

CONFLICTOS EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL Y SU SOLUCIÓN EXTRAJURISDICCIONAL. IMPULSO DE LA MEDIACIÓN EN EUROPA (*)

Prof. Dra. Dra. h.c. Silvia Barona Vilar
Catedrática de Dº Procesal
Universitat de València

I.- CONFLICTOS EMPRESARIALES. APROXIMACIÓN Y DIAGNÓSTICO

El dinamismo propio del tráfico económico y del sector empresarial ofrecen un panorama altamente propicio para conformar no solo una conflictividad con una idiosincrasia específica sino también un tratamiento de la misma con identidad propia. No en vano muchas de las fricciones y de los posibles desencuentros que surgen en el terreno empresarial logran solucionarse en muchos casos a través del diálogo entre las partes. El colectivo económico es altamente negociador, precisamente por su conocimiento del valor de la eficiencia y de que en el mundo económico el factor tiempo y las garantías de una posible continuidad en la relación jurídica son esenciales para su fluidez y su estabilidad, amén de su crecimiento. Es por ello que la predisposición para la negociación en este colectivo es más que significativa y refleja las coordenadas de este sector jurídico, mucho más dúctil y permeable a los cambios y a la adaptación que cualesquiera otro.

En todo caso, la percepción que se tenga del conflicto va a determinar su intensidad, visibilidad y posible predisposición hacia la búsqueda de una solución. Este escenario asimétrico y plural puede llevar a considerar que mientras para unos existe un verdadero conflicto, para otros, no existe o, de existir, es de entidad y calidad diversa de la que percibe el contrario. La desigual percepción derivada del prisma subjetivo de las cosas permite otorgar un dispar diagnóstico del mismo, amén de la posible consideración del tratamiento mejor para cada caso.

(*)Realizado en el marco del Proyecto del Ministerio Educación y Ciencia SEJ 2010/17126 y Proyecto Generalitat Valenciana PROMETEO 2010/095 (proyectos de excelencia).

Esto significa que a partir de una diferencia es posible escalar una crisis hasta convertirla en conflicto o simplemente hacerla desaparecer mediante medios que conciernen a quienes se hallan inmersos en el mismo. En toda esta metamorfosis concurren sensaciones, pensamientos y, en suma, percepciones, que van a intervenir en ese devenir dinámico del conflicto, y otorgar las dimensiones subjetivas que cada uno le pueda otorgar. Es por ello que se afirma que no es posible hablar –desde luego no con carácter general- de una definición estática de conflicto sino variable, que crece y decrece, que se desarrolla, que puede ser objeto de transformación, hasta desaparecer, y que exige la concurrencia, salvo casos de patologías mentales, de al menos dos personas para su existencia.

Esta evolución en el tratamiento del conflicto dependerá de numerosos factores, que van a afectar a cuestiones tales como la misma naturaleza de la relación existentes entre los sujetos implicados en el conflicto, los sentimientos y percepciones subjetivas de éstos, la búsqueda de ayuda de terceros que conozcan las técnicas negociadoras y de colaboración en la gestión de los conflictos, amén de la propia voluntad que se tenga, siquiera sea tímidamente, de continuar con las relaciones existentes y no mantener firmemente la voluntad de venganza y destrucción del contrario. Y todo ello por cuanto ni todos los conflictos ni todos los sujetos son iguales, ni los sentimientos y percepciones del mismo tampoco, de manera que las modalidades conflictuales en el sector empresarial permiten asimismo, ante las variables descritas, un tratamiento plural de los mismos. Así:

En primer lugar, existen conflictos internos de naturaleza empresarial, que son los que pueden suscitarse por el empresario con los trabajadores, los que pueden plantearse entre los trabajadores entre sí, los que pueden dar lugar como consecuencia de las actuaciones desplegadas entre los integrantes de los órganos de administración de la empresa, o incluso los que se producen en las relaciones entre empresas filiales o entre éstas con la empresa matriz. En suma, se trata de conflictos provocados *ad intra*.

En segundo lugar, pueden asimismo citarse un conjunto de conflictos que tienen naturaleza externa, que son consecuencia de las relaciones existentes entre la empresa con determinadas entidades, públicas o privadas, ajenas a la misma, o en general con la administración pública. En este grupo es posible hacer referencia a las desavenencias

que pueden existir entre la empresa con la Hacienda Pública, a las que se pueden generar con la Administración, sea local, autonómica, estatal, etc, por el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, a las posibles situaciones en las que puede encontrarse la empresa como consecuencia de la comisión de hechos delictivos –de hecho hay ya diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, en los que se ha reconocido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica- y por tanto con los tribunales de justicia penales, o en general, a los conflictos o desavenencias que pueden producirse como consecuencia de las relaciones vinculadas a la empresa con terceros, esto es, con suministradores, con los distribuidores, con los compradores, sean empresarios o sean consumidores directos, y en general las posibles divergencias que pueden de forma cotidiana producirse con los empresarios de la competencia en el desempeño de la actividad empresarial.

Toda esta pluralidad, diversidad y asimetría de conflictos en general y especialmente en conflictos empresariales en particular ofrece rasgos suficientes para considerar la necesidad de realizar, en primer lugar, el diagnóstico del conflicto –entendido tanto objetivamente (naturaleza, grado e intensidad) como subjetivo-, para poder, posteriormente, determinar cuál es la vía más adecuada para tratar de paliar la situación, de gestionarla o de resolverla. A este tema dedicamos las páginas sucesivas de este trabajo.

II.- SOLUCIÓN Y GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS EMPRESARIALES

El escenario descrito *supra* permite afrontar el paso siguiente en la configuración del tratamiento más adecuado ante la diversidad y pluralismo conflictual que puede suscitarse en el seno de las relaciones empresariales. Ese tratamiento no siempre, ni necesariamente, va dirigido a solventar los conflictos que pudieren haberse producido, sino que acoge igualmente cauces o maneras de enfocar la gestión del mismo, con aprendizaje de la perdurabilidad de la convivencia entre quienes pueden encontrarse en tal situación; o, dicho de otro modo, se aprende a convivir con el conflicto.

En esta búsqueda de solución y gestión de los conflictos –en general, y obviamente de los empresariales en particular- son diversas las posiciones que pueden adoptarse para alcanzar estos objetivos; posiciones que van desde la actitud de negativa,

de rechazo, que provoca una clara actitud de pasividad ante el conflicto suscitado, hasta la asunción de una posición activa que permite un recorrido de negociación o pacto, *inter partes* exclusivamente o mediante la ayuda de un tercero al que convertimos en mediador o conciliador, hasta la necesaria intervención de un tercero que, ora en sede judicial ora en sede arbitral, impone su criterio a las partes.

1.- Actitud pasiva ante el conflicto

Prima facie debe tenerse presente que la existencia de un desacuerdo no comporta *per se* la aparición de un conflicto. Los desencuentros, los desacuerdos que pueden presentarse entre dos partes no necesariamente devienen en una situación de conflicto. Será la voluntad y posición que adquieran las partes la que determinará la conversión o no de la situación en conflictual. Es por ello que, a salvo de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico establece la obligatoriedad de perseguibilidad de determinadas conductas por incorrectas, injustas o ilícitas, en cuyo caso más allá de lo que la voluntad de los afectados quiera, los mecanismos estatales se pondrán en movimiento por aplicación del principio de legalidad y el de necesidad, en los conflictos de naturaleza empresarial, en la mayoría, la voluntad de los sujetos afectados es la que va a convertir la situación en conflicto. Si esa voluntad no existe, aun cuando pueda concurrir ese sentimiento de desencanto, de insatisfacción o de falta de credibilidad, los sentimientos quedan en eso, sin que vayan a más.

Se produce con este escenario lo que puede considerarse como una posición pasiva ante el desencuentro de dos partes. Y en esa posición pasiva se exterioriza una inexistente voluntad de manifestar al contrario su disconformidad y, con ello, de buscar una solución ya fuere *inter partes* basada en el diálogo o ya con ayuda de tercero, que colabore en la decisión –facilitando a las partes la consecución de un acuerdo- o la imponga, resolviendo el conflicto planteado.

Las razones que llevan a adoptar esta posición –por sentimientos de ruptura con el contrario, sea ésta temporal o definitiva, o por evitar una victimización secundaria- no importan a los efectos que nos ocupan. El ordenamiento jurídico, a salvo de los supuestos de perseguibilidad oficial legalmente establecida, respeta esta actitud pasiva de los ciudadanos, que se asienta de manera indudable en el ejercicio del derecho a la

libertad de los mismos. Y es esa opción basada en la libertad lo que genera las consecuencias personales de la asunción de la posición pasiva ante la concurrencia del conflicto.

2.- Intento de solución amistosa y búsqueda de acuerdo *inter partes*

La posición más común, sin embargo, ante un posible desencuentro y/o conflicto entre partes –o sensación del mismo-, es la de tratar de buscar una solución de consenso, planteando las posibles quejas al contrario y haciéndole ver la infracción, afectación, incumplimiento etc, en las relaciones jurídicas que pudieren haberse gestado en el mundo empresarial.

Esta táctica inicial permite, en ciertos casos, evitar la escalada del conflicto, escuchando al contrario, y buscando la mejor de las soluciones. Si bien no siempre es la más efectiva, y ello por cuanto la percepción que se tiene por las diversas situaciones generadas en el mundo empresarial –aun cuando en general es en cualquier relación jurídica- es plural y con ella las respuestas que pueden darse ante las mismas también lo son. Y eso que en el área de las relaciones comerciales y empresariales en muchos casos existe una voluntad de arreglo amistoso, debido a la conveniencia de continuar manteniendo relaciones jurídico-económicas entre las partes. La personalidad de cada sujeto va a incidir en la respuesta que se da ante tales circunstancias y, por tanto, es imposible determinar *a priori* cuál es la mejor de esas respuestas dado que los intereses en juego no siempre responden a la posición mantenida.

3.- Intervención de un tercero en la solución y/o gestión del conflicto

Aun cuando en nuestro análisis de las diversas posiciones existentes ante el conflicto y del diverso tratamiento que éste puede alcanzar seguimos un criterio de menor a mayor intervencionismo, ello no es óbice que sea este el camino que se sigue en la práctica, dado que puede preferirse por las partes acudir a un tercero aun cuando la situación no se haya provocado por una relación antagónica y enconada. El motivo de esta opción responde a la consideración de que el tercero va a poder ofrecerles ayuda, de forma neutral, para alcanzar un acuerdo que les satisfaga, y *a priori* esta solución se presenta como más ágil, cómoda y eficaz que el intento de negociación *inter partes*.

Ahora bien, la intervención de ese tercero puede ser diversa según la función que desempeña. Si interviene buscando la autocomposición de los sujetos que se hallan en conflicto o trabajando con las partes en aras de buscar criterios e instrumentos que permitan convivir con el conflicto, su labor es la de ser mediador o conciliador, no resolviendo la diferencia o conflicto sino tratando y trabajando para que sean las partes las que asuman la situación y busquen la mejor de las soluciones. Si, por el contrario, el tercero decide por las partes, se resuelve, imponiéndoles la solución que el tercero estima más adecuada aplicando la ley o aplicando su leal saber y entender, esto es, actuando a través de los tribunales de justicia o a través del proceso arbitral. La fuerza jurídica que se atribuye a esa decisión se impone, por decisión imperativa del legislador, sea una decisión creada en el seno de un proceso arbitral o sea resultado de un proceso judicial.

III.- DE LOS TRIBUNALES Y PROCESO JUDICIAL COMO ÚNICO MEDIO DE RESOLVER LAS CONTIENDAS EMPRESARIALES A LA INCORPORACIÓN DE LAS ADR Y SU ENORME POTENCIALIDAD EN ESTE ÁMBITO

La cultura jurídica ha experimentado una enorme transformación, incluso podríamos afirmar que se ha producido una gran metamorfosis, que abarca a los hábitos y mentalidad a la hora de buscar y plantear la solución a los conflictos entre las personas, sean físicas o jurídicas. Y afirmamos que se ha producido un interesante cambio cultural debido a que durante siglos la solución a los conflictos pasaba casi de manera irremediable por los tribunales de justicia. Ese culto a los tribunales ha pervivido durante un largo periodo histórico, que ahora empieza, siquiera tímidamente empero con persistencia, a compatibilizarse con una pluralidad de medios, lo que permite hablar de diagnóstico y de valoración del medio más adecuado.

Es innegable, pese a todo, que el Poder Judicial ofrece sus instrumentos personales, procedimentales y materiales para que, en aquellos supuestos en que se producen conflictos empresariales, pueda acudir al Estado a reclamar una solución a los mismos. Y de hecho es indudable que en determinados ámbitos es precisamente la

vía judicial la más apropiada para la consecución de una solución; en otros casos, es la única vía posible igualmente.

Repárese, como señalábamos *supra*, que hemos pasado décadas en las que la cultura litigiosa venía ominicomprensivamente presidida en los sistemas continentales por el Poder Judicial, que de alguna forma y en el ámbito de los usos y costumbres mercantiles había venido catapultando otras formas propias de solución de conflictos, no tanto para hacerlas desaparecer empero sí para relegarlas a un segundo plano. Es por ello que enmarcado en ese fenómeno de la jurisdiccionalización de las sociedades modernas, especialmente llamativo a lo largo del Siglo XX, se ha producido un curioso e inoperante desarrollo del proceso judicial, precisamente por el sorpresivo e imprevisible aumento de la conflictualidad social, que afecta a todos los sectores de las relaciones jurídicas, apareciendo lo que ha venido expresivamente denominándose como la *juridificación* creciente de la vida social en su conjunto, provocándose, a este respecto, el uso, cada vez más generalizado, de los diversos instrumentos que el sistema pone en manos de los ciudadanos, de los grupos, de las personas jurídicas, etc. En suma, se ha producido una extensión omnipresente de la regulación jurídica y con ella de una presencia ubicua del Poder Judicial, de los tribunales, que extienden sus tentáculos, en cuanto a ámbito de actuación se refiere, a todos los posibles espacios jurídicos. Es por ello que la regularización jurídica de todos los acaecimientos y actos de la vida han provocado un efecto expansivo de la tutela jurisdiccional. Las consecuencias del mismo, sin embargo, eran impredecibles y la inoperancia en ciertos casos del sistema judicial en su conjunto no se han hecho de esperar¹.

Y a ello es innegable adicionar que la ideología política ha venido marcando de forma palmaria ese protagonismo del Poder Judicial en la sociedad actual, paralelamente a los grandes acontecimientos históricos de los Siglos XVIII, XIX, y XX, que han sido fruto de los movimientos ideológicos, asentamientos y derrocamientos políticos, que han incidido asimismo y de forma innegable en la configuración,

¹ Puede verse mis dos trabajos: “Arbitraje y justicia en España en el Siglo XXI”, 2006, *Iuris Poiesis*, Revista do curso de Direito da Universidade estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil. pp. 439-463; y “Binomio Arbitraje y Poder Judicial en el Siglo XXI: entre la pasión y el pensamiento”, 2006, *Revista boliviana de Derecho*, pp. 135-178; “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, (dirc. Silvia Barona Vilar), Civitas-Thompson, 2ª ed., 2011, o “*Mediación en asuntos civiles y mercantiles*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

estructuras y funciones propias del Poder Judicial; Poder, en todo caso, no en el sentido moderno del término y conceptualizado como uno de los tres poderes del Estado, sino en su significado maximalista de administración de justicia o justicia en general.

Todo cuanto se ha expuesto ha incidido en la conformación del modelo jurídico existente a la hora de la búsqueda de tutela de los ciudadanos. De ahí que se fuera pergeñando a lo largo de la Historia la aparición de dos grandes modelos: por un lado, el modelo francés, nacido en la Revolución francesa y moldeado en la época del imperialismo napoleónico, que se extendió por el continente europeo y por América Latina; y, por otro, el sistema anglosajón que, con matices, responde a la configuración del *Common Law*, atribuyendo al juez un papel mucho más creativo en su función jurisdiccional, provocando a estos efectos lo que se ha venido denominando como la realización jurisdiccional del derecho. Así las cosas, con el liberalismo se aboga por las libertades individuales y por la mínima intervención del Estado, y es por ello que el individuo es el que decide qué camino seguir ante sus propios conflictos jurídicos, siendo el papel del juez más restringido, desde la consideración de la política estatal mínima de intervención o *laissez faire* (“dejar hacer”), lo que, a la postre, comporta la convicción de que el individuo es el que sabe y debe buscar lo que más le conviene, lo mejor para sí mismo, siendo labor propia del Estado la de corregir, si cabe, las posibles desviaciones que impidan que en esencia aquello se cumpla. Desde esa posición la cultura del pacto o la negociación es perfectamente posible, mucho más que desde posiciones intervencionistas estatales.

En cualquier caso, en gran medida como reconocimiento constitucional en la mayor parte de los textos del Siglo XX de la tutela judicial de los ciudadanos, hemos asistido al omnipresente protagonismo del Poder Judicial en la vida jurídica de los ciudadanos, llegando a la imposible operatividad del mismo. Y esta presencia omnipresente no ha sido representativa tan solo del sistema continental sino también del modelo anglosajón. Las consecuencias de ello se han dejado sentir, adentrándonos en una búsqueda de otros medios que permitan la tutela de los ciudadanos en el marco de las soluciones extrajurisdiccionales.

Y precisamente, en ese marco de la conquista de un Poder Judicial fuerte, con garantías, permanente, y que ofrezca respuestas adecuadas y efectivas a los ciudadanos

aparecieron factores en gran medida exógenos que eran absolutamente imprevisibles en los albores del Siglo XX y que en muchas ocasiones han provocado la insatisfacción de los ciudadanos ante las puertas de la justicia, ante los tribunales. Ello no ha sido óbice a que, cada vez más, los clientes de la Justicia hayan ido aumentando, la complejidad de los procesos en ciertos asuntos también se ha hecho palmaria, se han introducido instrumentos basados en las nuevas tecnologías que pretenden favorecer la agilidad y la operatividad del sistema...en suma, la Justicia es uno de los grandes pilares del Estado, conformándose en las democracias modernas como verdadero Poder, surgiendo, de forma innegable, tanto por el Estado como por los ciudadanos una creciente preocupación por ella.

De hecho, es destacable que no solo se han venido regulando de forma material las relaciones jurídicas que se gestaban de forma novedosa o evolucionada, surgiendo normas especialmente del derecho mercantil que han venido a brindar una regulación adecuada en cada momento y en atención a las circunstancias concurrentes, sino que también en el ámbito procesal se ha tratado de dotar de instrumentos y garantías al sector empresarial para favorecer que en caso de conflictos y de acudir a los tribunales de justicia, se ofreciere los cauces adecuados en sede judicial para garantizar la tutela pretendida. En los últimos tiempos y ante la imparable evolución de la conflictividad empresarial y de la intervención de la empresa en la vida de los ciudadanos, amén del demoledor efecto de la crisis económica y de la crisis de valores, los tribunales de justicia se han llenado de demandas, de reclamaciones, de querellas, que reflejan una absoluta insatisfacción ante cómo se han gestado, desarrollado y finalizado las relaciones jurídicas en el sector económico. Los concursos se amontonan en los despachos de los juzgados, las demandas laborales crecen, las reclamaciones por impagos a proveedores, distribuidores y en general agentes económicos triplican los asuntos judiciales, e incluso merece destacarse la incorporación en sede penal en ya varios países de la Unión Europea de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, y especialmente de las empresas, lo que ofrece un instrumento de tutela – siquiera sea la *ultima ratio* o al menos debiera serlo- en sede penal. El paisaje es indudable que ha ido cambiando, está cambiando y probablemente aun queda mucho trayecto para percibir esa imparable metamorfosis del mismo.

El Siglo XX presentó en sociedad una transformación indudable, generada por el cuestionamiento de los tribunales y del proceso judicial como “único” medio para alcanzar la tutela por los ciudadanos. La calidad y cantidad de los litigios ha sido un dato importante que ha arrojado esta situación, en cuanto han sido factores que han desbordado con mucho al Poder Judicial en su conjunto. Hemos pasado de una sociedad eminentemente rural, agrícola y en la que los conflictos se venían incardinando en el sector puramente privado y fundamentalmente en el ámbito de la propiedad o de la persona física, para ir, poco a poco, pergeñándose un modelo distinto, donde se ha ido evidenciando un trasvase de lo privado hacia lo público, de lo individual a lo colectivo, y que ha traído repercusiones en el campo del derecho procesal de manera palmaria. Y diríamos que hemos venido transformándonos en una sociedad tecnológica en alza, donde los valores sociales priman sobre los individuales, donde la tecnología ha hecho evolucionar los parámetros de comportamiento de los ciudadanos y donde la reglamentación administrativa va en ascenso. Desde esas coordenadas necesariamente se incurre en un aumento de la litigiosidad, generando, incluso en ocasiones, mucho más frecuentes ahora que hace tres lustros, los denominados litigios transfronterizos.

Todos estos datos han incorporado una suerte de complejidad que complican, cuando no imposibilitan, una solución de los conflictos jurídicos que se alcance, por las vías convencionales judiciales, de manera racional tanto en el tiempo como en lo que en coste del mismo supone². Y no se trata de poner de manifiesto la incompetencia judicial sino la inoperancia del modelo exclusivista judicial y jurisdiccional. Razones exógenas y endógenas han motivado esa metamorfosis a la que nos venimos refiriendo.

En el deseo de buscar fuera de los órganos jurisdiccionales o en ellos pero de forma complementaria la solución a los conflictos jurídicos se ubica el movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Y en ellas es importante destacar que especialmente el arbitraje y la mediación se han convertido en piezas indiscutibles del mundo empresarial, como cauces canalizadores de los posibles conflictos, disputas o desencuentros en los que puedan incurrir las relaciones empresariales. La convivencia de cuantos más medios existan para poder optar por la fórmula más adecuada es, a la

² Puede verse mi obra *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 14.

postre, un buen paso adelante para todos en general y, en suma, para el desarrollo económico en particular.

No se trata de un trueque, ni quiera porque es un concepto amigable al mundo económico, de tribunales de justicia por soluciones extrajudiciales. Esa no es la filosofía pretendida. Se trata más bien de incorporar los medios, plurales, diversos, variados y con técnicas adecuadas, que permitan, en cada caso concreto, en atención al diagnóstico realizado, sea de los hechos que se han producido, sea de la manera en que se han llevado a cabo, sea del efecto expansivo y determinado o indeterminado del mismo, y sobre todo sea de acuerdo con las personas que se hallan afectadas, poder elegir en el marco del ejercicio de la libertad, la vía más adecuada para cada caso concreto. Y siempre contando con la fortaleza que ofrece saberse protegidos por el Estado. Esta protección se desarrolla bien a través de los tribunales de justicia o bien a través del control que se efectúa de la regulación y conformación de los principios o bases esenciales de las ADR.

IV.- DEL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA A LOS TRIBUNALES A SU INCORPORACIÓN EN UN NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA: *MULTIDOOR TO ACCESS TO JUSTICE*

Si los tribunales de justicia y el proceso judicial incorporan un enorme bagaje en el ámbito de la tutela de los ciudadanos, también el arbitraje es una institución que, siquiera por su larga e interesante historia, supone una aportación esencial en la configuración de ese nuevo paradigma de justicia que nos presenta el Siglo XXI; un paradigma que necesariamente se adentra en lo que en los modelos anglosajones se ha venido denominando como “*access to an effective justice system*” y que en los países de corte continental hemos ido conformando desde –diríamos– los principios constitucionales en torno a lo que se denomina la “tutela efectiva”. Ahora bien ese nuevo paradigma ofrece una mayor variedad en las vías para obtener la misma, la justicia, de manera que no solo son los tribunales de justicia los que pueden permitir la satisfacción de los ciudadanos y con ello la tutela pretendida sino que tanto en sede nacional como en sede interregional –en nuestro caso, en el marco de la Unión Europea– se abriga una nueva concepción de Justicia que ensancha el concepto de los instrumentos adecuados y pertinentes para poder alcanzar la misma, y se incorporan

instituciones de profunda base histórica, como es el arbitraje, amén de otras que iremos refiriendo en este trabajo.

Incluso podría afirmarse que esa evolución de los tribunales de justicia como vía única y omnipresente al movimiento de las ADR no ha terminado, y ello porque ni supone, como ya avanzamos, un cambio sin más como si de un trueque se tratara, ni se trata de un punto sin retorno. Antes al contrario, el movimiento continúa y en ese dinamismo se encuentra la tendencia que se experimenta en la actualidad, dirigida a potenciar en gran medida los mecanismos no jurisdiccionales para la solución de conflictos, y hacerlo de forma que permita no asumir una única de las vías o cauces para alcanzarlo sino mediante la incorporación del modelo escalera o, si se quiere, la aceptación de las denominadas *multidoors*, concatenadas, sucesivas e incluso inclusivas una con otra en ciertos casos, abriendo así una nueva visión del acceso a la justicia, entendida como la eficiencia del modelo, eficiencia medida desde el ciudadano que la reclama y, sobre todo –y eso puede llegar a ser peligroso si se convierte en la vara de medir- desde el costo que la misma o las mismas puedan implicar al ciudadano pero sobre todo al sistema. Trabajar con criterios economicistas resulta altamente ilustrativo y puede efectivamente aportar dosis de racionalidad en el “uso y abuso” de las instituciones, empero que sean éstos los que muevan las coordenadas de la justicia o, si se quiere, que sean los que a la postre determinen las bondades o maldades del sistema con absoluta determinación no es el mejor de los elementos de valoración posibles. Existen por ello peligros en esa evolución; peligros que en todo caso esperamos que se conviertan en lo que son, tentativas de peligro ante una evolución que exceda de lo conveniente para tutelar a los ciudadanos y se asiente más en el deseo de los estados de economizar que en la verdadera función que deben alcanzar y así lo hacen y lo pueden hacer, las vías no jurisdiccionales en aras de proteger a los ciudadanos y de otorgarles la mejor de las tutela posible.

Volviendo por ello al foco central en este momento, que es el arbitraje, es indudable que no es en absoluto una institución nueva, sino con un bagaje histórico que ofrece, cuanto menos, la suficiente fiabilidad en cuanto a sus principios esenciales y garantías de conformación, que todos los ordenamientos jurídicos identifican con los tribunales y el proceso judicial. Inclusive cabría afirmar que en el ámbito empresarial, entendido éste en sentido amplio, es donde más se ha venido desplegando interés por

resolver las disputas fuera de los tribunales, a través de un medio dirigido por un “experto” en la materia, que resuelve el problema de manera ágil, sin formalismos excesivos, rápida y con confidencialidad. Esas notas permiten afirmar que si el arbitraje ha seguido manteniendo presencia en el ámbito de la resolución de conflictos ha sido en gran medida precisamente por esa aportación que en conflictos de empresa y comerciales ha podido realizar.

El origen de la institución se viene ubicando en el Derecho Romano, existiendo desde entonces diversos momentos históricos en los que se ha incidido con mayor o menor énfasis en la misma, si bien con la opinión mayoritaria de que el arbitraje fue el origen del proceso, sosteniéndose en la doctrina romanista que estábamos ante la primera forma de hacer justicia. Con el paso de los siglos, y a medida que, poco a poco, fue fortaleciéndose la estructura política del Estado en la solución de los conflictos, el arbitraje fue perdiendo protagonismo. Ahora bien, perder protagonismo no implicó sin embargo su desaparición. Basta recordar que a lo largo de los siglos fue recogiendo en los textos legales la referencia al arbitraje³.

Los Siglos XVIII y XIX se caracterizaron por una fuerte etapa de codificación. En el XVIII comenzaron a surgir en Europa los primeros movimientos codificadores, que implicaban la aportación de un pensamiento político diverso, amén de una técnica legislativa innegable. Fue precisamente la Revolución francesa la que impregnó del espíritu burgués que propugnaba, frente al antiguo poder absoluto del monarca, los principios de igualdad y de libertad. Desde esa concepción ideológico-política un argumento esencial imbuyó la defensa del arbitraje: la libertad. Desde ella era posible optar, elegir, asumir el medio oportuno para resolver aquellos litigios que versaren sobre lo que era disponible para el ciudadano⁴.

³ Así en el Breviario de Alarico (año 506), en el Derecho visigodo del *Liber Iudiciorum* (año 654), en el *Fuero Juzgo*, en los diversos *Fueros* que aparecieron en el momento del desarrollo del Derecho local o Municipal, *Fuero Real* (año 1255), en el *Espéculo*, así como en las Partidas de Alfonso X el Sabio. Sobre la evolución histórica y las referencias al arbitraje puede verse mi “Introducción” en “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, (direc. Silvia Barona Vilar), Civitas-Thompson, 2ª ed., 2011.

⁴ Aparecieron la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830 destinó su Título VI al juicio arbitral; posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, dedicó los títulos XV y XVI al mismo, diferenciándose entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad; el título XV se denominaba “*Del juicio arbitral*”, y el Título XVI, “*Del juicio de amigables componedores*”. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero, se refería en el Título V del Libro II, “*De los juicios arbitrales y de los amigables*”.

Ahora bien, muy a pesar de esa “presencia” del arbitraje en nuestra larga historia legislativa, ésta no se ha traducido en una presencia habitual en la práctica. La causa es evidente: una institución reflejo del ejercicio de la libertad no casaba ni casa con el fortalecimiento del Estado; la sociedad civil, esa que tuvo un papel trascendental en los siglos pasados y que se echa a faltar en los momentos que vivimos, como elemento o potencial crítico frente a los gobernantes –políticos, económicos, jurídicos, sociales, etc- fue perdiendo el papel relevante, sin desaparecer, por el crecimiento del fortalecimiento del Estado en la vida política; ésta, la política ha venido ocupando un puesto tan relevante en los ciudadanos que bajo la función tutiva del Estado se ha ido perdiendo a lo largo de los siglos XX y por supuesto lo que llevamos de XXI la función preponderante de la sociedad civil, que había jugado un trascendental papel en los siglos anteriores en el ámbito económico, cultural, formativo, y de valores sociales. Se difuminaron esos valores de la sociedad civil, entre los cuales también estaba el ejercicio de la libertad en la solución de los conflictos, siendo una manifestación palmaria el arbitraje, por una más cómoda posición de que el “*papá Estado*” tutelara a los ciudadanos, favoreciendo un modelo garantista pero políticamente dependiente del Estado como ha sido el Poder Judicial. Con esta visión los mecanismos de “justicia privada” quedaban relegados a ámbitos y conflictos residuales.

El arbitraje ha pervivido muy probablemente gracias a sectores económicos, pero, debido a la “jurisdiccionalización” de la sociedad moderna del Siglo XX, experimentó una menguante posición entre los posibles cauces de solución de conflictos jurídicos. Aun cuando tímidamente ha estado presente a lo largo de la historia y poco a poco, en gran medida por la impredecible transformación exponencial de la sociedad moderna, que fue llevando poco a poco a incorporar una necesidad insoslayable de buscar al margen de los tribunales las soluciones a las disputas, conflictos o diferencias,

componedores”, dividido en dos Secciones (la 1ª se dedicaba a los juicios arbitrales, y la 2ª, a los amigables componedores).

Y no solo el Siglo XIX se caracterizó por incorporar la regulación del arbitraje en los códigos que se promulgaban sino también en incorporar la referencia del mismo en los textos constitucionales. Prueba de ello fue la Constitución española de 1812. En ella, aun cuando se partía del monopolio de la exclusividad jurisdiccional en el artículo 242 (“*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales*”), se insistía en los artículos 280 y 281 en que “*no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes*”, otorgándose a la sentencia arbitral fuerza ejecutiva.

fue adquiriendo un pequeño protagonismo –léase pequeño, pero protagonismo a la postre- entre las ADR.

En cualquier caso, los caracteres que permiten naturalizar el arbitraje a lo largo de la Historia han sido precisamente los grandes baluartes que ofrecen garantías de éxito a la solución de los posibles conflictos de naturaleza empresarial que se produzcan. Podría incluso afirmarse, sin temor a equivocarnos, que la institución arbitral nació antes de que se institucionalizara el sistema judicial y mucho antes de que comenzara a producirse, de forma casi universal, el fenómeno del fortalecimiento del Poder Judicial.

A todo ello habría en la actualidad que añadir un dato más, cual es el del fomento de las relaciones jurídicas comerciales no nacionales, de naturaleza transnacional, realizadas cada vez de forma más común y en las que los posibles conflictos ofrecen un elemento diverso que los tribunales nacionales no alcanzan a satisfacer en plenitud, creando especialmente recelos en quienes no son de la nacionalidad de los mismos. Es por ello que el arbitraje resurge con más fuerza gracias a este aumento de las relaciones comerciales internacionales, con grandes dosis de neutralidad, potenciado desde la aprobación en 1985 de la Ley Modelo UNCITRAL, que ha ofrecido a más de una cuarentena de países armonizar las legislaciones en materia de arbitraje.

Llegado este momento, por tanto, hemos hoy de considerar que el arbitraje es un medio conocido y empleado en el seno de las relaciones jurídicas económicas, cuyas características a destacar son:

1.- Es un medio heterocompositivo de solución de conflictos, en el que un tercero imparcial interviene para decidir el conflicto planteado entre las partes. La decisión viene impuesta por el árbitro; decisión –que deberá revestir la forma de laudo- a la que se le atribuye la fuerza de cosa juzgada, exactamente igual que si de una sentencia judicial se tratara.

Este medio heterocompositivo se fundamenta en el ejercicio de la libertad de los sujetos que se hallan en conflicto, de manera que se opta por acudir a un árbitro,

excluyendo, a este respecto, el planteamiento de la cuestión en sede judicial. Ese ejercicio de la autonomía de la voluntad es lo que da origen al arbitraje⁵.

2.- Las ventajas que pueden proclamarse del arbitraje para los litigios empresariales son;

a.- La confidencialidad, a la que se obligan todos los sujetos intervinientes, tanto las partes en conflicto como los árbitros, amén de las instituciones arbitrales a las que pueden acudir para que gestione el arbitraje. Repárese que en muchos casos a los empresarios no les interesan que los conflictos, defectos empresariales, reclamaciones, etc, salgan a la luz pública, cosa que puede suceder en los supuestos en que se acude al órgano jurisdiccional, y especialmente esto sucede cuando la empresa es de reconocido prestigio y puede ver alterado el mismo como consecuencia de una publicidad en los medios de comunicación en torno a sus productos, quejas etc. La resolución de los conflictos vía arbitraje evita esta publicidad del conflicto, al exigirse por ley la confidencialidad de todos los que participan en el modelo arbitral.

b.- La rapidez, sobre todo si se compara con la duración de un proceso judicial, y ello por cuanto en todos los ordenamientos jurídicos se apuesta por un procedimiento limitado temporalmente, dejando como punto de partida el que sean las partes las que efectivamente determinen la duración del mismo, y en ausencia de pacto al respecto, es la ley la que considera un límite temporal máximo para dictar el laudo, que viene a ser generalmente el de seis meses. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la posible prórroga del plazo, que viene contemplada igualmente en las legislaciones arbitrales.

c.- Otra de las características que comportan una ventaja para el mundo empresarial es el menor tecnicismo, y ello por cuanto permite un mayor grado de flexibilidad en el desarrollo del proceso, amén de que pueden participar las mismas partes en el mismo sin necesidad de abogado. Repárese que la solución que se adopta en estos conflictos no necesariamente tiene que ser en derecho sino que es posible la opción del arbitraje de equidad, resolviendo, a estos efectos, según su leal saber y entender. La argumentación jurídica, por ello, no siempre es necesaria, aun cuando si lo será la motivación del fallo o parte dispositiva, sea aplicando la norma al caso concreto o sea mediante el leal saber y entender del árbitro.

⁵ Puede verse la “Introducción” de los *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. Barona Vilar, Civitas, 2011.

d.- En el seno de las relaciones jurídico empresariales se ha generado una alta dosis de especialización, que favorece el buen conocimiento del conflicto empresarial. Es por ello que cuando se define el arbitraje como un medio que permite un mayor grado de especialidad en el sector empresarial se está argumentando a favor de la opción del arbitraje respecto de la vía judicial.

e.- Decisión impositiva: el laudo es título ejecutivo. Si lo que se pretende es una solución definitiva, que no permita la dilación y el alargamiento del mismo, es obvio que el arbitraje juega de forma palmaria a favor de ser el cauce más adecuado; ahora bien, frente a otros medios que en ciertos casos consiguen lo que se pretende, que es mantener las relaciones empresariales existentes, no rompiendo sino cambiando las posibles relaciones mantenidas hasta la actualidad, como sucede, por ejemplo, con los mecanismos autocompositivos como la mediación o la conciliación, el laudo arbitral determina la finalización impositiva del conflicto, obteniendo un título ejecutivo que es exactamente igual que la sentencia judicial. Su fuerza jurídica responde por ello a los mismos parámetros heterocompositivos que los tribunales.

Llegado a este punto, sin embargo, debe considerarse que no existe en el seno de la resolución de los posibles conflictos empresariales un único tipo o clase de arbitraje, sino que la tipología conflictual me llevará a la elección del más adecuado. Así, es posible considerar a estos efectos:

1.- El arbitraje común u ordinario es interesante para poder resolver problemas con terceros, tales como con compradores, suministradores, distribuidores..., que de alguna manera están interviniendo y favorecen o perturban el proceso productivo.

2.- El arbitraje de consumo, por su parte, permite que los consumidores puedan verse beneficiados por el modelo arbitral gratuito, sencillo, ágil etc, gestionado desde la Administración, y a través del cual pueden plantear las quejas que se hayan generado respecto o en relación con la actividad empresarial.

3.- En el sector empresarial del transporte ha existido siempre una cultura arbitral, favoreciendo la aparición de determinados centros arbitrales, como la Junta Arbitral de transportes, que van a resolver algunas de las divergencias que puedan existir en este mundo empresarial.

4.- Por su parte, la aparición y proliferación de los arbitrajes sectoriales favoreció de igual modo la consagración del arbitraje en materia de propiedad industrial, entendiéndose en el mismo tanto aquellos procedimientos referidos a una marca o acciones de salvaguarda de una marca como en materia de diseño industrial.

5.- También en el desarrollo de esta sectorialización, producto de la especialización, ha sido extraordinario el avance del empleo del arbitraje en materia de propiedad intelectual, surgiendo en diversos países órganos o, como en España, la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, sin perjuicio del valor esencial de la función representada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, con sede en Ginebra).

6.- En el sector del seguro ha sido uno de los que se ha ido incorporando normas que refieren a la posibilidad de acudir al arbitraje, si bien es curioso observar que en algunas legislaciones de América Latina existe incluso normas que obligan a acudir necesariamente a la fórmula arbitral para resolver determinados conflictos específicos en materia de seguros.

7.- En determinadas entidades empresariales, como sucede por ejemplo con las cooperativas, ha existido una cultura resolutive que escapa de la vía arbitral, adentrándose precisamente en un camino de especialización que viene marcado por la aparición del arbitraje. Y a partir de aquí se ha consolidado en el marco de las sociedades en general.

8.- También en aquellos supuestos en que existen –por existir, existen- conflictos posibles con la Administración, las formulas arbitrales o afines han venido proliferando en el seno de la Administración, de manera que la empresa puede encontrarse perfectamente sometida a un arbitraje por el mantenimiento de relaciones jurídicas inevitables con la Administración.

Con todos esos datos España se ha venido sumando a los países que han reconducido sus legislaciones a la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Aprobó en 1988 una norma arbitral, el 5 de diciembre de 1988, y posteriormente el 23 de diciembre de 2003 la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003), incorporándose a ese modelo UNCITRAL que permite la permeabilidad y el mejor conocimiento sea quien sea quien pueda acceder al arbitraje, del sistema arbitral, dado que existe en estos países un modelo muy armónico y adecuado para poder arbitrar en cualesquiera de los países que son modelo UNCITRAL.

Resulta de interés, al menos en lo que a España se refiere, considerar:

1º) Aparece la ley de 2003 reguladora del arbitraje ante unas nuevas coordenadas socioeconómicas y políticas, en las que destaca la posición relevante de España en el

contexto económico mundial, sobre todo si se le compara con los anteriores 15 años, cuando se aprobare la anterior ley de 1988;

2º) Existían un mayor número de inversiones en el extranjero, especialmente en Latinoamérica;

3º) España se halla enmarcada en la economía mundial, con un incremento palmario de los flujos comerciales e interdependencia de las economías, lo que la convierte en una situación de protección siquiera interregional, pese a las situaciones actuales de crisis económica mundial;

4º) Este panorama socioeconómico permite hablar de una armonización inclusive de las normas de derecho comercial internacional, que evidentemente afectan a nuestro país;

5º) En ese entorno, e influenciados por los países anglosajones, se produce un claro impulso de las ADRs, que se inscriben en un contexto de políticas sobre la mejora del acceso a la justicia, como dispone el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002, de la Comisión de las Comunidades Europeas;

6º) La legislación española hace explícita referencia a la voluntad política de convertir a España en Centro Internacional de arbitraje; y

7º) Finalmente, la Ley 60/2003 ofrece marco jurídico adecuado para que el arbitraje permita garantizar un acceso más ágil, sencillo, rápido, confidencial, más económico, etc., a las necesidades que se generan en el seno de las relaciones comerciales y económicas, tanto las que se producen a nivel nacional como las que se desarrollan de manera transnacional⁶.

En suma cabe decir que desde el fundamento inspirador de la institución arbitral – la libertad- en el ámbito empresarial han venido jugando y están jugando un papel esencial las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, que ofrecen un arbitraje institucional y en las que, en muchos casos, se ha venido apostando por mecanismos mixtos, al estilo del med-arb. Es realmente interesante el análisis de los Consulados de Mar en las Lonjas de las ciudades mediterráneas, en las que bajo los pórticos se culminaban las relaciones comerciales y con ellas se incorporaba una suerte de tribunal arbitral que, desde la equidad siempre, resolvía

⁶ Puede verse la Introducción escrita por ESPLUGUES MOTA, C. Y BARONA VILAR, S., *Arbitraje. Legislación básica*, Tirant lo Blanch, 2004.

aquellas diferencias o disputas que pudieren plantearse especialmente en la determinación de los precios en las relaciones comerciales. Eran terceros que conocían bien el sector y, por tanto, que podían, mejor que ningún otro, propiciar y resolver, en su caso, la disputa que se hubiere planteado.

Merece que concluyamos la referencia al arbitraje como cauce de solución de las contiendas empresariales con la mención de las múltiples leyes que desde comienzos de la década de los noventa se han venido aprobando en materia de arbitraje y/o, en ciertos casos, como fórmulas plurales de ADR, a saber, mediación-conciliación-arbitraje. Así, destaca la Ley húngara de 1994; la Ley escocesa de 1996; la Ley inglesa de 1996; la Ley irlandesa de 1998; la reforma de las normas belgas recogidas en el Code Judiciaire, aprobada en 1998; la modificación de la regulación sobre arbitraje en Alemania, incluida en la ZPO por reforma de enero de 1998; la Ley de arbitraje sueca de 1999; la Ley griega de 1999; la ley maltesa de 1999; la Ley croata de 2001; la Ley noruega de 2004, que modifica el CPC noruego, la Ley de arbitraje danesa de 2005; la ley polaca de 2005; la Ley austriaca de 2006, que reforma la ZPO austriaca en esta materia y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2006; el Decreto legislativo italiano n. 40/2006, de 2 de febrero, que modifica el CPC⁷.

Y junto a las anteriores reformas europeas es posible igualmente citar las reformas latinoamericanas: la Ley boliviana 1770, de 10 de marzo de 1997, de arbitraje y conciliación en Bolivia; la Ley brasileña núm. 9307, de 23 de septiembre de 1996, sobre Arbitraje; la Ley chilena 1997/2004, sobre arbitraje; el Decreto colombiano 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; la Ley costarricense núm. 7727, de Resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social; la Ley ecuatoriana aprobada por RO/145 de 1997; el Decreto salvadoreño 914 de 2002, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje; el Decreto guatemalteco núm 67-95, Ley de Arbitraje; la Ley hondureña de Conciliación y Arbitraje, Decreto núm. 161/2000; Decreto mexicano de 1993, modificando el Código de Comercio; la Ley nicaragüense núm. 540 de 2005 de Mediación y Arbitraje; el Decreto-Ley panameño núm 5, de 8 de julio de 1999, por el

⁷ Sobre estas legislaciones puede verse ESPLUGUES MOTA, C., “*Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa*” en la obra colectiva *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI* (coord.. Barona Vilar, S), pp. 177 a 211.

cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación; la Ley paraguaya 1879 de 2002, de medios de resolución de conflictos; la Ley 26572 de 1996, General de Arbitraje, Ley venezolana de 1998, de Arbitraje Comercial; el Decreto-Ley cubano núm 241 de 2006 (modificando la Ley núm 7/77, de Procedimiento civil, Administrativo y Laboral, y el Decreto Legislativo núm. 1071 que norma el arbitraje en Perú, de 2008⁸.

En ese contexto el arbitraje es un medio estupendo de resolver las contiendas en el ámbito empresarial, enmarcado, junto con la negociación, la ya históricamente conocida conciliación –que han conserva su determinación en algunas legislaciones latinoamericanas- y la mediación en el mundo de las ADRs como cauces de tutela no judiciales ni jurisdiccionales.

IV.- IMPULSO Y ACTUALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN COMO CAUCES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EMPRESARIALES. REFERENCIA ESPECÍFICA A LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES EN ESPAÑA.

Teniendo en cuenta que estamos en el marco de las ADR, en las que la voluntad de los sujetos que se hallan inmersos en las relaciones empresariales aceptan y asumen libremente la opción por las mismas, adquieren un gran protagonismo aquellos medios en los que la solución viene por la intervención de los sujetos en conflicto. Así, si bien indudablemente el arbitraje ha jugado y juega un papel relevante en el seno de los conflictos empresariales, las fórmulas autocompositivas como la negociación y la mediación (o conciliación) otorgan un *plus* de credibilidad en la solución que se alcanza, al tomar parte en la conclusión de la misma.

1.- Negociación

En un sector como el empresarial, en el que la propia actividad económica es el resultado del consenso, del pacto o de la negociación, parece más que recomendable

⁸ Sobre el desarrollo de la mismas puede verse PALAO MORENO, G., "Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina", en la obra colectiva Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI (coord.. Barona Vilar, S), pp. 212 a 236.

considerar que los problemas o diferencias que se lleguen a suscitar puedan resolverse a través del mismo poder de las partes, que son, a la postre, las más interesadas en que las relaciones jurídicas sean lo más eficientes posibles.

Es por ello que ante la aparición del conflicto empresarial, el primero en la escala de intervención para alcanzar la solución a los conflictos es el del esfuerzo realizado por las mismas partes entre sí para poder alcanzar a través de la negociación, sin intervención de terceros negociadores. Es la que se despliega *inter partes* exclusivamente, esto es, actuando cada uno parcialmente en la búsqueda de la solución, si bien la aceptación de la negociación implica siquiera implícitamente el deseo y la voluntad de lograr un acuerdo.

En este procedimiento de negociación cada uno de los sujetos expone los beneficios y los perjuicios de la relación empresarial, y asumen que, para llegar a una solución de consenso, deberán ceder algo. Es una técnica común, que todos empleamos diariamente en nuestra vida cotidiana, si bien es obvio que la percepción que se tenga ante el conflicto va a generar una mayor o menor predisposición de cesión; en cualquier caso, repárese que sin cesión, es casi imposible que exista una solución. El diálogo no basta si no va acompañado de una conducta receptiva a la búsqueda de una negociación que satisfaga a ambas partes o a tantos cuantos puedan intervenir en la misma.

En aquellos supuestos en que la negociación lo es entre las partes son muchas las variables que pueden darse en atención a las técnicas empleadas para llevar a cabo la misma, si bien en el ámbito empresarial es posible distinguir entre:

a) La negociación competitiva, en la que se va a ir ganando terreno al contrario, mediante mecanismos psicológicos tales como las exageraciones, amenazas de no continuar, etc. Se pretende que el contrario ceda más y ello por cuanto se asume que la parte exigente está en una posición algo más ventajosa que la contraria, y de no ceder la contraria, la vía heterocompositiva va a ser más perjudicial para el que se halla enfrente.

b) Por su parte, la segunda modalidad interesante de negociación en este terreno es la que se denomina como negociación en colaboración, y como su propio nombre indica, en ella ambas asumen que van a ceder, y ello por cuanto entienden que no se

trata de aplastar al contrario para ganar sino que se pretende resolver el conflicto. Su fundamento se halla en la necesidad de continuar con la relación, la credibilidad y la confianza que aportan ambas. Es una técnica empleada en el ámbito empresarial para aquellos tipos de conflicto en los que la relación personal, profesional etc va a continuar y se quiere que continúe, de modo que hay que abordar el conflicto desde una posición de cesión como punto de partida.

En cualquier caso, las técnicas negociadoras no son producto de un temperamento y manera de ser sino que el buen negociador, que va a ser un buen mediador, es aquel que trabaja desde unos parámetros de actuación previos, que requieren de unas técnicas en el aprendizaje, a partir de las cuales se va a poder desplegar el procedimiento adecuado que permita alcanzar una buena negociación empresarial, que será siempre tanto más buena cuanto más se participe o se haga participar a los sujetos que se hallan en conflicto. La necesidad de adquirir esas herramientas en la negociación ofrece una interesante reflexión que permite concluir con la afirmación de que el negociador no nace, sino que se hace. Obviamente, las características de su personalidad y el posible ejercicio de transformación de los elementos poco favorables a la negociación en aquellos que sí lo son permiten sin lugar a dudas aumentar la potencialidad de quienes pueden llegar a ser buenos negociadores.

2.- Mediación

El movimiento de las ADRs ha permitido visibilizar un instrumento que posee una larga tradición en el mundo de las relaciones sociales precisamente para paliar, resolver o minimizar las posibles fricciones que las mismas producen. Se trata de la mediación, cuya primitiva configuración ha ido perfeccionándose con el paso de los años y se ha convertido en instrumento imprescindible de la cultura negociadora, ya como vía previa a otras o como cauce independiente.

La mediación surge así, en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y respecto de los deben existir especialistas en cada uno de ellos (mediador familiar, mediador empresarial, mediador en materia de seguros, mediador escolar, etc), convirtiéndose en un procedimiento en el que un tercero neutral facilita la comunicación entre sujetos en conflicto, para ayudarles a resolver sus diferencias y lograr soluciones de consenso. Supone por ello un modelo autocompositivo en el que se alcanza una negociación con

ayuda del tercero, que tratará de que sean los sujetos en conflicto los que controlen sus propias decisiones, de manera pacífica, a través del intercambio de información, sabedores de que la negociación se va a iniciar desde un clima de desconfianza por todos lados, que deberá poco a poco limarse por el mediador, haciéndoles cada vez más partícipes de la técnica mediadora e instándoles a que propongan soluciones.

Cuando hablamos de la mediación en asuntos empresariales también aquí puede ser plural, referida a la mediación familiar, la mediación comercial, la mediación laboral, la mediación publicitaria, la mediación en consumo, la mediación en materia de seguros, la mediación penal inclusive, etc. Lógicamente los expertos en estos campos son diversos y las técnicas más o menos agresivas, más o menos intromisivas van a ser jugar un papel diverso según cual sea el ámbito litigioso.

2.1. Elementos para una buena negociación empresarial

En el desarrollo de un procedimiento de mediación se hace necesario trabajar con una serie de componentes, a partir de los cuales desarrollar las estrategias mediadoras. Así⁹:

1.- En primer lugar, hay que diferenciar entre intereses y posiciones. Existen numerosos supuestos en los que los sujetos se hallan posicionados de manera enconada manteniendo una apariencia de intereses contrapuestos, si bien en realidad los mismos son o pueden serlo muy similares. Para poder trabajar en una negociación y/o ser un buen mediador es importante trabajar con las partes para diferenciar lo que son los intereses y lo que son las posiciones que se defienden.

En este sentido, los intereses deberán dirigirse a la determinación de qué es lo que realmente preocupa a los sujetos, así como la manera en cómo efectivamente lo que quieren, por qué y para qué lo quieren, amén de una posible enumeración de prioridades en esas querencias. Y en esa línea de delimitación es básico poder naturalizar esos intereses, a saber, si son de naturaleza personal o profesional. Repárese que cuando hablamos de priorización debe trabajarse con tres tiempos, a corto, a medio y a largo plazo.

Con este trabajo inicial comenzará una segunda actividad, que será la de conocer y delimitar el grado de legitimidad que puede tener la posición que se sostiene por las partes, lo que puede efectuarse o aportarse por las mismas, a través de la alegación de

⁹ Para el desarrollo de estas cuestiones puede verse la bibliografía que se apunta al final de este trabajo.

experiencias, de normas, de opiniones de terceros, de protocolos de actuación en determinados ámbitos, de normas deontológicas, de estadísticas, de principios generales, etc.

2.- En segundo lugar, con estos datos en la negociación *inter partes* –y es algo que puede hacerse extensivo a la actividad mediadora, en cuanto el mediador va a trabajar con ellas- parece recomendable elaborar lo que se denominan las alternativas, esto es, se sabe lo que cada uno pide desde el principio, si bien no se han descubierto todavía las cartas de lo que estarían dispuestos a aceptar como solución alternativa. Es por ello que hay que trabajar con la peor y la mejor de las alternativas, que es lo que en determinadas escuelas de mediación se ha venido denominando como el MAAN y el PAAN (la mejor de las alternativas y la peor de éstas).

El mediador deberá trabajar con las posibles opciones o búsqueda de la solución más ventajosa para todos los sujetos que participan. A más opciones, más posibilidades de éxito existirá y, por ende, es más fácil alcanzar una solución que satisfaga efectivamente los intereses prioritarios de las partes.

2.2. Fases del procedimiento negociador

En el desarrollo de la negociación llevada a cabo por el mediador, deberá ir cubriéndose una serie de fases, que van desde la preparación hasta el intercambio de información, con posibles descansos para valorar por todos las información compartida, llegando, en su caso, al cierre de la negociación y la valoración final del procedimiento seguido y de los resultados alcanzados. Podemos dividirlos en las siguientes:

A) ETAPA INICIAL

En esta primera etapa el mediador deberá explicar cuáles son los principios de la mediación y su significado, especialmente la voluntariedad, la neutralidad, la confidencialidad, la buena fe en las actuaciones en este procedimiento etc.. Y asimismo se expondrá a las partes las funciones que va a desarrollar el mediador en esta etapa, creando un clima de confianza, amén de tejiendo las bases para una comunicación colaborativa, base esencial de un buen acuerdo en consenso.

Curiosamente en esta primera etapa existen una serie de factores exógenos que son muy importantes en la negociación, tales como la mesa en la que se lleva a cabo la mediación, la manera de distribuir los asientos, el color con el que estén pintadas las paredes, la forma no agresiva de vestir del mediador, etc. Debe mostrarse no una

situación de superioridad del mediador sino de cercanía, de proximidad, tanto de una como de otra. El espacio debe resultar agradable para las horas en las que se va a estar trabajando no sin cierta tensión.

Es en esta primera fase importante que los sujetos que intervienen asuman un compromiso, desde la libertad, de que están allí porque quieren resultados y van a colaborar en la consecución de los mismos.

B) ETAPA DE EXPOSICIÓN DE LAS PARTES

En esta segunda etapa los sujetos intervinientes deben efectuar una exposición de los hechos y del conflicto, o de la manera en que ellos así lo perciben. Se trata de visibilizar su percepción de las cosas.

En esta etapa la función del mediador es la de escuchar los relatos de ambas partes, tratar de asimilar la exposición del conflicto, desde el origen del mismo, pasando por el desarrollo, los sujetos que pueden estar implicados, las posiciones que se están manteniendo así como las alternativas a las mismas, entre otras. Debe tenerse presente, sin embargo, que la escucha de las partes debe serlo activa para poder posteriormente trabajar en la conversión de lenguajes.

C) ETAPA DE IDENTIFICACIÓN DE INTERESES Y NECESIDADES

Expuestas las posiciones, desde su percepción, el mediador va a trabajar de manera activa, desligando de forma inicial los puntos en los que existe acuerdo de los que existe una total divergencia. Para ello es esencial configurar un esquema de trabajo, con sesiones conjuntas y sesiones separadas –con cada uno de ellos-.

En esta etapa el mediador es pieza esencial para acotar lo que debe trabajarse con los sujetos en conflicto, y ello por cuanto debe conseguir romper el posicionamiento inicial de las partes, fijando los intereses verdaderos, determinando lo que de verdad es conflicto, para trabajar sobre éste en mediación, eliminando lo no discrepante. Y en todo caso fijando una escala de prioridades según las necesidades de los sujetos.

D) ETAPA DE TRABAJO PARA ALCANZAR UNA VISIÓN DE CONJUNTO CREATIVA

En esta etapa cuarta el mediador deberá trabajar para poder alcanzar esa visión de conjunto, fomentando el respeto de las necesidades reales individuales expuestas por los implicados, si bien son aquí las dotes mediadoras donde más se van a tener que

desplegar, inclusive mediante el empleo de técnicas teatrales que ofrezcan grandes dosis de creatividad. Sobre todo esta creatividad deberá permitir alcanzar un trasvase de las culpas que, de manera recíproca, se han venido lanzando los sujetos en conflicto a la asunción de cierto grado de responsabilidad.

En esta fase el mediador trabajará con las partes para que sean ellas las que puedan ofrecer propuestas creativas, desde el consenso, y para ello el mediador debe limar asperezas, suavizar los ánimos encrespados, actuar como guía imparcial de la discusión y asegurar que las partes puedan hablar cuanto quieran, convertir los lenguajes negativos en positivos, para afianzar los puntos en común, actuando siempre como representante de la realidad, de modo que se ayude a los sujetos a ser realista en sus posible alternativas, coparticipando, si cabe, en la construcción de soluciones conjuntas ofreciendo solo ocasionalmente una opinión objetiva sobre aspectos de la controversia si las partes lo piden, llegando en todo caso a desplegar todas sus dotes para alcanzar propuestas transformadoras positivas, e inclusive interviniendo con lo que se denomina como la *brainstorming* o lluvia de ideas, que permita realmente afirmar a las partes que existen otras posibilidades mucho menos dañinas para todos que las que inicialmente estaban manteniendo en sus posiciones¹⁰.

E) ETAPA DE CONCLUSIÓN

El procedimiento de mediación finaliza bien cuando no existe viabilidad alguna un acuerdo o pacto, pese al trabajo anteriormente expuesto, o bien mediante una propuesta conclusiva realista, de mutuo acuerdo, firmada por todos los intervinientes, que permita dar satisfacción a quienes han intervenido y, por ello, creencia de que es la mejor de las soluciones posibles. En el ámbito empresarial las soluciones consensuadas son altamente satisfactorias, y no sólo por ofrecer una respuesta al momento y conflicto concreto sino porque facilitan la continuidad en la actividad productiva empresarial y, con ello, las relaciones existentes entre ellas.

En este punto la cuestión que se suscita es el valor jurídico que pueda adoptar un acuerdo, y en tal sentido la regulación que se está llevando a cabo en la mayor parte de las legislaciones es la que precisamente va dirigida a que sea la norma la que atribuya fuerza jurídica al acuerdo de mediación, en el sentido de que pueda exigirse su debido cumplimiento. De este modo, los desarrollos legislativos que en estos últimos tiempos

¹⁰ Algunas de estas actividades son expuestas por SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Piados, Buenos Aires, 1996, p. 36.

están produciéndose en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos en torno a la mediación otorgan eficacia jurídica a lo acordado en mediación, lo que completa la posible medida conminatoria en los supuestos de negativa a cumplir con lo pactado en este procedimiento.

Bibliografía recomendada:

--BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, 1999.

--CALCATERRA, Rubén A., *Mediación estratégica*, Gedisa, 2002.

--CASTANEDO ABAY, Armando, *Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy*, en “Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar” (directora: Marta Gonzalo Quiroga), Dykinson, 2006.

--DIEZ, Francisco/TAPIA, Gachi, *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, 2000.

--FOLGER, J.P./JONES, T.S., *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas de comunicación*, Paidós, 1997.

--GIL NIEVAS, Rafael, *La Directiva de mediación en la Comunidad Europea*, en “Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar” (directora: Marta Gonzalo Quiroga), Dykinson, 2006.

--MULHOLLAND, Joan, *El lenguaje de la negociación*, Gedisa, 2003.

--SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996

--URY, William, *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Ediciones Paidós Ibérica, SA, 2005.