

Cláusulas ADR en códigos de conducta

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de octubre de 2020

Alandete Sánchez, Belén

ÍNDICE

[Cláusulas ADR en códigos de conducta](#)

[I. Introducción](#)

[II. El caso enjuiciado](#)

[III. Cláusula escalonada](#)

[IV. Libre reglamentación del procedimiento arbitral](#)

[Bibliografía](#)

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

Comentarios



Belén Alandete Sánchez

Asociada Senior del área de Derecho Procesal de Broseta

I. Introducción

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 19/2019, de 13 de octubre de 2020 (LA LEY 205027/2020) aborda un interesante supuesto de cláusula escalonada de resolución de conflictos, establecida en un código de conducta al que las partes se adhirieron en el seno de un sistema de contratación múltiple (*Multiple Listing Service*, o MLS) del ámbito inmobiliario.

Varios son los interrogantes que esta resolución suscita en relación con un sistema privado de autorregulación en el que un grupo de intereses convergen con tal de compartir sinergias dotándose de unas normas de carácter sustantivo y procesal para regir sus conductas. En el caso enjuiciado este sistema se concreta en el denominado *Multiple Listing Service*, por el cual unas empresas inmobiliarias se agrupan con el fin de compartir sus carteras inmobiliarias, ampliando así la oferta para sus clientes. En caso de que finalmente se cierre la operación, se reparten los honorarios al 50% entre el agente que aporta el inmueble, y el agente que ha cerrado el negocio con el cliente.

Este tipo de sistemas autorregulatorios suele dotarse de un código de conducta o código de ético, que tiene una naturaleza eminentemente privada y contractual, que resulta vinculante para las partes una vez han decidido adherirse al mismo. Así lo constata el TSJ de Cataluña, cuando afirma que la adhesión "*se inscribe dentro del principio de autonomía de la voluntad y resulta vinculante a todos los asociados*". La sentencia, pese a que no entra en su análisis, plantea el posible interrogante que puede surgir cuando dos empresas integrantes de una asociación o agrupación, en este caso un MLS, en el que se prevé un método de resolución de conflictos, a su vez tienen suscrito un contrato entre ellas en el que se prevé su propio método de resolución de conflictos, el cual no tiene por qué ser coincidente con el previsto por la asociación. Así, ¿cómo se debe proceder ante una concurrencia de convenios sobre la misma materia que pueden llegar a ser incluso incompatibles? ¿Cuál de ellos debe prevalecer?

Como decimos la sentencia analizada no profundiza en esta cuestión, si bien la resuelve de forma tácita. A mi entender, debería tener preferencia el sistema de resolución de conflictos previsto en el contrato, por el mero

principio de especialización. Las partes, para esa concreta relación jurídica han establecido los mecanismos a los que desean acogerse para resolver sus controversias, frente al sistema general previsto para todos los integrantes de la asociación. Por ello, entiendo que una vez ha surgido el conflicto, si la parte que invoca el inicio de un procedimiento de resolución opta por el previsto en el código de conducta, la contraparte podría invocar el carácter preferente de la cláusula prevista en el contrato.

Ahora bien, qué ocurre si la otra parte no se opone al mecanismo propuesto por el demandante, tal y como ocurre en el caso analizado en la sentencia. En ese caso, entendemos que tácitamente ha admitido someterse al procedimiento previsto en el código ético, sin que luego pueda invocar al final del procedimiento la incorrección del sistema finalmente seguido por las partes. El principio de buena fe y seguridad jurídica impone esta solución, pues, de otra forma se fomentaría un uso indebido y dilatorio de estas cláusulas, o conllevaría el indeseado resultado de dejar al arbitrio de una de las partes el mecanismo a utilizar por el mero hecho de no estar conforme con el resultado finalmente obtenido.

II. El caso enjuiciado

En el caso enjuiciado por el TSJ de Cataluña, las partes habían suscrito dos convenios arbitrales. El inserto en el propio contrato de colaboración inmobiliaria, que designaba la competencia del Tribunal Arbitral de Barcelona en caso de conflicto para administrar un arbitraje de equidad constituido por un solo árbitro; así como, el aceptado con posterioridad por ambas cuando tiempo después se adhirieron al código ético de la MLS. Y es que ambas formaban parte de dicha asociación lo que implicaba su adhesión al código ético de la misma, en el cual se facultaba al comité ético de la asociación a redirigir los conflictos entre sus agrupados a la mediación o a un arbitraje externo, que debe resolver en equidad en atención a lo alegado por las partes.

En concreto, el art. 18 del citado código ético disponía que el agrupado que tuviera algún conflicto con otro debía intentar de modo preferencia solucionarlo de "forma privada y confidencial". Una vez agotada esa vía, debía remitir a la gerencia del MLS su reclamación "debidamente fundamentada y de forma concreta, estructurada y documentada (si es posible)"; tras lo que aquella daba traslado al demandado para que "alegue por escrito todo lo que considere oportuno y aporte la prueba documental correspondiente" con posibilidad incluso de réplica y dúplica. Esa documentación se remitía con posterioridad al comité de ética o al árbitro externo para que resolviera en un plazo máximo de 7 días hábiles.

Una vez surgió el conflicto entre las partes, sin que la reclamación previa y directa a la contraparte surtiera efecto, la demandante remitió su reclamación a la asociación, en reclamación del 50% de los honorarios correspondientes a su intervención en una compraventa inmobiliaria, a la que se opuso motivadamente el demandado. Por su parte, la MLS remitió a las partes enfrentadas una copia del código ético a fin de garantizar que conocían el procedimiento de resolución de conflictos, y las exhortó a "hablar y arreglar" la controversia de forma amistosa, y además otorgó un plazo de 7 días hábiles al demandado para contestar "lo que considerara oportuno", lo que se tradujo en un escrito de alegaciones formulado por uno de los socios de la demandada. Con ello la Sala considera que las posiciones de cada parte quedaron debidamente fijadas, sin que en ese momento el demandado hubiera hecho objeción alguna al sistema de resolución de conflictos elegido por el demandante.

Dos son las causas de nulidad alegadas por el demandante: la falta de competencia objetiva del árbitro, así como la absoluta falta de reglamentación del procedimiento arbitral.

La cuestión relativa a la falta de competencia objetiva del árbitro el demandante la fundó en el art. 41.1º, apartados b (la parte no ha sido notificada de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o por cualquier razón no ha podido hacer valer sus derechos) y f (vulneración del orden público).

EL TSJ desestima los motivos. De entrada el Tribunal recuerda a la parte que la designación contraria a lo estipulado por las partes en el convenio debe ser denunciado por la vía del art. 42.1º, apartado d, de la LA.

Obrando en autos una comunicación electrónica remitida por el comité de ética, quien, tras haber recibido las alegaciones de cada una de las partes les informó de que había trasladado su controversia a un árbitro externo, identificándolo, la Sala aprecia que no hay tampoco vulneración del orden público al haberse notificado oportunamente la designación del árbitro a ambas partes.

Por lo que respecta a la ausencia de reglamentación del procedimiento arbitral, la demandante la basó en el

apartado b del art. 41.1º. LA, con cita en el art. 24 LA argumentando que no había existido un auténtico procedimiento contradictorio, al haberse realizado una mera disputa desestructurada, así como en los arts. 27 y 29, por no haberse notificado la demanda iniciadora del procedimiento arbitral causándole una grave indefensión al no haber sido conocedor de los fundamentos de la pretensión de la adversa.

La Sala tampoco acoge los argumentos esgrimidos por el demandante en este punto, en la medida en que la Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003) autoriza a las partes a convenir libremente el procedimiento conforme estimen oportuno siempre que se respete el principio de igualdad y contradicción. Y en defecto de pacto, es el árbitro quien con sujeción a la Ley dirige el procedimiento "del modo que considere apropiado" (art. 25.1º LA).

En un primer momento, el representante de la asociación trató que las partes se sometieran a una mediación interna o externa, pero ante su negativa, se les comunicó que remitiría las actuaciones al árbitro externo de la asociación, dándoles la posibilidad de ampliar sus alegaciones, junto con una transcripción del texto íntegro del sistema de resolución de conflictos regulado en el código ético. A lo cual ambas partes se avinieron, sin objetar nada respecto del procedimiento, ni tampoco respecto de la designación realizada del árbitro externo.

Todo ello lleva a la Sala a concluir que el procedimiento seguido "se ajustó por completo a la reglamentación convencional aceptada por las partes y revela un respecto escrupuloso tanto del principio de igualdad como de contradicción, dado que las partes pudieron fijar motivadamente sus respectivas posiciones y apoyarlas en la prueba que tuvieron por conveniente".

III. Cláusula escalonada

Como vemos la sentencia acoge un caso de cláusula escalonada o 'multi-tiered clause'. Es decir, una vez las partes decidieron someterse al mecanismo de resolución de conflictos establecido en el código ético, estaban compelidos a seguirlo. Y en él se instaba a las partes enfrentadas a intentar, en una primera fase, una mediación, para posteriormente, si ésta no era fructuosa acudir al arbitraje.

La sentencia no aporta mucha información del proceso exacto que los implicados debían seguir, pero sí parece que estamos ante una variante de la clásica cláusula med-arb. Como es sabido en este tipo de cláusulas lo habitual es que el propio mediador ejerza, a su vez de árbitro, si la mediación no surte efecto. Por el contrario, en el presente caso, todo parece indicar que la persona encargada de conducir a las partes a ese eventual acuerdo no fue con posterioridad el árbitro que finalmente conoció del arbitraje.

Para que este tipo de cláusulas híbridas funcionen es absolutamente necesario contar con la buena fe de las partes, las cuales deben tener y mostrar una voluntad real de querer alcanzar un acuerdo

Esta tipología de cláusula med-arb no sólo es posible en nuestro ordenamiento jurídico, sino que muchos autores (1) se muestran incluso partidarios de ellas, dado que eliminan de la ecuación la crítica por antonomasia de este tipo de cláusulas: la supuesta pérdida de imparcialidad y objetividad que debe existir en todo árbitro, al haber tenido conocimiento del conflicto con carácter previo al arbitraje. En efecto, una de las principales críticas que la cláusula med-arb, en su configuración clásica suele recibir, es el riesgo de que el mediador incurra en una parcialidad eventualmente adquirida durante la primera fase que con posterioridad influya en la dirección del procedimiento arbitral o en el propio laudo. Incluso puede ser contraproducente también en la misma fase de la mediación, al poder las

partes sentirse coaccionadas a aceptar un acuerdo si aprecian en el mediador algún tipo de sesgo, posicionamiento o empatía en pro de alguna de las partes en conflicto.

Ahora bien, para que este tipo de cláusulas híbridas funcionen es absolutamente necesario contar con la buena fe de las partes, las cuales deben tener y mostrar una voluntad real de querer alcanzar un acuerdo. De lo contrario, no sólo las ventajas de estas cláusulas escalonadas no se logran, sino que se produce el efecto adverso al convertirse en fórmulas meramente dilatorias.

En el caso enjuiciado por el TSJ de Cataluña no parece que existiera esa voluntad seria de las partes de someterse al proceso de mediación establecido preferentemente por el código de conducta. Consta que la gerencia de la asociación las instó a "hablar y arreglar" el conflicto, pero según se desprende de la sentencia ninguna de las partes estuvo dispuesta. En esos casos, lo más conveniente, en efecto, era pasar sin más a la siguiente fase del arbitraje, tal y como procedió la MLS. De otra forma, la mediación se hubiera convertido en mera coacción o imposición, sin que

tampoco se hubiera evitado finalmente el arbitraje.

IV. Libre reglamentación del procedimiento arbitral

Tal y como apunta Martínez Pallarés (2) , el arbitraje siempre se ha caracterizado, como una alternativa jurisdiccional, por una mayor sencillez, flexibilidad y confidencialidad de sus trámites, así como rapidez en su resolución, y especialización de los árbitros, pero lo cierto es que el arbitraje ha evolucionado de tal forma que, con carácter general, difícilmente se reconoce la institución bajo esas características; ni el proceso arbitral es tan sencillo, flexible o rápido, ni la neutralidad, competencia y especialización de los árbitros está tan claramente determinada.

El arbitraje institucional, sin duda, ha contribuido no solo a dar a conocer esta institución, sino a dotarles en gran medida de seguridad jurídica, al ofrecer a las partes modelos de convenios arbitrales que contribuyen a reducir el riesgo de incurrir en una cláusula patológica, así como al permitirles conocer de antemano el procedimiento arbitral preestablecido que en caso de conflicto se seguiría, en los que los principios de igualdad y contradicción están bien asegurados. Lo que a su vez, sin duda, contribuye a disminuir el riesgo de una ulterior impugnación del laudo.

Ahora bien, en ocasiones, se incurre en una excesiva y rígida reglamentación del procedimiento, que puede conllevar la alteración de algunas de las características intrínsecas del arbitraje ya apuntadas. Máxime cuando la tipología de conflicto existente no requiere de ese profuso conjunto de reglas, dificultando con ello su resolución o postergándola en el tiempo innecesariamente. En este punto, el TSJ de Cataluña recuerda una importante lección que no conviene olvidar: no es necesario, ni apropiado, llevar a cabo una compleja reglamentación del procedimiento arbitral, sino que basta con que el mismo sea escrupulosamente respetuoso con los principios de igualdad y contradicción de las partes, y sea fruto del principio de la autonomía de la voluntad (3) . Solo así se conseguirá dar el impulso necesario al arbitraje, dotando de realidad algunas de sus notas esenciales: flexibilidad, rapidez y sencillez.

Bibliografía

- AUSTIN, A.D., "Real Estate Boards and Multiple Listing Systems as restraints of trade", *Columbia Law Review*, nº 70, 8, 1970, pp. 1325-1364.
- FERNÁNDEZ BAÑOS, J., "La indebida utilización de códigos de conducta y su incumplimiento como actos de explotación de la reputación ajena", *LA LEY mercantil*, Nº 42, Sección Competencia y distribución, Doctrina, Diciembre 2017.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9 (1), 2017, pp. 99-124.
- GÓMEZ JENE, M., "El convenio arbitral: Statu Quo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9 (2), 2017, pp. 7-38.
- GONZÁLEZ-BUENO, C., "Garantías procesales en el arbitraje de equidad", *LA LEY mercantil*, nº 35, Sección Arbitraje mercantil, abril 2017.
- LALAGUNA HOLZWARTH, M., "La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales" *LA LEY mediación y arbitraje*, nº 4, Sección Doctrina, 2020.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., "El arbitraje ha muerto, ¡Viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC", *Práctica de Tribunales*, nº 149, marzo-abril 2021.
- SASTRE IBARRETXE, R., "Perfiles difusos en el marco de la ADR: entre la mediación y la negociación" *Trabajo y Derecho*, nº 8, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales, 2018.
- VALIÑO CES, A., "Acerca del método híbrido o Med-Arb: otra forma de resolver los conflictos» *Diario La Ley*, Nº 9469, Sección Tribuna, 3 de Septiembre de 2019.

(1) M. Lalaguna Holzwarth, "La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales", *LA LEY mediación y arbitraje*, nº 4, Sección Doctrina, 2020.

(2) J.I. Martínez Pallarés, "El arbitraje ha muerto, ¡Viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC", *Práctica de Tribunales*, nº 149, 2021.

- (3) STC nº 17/2021, de 15 de febrero de 2021 (LA LEY 2403/2021) concreta todavía más los requisitos que debe reunir el procedimiento libremente establecido por las partes, el cual deberá respetar las garantías fundamentales, "*como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba*".
-