un litigio reciben el concurso de un tercero para solucionarla, tal intervención suele calificarse con los términos de conciliación, mediación, dictamen neutral, mini-proceso o expresiones similares.

La decisión comentada se inclina por esta cuestión al afirmar que “La conciliación y a la mediación tienen una base común. Se trata en ambos casos de un medio autocompositivo y existe un tercero ajeno a las partes que interviene para facilitar el acuerdo entre ellas. De ahí que la distinción entre ambas figuras sea muy difusa, sobre todo porque son reguladas de diferentes formas en las diversas legislaciones. En nuestro país y en otros de nuestro entorno se pone el acento en el carácter más institucionalizado de la conciliación frente al más espontáneo de la mediación”.

En efecto, los términos de mediación y de conciliación suelen utilizarse con una actitud aleatoria como si se tratara de conceptos sinónimos y ello deriva de que las legislaciones estatales definan y acojan ambas instituciones con carácter marcadamente variable y ambivalente; no obstante la diferencia básica entre ambas instituciones radica en que el conciliador tiene, dentro de sus funciones naturales, la de proponer fórmulas de arreglo, en tanto que el mediador se orienta fundamentalmente a acercar a las partes, a ayudarlas a reducir los obstáculos de comunicación, pero sin aportar propuestas. Son varios los factores que inciden en que la mediación sea verdaderamente adecuada en un caso en particular: la existencia de una relación interpersonal y/o comercial que las partes en litigio necesitan o desean preservar; la confidencialidad absoluta de dicho proceso y la inexistencia de etapas rígidas y predeterminadas estando en función el número de sesiones del mediador con las partes de la complejidad del asunto y de la necesidad de éstas últimas de continuar negociando. En todo caso, al igual que el arbitraje, la práctica de estos métodos exige el mantenimiento del principio de confidencialidad²⁸.

18. La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos por la que dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y cualificado, denominado conciliador. Supone un procedimiento con una serie de etapas, por medio de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo mediante un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador que actúa, siempre habilitado por las partes, facilitando el diálogo entre ellas y promoviendo fórmulas de arreglo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes. Es una institución jurídica en la que intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modifi-

²⁸ G.T. de Azevedo, “Confidencialidade na mediação”, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 2, 2003, pp. 303-323.

car un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes. De conformidad con el art. 1.3º de la Ley modelo Uncitral sobre conciliación comercial internacional de 2002 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”²⁹.

Como es natural, la conciliación en tanto que institución jurídica se enmarca dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite y que consiste en intentar ante un tercero neutral un acuerdo amigable que puede dar por terminadas las diferencias que se presentan. Se construye así esta figura como un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un trámite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que puede ser el juez, otro funcionario público o un particular a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosas juzgada y tendrá índole ejecutiva³⁰.

19. La decisión que se comenta pone de relieve que la conciliación y el arbitraje poseen funciones jurídicas diferentes, mientras que la primera es un mecanismo o alternativa no procedimental de resolución de controversias a través de la cual las partes tratan de superar el conflicto con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, el segundo, es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros, que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un Laudo. Los elementos diferenciales de la conciliación respecto del arbitraje pueden sintetizarse de la siguiente manera. En primer lugar, en la conciliación domina el proceder amistoso y voluntario a

²⁹ Los redactores de la Ley modelo se inclinaron por este concepto amplio conscientes de que no era oportuno distinguir entre estilos ni criterios de mediación. Se incluyen, pues, dentro del término “conciliación” todos los métodos de solución de controversias en que las partes solicitan la ayuda de un tercero neutral, aunque esos métodos pueden diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso de arreglo de la controversia. Esos métodos pueden diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso (Cf. “Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley modelo de la Cnudmi sobre conciliación comercial internacional (2002)”, párrafo, 32).

³⁰ Por ejemplo en Colombia la Constitución prescribe que los particulares pueden ser investidos, aunque sea con carácter transitorio, de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores. La Corte Constitucional dijo al respecto: “En primer lugar, la conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. No sólo por las razones mencionadas cuando se aludió a las “olas” del movimiento de reformas sobre acceso a la justicia, sino al propio tenor de lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia” (Sentencia C-1195, de 15 de noviembre de 2001). *Vid.* en el mismo sentido la sentencia de la misma sala, C-917/02, de 29 de octubre de 2002.

través del cual las partes abandonan recíprocamente sus pretensiones: si en el arbitraje el árbitro “impone” soluciones, el conciliador se limita a formular recomendaciones que no tienen contenido obligatorio para las partes. En segundo lugar, el conciliador se limita a facilitar el diálogo entre las partes y al no adoptar decisiones, no se necesitan garantías procesales como las que existen en el arbitraje, por ejemplo, la prohibición de que el conciliador se reúna sólo con una de las partes o la obligación incondicional de revelar a una parte toda la información recibida de la otra. Por último, el arbitraje entraña la exigencia de una serie de plazos necesarios que se establecen para proteger los derechos de las partes y frente a él la conciliación tiene la ventaja de que si las recomendaciones se cumplen los problemas de las partes son susceptibles de resolverse en un plazo muy breve. No es casual que se nos repita por doquier que en determinados arbitrajes especializados se establezca la conciliación previa para facilitar el arreglo rápido y amistoso para la solución de los litigios. Si se examinan los Reglamentos que ofrecen las distintas instituciones arbitrales se observa que el convenio arbitral no impide que si las partes están interesadas soliciten la actividad conciliadora que proporcionan estas entidades la concreta y, en caso de llegarse a una solución amistosa se evitaría la puesta en marcha de un procedimiento arbitral.

20. ¿Qué decir de la mediación? Se trata de un procedimiento voluntario y flexible conforme al cual un tercero neutral asiste a las partes que tienen un conflicto en su intento de resolverlo; el mediador no decide ni suele proponer soluciones; son los involucrados quienes elaboran su propia decisión en un proceso de análisis, comunicación y negociación asistido por el mediador. Éste, por ende, debe ser una persona especialmente preparada para cumplir su función con efectividad, con sólidos conocimientos de la negociación y del procedimiento a seguir. La mediación consiste en facilitar un acuerdo entre las partes en conflicto que el derecho de aceptar o rechazar el acuerdo propuesto por el mediador. Sobre esta cuestión abunda la decisión que se comenta cuando asevera que “la mediación sería así un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del dialogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto. Así, frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos”.

Su característica esencial es que las partes son las protagonistas del acuerdo de intereses en virtud del cual concluyen una situación de enfrentamiento jurídico; de ahí que éstas compartan el objetivo común de solventar la controversia que les enfrenta. Ahora bien, en este procedimiento es imprescindible la intervención de un tercero al que corresponde la labor de propiciar el

acuerdo proponiendo, incluso, eventuales soluciones y de cuidar de que éste se ejecute válidamente con todas las garantías. Consecuentemente en la mediación el acuerdo entre las partes está propiciado por la actividad desarrollada por el tercero para alcanzarlo, si bien la función de éste está limitada a que las partes deseen llegar a un acuerdo, estando imposibilitado para condicionar mínimamente la voluntad de las partes. Y, desde luego, el mediador debe reunir las notas de confidencialidad y de imparcialidad inherentes a estas modalidades de arreglo de controversias, amén de contar con la confianza de las partes. A pesar de la necesidad de que hubiese una regulación legal de la mediación desde el punto de vista procesal, la ausencia de experiencia contrastada en la tradición jurídica española de este instituto hacía aconsejable que la ley estatal que tiene por objeto regularla no fuera expansiva ni intervencionista y a ello responde en buena medida la Ley 5/2012³¹.

La principal ventaja de este mecanismo es su agilidad y su principal defecto es que se necesita de la buena voluntad de las partes para ponerse de acuerdo. No en vano la mayor parte de las controversias mercantiles tienen un contenido dinerario y si una de las partes no puede o no quiere pagar, puede aprovechar de la mediación para prolongar aún más el conflicto y así ganar tiempo. Si cada participante en un conflicto comercial considera que su contraparte está actuando en buena fe es muy probable que la mediación sea el recurso óptimo para resolver la disputa, pero tiene que producirse fehacientemente esa circunstancia.

21. Aun cuando los términos mediación, buenos oficios y conciliación son comúnmente utilizados como sinónimos, técnicamente el mediador es un partícipe activo dentro del proceso, quien hace sugerencias informales a las partes basado en la información que estas proveen, en tanto que el conciliador tiene un mayor margen de actuación para proponer formulas, basado en su propia interpretación e investigación del conflicto. Pero aun así hay quienes le dan una interpretación totalmente opuesta. La distinción más destacada entre ambas figuras es precisamente, que el conciliador no propone alternativas para la solución del conflicto. No es una cuestión menor considerar, a partir de aquí, que no existen bases sólidas para apoyar uno u otra interpretación de las diferencias que existen entre los conceptos de conciliación y mediación, por lo menos desde la óptica de las posibilidades del mediador de proponer o no soluciones. Las funciones de los facilitadores varían considerablemente de acuerdo con los valores y las tradiciones de las diferentes culturas o con las necesidades específicas de diferentes grupos o comunidades. De ahí que en muchas culturas el facilitador, llámese mediador, conciliador o hacedor de paz, pueda llegar a proponer soluciones y, en algunas ocasiones, hasta escoger la solución final a solicitud de las propias partes. En cualquier caso es reiterado referirse con carácter indistinto a los términos de conciliación y mediación, para identificarlos como métodos de

³¹ J.P. Ortuño Muñoz, "Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, mediación civil y mercantil", *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, n° 1, 2013, pp. 45-69.

resolución de conflictos de naturaleza informal y voluntaria, por medio de los cuales un tercero imparcial presta asistencia a las partes dentro de un conflicto para que identifiquen sus necesidades e intereses y solucionen sus controversias, entendiendo que los elementos de esta definición son característicos de ambos conceptos.