

UN ÚTIL INSTRUMENTO JURÍDICO POR DESCUBRIR: LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED+ARB

AUTOR: FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO EN CONTRATOS

2 ABRIL, 2013

Los profesionales del Derecho deben considerar que en este momento su asesoramiento respecto de muchos contratos estaría gravemente incompleto si obvia la previsión de posibles futuros conflictos o incumplimientos en su desarrollo, y de sistemas extrajudiciales de resolución para afrontarlos, como la mediación y el arbitraje.

Al estar los tribunales colapsados hay que prever, en los contratos y en otros negocios jurídicos, mecanismos que en estos supuestos de controversia salven a empresas y particulares de los enormes costes que necesariamente se derivan del proceso judicial. Costes que serán no sólo económicos, sino también en tiempo y energía gastada, en relaciones malogradas, y en oportunidades perdidas.

A estos inconvenientes y costes de la vía del proceso judicial se han añadido además los derivados de la imposición de tasas judiciales para demandar, que como muy bien nos explicó Rodrigo Tena aquí, se traducen en un verdadero incentivo para los incumplidores, y en un mayor deterioro de nuestra ya maltrecha seguridad jurídica.

No voy a extenderme aquí de nuevo las enormes ventajas (económicas, en ahorro de tiempo, en mantenimiento y mejora de relaciones, en satisfacción de las partes con la solución, en confidencialidad...) que se derivan de la utilización de la mediación en las controversias. Quiero por el contrario destacar precisamente dos de sus inconvenientes. Y explicar la fórmula para que los mismos no supongan una rémora excesiva a su beneficiosa extensión y a su arraigo en una sociedad tan necesitada de este instrumento como la nuestra.

El primero es la no absoluta certidumbre sobre el resultado. El porcentaje de éxitos de los procesos de mediación es muy elevado y, por ejemplo, en la mediación facilitativa extrajudicial, utilizada después de que la negociación bilateral entre las partes haya fracasado o haya llegado a una situación de bloqueo, la proporción de supuestos en los que gracias a su utilización se alcanza un acuerdo supera el 70 %. Pero ello implica también que existen casos en los que la controversia queda sin resolver.

El segundo inconveniente es la posibilidad de que una de las partes no quiera en realidad cumplir las obligaciones que le impone el contrato. La mediación puede mantener su utilidad si es posible hacer comprender a este incumplidor de mala fe los inconvenientes de su postura en el largo plazo. Pero si no se logra es indudable que esta situación plantea un serio obstáculo a la mediación y puede hacerla ineficaz.

En estos casos de mala fe algunos operadores temen que la mediación incluso suponga un obstáculo añadido más, si el incumplidor pretende aprovecharse de ella y usarla con una finalidad dilatoria. Este riesgo, no obstante, debe minimizarse, pues un buen mediador debe ser capaz de apreciar esta situación cuando se produzca y poner fin inmediato al proceso de mediación.

Pero es verdad que estos potenciales inconvenientes, en situaciones que muy frecuentemente se solapan (muchas veces la imposibilidad de acuerdo se debe precisamente a la mala fe o voluntad de incumplir de una de las partes), suponen una seria limitación a la eficacia de la mediación. Una cláusula simple de mediación no evitaría en muchos de esos casos la necesidad de tener que acabar acudiendo a los tribunales para resolver el problema. Y ésta es una razón que muchos juristas alegan para no aconsejar el incluir cláusulas de sujeción a mediación en los contratos.

Sin embargo existe un mecanismo jurídico que minimiza este inconveniente. Que es profusamente utilizado en muchos países avanzados, por su eficacia demostrada. Y que necesariamente acabará extendiéndose aquí cuando se lo conozca lo suficiente: las cláusulas escalonadas multifunción de mediación + arbitraje (“step clauses”).

En ella se prevé que para el caso de que la mediación no resuelva toda la controversia, las partes hayan de someterse a la solución de un ulterior arbitraje. Arbitraje que en muchos de estos casos será recomendable que sea por un procedimiento rápido o abreviado (fast-track). Las ventajas de este instrumento son contundentes:

- El contratante que se plantee incumplir sus obligaciones se da cuenta de que, tras la mediación, y si en la misma no hay acuerdo, en virtud del arbitraje en pocos meses va a tener en su contra un laudo ejecutivo con condena a costas. Lo que claramente desincentivará su voluntad dolosa de incumplimiento.

- Los contratantes renuentes al acuerdo por cualquier otro motivo se pueden percatar de que, si no solucionan ellos el problema en mediación con arreglo a sus necesidades y a sus intereses compartidos, va a ser un tercero, el árbitro, el que resuelva en breve plazo, perdiendo ellos el control de la solución.

- En último caso, y aun cuando estos incentivos no funcionen, las partes evitarán a través del arbitraje los graves inconvenientes del proceso judicial.

Los efectos de estas cláusulas son, por tanto, muy positivos: estimulan el cumplimiento voluntario de los contratos, y evitan así que surjan controversias. Y, cuando éstas surgen, facilitan que puedan ser resueltas de la mejor manera: con la negociación o, si esta no resulta, a través de una mediación.

Estas cláusulas escalonadas, algunos de cuyos modelos pueden encontrarse aquí, pueden ser configuradas de muy distintas formas. Pero considero recomendable, por obvios motivos de “economía procesal”, que se remitan a una sola institución especializada en ADRs que sea capaz de administrar tanto la mediación como el posible arbitraje, de forma que ambos instrumentos estén debidamente separados y, desde luego, llevados por “neutrales” diferentes. Por supuesto, además es preciso que tal institución ofrezca absolutas garantías de imparcialidad, calidad y confianza.

Hay buenas razones para mi preferencia por esta remisión de las cláusulas a Instituciones de ADRs (mediación y arbitraje institucionales):

- Para ellas es más fácil hacer una labor de promoción de estos instrumentos jurídicos, muchos de ellos novedosos entre nosotros.
- Surgida la disputa, las partes no han de ponerse de acuerdo ni sobre la elección del mediador o árbitro, ni sobre las reglas de los respectivos procesos, pues todo ello vendrá determinado por los Reglamentos de la Institución. Dado que la ley no regula muchas cuestiones.
- La Institución puede además tener establecidas especiales reglas deontológicas o de conducta de sus mediadores y árbitros. Y otros mecanismos de control interno que aseguren la calidad.
- La actuación institucional permite compartir y aprovechar mejor la experiencia acumulada de árbitros y mediadores, y facilitar una mejor información y formación para los mismos.
- Y se evita el riesgo, existente en la configuración de una mediación o arbitraje “ad hoc” alternativa a la “institucional”, de que designadas unas personas concretas para actuar como mediadores o árbitros, en el momento de surgir la controversia éstas hubieran fallecido o no pudieran desempeñar su función por cualquier motivo.

En todo caso han de evitarse las cláusulas, verdaderamente patológicas, que llamen a una mediación o a un arbitraje sin más, sin referirse a una institución concreta que las administre o (alternativamente) sin configurar de forma completa las ADRs “ad hoc”. Pues una vez surgida la disputa será muy difícil que las partes se pongan de acuerdo sobre tal configuración y sobre la elección de las personas o instituciones. Por lo que tendrían que acabar acudiendo a los

tribunales para completar esos extremos, con lo que no se habría conseguido lo que más se trataba de evitar precisamente: tener que acudir a la vía judicial y soportar sus inconvenientes.

Es cierto que, hasta ahora, debido al escaso desarrollo en España de los sistemas extrajudiciales de resolución en general, y de la mediación en particular, no abundan aquí tales Instituciones que ofrezcan este servicio “global”. Pero al menos existe una que ofrece todas las citadas garantías, y que ofrece ya sus servicios a través de profesionales cualificados por todo el territorio: la Fundación Signum, promovida por el Colegio Notarial de Madrid.

No me cabe duda de que en esta labor pionera no se va a quedar sola, y que la actividad de estas Instituciones y su labor de promoción de soluciones colaborativas será muy beneficiosa para quienes busquen ampararse en ellas y para el conjunto de la sociedad.