

EL ARBITRAJE Y LA EMPRESA: ALGUNAS REFLEXIONES PERSONALES

Prof. Antón Hernández Zubizarreta

Introducción

Tal vez por nuestro ya insufrible rechazo al juicio y a todo cuanto le rodea; probablemente porque ya hace mucho tiempo descubrimos que existían retos profesionales más ilusionantes, tales como la prevención del conflicto o la solución no judicial de éste; sin duda porque durante este tiempo nuestra profesión nos ha dado más oportunidades de asesorar, negociar, discutir, plantear soluciones alternativas, acercar posturas, potenciar intereses comunes y minimizar diferencias; o porque, muy probablemente, por razones de edad y de una larga experiencia profesional docente y decente, compañeros de profesión o Tribunales Arbitrales nos han designado árbitro o mediador en diversos procesos arbitrales o actuaciones de mediación.

Por todo ello nos decidimos a escribir estas líneas que, no obstante las dificultades con las que nos hemos topado en el desempeño de nuestras funciones arbitrales y sobre las que nos hemos prometido estudiar y escribir, carecen de valor científico o técnico y a lo más podrán tener algún valor puramente recopilatorio de algunos de los problemas que, tal vez, todos conocemos, de los que tanto hemos comentado y discutido, pero que no somos capaces de resolver y, todo ello, en relación con el arbitraje.

Por qué si es evidente que el juicio más que lograr una solución justa, en muchas ocasiones se logra lo contrario; por qué si se resuelve mal, tarde, a un precio desmesurado y no soluciona el problema en tantas ocasiones, por qué prolifera y se incrementa su número, lo que obliga a aportar ingentes recursos humanos y materiales que nada sustancial resuelven, salvo evidenciar la dimensión del problema.

Por qué si el arbitraje es mucho más rápido, es más flexible, la intermediación constituye la esencia del proceso, es barato, se resuelve por

profesionales especializados que han superado la oposición de la vida, tras largos años de experiencia, estudios, conocimientos y destrezas contrastados y una independencia a prueba de fuego. ¿Por qué no termina de arraigarse, al menos en ámbitos que no ofrecen la más mínima duda de su necesidad, como es el de la Empresa?

Nada de especial creo poder aportar con este trabajo, pero sí defender el arbitraje, principalmente en el mundo empresarial, para resolver las controversias o diferencias que surjan, al margen o excluyendo definitivamente la vía judicial.

Aspira, modestamente, a constituir un grito de advertencia que definitivamente contribuya a la consolidación y desarrollo de una institución que tanto favorecería a la empresa, su actividad y objetivos, le permitiría actuar con mayor seguridad, al margen de tantas eventualidades —¿contingencias?— como la vida judicial implica (resultado, coste, plazo...).

Tal vez, no es sino una advertencia para un empresariado que sigue identificando al abogado con el conflicto. Para los Organos o Tribunales Arbitrales que se conforman con actuar con gran rigor y eficacia pero que no ven consolidarse un proyecto que lo tiene todo para ello. Para los abogados en quienes se sigue centrando la conflictividad y a ella dedican su actividad principal, olvidando, casi siempre, que la prevención es lo verdaderamente esencial o que resolver el conflicto acudiendo a la mediación, arbitraje o conciliación constituye un beneficio indiscutible para su cliente. Para todos esos compañeros y compañeras que no comparten que el juicio es el fracaso de la Sociedad y en la medida que la abogacía la defiende, tutele y, en ocasiones, aún la represente, también constituirá su propio fracaso como profesión.

Y todo esto, sin perjuicio de que algunos abogados consideren erróneamente que el litigio constituye nuestra principal fuente de trabajo —y de ingresos—, renunciando a lo que debe ser nuestro principal cometido, desarrollar nuestra actividad profesional en la Empresa, con la Empresa, permitiendo que ésta desarrolle su objeto social porque la legislación que le afecta y obliga, la cumple rigurosamente y sus gestores y administradores actúan como aquel *bonus paterfamilias* que la Ley de Sociedades Anónimas ha convertido en el «ordenado empresario y representante leal».

1. El juicio, un comienzo profesional exigente

Hace treinta y siete años, una serie de televisión «Ironsides», me empujó a estudiar Derecho, como mi padre, por otra parte, deseaba.

Los asuntos que trataba eran crímenes que su protagonista resolvía a base de ingenio y un talento especial.

Cinco años después, finalizados mis estudios y los de economía en la U.L. de la Universidad de Deusto, un 23 de diciembre de 1970 inicié el ejercicio profesional como abogado, desarrollando las actividades más variadas que uno puede imaginar. No sólo no dejé de ejercitar acción alguna, en todas las jurisdicciones existentes, sino que viví durante un gran número de años del juicio y para el juicio, hasta el punto de que, años después, ya como Jefe de la Asesoría Jurídica de una Caja de Ahorros, era el máximo responsable de más de mil procedimientos tramitados simultáneamente.

Mi salud, creo que no olvida aquellos años de plazos, vencimientos, sentencias, recursos, convirtiéndome en lo que a un economista que se integró en el despacho le gustaba definirnos como un «Hombre del Otrosí Digo», sobresaltado y aún angustiado.

Durante tan extenso período, el derroche de esfuerzo, el consumo de horas de descanso, de vacaciones, etc., fue tan extraordinario como las esperanzas e ilusiones puestas en cada escrito que dudabas que se leería con atención, o las desilusiones de una sentencia con un fundamento de apenas un par de párrafos que ponía punto y final a meses —y años— de trabajo, de horas compartidas con un cliente cada día más seguro de lograr sus objetivos y, en fin, a tu propia estima.

La crisis económica, mi formación y vocación económica y mi persistente compromiso con la economía social, me fueron llevando por otros derroteros, ocupándose de tanto juicio otros compañeros y centrándome en la reconversión industrial de un país arruinado económicamente y crispado hasta lo indecible en lo social y político.

Hube de negociar con acreedores y proveedores, trabajadores, Comités de Empresa y Sindicatos de diferente implantación territorial; con empresarios arruinados o con intermediarios de quienes lo habían sido y ahora contemplaban la crisis y las amenazas con temor y, en ocasiones, desde lejos del País Vasco. Las Haciendas Forales, la Banca, la Seguridad Social, directivos y gestores, y en algunas ocasiones con consultores empeñados en reflotar el proyecto y obtener inmerecidos beneficios como titulares —depositarios— de las acciones, que no como empresarios. Y, cada vez más, con empresarios extranjeros interesados en adquirir una Empresa saneada y que no comprendían la incapacidad de lograrlo, las más de las veces por la actitud negativa de las propias Instituciones Públicas, como ejemplo más relevante.

Aquello constituía una ópera bufa en la que siempre alguna de las partes interponía un procedimiento con el que, generalmente no con-

seguí objetivo alguno diferente al del resto de los acreedores, es decir, ninguno.

También la compraventa de Sociedades, la toma de participación y el control en las mismas, las cautelas que es necesario adoptar en materias como la administración, la venta a terceros de los títulos, la fidelización o los contratos especiales del equipo directivo, el «conocimiento», la clientela o el mercado, exigieron dosis extraordinarias de interminables, minuciosos, profesionales y complejos procesos que debían discutirse a muchas bandas.

La participación en los Consejos de Administración, las dosis de paciencia desplegadas en las Empresas de la Economía Social nacidas de la crisis, en las que sus mujeres y hombres lo habían perdido todo (prestaciones del FOGASA, desempleo, préstamos bancarios) a cambio de la esperanza de un empleo en el que nadie creía, aun cuando les pedíamos que ellos lo hicieran a ciegas, sólo porque gente como yo, así lo creía necesario y posible.

Todo esto y mucho más me alejó del litisconsorcio pasivo necesario, la redacción correcta de un suplico o la formulación de una reconvencción.

Pero las diferencias, las controversias, los agravios no son ajenos al mundo de la Empresa que hemos descrito. Todos hemos conocido problemas relativos a la denominación social, las marcas, las patentes o propiedad intelectual o industrial, la validez de los acuerdos sociales, el derecho de información, la legitimidad de los Organos Sociales, la responsabilidad de los administradores y tantos etcéteras que cualquier abogado sabría completar, en una extensa lista, sin dificultad alguna.

Y tales controversias, como no podía ser de otro modo, deberían haber sido tratadas ante el Juzgado competente, pero la realidad es tozuda y evidencia que estos conflictos se sustancian en la vía judicial en una proporción mínima, pues el empresario huye, reniega, considera inútil y estéril tal camino. Criterio que, como es obvio, compartimos. Renuncia al juicio, cede o provisiona, pero no litiga y, menos si cabe, acude al arbitraje.

2. Algunos de los inconvenientes del «juicio» en la resolución de las controversias

No hace falta contar con una larga experiencia profesional para constatar que juicio y justicia son conceptos no siempre compatibles, llegando a ser, en ocasiones, auténticamente antagónicos.

Y, sin embargo, el juicio persigue alcanzar que la disputa se resuelve justamente, por lo que si por un motivo u otro no se alcanza este objetivo, quiebra todo nuestro Ordenamiento Jurídico y se convierten en estériles todas las defensas, citas y alegatos sobre el Estado de Derecho. Reflexionemos sobre el particular.

1.º En un mundo cada vez más especializado, por complejo, exigente, defensor a ultranza de una legalidad de lo más diversa, procedente de Organos legislativos cada vez más numerosos, dispersos y diversos tanto en el ámbito nacional como internacional, jóvenes estudiosos, pero sin experiencia alguna —pues las horas de estudio son irreconciliables en muchas ocasiones, con la vida misma—, deben resolver desde el crimen más horrendo, al futuro de unos hijos desamparados por las crueles diferencias de sus padres, pasando por un complejo proceso concursal.

Son jóvenes que encerrados en sus despachos deciden sobre lo divino y humano, cuando los más veteranos, nos conformamos con una modestísima parcela del conocimiento humano, tras años de ejercicio profesional y cientos de horas de actividad docente a varias decenas de generaciones de juristas, entre otros, a ellos mismos.

2.º La relación y vinculación del derecho con otras disciplinas que no conocemos suficientemente, es cada día mayor. La contabilidad y los principios del denominado «Nuevo Derecho Contable»; las reglas de auditoría y la evaluación de sus dictámenes y conclusiones; el conocimiento de idiomas y la internacionalización de las relaciones (simples y ordinarias exportaciones o importaciones, participaciones en empresas extranjeras o, a la inversa, los contratos de asistencia técnica o todas las propias de unas empresas que operan en un mercado único, cada día más extenso); las nuevas tecnologías, la informática, los procedimientos, metodología y desarrollos que persiguen una mayor calidad —la calidad total—, un mejor servicio y la satisfacción del cliente, menores costes, precios competitivos y, en suma, una mayor eficiencia; la nueva problemática que cada día surge con motivo de este nuevo orden (infracciones informáticas, atentados al derecho a la intimidad, la protección del «conocimiento», la competencia desleal, las ayudas de Estado y su control, las infracciones tributarias, la denominada ingeniería financiera, los paraísos fiscales, los puertos de conveniencia, el medio ambiente, la delincuencia internacional y los tratados de Estado, los Grupos de Empresas multinacionales y los efectos de su crisis económica).

En fin, nada que tenga que ver con las cuotas impagadas de una comunidad de propietarios, el arrendamiento y su problemática, el despido, un accidente de tráfico o una disputa conyugal o familiar por una

herencia que a ninguno resolverá su vida, aunque ayudarán a las modestas economías de los profesionales intervinientes, particularmente interesados es estas «tradicionales» materias.

3.º La multiplicación de la norma nacida de la acción legislativa de Ayuntamientos, Provincias o Territorios Históricos, Comunidades Autónomas, el Estado, la Comunidad Europea o los Tratados y Tribunales Internacionales.

4.º El incremento desmedido de los juicios, atribuidos a tantos motivos como deseen quienes los promueven, pero al que no es ajena una mayor conciencia colectiva de cuáles son los derechos y cómo protegerlos; la información y acción de colectivos nacidos para la defensa de derechos o intereses específicos, de los niños, ancianos, enfermos, emigrantes o mujeres maltratadas, las Asociaciones de Consumidores o Instituciones públicas o privadas a las que se encomienda la defensa de los más desfavorecidos; trabajadores o empresarios, Cámaras de la Propiedad Urbana y tantas y tantas otras, que de forma desinteresada o subvencionadas ejercen la defensa en juicio de un buen número de personas que pueden acceder a los Tribunales sin coste alguno o muy pequeño.

En suma, una mayor cultura de la exigencia de nuestros derechos, unida a nuevos instrumentos que facilitan su reclamación y tratan de evitar conductas ilícitas impunes.

5.º Una legislación cada vez más numerosa y rigurosa, que sanciona severamente comportamientos y daños, que alienta y facilita la proliferación de juicios en reclamación de daños y perjuicios por actuaciones antijurídicas o negligentes, en el orden medioambiental, tributario, contable, de la seguridad social, de la contratación ilegal de trabajadores, de los accidentes de trabajo, de los daños a las Sociedades, sus accionistas o acreedores y en tantos otros, así como el crecimiento relevante de las indemnizaciones y sus cuantías reconocidas por los Tribunales.

6.º La crisis de una profesión, como es la abogacía, que no ha sabido adaptarse a la nueva realidad social, manteniendo muchos de sus estereotipos y, entre ellos, el de ser la profesión jurídica destinada a dirigir procedimientos judiciales, lo que no sólo no ha combatido, sino que lo acepta y lo ratifica diariamente, privada y públicamente, crisis que con el incremento desmesurado de colegiados se ha acentuado, poniendo en peligro la exigencia de acudir a los Tribunales sólo en última instancia y dando a conocer a los clientes los inconvenientes, costes, plazos, etc., que ello comporta.

7.º Y si de coste económico se trata, sea cual fuere el modo de minutación acordado, la cuantía o la forma de pago pactadas, la intervención mínima de dos abogados, de otros dos procuradores, peritos, noti-

ficaciones, publicaciones, anotaciones registrales, etc., eleva el coste a cifras desorbitadas, sobre todo si se resuelve la condena en costas o, como es previsible, se plantean incidentes y recursos a instancias superiores.

No conozco una profesión a la que se acuse, tal vez infundadamente en ocasiones, con más saña, por lo que cobra o pretende cobrar. Pero no sólo en nuestro país.

8.º Pero si todo lo anterior es importante a la hora de evaluar la conveniencia o no de acudir a la vía judicial, lo es mucho menos que la expectativa de plazo que puede calcularse al cliente. ¿Cómo puede ser concebible que un empresario desconozca durante años si su denominación la puede utilizar un tercero o sus patentes tienen validez; si la competencia desleal de un competidor le obliga a solicitar un procedimiento concursal; o si sus órganos sociales son correctos, con las consiguientes consecuencias, incluso registrales? Los ejemplos serían interminables, como graves sus consecuencias para quien siempre el tiempo es un factor esencial de competitividad y un elemento clave de su actividad.

9.º En materias de extraordinaria importancia, como el derecho concursal, cómo es posible poner en manos de la Administración de Justicia la empresa entera, precisamente en dificultades, es decir, cuando administrarla es más difícil, dificultades que han de resolverse con arreglo a una legislación de principios del siglo XIX, sin el riesgo más que probable de que el perjuicio soportado por la misma sea siempre superior al beneficio que obtenga, aun cuando en estos ríos revueltos suelen ganar los pescadores de menos escrúpulos, es decir, nunca la Justicia.

Tal vez por estas y otras muchas razones más, un juicio, para una empresa es desaconsejable salvo para defenderse, aunque sus gestores escuchen con impotencia y rabia este consejo, por demás, claramente beneficioso para los mismos. No están acostumbrados a resolver los problemas no haciendo nada y, además, ni es lógico, ni mínimamente diligente.

3. La Administración de Justicia

Si alguno de los poderes del Estado está revestido de formalismo, ese es el de la Justicia, tanto como de falta de poder real en este Estado de Derecho, que es el nuestro. Y tal vez de la independencia que precisa según esa proclama histórica de la división de poderes.

Y su falta de poder y tal vez la carencia de independencia de sus órganos rectores expliquen la carencia de medios y la pobreza en la que

ha tenido que desenvolver su actividad. No hace mucho, los sumarios se cosían a mano, se apilaban en los Juzgados en el suelo o se redactaban las sentencias a mano, se transcribían en máquinas tan antiguas que las copias resultaban ininteligibles y los edificios se caían literalmente a pedazos, soportando goteras que constituían una humillación para los funcionarios que en ellos prestaban sus servicios y a los que solicitábamos ayuda, eficacia y una sonrisa. Y las recibíamos.

La falta de Jueces, su retribución vergonzosa, la carencia de la más mínima organización, unidos a una legislación, repito, del siglo XIX, contribuyeron a que la Justicia perdiera todo su crédito, lo que las encuestas acreditaban sin lugar a la duda.

Pero todo ha sufrido un cambio espectacular, al menos en el País Vasco: las infraestructuras son espléndidas, nuevas y, en ocasiones, ejemplares; los medios y sistemas informáticos extraordinarios; se le ha dotado de todo tipo de recursos materiales y se han creado innumerables Juzgados y Audiencias, en todos los órdenes jurisdiccionales; se ha prestado un empeño excepcional a la formación y se presta una atención especial a conceptos como el de la productividad, eficacia o eficiencia.

Y la legislación procesal se ha modificado, sustancialmente, mejorando una ley de 1881.

Pero el juicio sigue siendo lento, lentísimo para una empresa que compite en un entorno turbulento, en el que no hay lugar para plazos y aplazamientos, vencimientos y resoluciones que no terminan de dictarse, recursos, medidas cautelares, o apelaciones interminables.

Por otra parte «vuelven las tasas judiciales», a pesar del enfado previsible del Consejo General del Poder Judicial y nuestra perplejidad. En la Ley de Acompañamientos se ha incluido la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional» en el orden jurisdiccional civil y en el contencioso administrativo. No puede superar los 6000 € y está dirigido a las personas jurídicas (es decir, a las sociedades mercantiles principalmente), remitiéndonos al B.O.E. 313, de 31 de diciembre de 2002, pág. 46132 y46133, sobre el particular.

En resumen, el juicio se encarece para la empresa.

Quien quiera ver en estas líneas un reproche generalizado a la Administración de Justicia y sus gentes, está equivocado. Sencillamente, es a nuestro juicio, un mundo vedado a la empresa y sus exigencias, a los condicionantes de la actividad empresarial, a la productividad, mejora continua, calidad total, compromiso de servicio al cliente, cumplimiento estricto de plazos y de todo tipo de exigencias reglamentarias en todos y cada uno de los campos que aborda: seguridad, calidad, consumo, higiene, en materia medioambiental, de seguridad laboral, de

cumplimiento de la legalidad tributaria, contable, laboral, de seguridad social y tantos otros, como hemos expuesto.

El cambio es apreciable, notable en muchos aspectos, pero si la empresa debe resolver sus conflictos en vía judicial, corre el riesgo de perder su misión y sus administradores de incurrir en lagunas de gestión auténticamente negligentes.

Constituye una monstruosa contradicción, pero es sencillamente cierto o, al menos, así lo creemos firmemente.

4. La abogacía y la actividad judicial

Ya me he referido a la tan cacareada crisis de la abogacía, tratada en el III Congreso de la Abogacía Vasca, de principios de 2000.

La ponencia se basó en un estudio sociológico encomendado por el Consejo Vasco de la Abogacía que evidenciaba tal hecho de forma rotunda, no porque el «negocio de lo jurídico» hubiera descendido únicamente (sólo y exclusivamente el juicio), sino porque la gran mayoría de colegiados mostraban su descontento y falta de perspectivas y el informe ponía de relieve una profesión anticuada, no adaptada a la realidad social e incapaz de resolver los problemas de la Sociedad.

Los despachos no habían evolucionado en ningún aspecto: apenas conocían la especialización; no ofrecían servicios integrales; lo componía un número reducidísimo de abogados; prácticamente no se desarrollaban actividades diferentes, ni se prestaban los nuevos servicios que la Sociedad demandaba; no se tenía presente la exigencia del conocimiento de idiomas diferentes del castellano, se concentraban en los grandes núcleos de población y sólo en algunos barrios, la calidad global del servicio no podía ser el exigible dado que en ellos se llevaba todo tipo de asuntos, más por necesidad que por vocación, etc., etc.

En fin, que éramos muchos, que cada día éramos más y más jóvenes; que la gran mayoría hacíamos o nos dedicábamos a los mismos asuntos abandonando los nuevos campos de actividad; que éramos pequeños, no especializados, que no prestábamos un servicio global o integral y, que por ello, nuestra crisis era grave y exigía medidas correctoras drásticas.

Sin embargo, esta realidad contrastaba con el extraordinario crecimiento de los despachos nacidos a la sombra de las grandes multinacionales de la consultoría, auditoría o asesoría tributaria o de los «macrodespachos» con implantación en todo el Estado e, incluso algunos, fuera de éste. De los primeros que he citado llegué a leer un cuadro comparativo en el que el crecimiento de los departamentos legales de

las Firmas paliaba el estancamiento de los otros o, sencillamente, era muy superior su crecimiento.

Es evidente que en estos grandes despachos se gestaban procedimientos judiciales y se defendía en otros a sus clientes, pero a nadie se le ocultaba que su participación en el asesoramiento jurídico —la prevención— de los grandes asuntos económicos o en multitud de arbitrajes nacionales o ante Cortes Arbitrales internacionales constituía y constituye el núcleo esencial de su facturación.

Pero los abogados, los despachos normales, los pequeños despachos que inundan el territorio nacional, aptos para defender cualquier tipo de causa, con grandes limitaciones económicas para acceder a los nuevos desarrollos informáticos, bases de datos, formación continua o simple bibliografía básica, continuaban desconociendo el análisis de balances y aun despreciando los «números», como si un médico renunciara a «leer» una radiografía o algo más que un rutinario análisis de sangre.

Desconociendo y no compartiendo experiencias con quienes lo conocen, con otros profesionales que no siendo abogados pueden y saben complementar y completar nuestras deficiencias y limitaciones.

¿Cuántos despachos se inician incorporando a un gestor, un asesor fiscal, algún Procurador, un agente de seguros o de la propiedad inmobiliaria y cuántos, sin embargo con un experto contable, un economista o un licenciado en empresariales?

¿Qué conocen de una empresa los abogados ejercientes que no sea a alguno de sus gestores o accionistas o sus Estatutos Sociales? ¿Cuántos las han visitado, conocido sus talleres, su facturación y entrada de pedidos, su producción, rechazos, paradas, ventas nacionales o exportaciones, inversiones realizadas y no satisfechas, su capacidad de endeudamiento, sus resultados operativos, la evolución de su plantilla, siniestralidad laboral y absentismo, el presupuesto anual y las principales desviaciones a lo largo del año?

¿Y si no las conocemos cómo podemos asesorarles o, mejor, por qué van a acudir a nuestros despachos a pedir asesoramiento salvo para la defensa en juicio de un acontecimiento aislado, marginal y negativo para sus intereses?

¿Cómo nos ven, todavía, en algunas empresas? Como ese profesional que usa toga, utiliza palabras en latín, escribe y habla mucho pero dice poco, el que nunca da una respuesta breve, concreta, clara. En definitiva, el que no resuelve los problemas que se le plantean. Ese profesional distinto y distante tan poco apreciado por las gentes de la empresa; las que deben decidir, resolver, ejecutar, solucionar problemas con rapidez y eficacia, en equipo, aportando cada uno sus conociemien-

tos, destrezas y experiencias. Y que, en muchas ocasiones, ya en el ámbito judicial cobra más que directivos comprometidos seriamente con la empresa, a la que dedican todo su tiempo, esfuerzo y conocimientos.

¿En qué ámbito de la empresa situamos al abogado? En el Consejo de Administración, por ejemplo, como secretario no consejero, o es mejor que acudamos a él sólo en último caso, cuando los problemas no tienen otra solución que el juicio?

El abogado es un extraño a la empresa; tanto como el fontanero que arregla una cañería de sus instalaciones. Y mientras así sea, estará dando la espalda a un cliente estratégico, tal vez el fundamental porque es el que está sometido a un proceso continuo de cambio, debe arriesgar, pues la actividad empresarial lo es por naturaleza, vive en un mundo complejo, dependiendo de innumerables variables que ni conoce, ni puede controlar; lo integran personas con intereses tan diversos como los de los trabajadores, los administradores, los gestores y se relaciona con clientes, proveedores, entidades de crédito, instituciones públicas, etc., diariamente y en un sinnúmero de actos y negocios jurídicos.

Y por todo ello, ignora que su papel debe ser relevante para contribuir al proyecto que la empresa constituye, su misión de que se cumpla la ley y se actúe correctamente, de prevenir conflictos, evitar problemas, conciliar intereses, mediar y siempre renunciar en lo posible a acudir a los Tribunales, pues su respuesta es incierta, lenta, cara y complejo su desarrollo alejando a la empresa y a quienes la dirigen de su propia misión, lo que no es otra cosa que destruirla.

5. Las nuevas exigencias: el cambio

Tratando el perjuicio tan extraordinario que el juicio y sus secuelas puede acarrear a la empresa en materias tan estratégicas como alguna de las citadas y tantas otras e, incluso, en todas aquellas que inciden en su actividad normal que, por definición, ha de ser ágil, parece evidente que no son aconsejables sino las propuestas ya formuladas: incidir en la prevención incorporando a la operativa a los operadores jurídicos como integrantes de un equipo homogéneo en el hacer y en sus objetivos y, en segundo lugar, reducir el acceso a los Tribunales como objetivo prioritario.

Pero ni una ni otra resuelven la cuestión de una forma definitiva, pues la controversia también es consustancial a la empresa, como consecuencia de esa multiplicidad de relaciones que mantiene con los más diversos agentes en ese difícil entorno en el que se desenvuelve.

No creo necesario hacer una relación de tales posibles relaciones, pero sí que sus conflictos pueden ser numerosos; importantes, de naturaleza muy diversa y con personas físicas o jurídicas muy diferentes.

Exigen conocimientos especializados y a la vez muy integrales, en un gran número de disciplinas jurídicas y dentro de éstas en los más diversos aspectos o cuestiones.

Las exigencias de plazo y coste dificultan la cuestión a límites inimaginables.

Y en este escenario nos parece que sólo el arbitraje puede dar una respuesta razonable y razonada.

Los Tribunales o Cámaras Arbitrales suelen establecer y fijar los honorarios de sus árbitros y los costes de gestión, fijando sumas muy moderadas y ventajosas para los afectados.

Los plazos se reducen extraordinariamente, a pesar de la flexibilidad que suele primar en cuanto a trámites y plazos y la tendencia más que habitual de los profesionales intervinientes de iniciar el procedimiento con arreglo a un calendario muy exigente y concluirlo, meses después, tras diversas prórrogas aceptadas de buen grado por todas las partes.

El arbitraje de equidad reduce las posibilidades de apelación tan extraordinariamente que pocos laudos son recurridos a poco que exista la debida coherencia entre las cuestiones sometidas a debate y el fallo.

Los árbitros son designados, entre otros motivos, por sus conocimientos específicos o especializados y su experiencia acreditada y en muchas ocasiones incontestada. En ocasiones la participación de los Letrados de las partes garantiza adicionalmente una imparcialidad que el propio Tribunal acredita pero que desea que quede meridianamente clara.

La confidencialidad de la disputa es muy superior en el arbitraje que en un juicio, algo de extraordinario valor para las empresas en la práctica totalidad de sus problemas y diferencias internas o con terceros.

En resumen, parece incuestionable que el arbitraje es un método de resolución de los conflictos en el que se ve involucrada la empresa, mucho más ventajoso para ésta que el procedimiento judicial, por lo que siempre que sea posible, parece razonable pensar que debe acudir al primero, sin duda alguna.

Y la proliferación de Tribunales Arbitrales, muchos de ellos nacidos en el seno de las propias organizaciones empresariales o promovidas por éstas, ponen de relieve que los empresarios no tienen duda que este «servicio» resulta indispensable para las empresas; un método eficaz, barato, rápido, justo y discreto.

Y tales Tribunales ajustan sus costes y los de los procedimientos, incorporan a profesionales altamente especializados e intachables éticamente, aportan medios económicos suficientes (locales, bibliografía,

personal administrativo...), sus comités responsables supervisan la calidad e idoneidad de los laudos, realizan las estadísticas necesarias para conocer los resultados, convocan conferencias, jornadas de trabajo, informan sobre cambios legislativos e intervienen con gran eficacia en materias como el consumo, relaciones comerciales-clientes, etc.

Se relacionan entre sí y facilitan la acción en los conflictos intercomunitarios o, incluso, ante Cámaras Arbitrales Internacionales de antiguo y gran prestigio.

El imprescindible cambio cuenta con los medios necesarios, con las acciones precisas y todos los implicados, o muchos, son conscientes de ello, o mejor, lo aprueban y apoyan.

Pero el arbitraje en España no ha arraigado, esto es una verdad también indiscutible, al menos en la proporción que exige todo lo dicho.

Todavía son pocos, muy pocos los conflictos que se resuelven en vía arbitral, incluso en el mundo de la empresa.

Las estadísticas son aplastantes e indiscutibles para los implicados en su implantación.

No sé qué proporción de arbitrajes se promueven por juicio iniciado, pero sé que en treinta y dos años de vida profesional nunca, ni una sola vez he intervenido en el Tribunal Arbitral de Colegio de Abogados de Vizcaya. Tal vez las razones sean varias, pero lo que es cierto es que es un proceso marginal y casi reducido a problemas surgidos, casualmente, y, entre los propios abogados, por ejemplo al disolver un despacho.

Como sin embargo conozco que el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bilbao, excelentemente dotada humana y materialmente, nacido en el seno de la «Casa de los Empresarios», donde tal vez éstos debieran sentirse más cómodos que en los Juzgados, el número de arbitrajes es pequeño si lo comparamos con las diferencias sustanciadas en vía judicial.

El cambio es necesario, incluso urgente, los medios están dispuestos, pero no se produce y si se consolida e impone el proyecto de creación de «Jueces de lo Económico» parangonando a los Tribunales de Comercio Franceses, la evolución de la Administración de Justicia tal vez deje de ser lenta pero progresiva y se convierta en negativa para el arbitraje.

6. El arbitraje: algunos obstáculos

A pesar de estudiarse —poco— en las Facultades de Derecho e incluso en las Escuelas de Práctica Jurídica —muy poco— el arbitraje no tiene, en numerosos «master de empresa» cabida. En resumen es,

para muchos juristas y, en concreto, para muchos abogados, un gran desconocido.

Así mismo, a pesar de los Tribunales Arbitrales creados, los medios de los que se les ha dotado, las iniciativas de Cámaras de Comercio, Asociaciones Patronales, etc., el arbitraje es un instrumento al que el empresario recurre en contadas ocasiones.

Y, sin embargo, tanto unos —los abogados— como otros —los empresarios— conocen de su existencia, son conscientes de sus ventajas y han constatado, de una u otra forma, su eficiencia sobre el procedimiento judicial en materias que afectan a elementos estratégicos de la empresa.

Tal vez, al tratar con los empresarios hemos podido constatar que llegado el conflicto, éste le genera un gran desasosiego, un importante desconcierto y siempre, inseguridad. Y que todo ello contribuye a que no lo afronte con la dedicación, empeño y perseverancia con que lo hace con otro tipo de problemas, pues desconoce las reglas de actuación, los tiempos de duración, el coste, hasta el lenguaje y siempre ese odioso mundo del «papeleo» y la burocracia. Tal vez, reiteramos sean algunas de las razones de tal contradicción.

Por esto, el conflicto y su resolución se convierte en algo de lo que desea desentenderse, delegar, ponerlo en manos de ese especialista que es el abogado y que se mueve como pez en el agua en ese mundo que, en el fondo, aquél teme y odia.

Pero a la larga constituye un elemento de crispación porque el problema no se resuelve y debe soportar sus graves consecuencias.

Un conflicto convertido en algo marginal, al que no prestamos la dedicación necesaria, respecto del que no reflexionamos con sosiego sobre sus ventajas e inconvenientes de no alcanzarse un acuerdo o minimizar el proceso de solución —por ejemplo, mediante un arbitraje— sencillamente se convertirá en un conflicto que se agrava, que se encona más; es un problema cada día más complejo y de solución más difícil.

Por eso, este abandono o inhibición del empresario eleva a la categoría de protagonista del conflicto al abogado, en lugar de constituirse en el experto que toda empresa necesita para prevenir o, en su defecto, mediar o arbitrar.

Y el abogado debe conocer el arbitraje, pero las encuestas que conozco dicen exactamente lo contrario, hasta el punto de constatar que a medida que se rellenan los formularios de las mismas van siendo conscientes de sus ventajas.

Tanto en las Facultades de Derecho como en las Escuelas de Práctica Jurídica, las materias procesales son esenciales y, en las segundas, casi se podría decir que constituyen su presupuesto básico.

Una de las causas de la crisis de la abogacía es seguir considerando el juicio como su principal actividad profesional, haciendo oídos sordos a sus graves consecuencias, a que constituye el fracaso de la sociedad y, por lo tanto, el suyo propio en cuanto defensor de ésta.

¿Cómo es posible que el empresario no conozca una evaluación profesional, científica, pero realista, sobre el resultado del juicio, tanto si éste es favorable, como en caso contrario, en materias esenciales para el desarrollo de ese complejo ser vivo que es la empresa?

Qué decir del plazo, las diferentes instancias, las ejecuciones provisionales o el coste y su indefinición.

Pero la alternativa, la más de las veces, es sólo una, el juicio. Hasta que el empresario soporta el primero, pues en el futuro adopta todas las medidas a su alcance para lograr un acuerdo previo, aunque ello le suponga renuncias a sus derechos o pretensiones.

Y el divorcio empresario-abogado se hace aún más patente pues el primero prescinde de éste siempre que puede o acude a él en última instancia, cuando es precisamente lo contrario lo que haría eficaz la labor jurídica. La del abogado integrado en la empresa, en su proyecto empresarial, el que trabaja en equipo, alerta sobre los riesgos y propone soluciones.

Este abogado, aliado sin fisuras del empresario, aceptará la imposibilidad de una solución amistosa de un conflicto sólo en última instancia y en este caso, probablemente sugiera la vía arbitral.

Si a esto unimos la proliferación de abogados colegiados en los últimos años y la propaganda de los medios de comunicación, películas, novelas, etc., el panorama se ennegrece y el juicio, por encima de todos sus inconvenientes, y el abogado dependiente del mismo, elevarán al primero a la categoría de principal, casi único en términos porcentuales, modo de solución de los conflictos.

Una mejora de la Administración de Justicia y de las leyes procesales o la creación de jueces especializados en materia económica podrán constituir obstáculos adicionales al arbitraje como medio idóneo para la solución de aquellos.

Tal vez la tradición y el dinero, tampoco sean ajenos a ello.

7. Algunas conclusiones

1.^a La empresa, como entidad compleja internamente y sometida a relaciones con terceros igualmente numerosas y diversas, inmersa en lo que hemos denominado un entorno turbulento, comprometida con el cambio permanente y sometida a una competencia feroz en los merca-

dos más exigentes y lejanos, genera y, a su vez, soporta numerosos conflictos de la más diversa índole, muchos de ellos nuevos, no previstos ni regulados por un legislador que siempre llega tarde a las innovaciones, descubrimientos y exigencias de aquella.

2.^a La proliferación de la norma, la internacionalización de las relaciones y la cada día más exigente y sancionadora legislación para con los administradores obligan al empresario a que actúe dando estricto cumplimiento a la ley y con extrema diligencia, lo que implica que esté adecuadamente asesorado jurídicamente.

3.^a Sin embargo, se constata un divorcio entre abogado y empresario, al desconocer el primero las grandes exigencias y limitaciones a que está sometido éste y su necesidad de actuar con rapidez, agilidad y disfrutar de una gran libertad de movimientos. Que el abogado se integre en la empresa constituyendo una pieza fundamental del equipo, directivo, con el que deberá actuar cohesionadamente, informando sobre los límites legales pero aportando su esfuerzo, conocimiento y destrezas para que no supongan un obstáculo constante, una barrera infranqueable por no haber adoptado, previamente, medidas de prevención o se emprendan procesos negociadores.

4.^a El desconocimiento por parte del empresario del arbitraje como medio idóneo de solución de los conflictos, a pesar de la proliferación de Tribunales Arbitrales perfectamente idóneos para el cumplimiento de esta misión, en muchos casos, nacidos a impulso y en el seno de sus propias asociaciones empresariales. Y por ello de sus ventajas indiscutibles sobre el procedimiento judicial.

5.^a Idéntica ignorancia por parte del abogado, profesional que se constituye en la piedra angular del conflicto pero sólo y exclusivamente en vía judicial, a pesar de sus desventajas en la materia que nos ocupa, por la falta de especialización de quienes deben resolverlo; la complejidad de los trámites y su, todavía, gran burocratización; la lentitud del proceso, el recurso y, en suma, los plazos tan dilatados en el tiempo para la resolución de las controversias; el coste elevado por el trabajo a desarrollar, los numerosos profesionales intervinientes, las dificultades y responsabilidades que se asumen y las cuantiosas controversias propias del mundo empresarial.

6.^a La elevada judicialización de numerosos conflictos y la consiguiente reducción de procedimientos que tiendan a lograr una solución amistosa, como la mediación, si bien ésta ofrece resultado esperanzadores en ámbitos como el Derecho de Familia, en los procesos de separación y divorcio, procesos dirigidos por organizaciones beneficiarias de subvenciones y que, en el ámbito de la empresa, quien esto escribe ha constatado su eficacia en situaciones como las de la salida de un so-

cio de la empresa y el pago de sus participaciones, conflictos en la empresa familiar y en las pymes, fijación de indemnizaciones por no cumplimiento de determinadas especificaciones en máquinas de gran valor, liquidaciones de obras y valoración de desperfectos o errores de ejecución, los pactos parasociales en las empresas de la economía social, etc.

7.^a La eficacia del arbitraje, contrastada en las estadísticas elaboradas por los propios Tribunales de Arbitraje, en cuanto a satisfacción de las partes, flexibilidad del proceso, transparencia del mismo, plazo, coste e idoneidad e imparcialidad de los árbitros, la confidencialidad, etc.

8.^a Los graves inconvenientes del «juicio», paralelos a las ventajas del proceso arbitral y sobre las que nos hemos extendido en el epígrafe 2 anterior, pero las mejoras detectadas en la Administración de Justicia, la probabilidad de que se creen jueces especializados en el mundo económico o de la empresa, los cambios en la legislación procesal, más ágil que la anterior, etc.

9.^a Y en resumen, un crecimiento desproporcionado y a todas luces injustificable de los conflictos que se resuelven en vía judicial, en comparación con los que se evitan mediante la mediación o se tramitan y resuelven por medio del arbitraje.

8. A modo de sugerencias

1.^a Los Tribunales Arbitrales deberán continuar en su tarea de consolidación y desarrollo, con la total convicción de su necesidad y aptitud para la resolución de los conflictos, que en nuestro caso, afectan a la empresa, pero a sabiendas de las mejoras que la Administración de Justicia y la legislación adjetiva están experimentando, fomentando, sin duda, el arbitraje de equidad.

2.^a Los Tribunales de Arbitraje y las asociaciones de empresarios deberán realizar un esfuerzo adicional a fin de informar y formar a sus asociados y empresarios en general, sobre el arbitraje y sus ventajas y correlativos inconvenientes de los procesos judiciales.

3.^a Es necesario que aunque el arbitraje es esencialmente una actividad científica, sus logros, trabajos, publicaciones de divulgación, etc., sean objeto del conocimiento público, destacando sus aspectos más determinantes, como el coste, plazo, especialización y profesionalización de los árbitros, confidencialidad, etc., poniendo especial énfasis en que el protagonismo es el del Tribunal, nunca de los árbitros.

4.^a Hacer participar a los empresarios en los procesos arbitrales ajenos, fomentando su compromiso y valía como árbitros, peritos o asesores del Tribunal.

5.^a Realizar una tarea informativa y formativa para con los abogados, desterrando la idea de constituir una competencia para los mismos y, para ello, reconociéndoles su idoneidad, aptitud y eficacia y su papel en el arbitraje no sólo como Letrados de las partes contendientes, sino como árbitros que deberán desarrollar una actividad esencial o reglamentaria, e incluso en la redacción del laudo, con el objetivo de que los aspectos sustantivos y adjetivos queden perfectamente resueltos; en definitiva, mejorando el laudo y dificultando su eventual revocación ulterior.

Todo ello obligará a una reflexión sobre aspectos tales como la identidad de los árbitros únicos, la retribución del árbitro abogado o el voto de calidad o su presencia obligatoria.

En resumen, siendo justos con esta profesión, pero sin desmerecer al resto de árbitros y de considerar que la abogacía es clave para el éxito del arbitraje, en resumen, sin gremialismo alguno.

6.^a Fomentar la mediación por los Tribunales Arbitrales, destacando sus exigencias: capacidad de flexibilidad ante cada supuesto, lo que en absoluto puede identificarse con la simple buena voluntad; formación jurídica y psicológica y experiencia; y especialmente, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. En resumen, que los mediadores, al igual que en el arbitraje, sean profesionales especialmente formados.

7.^a Colaboración en la redacción de los denominados Pactos Parasociales y de Códigos de Conducta de los Administradores, especialmente en las pymes, empresas familiares y de la economía social, para facilitar la convivencia en la empresa y garantizar su futuro en materias como:

- relaciones entre socios mayoritarios y minoritarios, ejecutivos o capitalistas, familiares, etc.
- designación de cargos y otorgamiento de poderes, así como en las decisiones en materias estratégicas
- tratamiento, respecto de los socios, en supuestos como los de fallecimiento, invalidez, jubilación, etc.
- regulación del derecho preferente de adquisición de acciones y participaciones sociales en supuestos como los de la salida voluntaria del socio, en caso de conflicto o los descritos en el epígrafe anterior
- valoración de los títulos y formas de pago
- la contratación de familiares
- la designación de consejeros externos e independientes y tantas otras a las que el ejercicio profesional nos ha llevado en estos años de intensa actividad.

8.^a Sobre los árbitros, no limitarse a los conocimientos especializados, ni someterse reglamentariamente a la decisión o acuerdo de las partes, reiterando lo dicho a lo largo del presente escrito y, en concreto, para los mediadores en la sugerencia 4.^a anterior.

9.^a En resumen, consolidar y potenciar definitivamente el arbitraje, en el que no solamente creemos, sino al que profesionalmente consideramos el modo de resolución de conflictos más idóneo.