



José María De Miguel

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

World Mediation Summit. Julio 1-4, 2014

Vicepresidente del Comité de Desarrollo Legislativo del Instituto de Ingeniería de España.
Ingeniero Industrial y Jurista; Interventor de la AIIM



Se define el contenido y alcance de la institución del Arbitraje, equivalente a la jurisdicción ordinaria como herramienta de resolución de conflictos y controversias, entre personas naturales o jurídicas. Las partes sometidas voluntariamente al procedimiento obtienen una decisión vinculante para las mismas denominado "laudo", emitido por el árbitro, poniéndose fin así a la controversia sin posibilidad de recurso o apelación al mismo. Sólo es admisible un proceso de anulación del laudo por causas tasadas y también un proceso de revisión al laudo. Este recurso de revisión es extraordinario y excepcional.

En cuanto a la figura de la Mediación es igualmente una herramienta que nos posibilita mediante un procedimiento organizado y muy flexible, que varias partes obtengan una solución que les satisfaga, con la colaboración de un tercero llamado "mediador", que actúa con neutralidad y que carece de decisión sobre el conflicto. Terminado el procedimiento debe redactarse un acta que refleje los acuerdos, o en su caso el desacuerdo. En este último caso se abren otras vías como el arbitraje o el inicio de un proceso de jurisdicción ordinaria en los tribunales de justicia.

Ambos procedimientos son adecuados fundamentalmente por su rapidez y economía en su aplicación a los campos de la ingeniería industrial, sea ya en sus facetas de gestión, diseño, ejecución de obras, incumplimientos contractuales, suministros, fabricación, etc. Hay que referenciar la existencia, desde 2005, de una Corte de Arbitraje del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid la cual está legalmente capacitada para la administración de arbitrajes en equidad.

ARBITRAJE

Concepto y Marco Legislativo

"Desaconseje el pleito e intente el compromiso con sus vecinos. Advértales que el vencedor es a menudo el perdedor... por los gastos que supone y el tiempo perdido".

(Abraham Lincoln, 1851).

La afirmación recoge el sentir de la problemática que encarnan los procesos judiciales, ante disputas, tiempo, dinero, incertidumbre y tensión.... Y seguramente mal final.

Sobre esta realidad se justifican las figuras entre otras del arbitraje y la mediación, ambas distintas pero con un fin igual, la resolución entre partes de distintas posiciones antagónicas.

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión que es obligatoria su cumplimiento para las partes.

El arbitraje se caracteriza por ser un sistema alternativo y equivalente a la jurisdicción de los tribunales, es decir, mediante el arbitraje se sustituye la tutela de los jueces ordinarios por la de los árbitros, desde el momento en que estos últimos deciden aceptar el encargo y emitir su laudo.

Existe el arbitraje institucional impartido por Cortes de Arbitraje conforme a sus reglamentos y el *ad hoc* que es el que no es institucional. Habitualmente el arbitraje por excelencia es el institucional.

“Un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado previamente o sometiéndose al mismo las partes en el momento de la controversia”

Así lo entendía ya el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia de 4 de octubre de 1993 cuando indicaba que: "...el arbitraje es 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.”

La legislación española en la actualidad (hubo leyes de arbitraje en 1953 /1988) tiene en vigor la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, (BOE nº 309, de 26/12/2003) y Ley 11/2011, de 20 de mayo (BOE nº 121, de 21/05/2011).

La Ley de Arbitraje está basada casi en su literalidad en la llamada Ley Modelo aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o UNCITRAL, en su acepción inglesa).

En 1975 España ratificó el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional efectuado en Ginebra el 21 de abril de 1961.

Igualmente, España ratifica el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras en 1977 efectuado en Nueva York en junio de 1958, existiendo 144 países del mundo que han signado el convenio.

Por lo general el arbitraje se basa en reglas establecidas por algunos organismos internacionales:

- La CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) (en inglés: «UNCITRAL»).



- La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (Cámara de Comercio Internacional) (en inglés: «/CC»). Sede en París.
- La LCIA (en inglés: «London Court of International Arbitration») es la más antigua, fundada en 1892.

CARACTERÍSTICAS

El arbitraje es consensual entre iguales.

Un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado, ya sea previamente o sometiéndose al mismo las partes en el momento de la controversia. A diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente de un proceso de arbitraje.

Las partes seleccionan y aceptan al árbitro o árbitros.

Compete a las partes seleccionar y aceptar conjuntamente a un árbitro único, propuesto por la Corte que administre el arbitraje de acuerdo con su reglamento.

Si optan por un tribunal compuesto por tres árbitros, cada parte selecciona a uno de los árbitros y éstos seleccionarán a su vez a un tercer árbitro que ejercerá las funciones de árbitro presidente.

El arbitraje es neutral.

Además de poder seleccionar árbitros de la nacionalidad que estimen las partes pueden especificar elementos tan importantes como el derecho o normativa aplicable, -caso de arbitraje en derecho-, el idioma o el lugar en que se celebrará el arbitraje. Esto permite garantizar que ninguna de las partes goce de las ventajas derivadas de presentar el caso ante sus tribunales nacionales.

El arbitraje es un procedimiento confidencial e imparcial.

Se protege específicamente la confidencialidad y discreción en todo el desarrollo del proceso arbitral, incluido el contenido del laudo, equivalente a la sentencia judicial. Evidentemente el árbitro actúa imparcialmente aunque su laudo reconozca una posición de una parte respecto la otra.

El arbitraje es un proceso rápido y costo medido.

El arbitraje frente al proceso judicial es rápido y de menor costo. Los laudos deben emitirse en un plazo máximo de seis meses y con posible prórroga de dos más. Se conocen previamente los costos que incurra el proceso al existir baremos de los mismos en la Cortes que administran el arbitraje.

Tipos de arbitraje y limitaciones.

Existen dos tipos de arbitraje, el arbitraje en derecho y el arbitraje de equidad. El primero el árbitro, en su decisión, -esto es en su laudo-,

“La mediación es un método sencillo y sin formalismos, para resolver conflictos distinto al arbitraje”

se somete a normas jurídicas, y a la aplicación del Derecho positivo como fuente de la resolución arbitral.

En el arbitraje de equidad, no se está sometido al rigor y formalismo de la ley se actúa con el criterio de lo justo, más que de la justicia, obviamente, dentro de unos parámetros enmarcados por el juicio razonable y la conclusión coherente y congruente, ya que arbitraje de equidad no significa absoluta libertad para decidir.

“La equidad implica precisamente una justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva, el fallo fundado en el sentido del deber o de la conciencia, más que en las prescripciones rigurosas de la Justicia o el texto terminante de la Ley” (STS de 22 de junio de 2009).

Frente al arbitraje que exponemos, denominado comercial en su sentido más amplio, existen en nuestra legislación el arbitraje de consumo y el arbitraje laboral excluidos expresamente de la Ley de Arbitraje, rigiéndose por otra normativa específica.

Garantía de responsabilidad civil y penal de los árbitros.

Los árbitros responden civilmente de posibles daños y perjuicios causados por mala fe temeridad o dolo. También pueden incurrir en responsabilidades penales si su actuación es encajable en tipo como el cohecho y negociaciones prohibidas.

El laudo es definitivo y fácil de ejecutar.

Las partes se comprometen a ejecutar el laudo sin demora. En el

caso de laudos internacionales son ejecutados por los tribunales nacionales en virtud de la Convención de Nueva York, aceptada por 144 países.

Corte de Arbitraje del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid

Desde 2005 existe la Institución de la Corte de Arbitraje del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid (COIIM) respondiendo a la necesidad detectada de poner a disposición de la sociedad, la experiencia técnica del colectivo de ingenieros industriales del COIIM, ..El directorio de árbitros de esta Corte de Arbitraje esta formado por Ingenieros Industriales con más de 20 años de experiencia profesional y reconocido prestigio dentro de cada uno de los sectores de actividad del ámbito de la ingeniería industrial

MEDIACIÓN

Concepto y Marco Legislativo

La mediación es un método sencillo y sin formalismos, para resolver conflictos distinto al arbitraje, por más que ambos conceptos se confunden con frecuencia

En este escenario hay un conflicto, entre dos o más partes, y un tercero cuya tarea no es decidir ni ofrecer una solución, sino facilitar la comunicación y el proceso de negociación entre las partes con el fin de que estas lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas con voluntad de cumplimiento de dicho acuerdo. Es, por tanto, un método para agilizar la negociación entre las partes no vinculante si no se acepta el acuerdo final por escrito, y no es un proceso litigioso (ni judicial ni arbitral).

La legislación española aplicable queda recogida en la Ley 5 / 2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº 162 de 07/07/2012).

También por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles.

Esta Directiva queda incorporada al Derecho español (Disposición final sexta, Ley 5 / 2012, de 6 de julio) y Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 (BOE núm. 310 de 27/12/2013). Su entrada en vigor ha sido el 27 de marzo de 2014. (D. Final 3ª.1).

El ámbito de competencia de la ley española, son los derechos subjetivos de carácter disponible. Al igual que el arbitraje materias como la declaración de capacidad jurídica, filiación, prodigalidad, paternidad, adopción, maternidad, custodia de menores etc., son materias que no pueden someterse a mediación ni a arbitraje de las partes.

Queda también excluida de la citada legislación la mediación penal, la mediación con Administraciones Públicas, mediación laboral y mediación en materia de consumo.

CARACTERÍSTICAS

Control, designación y costos

Son las partes voluntariamente las que controlan el procedimiento de mediación, hasta tal punto que si una no está conforme en cómo se está desarrollando, puede terminar la mediación sin consecuencia alguna salvo el no acuerdo alcanzado.

Son las partes las que designan o aceptan el mediador, si bien al no tener esta capacidad decisoria alguna (a diferencia de jueces y árbitros), su elección es menos controvertida que en el arbitraje. La mediación está diseñada para resolver el conflicto muy rápido, generalmente en



unas pocas sesiones, lo que supone unos costos ajustados y previamente conocidos. Habitualmente los costes de una mediación en comparación con un juicio o arbitraje son mucho menores.

Ejecutabilidad

Un acuerdo entre las partes alcanzado en una mediación tendrá acción ejecutiva si se eleva a escritura pública, si bien en la práctica, al ser acuerdos alcanzados voluntariamente, el grado de cumplimiento es muy amplio.

No se cierra la posibilidad al arbitraje o pleito judicial: la iniciación de una mediación no implica que no se pueda recurrir al arbitraje o pleito si no se llega a un acuerdo. Finalizada la mediación sin acuerdo, las partes son libres de tomar las acciones que consideren pertinentes en la mejor defensa de sus derechos.

Confidencialidad y personal

Hay que destacar que la norma otorga naturaleza de secreto profesional a la labor del mediador, que tiene por objeto proteger toda la información que las partes decidan impartir al mediador durante la me-

diación. La mediación se lleva a cabo con presencia personal de las partes de manera directa, ya que son ellas las que aceptan acuerdos.

Imparcialidad y neutralidad

El mediador nunca propone soluciones, ni impone acuerdos, ni defiende intereses de parte, fundamentalmente facilita la comunicación. El mediador, y esta es la diferencia con el árbitro, no tiene capacidad de decisión en la resolución del conflicto; el árbitro, sí. En la mediación, quien acuerda y resuelve son las partes, no el mediador. En el arbitraje, quien resuelve es el árbitro y se renuncia a la intervención de los tribunales.

Acta de mediación

Toma fuerza ejecutiva si se eleva a escritura pública, y el fedatario público deberá contrastar, "verificará" dice la Ley, "el cumplimiento de los requisitos exigidos por esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho

Requisitos del mediador

Para obtener la condición o estatus de mediador, los requisitos son los de exigencia de persona natural

que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 11.1 Ley 5/2012).

También es posible que las personas jurídicas se puedan dedicar a la mediación. En estos casos será la propia sociedad profesional la que designará para su ejercicio a una persona natural. Por supuesto que esta persona física designada deberá reunir los requisitos exigidos en la propia Ley 5/2012.

El precepto concreta más esta figura en el sentido de que el mediador debe estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y, contar con "formación específica para ejercer la mediación

La formación del mediador se deberá orientar hacia la exigencia de los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y de negociación, así como de ética de la mediación (Art. 4.1 RD 980/2013).

Quien imparte la formación, es decir, el que puede "expedir el título de mediador", son centros o entidades de formación que cuenten con la habilitación legal para ejercer

esta actividad o estén autorizados por la Administración Pública con competencia en la materia.

El seguro de responsabilidad civil de los mediadores o instituciones de mediación

Una novedad resulta de la obligatoriedad de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador. El mediador, con carácter previo al inicio del procedimiento, debe informar a las partes de la cobertura de su responsabilidad civil y proporcionada a la entidad del asunto a mediar.

Registro de Mediadores

Se crea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, público y dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas.

Atendiendo a su finalidad, el registro se estructura en tres secciones, la primera destinada a la inscripción de los mediadores, la segunda se refiere a los mediadores concursales, y la tercera para las instituciones de mediación.

Con la excepción de los mediadores concursales, la inscripción en el registro no se configura con carácter obligatorio sino voluntaria para mediadores e instituciones de mediación siendo la fecha de inicio de publicidad del Registro la del pasado el 1 de junio de 2014.

Posiblemente la existencia de un único registro de mediadores evitaría la posible dispersión con otros de las comunidades autónomas.

Mediación por medios electrónicos

Como mera referencia por su relativa y pequeña importancia. Existe la posibilidad de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos cuando las reclamaciones de cantidad o de otro interés no superen la cantidad de 600 euros.



Métodos alternativos para la resolución de disputas

Han aparecido instrumentos recientes de aplicación a grandes contratos de ingeniería o de construcción con una larga duración, donde las divergencias son habituales, debiendo las mismas ser resueltas con agilidad y rapidez. Se exige que las decisiones sean tomadas por expertos de la máxima experiencia y calificación en la materia que se trate. Son miembros independientes designados por las partes en el contrato del proyecto que se trate.

El *Dispute Board* se describe en el Reglamento relativo a los *Dispute Board* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París.

“El Dispute Board DB es un comité encargado de resolver las desavenencias que generalmente se establecen desde el inicio del contrato y se mantiene con permanencia remunerada durante toda la duración del mismo, compuesto por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución, el DB ayuda de manera informal a las partes que lo deseen a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier desavenencia que le planteen por una u otra parte. Los

Dispute Board constituyen un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio y largo plazo.”

Las distintas modalidades de *Dispute Board*, son las que dictan recomendaciones (*Dispute Review Board*), las que emiten decisiones de obligado cumplimiento (*Dispute Adjudication Board*) y la tercera mix de las anteriores (*Combine Dispute Board*).

Dispute Review Board, que emite **recomendaciones**, sin obligación por las partes de su cumplimiento. La emisión de la recomendación por uno o tres expertos sugiere a la parte “incumplidora” a que la respete.

Dispute Adjudication Board emite **decisiones de obligado cumplimiento, obligando a su acatamiento a la parte “incumplidora”** sin menoscabo de la posibilidad de proceder a un arbitraje para resolver la desavenencia.

La modalidad *Combine Dispute Board* permite al órgano decidir o recomendar una decisión, en función de la situación concreta.

Como resumen puede decirse que deben utilizarse unas herramientas, -arbitraje, mediación, u otras- para dirimir controversias en función de las peculiaridades y características del asunto a resolver, siendo factible la utilización de varias de ellas. 