

Mètodes alternatius de resolució de conflictes Arbitratge i mediació

Irene Arranz, Cristina Madrigal,
Marc Maestre i Ramon Tena



CAMPUS



MÈTODES ALTERNATIUS DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES: ARBITRATGE I MEDIACIÓ

**Irene Arranz
Cristina Madrigal
Marc Maestre
Ramon Tena**



Mètodes alternatius de resolució de conflictes: arbitratge i mediació

Irene Arranz, Cristina Madrigal, Marc Maestre i Ramon Tena

Coordinació editorial: Univers Bertrana / Universitat d'Andorra

Disseny i compaginació: A-tracció-A

Imatge de la coberta: escultura de Luigi Terruggi (foto: Celia Guitián)

Disseny de la col·lecció: Pere Moles

Impressió: Impremta Envalira

Dipòsit legal: AND.247-2025

ISBN: 978-99920-3-509-2

© Universitat d'Andorra

Plaça de la Germandat, 7 / AD600 Sant Julià de Lòria (Andorra)

www.uda.ad

Primera edició: juny 2025



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, distribució i comunicació pública sempre que se'n citi l'autor i no se'n faci un ús comercial. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Irene ARRANZ

Experta en arbitratge internacional, pràctica que exerceix en despatx privat des de fa més de quinze anys. És autora de nombroses publicacions en la matèria. Llicenciada en Dret (2009) i en Administració i Direcció d'Empreses per la Universitat Pompeu Fabra (2011). És vicepresidenta de la Comissió d'Arbitratge de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. Col·labora amb la Universitat d'Andorra com a docent.

Cristina MADRIGAL

Va exercir com a advocada a Barcelona i actualment és sòcia directora del despatx Capdevila Kinder Madrigal al Principat d'Andorra. Col·labora amb la Universitat d'Andorra com a docent. Llicenciada en Dret per la Universitat de Barcelona. Ha cursat el curs superior en Tributació i Assessoria Fiscal al Centre d'Estudis Financers, els postgraus en Dret Andorrà i en Mediació a la Universitat d'Andorra, i el curs d'especialització en Mediació Mercantil, Civil i Concursal a la Universitat Oberta de Catalunya.

Marc MAESTRE

Fundador del despatx d'advocats que porta el seu nom des de l'any 2005, és membre del Ple i del Consell Arbitral del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra. Entre altres activitats, col·labora amb la Universitat d'Andorra com a docent.

Màster en Dret i màster en Administració Econòmica i Social, branca Administració i Gestió d'Empreses, ambdós per la Universitat Tolosa 1 Capitoli. Ha cursat un màster especialitzat en Dret de Negocis Internacionals i Management a l'escola de negocis ESSEC de París. Finalment, ha cursat el grau de Medicina per la Universitat de Barcelona, campus Clínic.

Ramon TENA

És mediador i consultor en resolució de conflictes. Llicenciat en Ciències Polítiques i de l'Administració. Màster en Estudis Diplomàtics (2005) i en Resolució de Conflictes (2009). Com a membre de l'equip de consultors del Consell d'Europa, des del 2014 lidera intervencions europees en l'àmbit dels drets humans, la transformació de conflictes i la construcció de la pau, sobretot amb joves. Va impulsar el postgrau en Mediació a la Universitat d'Andorra (2014) i n'ha estat un dels coordinadors acadèmics. És formador de mediadors a Andorra, Armènia, Espanya i França. Ha estat fundador i forma part de la junta de l'Associació de Mediadors d'Andorra. És fundador i director de Dialoga.

Taula de contingut

MÒDUL I. L'ARBITRATGE

1. Introducció a l'arbitratge
 - 1.1. Fonts de l'arbitratge
 - 1.1.1. Arbitratge en dret romà
 - 1.1.2. Arbitratge en l'època medieval
 - 1.1.3. Fonts internes
 - 1.1.4. Fonts internacionals
 - 1.2. Diferències amb altres mètodes alternatius de resolució de controvèrsies
 - 1.3. Avantatges i inconvenients
 - 1.4. Principis rectors de l'arbitratge
 - 1.5. Categories d'arbitratge
 - 1.6. Conceptes clau
 - 1.6.1. Seu de l'arbitratge
 - 1.6.2. *Lex arbitri*
 - 1.6.3. Legislació monista/dualista en matèria d'arbitratge
 - 1.6.4. Principi de Kompetenz-Kompetenz
 - 1.7. La interacció entre arbitratge i jurisdicció estatal
 - 1.8. El paper de les institucions arbitral
2. L'arbitratge abans que comenci el procediment contradictori
 - 2.1. El concepte d'arbitrabilitat
 - 2.2. El caràcter internacional de l'arbitratge
 - 2.3. El conveni d'arbitratge
 - 2.3.1. Requisits de forma del conveni arbitral
 - 2.3.2. Contingut del conveni d'arbitratge
 - 2.3.3. Control de validesa del conveni d'arbitratge
 - 2.3.4. Extensió del conveni a tercers no signataris
 - 2.3.5. L'extinció o mort de la part i la continuació de l'arbitratge
 - 2.3.6. La declinatòria
 - 2.4. L'inici de l'arbitratge
 - 2.5. El nomenament i la recusació d'àrbitres
 - 2.5.1. Capacitat per a ser àrbitre

- 2.5.2. Nomenament dels àrbitres
 - 2.5.3. Recusació dels àrbitres
- 2.6. El mandat i la responsabilitat dels àrbitres
 - 2.6.1. La immunitat dels àrbitres
 - 2.6.2. Deures d'independència i d'imparcialitat
 - 2.6.3. Obligacions i drets de l'àrbitre
 - 2.6.4. Responsabilitat dels àrbitres i de les institucions arbitral
 - 2.6.5. El paper del secretari del tribunal arbitral
- 2.7. La fixació del marc de la controvèrsia, el calendari i les regles processals
- 3. El desenvolupament del procediment contradictori
 - 3.1. Els principis processals
 - 3.1.1. Igualtat, audiència i contradicció
 - 3.1.2. Llibertat, flexibilitat i celeritat
 - 3.1.3. Litispendència en l'arbitratge
 - 3.1.4. Arbitratge i prejudicialitat
 - 3.1.5. La possible bifurcació del procediment
 - 3.1.6. Actes de comunicació i còmput de terminis
 - 3.1.7. El risc de les pràctiques processals abusives: 'guerrilla tactics'
 - 3.2. La demanda i la contesta
 - 3.3. La fase probatòria
 - 3.3.1. La proposició i admissió de prova
 - 3.3.2. La pràctica de la prova
 - 3.3.3. Les inferències negatives
 - 3.3.4. L'assistència judicial en la pràctica de prova
 - 3.4. Les mesures cautelars i les ordres preliminars
 - 3.4.1. La competència concurrent i alternativa d'àrbitres i tribunals ordinaris
 - 3.4.2. Els tipus de mesures cautelars i els requisits per adoptar-les
 - 3.4.3 L'execució de les mesures cautelars
 - 3.4.4. Les ordres preliminars
 - 3.4.5. Costes i danys i perjudicis
 - 3.4.6. Dos tipus especials de mesures: les 'anti-suit injunctions' i les 'security for costs'

3.5. El laude

- 3.5.1. Normes aplicables al fons de la controvèrsia
- 3.5.2. Tipus de laudes
- 3.5.3. Adopció de decisions col·legiades
- 3.5.4. Forma, contingut i termini del laude
- 3.5.5. La motivació dels laudes
- 3.5.6. La rellevància de la congruència
- 3.5.7. Les costes
- 3.5.8. Correcció, aclariment, complement i rectificació de l'extralimitació del laude

4. Actuacions posteriors a la finalització del procediment

- 4.1. L'acció d'anul·lació del laude
 - 4.1.1. La naturalesa de l'acció
 - 4.1.2. Les causes de nul·litat
 - 4.1.3. Termini i procediment
 - 4.1.4. La possibilitat de reenviament
 - 4.1.5. La nul·litat de laudes dictats en arbitratges internacionals
- 4.2. El reconeixement del laude
 - 4.2.1. Efectes del reconeixement
 - 4.2.2. Causes de denegació del reconeixement
 - 4.2.3. Procediment de reconeixement
- 4.3. L'execució del laude
- 4.4. La revisió del laude

5. Tipus especials d'arbitratge i arbitratge en dret comparat

- 5.1. L'arbitratge de consum
- 5.2. L'arbitratge estatutari
- 5.3. L'arbitratge testamentari
- 5.4. L'arbitratge de l'esport
- 5.5. Arbitratge en dret comparat
 - 5.5.1. L'ordenament francès: articles 1442-1527 del Codi de Procediment Civil
 - 5.5.2. L'ordenament suís: articles 176-194 de la Llei de dret internacional privat
 - 5.5.3. L'ordenament britànic: l'"Arbitration Act" de 1996

MÒDUL II. LA MEDIACIÓ

6. Fonaments de la mediació

- 6.1. Inici i evolució
- 6.2. La mediació, el nou canvi de paradigma social i econòmic
 - 6.2.1. El necessari canvi de paradigma social i econòmic
 - 6.2.2. La mediació com a nou canvi de paradigma
- 6.3. Els valors de la mediació
 - 6.3.1. Els valors de les parts
 - 6.3.2. Els valors que promou la mediació
- 6.4. Llei de mediació a Andorra
- 6.5. Marc europeu de la mediació

7. Les persones davant el seu conflicte

- 7.1. Reaccions al conflicte
- 7.2. Eines – estratègies per explicar la mediació
 - 7.2.1. Eines per al foment de la mediació
 - 7.2.2. Comunicació i estratègies per explicar la mediació.
- 7.3. El paper de l'advocat en un procediment de mediació

8. Elements i processos per a la resolució de conflictes

- 8.1. El conflicte en positiu
- 8.2. L'anàlisi del conflicte: context, persones, mètodes d'avaluació i processos
- 8.3. Els interessos
 - 8.3.1. L'iceberg del conflicte
 - 8.3.2. Mètodes ràpids d'anàlisi de conflictes
 - 8.3.3. Aproximacions a la gestió de conflictes
- 8.4. Procediments per a la resolució de conflictes: els mètodes Alternatius de Resolució de Conflictes (ADR)
- 8.5 Tipus de mediació
- 8.6. Preparant la mediació
 - 8.6.1. Obtenir informació preliminar
 - 8.6.2. Construir confiança i credibilitat
 - 8.6.3. Obtenir el compromís de les parts
 - 8.6.4. El diagnòstic de mediabilitat
 - 8.6.5. Quin poder tenen les parts?
 - 8.6.6. Habilitats de comunicació, emocional i de negociació

- 8.7. Reunió inicial o sessió informativa
- 8.8. Disseny del procés
 - 8.8.1. Etapa 1. Què veniu a fer? La presentació de la mediació
 - 8.8.2. Etapa 2. Què passa? La presentació de les parts
 - 8.8.3. Etapa 3. Què volen les parts? Identificació d'interessos i necessitats
 - 8.8.4. Etapa 4. Comencem a negociar: creant opcions
 - 8.8.5. Etapa 5. Redacció de l'acord i tancament de la mediació
- 9. Estratègies i habilitats del mediador
 - 9.1. Les sessions individuals o caucus
 - 9.2. La comediació
 - 9.3. L'ús de l'espai físic
 - 9.3.1. La sala de mediació
 - 9.3.2. Complementos
 - 9.3.3. La taula: formes de seure
 - 9.3.4. La pissarra
 - 9.3.5. Canvi d'escenari
 - 9.4. Empatia
 - 9.5. Intel·ligència emocional
 - 9.6. Autoconeixement
 - 9.7. Preguntes obertes
 - 9.8. Escolta activa
 - 9.9. Assertivitat
 - 9.10. L'agent de realitat
 - 9.11. La mediació en línia
 - 9.11.1. Avantatges de la mediació en línia
 - 9.11.2. Desavantatges de la mediació en línia
 - 9.12. Altres tècniques
 - 9.12.1. Pluja d'idees
- 10. Mediació civil, mercantil i familiar
 - 10.1. Característiques de cada tipologia
- 11. Documents del procés de mediació
 - 11.1. Acta d'inici de la mediació
 - 11.1.1. Acord per mediar senzill

11.1.2. Acord per mediar amb acord de confidencialitat

11.2. Actes de seguiment

11.3. L'acord de mediació

12. Execució dels acords de mediació

MÒDUL I. L'ARBITRATGE

Irene Arranz

Marc Maestre

1. Introducció a l'arbitratge

En aquest mòdul es tractarà la matèria d'arbitratge, enfocat en la jurisdicció del Principat, però també, quan s'escaigui, amb referències a la pràctica en altres jurisdiccions (en la mesura en què la matèria és, en l'actualitat, eminentment supraestatal).

Alguns aspectes del procediment es tracten des de diferents perspectives, complementàries entre si.

Les referències que es fan a la Llei, excepte que es digui el contrari, s'hauran d'entendre fetes a la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra. D'altra banda, si no es fa referència en concret a cap norma, s'entén que es fa a la Llei d'arbitratge del Principat.

Igualment, es fan referències al Reglament del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra (TAPA), en la mesura en què és la primera institució arbitral del Principat.

1.1. Fonts de l'arbitratge

Les fonts històriques de l'arbitratge es remunten a l'antiguitat, quan ja s'utilitzava com a mètode per resoldre diferències en diverses societats. Algunes de les fonts històriques de l'arbitratge són:

- Arbitratge en el dret romà: El sistema jurídic romà va tenir un paper important en el desenvolupament de l'arbitratge. Els romans sovint utilitzaven àrbitres anomenats *judices* per resoldre litigis civils i comercials. Aquests àrbitres eren triats per les parts i la seva decisió era generalment vinculant.
- Arbitratge a les societats medievals: Durant el període medieval, l'arbitratge era àmpliament utilitzat per resoldre conflictes. Els àrbitres, sovint membres respectats de la comunitat, eren designats per resoldre les diferències entre les parts. El seu paper era similar al d'un jutge, i la seva decisió era considerada executòria.
- Lleis comercials i marítimes: En el context de les activitats comercials i marítimes, ja des de fa segles existeixen sistemes d'arbitratge informals. Comerciants i navegants recorrien a àrbitres per resoldre litigis comercials i marítimes, tenint en compte els costums i usos del comerç.

- Costums i tradicions locals: En moltes societats, els costums i les tradicions locals han tingut un paper en la resolució de diferències a través de l'arbitratge. Pràctiques informals d'arbitratge s'utilitzaven sovint per resoldre conflictes dins de les comunitats, basant-se en normes socials i regles establertes.

Amb el temps, aquestes diverses fonts històriques han influït en el desenvolupament de l'arbitratge modern tal com el coneixem avui dia. Els principis fonamentals de l'arbitratge, com la selecció dels àrbitres per part de les parts i el reconeixement de la decisió arbitral, han estat heretats d'aquestes tradicions antigues.

1.1.1. Arbitratge en dret romà

En el dret romà, els arbitratges es feien a través d'un procés anomenat *iudicium arbitrale*. Aquest procés era utilitzat per resoldre diferències i disputes entre les parts sense haver de recórrer als tribunals oficials.

El funcionament dels arbitratges en el dret romà era el següent:

- Selecció d'àrbitres: Les parts en conflicte seleccionaven una o més persones com a àrbitres per resoldre la seva disputa. Els àrbitres podien ser persones respectades, amics de les parts o experts en la matèria en qüestió. Les parts acordaven l'autoritat dels àrbitres per emetre una decisió vinculant.
- Procés de l'arbitratge: L'arbitratge es feia en presència dels àrbitres triats. Les parts presentaven els seus arguments i evidències davant dels àrbitres per defensar les seves posicions. Els àrbitres escoltaven els arguments de les parts i feien preguntes per entendre millor el cas.
- Decisió arbitral: Un cop escoltats tots els arguments i revisades les proves presentades, els àrbitres emetien la seva decisió. Aquesta decisió era coneguda com a *sententia arbitralis* i era vinculant per a les parts. S'havia de complir i executar la decisió dels àrbitres.
- Reconeixement i execució: La sentència arbitral es podia executar directament entre les parts sense haver de recórrer als tribunals oficials. Tanmateix, si una de les parts no complia la decisió arbitral, l'altra part podia acudir als tribunals per forçar l'execució de la sentència.

En general, els arbitratges en el dret romà eren una forma privada de resoldre disputes. L'autoritat i la decisió requeien en els àrbitres triats per les parts. Aquest procés proporcionava una alternativa als tribunals oficials i

permetia a les parts resoldre les seves diferències amb la intervenció d'un tercer imparcial.

1.1.2. Arbitratge en l'època medieval

L'arbitratge durant l'època medieval tenia algunes característiques específiques, encara que els procediments podien variar en funció del lloc i l'època concreta. En termes generals, l'arbitratge funcionava, durant aquesta època, de la manera següent:

- Selecció d'àrbitres: Les parts en conflicte triaven una o diverses persones com a àrbitres per resoldre el seu litigi. Aquestes persones podien ser membres respectats de la comunitat, persones de confiança o experts en la matèria en qüestió. Sovint, les parts escollien àrbitres que consideraven justos i imparcials.
- Procediment d'arbitratge: L'arbitratge es feia en presència dels àrbitres triats. Les parts tenien l'oportunitat de presentar els seus arguments, testimonis i altres proves per defensar les seves posicions. Els àrbitres escoltaven les parts, interrogaven els testimonis i analitzaven les proves presentades per prendre una decisió informada.
- Decisió arbitral: Després de considerar tota la informació presentada, els àrbitres emetien una decisió que s'ajustava a la seva interpretació de la justícia. Aquesta decisió, coneguda com a *laude arbitral* o *sentència arbitral*, era vinculant per a les parts. Es considerava que les parts havien acordat subjectar-se a l'autoritat dels àrbitres i acceptar la seva decisió.
- Execució i compliment: En general, les parts acceptaven i complien la decisió arbitral, ja que el respecte per l'autoritat i la reputació dels àrbitres tenien un paper important en aquesta època. No obstant això, si una de les parts no complia la decisió, l'altra part podia recórrer a l'ajuda de les autoritats locals o dels tribunals per fer complir l'arbitratge.

En resum, l'arbitratge a l'època medieval era un mecanisme de resolució de conflictes que es basava en la selecció d'àrbitres imparcials i respectats per les parts en conflicte. Aquests àrbitres escoltaven les parts, analitzaven les proves i emetien una decisió vinculant. El respecte per la decisió arbitral i l'obligació de complir-la estaven fonamentats en la reputació i l'autoritat dels àrbitres triats.

1.1.3. Fonts internes

Tot i que l'arbitratge sigui una forma privada de justícia, que evita el recurs als tribunals estatals per resoldre certs conflictes, l'Estat ha dictat regles que organitzen i estableixen les bases sobre les quals es pot dur a terme aquest mètode de resolució de conflictes i quins són els seus límits.

A Andorra s'ha reconegut històricament l'existència dels procediments arbitral. Ja n'hi ha referències al *Manual Digest* (capítol VI):

Pero se deu advertir; que los Batlles deuen procurar que las parts no pleidegin, sinos, que se Compongan, y no tingan Verbal, o que deixen sas Questions a declaració de Arbitres, Cedint los Batlles per lo amor ala quietud, y be publich cedir asos particulars interesos, que tindrian enlas declaracions, y sas Sequelas.

El Digest ja preveia que es facilités i s'incités les parts a recórrer a l'arbitratge, entenent aquest procediment com una via menys traumàtica per a la resolució de conflictes entre particulars.

No podem oblidar que ja el segon Pareatge de 1288,¹ fundacional del Principat d'Andorra, pren forma d'un arbitratge, en què els senyors Ramon d'Urtx i Guillem Ramon de Josa, actuant en qualitat «d'àrbitres, jutges o amigables componedors», resolen i clarifiquen certs aspectes continguts en el Pareatge de 1278.

D'altra banda, i si ens remetem a temps més contemporanis, podem veure que un aute de 22 de desembre de 1953² ja remarca els «avantatges de l'arbitratge privat, institució regulada per la Constitució de Justinià (Dig. 4,8 i Cod. 2.56) i les Constitucions de Catalunya i aconsellada pel *Manual Digest* i el *Polítar Andorrà*».

No és fins a l'any 2015 que Andorra promulga una llei específica referent a l'arbitratge com ho és la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.³ Aquesta norma és moderna i completa i opta pel model dualista (regula, d'una banda, l'arbitratge nacional i, de altra, l'internacional). El contingut d'aquesta norma serà àmpliament estudiat en els apartats següents. Tot i així, els Tribunals Andorrans han acceptat aquest mode de resolució de conflictes, i així en fa un breu resum la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, en la seva sentència de data 20 de juny de 2019:

1 Vegeu https://ca.wikipedia.org/wiki/Pareatge_d%27Andorra_de_1288.

2 Vegeu aute de 29 de setembre de 1994 del Tribunal Superior de Justícia (199 any 1994).

3 Publicada al BOPA núm. 4 de 21 de gener de 2015.

TERCER.- L'arbitratge d'equitat. La llei d'arbitratge i la jurisprudència del Tribunal i del Tribunal Constitucional.

Abans de l'entrada en vigor de la llei 47/14 d'arbitratge al Principat, aquest Tribunal ja havia tingut ocasió de fer pronunciament a l'existència de tal mode alternatiu de resoldre els conflictes que ja era tradició a casa nostra (a través de capítols matrimonials i testaments) i que troba la seva arrel en el Digest, com recorda l'exposició de motius de la Llei.

Per exemple, podem citar els següents Autes:

ATSJC 15.9.05 078/05

“.....

Per altra part, a criteri d'aquest Tribunal, no existeix vulneració del dret a la jurisdicció, segons l'article 10 CA, tota vegada que l'arbitratge constitueix una opció a la tutela que proporciona la jurisdicció ordinària, de manera que les parts opten per sotmetre a la decisió d'un tercer/s la resolució de la controvèrsia, a través de la prèvia acceptació d'un conveni arbitral. En aquest sentit, existent el conveni i la submissió a l'arbitratge, el litigi s'ha de dirimir pel laude que posarà fi al procés arbitral i, en aquest sentit, formen part del mateix les exigències de nomenament d'àrbitres i de capacitat dels mateixos. Aleshores, si les parts han de procedir al nomenament dels mateixos i assoleixen l'acord es podrà instar el nomenament judicial dels mateixos, però no dins de l'òrbita d'una fase d'execució d'una resolució que acull l'excepció de manca de jurisdicció, sinó en el procés arbitral i com un recurs a la jurisdicció per a fer possible el mateix en cas de discrepància o manca d'acord per les parts. És per això que no es pot convenir amb la part recurrent en l'existència de vulneració del dret a la jurisdicció ni de la condemna a la peregrinació judicial, tota vegada que ja han restat suficientment expressades les raons que impedeixen resoldre aquesta qüestió mitjançant una demanda d'execució.”

STJC 27.1.00 TSJC 105/99

“.....

Aquest pacte constitueix una clàusula d'arbitratge, és a dir, que es tracta d'una opció jurisdiccional lliurament pactada i acceptada, alternativa a la tutela judicial efectiva de l'article 10 de la Constitució que impedeix als Tribunals entrar a conèixer del fons de la matèria concretament sotmesa al pronunciament arbitral que expressament ha estat reservada al coneixement del o dels àrbitres, i això sense perjudici de que la jurisdicció pública es reserva el dret de controlar l'estructura formal del laude arbitral, en quan al respecte dels principis bàsics processals i els drets fonamentals que tenen una vigència total i absoluta.”

És a dir, que distingeix el Tribunal l'opció d'acudir a la via jurisdiccional (art. 10 de la Constitució, dret a un judici just) de la via alternativa de que fossin altres persones alienes al poder judicial (fins i tot podien ser alienes al dret) les que, per voluntat dels afectats, resolgessin les seves controvèrsies.

I aquesta línia també es reflecteix en el Tribunal Constitucional quan en la seva STC 13.1.14 2013-25 i 26-RE diu:

“Els àrbitres no són jutges i, a més de l'inconvenient del caràcter no jurisdiccional de les decisions arbitrals, utilitzar aquesta via equival a renunciar a l'obtenció d'una decisió jurisdiccional pronunciada per una jurisdicció instituïda per la llei. En el cas del Principat d'Andorra, això va manifestament en contra del dret a la jurisdicció tal com està definit a l'article 10 de la Constitució, ja que en els seus propis termes el dret a la jurisdicció és, en particular, el dret a un procés substanciat per un tribunal (...) predeterminat per la Llei.

I en l'Aute d'aquest Tribunal de 27.1.14 TSJC 034/08 es pot llegir:

“Aquest primer greuge o motiu ha de ser refusat. En efecte, el dret a la jurisdicció, contingut a l'article 10 de la Constitució, garanteix l'accés a la justícia i el dret dels ciutadans a obtenir una resposta dels òrgans judicials envers les pretensions que adequadament sotmetin al seu coneixement, així com el dret dels litigants a ésser tractats amb igualtat i amb ple respecte al principi de contradicció i de defensa. Però aquest dret a la jurisdicció no obsta que els ciutadans puguin pactar el recurs a l'obtenció d'una decisió a les seves controvèrsies al marge de la jurisdicció pública, mitjançant el sotmetiment a arbitratge. I des d'aquest punt de vista, el sotmetiment a arbitratge d'una controvèrsia no es pot comparar amb criteris garantistes o de contingut amb la jurisdicció pública. És a dir, per molt que la qüestió a resoldre sigui netament jurídica o que el procés judicial pugui oferir a les parts més mecanismes de defensa i pugui proporcionar, segons els criteris que s'emprin per a valorar-ho, una major tutela, el recurs a l'arbitratge mitjançant una clàusula arbitral, excepte en aquelles qüestions que resten vetades al coneixement de la jurisdicció arbitral, s'ha de respectar pels òrgans judicial com un mecanisme alternatiu de solució als conflictes i controvèrsies entre els ciutadans. Per tant, si analitzada la validesa de la clàusula i l'àmbit competencial de l'arbitratge el resultat és positiu, els òrgans judicials han de declinar la seva jurisdicció front a l'arbitratge, sense que les consideracions sobre el caire més garantista de la jurisdicció pública pugui conduir a una altra solució.”

Això ve a tomb perquè sorprèn a la Sala que l'únic fonament de la demanda d'anul·lació articulada pel Sr. M. C. R. sigui la suposada infracció de l'article 10 de la Constitució (dret a un judici just) i en canvi, no recull cap dels supòsits en els quals excepcionalment un Tribunal, concretament aquest, pot anul·lar un arbitratge. Són motius taxats i tancats per raó de forma i poden ser aportats per les parts o bé d'ofici pel Tribunal. Resulta convenient recordar aquests supòsits:

Article 56 L'acció d'anul·lació

1. Contra el laude arbitral definitiu, total o parcial, només es pot exercir l'acció d'anul·lació davant la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia conforme als apartats 2 i 3.

2. El laude arbitral només pot ser anul·lat per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia quan:

a) La part que interposi l'acció de nul·litat al·legui i provi que:

i. una de les parts del conveni d'arbitratge estava afectada per alguna incapacitat en el moment d'atorgar el conveni, o que el conveni no és vàlid segons el dret a què les parts s'han sotmès o, si res s'hagués indicat a aquest respecte, segons el dret andorrà; o ii. no ha sigut degudament notificada la designació dels àrbitres que componen la junta arbitral o de les actuacions arbitral o no ha pogut, per qualsevol altra raó, fer valdre els seus drets; o iii. el laude es refereix a una controvèrsia no prevista en el conveni d'arbitratge o conté decisions que excedeixen els termes del conveni; no obstant això, si les disposicions del laude que es refereixen a les qüestions sotmeses a l'arbitratge poden separar-se de les que no ho estan, només es poden anular les últimes; o iv. la composició de la junta arbitral o el procediment arbitral no s'han ajustat a l'acord entre les parts, llevat que aquest acord estigui en conflicte amb una disposició imperativa de la Llei o, a falta d'aquest acord, no s'han ajustat a la Llei; o

b) El Tribunal Superior, d'ofici o a instància del Ministeri Fiscal amb relació als interessos la defensa dels quals li està legalment atribuïda, comprovi que:

i. segons el dret aplicable a l'arbitratge, l'objecte de la controvèrsia no és arbitrable; no obstant això, si les disposicions del laude que es refereixen a les qüestions sotmeses a l'arbitratge poden separar-se de les que no ho estan, només es poden anular les primeres; o

ii. el laude és contrari a l'ordre públic del Principat d'Andorra.

Els dos motius anteriors poden ser apreciats pel Tribunal Superior quan resolgui una acció d'anul·lació exercida per alguna de les parts.

3. L'acció d'anul·lació s'ha d'exercir dins el termini de tres mesos comptats des de la data de notificació del laude o, en els casos previstos a l'article 54, des de la data de notificació de la resolució o des de l'expiració del termini per a adoptar-la.”

Això significa la importància que el nostre legislador (en la línia de la legislació del nostre entorn geogràfic) ha volgut respectar la voluntat dels ciutadans que decideixen que sigui una altra institució (la de l'Arbitratge) que posi fi a les seves discrepàncies, en aquelles matèries de les quals en poden disposar.

I és que a més de respectar la voluntat dels ciutadans (que s'inclou en el principi de llibertat civil de llarga tradició en el nostre dret civil), el legislador ha sabut recollir i explicitar els avantatges d'aquest mode alternatiu de resolució de conflictes (celeritat, flexibilitat, procediment més àgil a gust de les parts, privacitat, idoneïtat de l'àrbitre recollits en l'article de la Llei) però, com ja hem vist abans, les garanties processals (com el recurs contra la denegació de proves, per exemple) i els raonaments jurídics no necessàriament han de ser tan exhaustius, i encara menys quan es pacta un arbitratge d'equitat i no un arbitratge de dret,

cosa que no cal explicar a uns advocats en exercici. Recordem en paraules de la llei que defineix l'arbitratge d'equitat:

“és l'arbitratge que basa la resolució del conflicte en el sentit natural del que és just, atenent les particularitats de la matèria objecte d'arbitratge” (art. 5-12).

Però afegirem que la Llei s'ocupa de que l'arbitratge no es pugui basar en l'arbitrarietat i la manca de motivació en la decisió dels àrbitres, sinó que li imposa el respecte al dret d'audiència, d'igualtat entre les parts i de contradicció (art. 39.1).

D'altra banda, cal remarcar l'originalitat d'Andorra, que, mitjançant Llei, ha creat una institució arbitral com és el Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra.⁴ Està compost per dos socis fundadors, la Cambra de Comerç, Indústria i Serveis del Principat d'Andorra i el Col·legi Oficial d'Advocats d'Andorra, sense perjudici que, en un futur, s'hi puguin incorporar altres socis.

Aquest estament funciona actualment amb la finalitat de poder donar resposta a la necessitat de tramitar procediments arbitrals al Principat d'Andorra, sota l'empara d'una institució arbitral, a l'estil d'aquelles que s'utilitzen a l'estranger.

1.1.4. Fonts internacionals

Les fonts internacionals són diverses. Algun d'aquests instruments ha estat ratificat pel Principat d'Andorra, d'altres no, però configuren un cos normatiu en la matèria.

Per destacar-ne algunes, podríem citar:

- Promogudes per la Societat de Nacions

Protocol de Ginebra de 24 de setembre de 1923 relatiu a les clàusules arbitrals, la finalitat del qual és fer reconèixer als Estats signataris la validesa del compromís i de la clàusula compromissòria en els contractes de comerç internacional.

Conveni de Ginebra de 26 de setembre de 1927 per a l'execució de sentències arbitrals estrangeres, amb la finalitat de poder executar sentències arbitrals dictades en un Estat contractant en els altres Estats contractants.

Aquests protocols i convenis no han estat subscrits pel Principat.

⁴ Creat per la Llei 13/2018, del 31 de maig, del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra, publicada al BOPA núm. 37 del 20 de juny de 2018.

- Conveni de Nova York de 10 de juny de 1958

El conveni més rellevant és el Conveni de Nova York⁵ de 10 de juny de 1958 per al reconeixement i l'execució de sentències arbitral estrangeres. Promogut per les Nacions Unides i reconegut per més de 170 Estats.⁶

Aquest conveni multilateral és de gran importància, ja que representa la base per al reconeixement i l'execució de sentències arbitral dictades en qualsevol dels Estats membres del conveni. De fet, el conveni també pot ser aplicable a sentències arbitral dictades en Estats que no s'hi han adherit, i els Estats poden efectuar reserves en matèria de reciprocitat.⁷ Andorra ha fet ús d'aquestes facultats efectuant entre d'altres l'esmentada reserva de reciprocitat i decidint l'aplicabilitat del conveni a sentències arbitral dictades en Estats no contractants.⁸

Igualment, tot i que el conveni es pugui aplicar a decisions adoptades en qualsevol matèria, els Estats “també poden declarar que únicament aplicaran el Conveni a les controvèrsies sorgides de relacions jurídiques, contractuals o no contractuals, que siguin considerades com a comercials per la seva legislació nacional”.⁹ Andorra també ha fet ús de l'esmentada facultat en les reserves formulades en el moment de l'adhesió.¹⁰

Tot i els aspectes anteriors, aquest Conveni es limita a normes de reconeixement i execució, com el seu nom indica, per la qual cosa no s'hi inclouen aspectes de procediment arbitral ni les vies de recurs existents en l'Estat en què s'ha adoptat.

5 Conveni publicat al BOPA 12 d'11 de febrer de 2015 i entrat en vigor el dia 17 de setembre de 2015 – publicat al BOPA 62 de 9 de setembre de 2015.

6 172 Estats el 30 de juny de 2023. La llista actualitzada d'Estats que han ratificat el Conveni es pot consultar a la web següent: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

7 Vegeu Art. I.3 del Conveni per al reconeixement i l'execució de sentències arbitral estrangeres fet a Nova York el 10 de juny de 1958.

8 Declaracions del Principat d'Andorra relatives al Conveni per al reconeixement i l'execució de sentències arbitral estrangeres fet a Nova York el 10 de juny de 1958: “Andorra declara que aplicarà el Conveni al reconeixement i l'execució de sentències dictades en el territori d'un altre Estat contractant, i sobre la base d'una estricta reciprocitat, també aplicarà el Conveni al reconeixement i l'execució de sentències dictades en el territori d'Estats no contractants al Conveni.”

9 Previst a l'art. I.3 *in fine* del Conveni per al reconeixement i l'execució de sentències arbitral estrangeres fet a Nova York el 10 de juny de 1958.

10 La reserva d'Andorra està formulada en els termes següents: “El Govern del Principat d'Andorra declara que aplicarà el Conveni únicament a les controvèrsies sorgides de relacions jurídiques, contractuals o no contractuals, que siguin considerades com a comercials per la legislació d'Andorra”.

Tot i això, el conveni inclou una norma material (art. II) que imposa el principi general de validesa de les clàusules arbitrals i alguns dels seus efectes.

- Altres convenis en matèria d'arbitratge internacional

El Conveni de Ginebra de 21 d'abril de 1961 sobre l'arbitratge comercial internacional és un conveni més ambiciós, ja que pretén regir aspectes materials de l'arbitratge internacional. Tot i això, aquest conveni ha estat ratificat per un nombre encara reduït d'Estats, entre els quals no hi ha Andorra.

D'altra banda, existeix un altre conveni signat per un gran nombre d'Estats,¹¹ el Conveni de Washington de 18 de març de 1965, que crea el CIADI.¹² Aquest conveni no ha estat signat per Andorra, i té com a finalitat principal crear un sistema d'arbitratge complet però limitat a la resolució de conflictes entre Estats i residents d'altres Estats contractants.

- La Llei Model de la CNUDMI

La coneguda com a Llei Model de la CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional (1985) està dissenyada per ajudar els Estats a reformar i modernitzar les seves lleis sobre procediment arbitral per tal de tenir en compte les característiques i necessitats particulars de l'arbitratge comercial internacional.

Cobreix totes les etapes del procés arbitral, des de l'acord arbitral, la composició i jurisdicció del tribunal arbitral i l'abast de la intervenció judicial fins al reconeixement i l'execució del laude arbitral. Reflecteix el consens mundial sobre aspectes clau de la pràctica de l'arbitratge internacional que han estat acceptats pels Estats de totes les regions i dels diferents sistemes jurídics o econòmics del món.

A partir de 2006, la versió estàndard de la Llei Model és la versió modificada. Com veurem, la Llei d'arbitratge del Principat es basa en gran mesura en la Llei Model.

11 Conveni signat per 165 Estats i ratificat per 158, el 30 de juny de 2022, tal com es pot consultar a <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>.

12 En anglès, ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes).

1.2. Diferències amb altres mètodes alternatius de resolució de controvèrsies

Hi ha diversos mètodes alternatius a l'arbitratge que s'utilitzen per resoldre controvèrsies. En detallem alguns dels més comuns:

- **Mediació:** En la mediació, un tercer imparcial, conegut com a mediador, ajuda les parts a arribar a un acord mutu. El mediador facilita la comunicació i negocia entre les parts perquè elles mateixes trobin una solució que satisfaci els seus interessos. El mediador no pren decisions vinculants, sinó que facilita el diàleg i la trobada d'un acord.
- **Negociació assistida:** En aquest mètode, les parts en conflicte negocien directament sense la intervenció d'un tercer. No obstant això, poden buscar l'ajuda d'un professional o expert en resolució de conflictes per assessorar-los en el procés de negociació. L'objectiu és arribar a un acord de manera consensuada entre les parts.
- **Conciliació:** La conciliació és semblant a la mediació, però amb una diferència clau: el conciliador pot suggerir possibles solucions als desacords entre les parts. Tot i això, aquestes solucions no són vinculants, i les parts tenen l'última paraula per acceptar o rebutjar les propostes de conciliació.
- **Comitès mixtos:** En algunes controvèrsies laborals o comercials, es pot establir un comitè mixt format per representants de les dues parts en conflicte. Aquest comitè té com a objectiu arribar a un acord o trobar solucions conjuntes mitjançant la negociació i la cooperació.
- **Dispute Boards** (o tribunal de resolució de conflictes): Aquest és un mètode més formal, que combina elements de l'arbitratge i la mediació. Un tribunal de resolució de conflictes està format per una junta de persones imparcials, generalment experts en la vessant tècnica, que, després d'escoltar les posicions de les parts i les proves presentades, ofereixen una solució recomanada. Tot i que aquesta solució no és vinculant, pot ser un factor influent per evitar que les parts hagin de començar un procediment ulterior (judicial o arbitral) més costós i llarg.

Cada mètode alternatiu té les seves característiques i s'adapta millor a determinats tipus de conflictes o situacions. La tria del mètode més adequat dependrà de la naturalesa del conflicte, de les necessitats de les parts i de la seva voluntat de col·laborar en la resolució del litigi.

Ara bé, l'arbitratge és l'únic mètode alternatiu que constitueix un autèntic equivalent jurisdiccional, en el sentit que substitueix el jutge predeterminat per llei per la voluntat de les parts d'abstreure's del sistema públic d'administració de justícia i sotmetre's a una administració de justícia privada, que això no obstant té els mateixos efectes i la màxima expressió en què els laudes tenen efecte de cosa jutjada, com les sentències judicials.

1.3. Avantatges i inconvenients

L'arbitratge presenta diversos avantatges en relació amb altres mètodes de resolució de controvèrsies. Alguns dels més destacats són:

- **Flexibilitat:** L'arbitratge permet a les parts adaptar el procés segons les seves necessitats i preferències. Les parts tenen la llibertat de seleccionar els àrbitres, determinar les regles de procediment i establir el calendari de l'arbitratge. Això proporciona més flexibilitat en comparació amb els tribunals estatals, que han de seguir les seves pròpies normes i procediments i la majoria dels quals no estan a la lliure disposició de les parts.
- **Expertesa:** Les parts poden triar àrbitres amb coneixements especialitzats en el camp o la matèria relacionada amb el litigi. Això assegura que els àrbitres tinguin una comprensió profunda de les qüestions tècniques i legals específiques en disputa. L'expertesa dels àrbitres pot contribuir a una resolució més precisa i informada del conflicte.
- **Confidencialitat:** Sens perjudici del que es diu més endavant sobre la qüestió de la confidencialitat, l'arbitratge sovint permet un alt grau de confidencialitat en comparació amb els procediments judicials. Les actes, les proves presentades i la decisió final poden mantenir-se privades i no són accessibles al públic. Això pot ser particularment valuós en casos en què les parts volen mantenir la seva disputa fora dels ulls dels mitjans de comunicació o protegir una informació comercial sensible.
- **Agilitat i celeritat:** En general, els procediments d'arbitratge són més ràpids que els processos judicials tradicionals. Les parts poden establir terminis i procediments més ajustats i evitar llargs retards associats als tribunals estatals. Això permet una resolució més àgil i eficient del conflicte.
- **Decisió vinculant:** Un dels avantatges fonamentals de l'arbitratge és que la decisió arbitral és vinculant per a les parts. Això significa que les parts tenen l'obligació de complir la decisió emesa pels àrbitres. A diferència

de la mediació o la negociació, en què l'acord és voluntari, la decisió arbitral és legalment obligatòria, i per tant ofereix més certesa i finalitat en la resolució del conflicte.

És important destacar que els avantatges de l'arbitratge poden variar en funció dels detalls de cada cas concret i de les regles o procediments específics adoptats per les parts.

Malgrat els avantatges de l'arbitratge, també hi ha alguns inconvenients o consideracions que cal tenir en compte. Els inconvenients més comuns de l'arbitratge són:

- **Costos:** L'arbitratge pot ser més costós que altres mètodes de resolució de controvèrsies, com ara la mediació o la negociació assistida. A més de les tarifes dels àrbitres, les parts també han de suportar els costos de l'administració de l'arbitratge, els honoraris dels advocats i altres despeses relacionades amb el procés.
- **Manca d'apel·lació:** En general, les decisions arbitral són finals i no són susceptibles d'apel·lació, llevat que les parts n'hagin acordat expressament la possibilitat. Això significa que, fins i tot si una de les parts considera que la decisió és incorrecta o injusta, tenen una oportunitat limitada per buscar una revisió o una nova audició del cas.
- **Manca d'autoritat coercitiva:** Un altre aspecte a considerar és que, a diferència d'una sentència judicial, la decisió arbitral no té autoritat coercitiva inherent. Això significa que si una de les parts no compleix voluntàriament la decisió arbitral, pot ser necessari recórrer als tribunals estatals o a figures d'execució existents (com seria el cas a Andorra del saig) per obtenir una ordre de compliment i execució.
- **Risc de garanties processals:** L'arbitratge sol oferir una flexibilitat procedimental més gran que els tribunals estatals, però això pot implicar un risc de menor protecció de les garanties processals. Les regles i els procediments de l'arbitratge poden variar i no estar subjectes a les mateixes regulacions estrictes que els tribunals estatals, la qual cosa pot resultar en una menor salvaguarda dels drets de les parts.

És important tenir en compte aquests inconvenients i considerar-los en relació amb les necessitats i prioritats de les parts en cada cas particular. En última instància, la decisió de recórrer a l'arbitratge o a altres mètodes de resolució de controvèrsies dependrà de diverses variables, incloent-hi la naturalesa del litigi, els recursos disponibles i les preferències de les parts.

1.4. Principis rectors de l'arbitratge

L'arbitratge està fonamentat en diversos principis rectors que serveixen com a base per a un procés just i eficaç. Alguns d'aquests principis estan específicament inclosos en l'article 5 de la Llei, com són:

- Principi de llibertat (més comunament anomenat *principi d'autonomia de la voluntat*): Les parts tenen llibertat per acordar sotmetre les seves diferències a mitjans alternatius al procés judicial. Així mateix, aquest principi es pot estendre a les regles de procediment que regiran l'arbitratge, incloent-hi la selecció dels àrbitres, la forma de presentar les seves reclamacions i defenses i altres qüestions rellevants. Aquest principi permet adaptar el procés a les necessitats i les preferències de les parts en cada cas particular.
- Principi de flexibilitat: Permet l'establiment d'actuacions informals, adaptables i simples.
- Principi de privacitat: En la jurisdicció del Principat, l'arbitratge implica una garantia de confidencialitat. Això significa que les actes, les proves presentades i la decisió final es mantenen privades i no són accessibles al públic. La confidencialitat pot fomentar un entorn de discreció i protegir la informació comercial sensible de les parts.

Ara bé, en contra del que es pugui pensar, la confidencialitat no és un element definitori de l'arbitratge. Evidentment, els tercers aliens al procediment no hi tenen accés, ni un dret reconegut a accedir-hi (com podria passar amb un tercer que provés un interès legítim a tenir coneixement d'un expedient judicial si l'afectés). Però això no vol dir necessàriament que l'arbitratge sigui confidencial per definició, sinó que dependrà de les normes aplicables al procediment en concret i, en essència, de la llei d'arbitratge aplicable segons la seu. La Llei andorrana estableix expressament que aplica el principi de privacitat, que es defineix com el manteniment obligatori de la reserva i la confidencialitat necessàries.

Per a l'arbitratge domèstic, aquest principi resulta parcialment redundant amb l'article 39 de la Llei, que recull els principis fonamentals del procediment arbitral (en contraposició a l'arbitratge en general) i que expressament estableix que els àrbitres, les institucions i les parts, així com els pèrits o qualsevol altre agent que intervingui en el procediment arbitral, estan obligats a mantenir la confidencialitat de les informacions que coneguin en ocasió de les actuacions arbitrals. El principi de privacitat

de l'art. 5 sembla que té un abast més ampli que el de l'art. 39, ja que no limita la confidencialitat a les informacions que es coneguin arran del procediment i, per tant, podria emparar més supòsits de fet (per exemple, l'existència mateixa del procediment, els membres del tribunal, o qualsevol altre detall del procediment).

No obstant això, per a l'arbitratge internacional, el principi de privacitat (que també li és aplicable, ja que l'article 5 forma part de les disposicions generals) és aparentment contradictori amb l'article 67, dedicat a la substanciació de les actuacions de l'arbitratge internacional i que a l'apartat 2 indica que, si les parts desitgen que l'arbitratge sigui confidencial, ho han de convenir expressament.

No sembla que hi hagi una justificació per a la disparitat de criteris entre l'arbitratge domèstic i l'internacional respecte de l'obligació (no pas el principi) de respectar la deguda confidencialitat. No totes les lleis d'arbitratge han inclòs aquesta obligació (de fet, la Llei Model no l'esmenta), però els avantatges (i inconvenients, si és que en té) d'aquesta obligació ho serien, en tot cas, tant per a l'arbitratge domèstic com per a l'internacional. Una explicació raonable a aquesta diferenciació és que, a l'arbitratge internacional, les parts presumiblement seran de països diferents, i per tant tindran cultures jurídiques també diferents, que podrien tenir una sensibilitat diferent envers la qüestió de la confidencialitat. Per això, aventurem que la Llei hagi optat per exigir el pacte exprés de manera que no doni lloc a asimetria dels comportaments.

Més enllà de l'obligació legal, el reglament institucional aplicable, o les normes d'un determinat col·legi professional, també poden preveure aquest deure. Això ocorrerà, per exemple, quan l'àrbitre sigui advocat o les parts rebin assistència d'un advocat durant el procediment, que en tots dos casos estarà sotmès a les regles de confidencialitat pròpies del secret professional.

La infracció del deure de confidencialitat, quan ha estat comesa per una de les parts, donarà lloc a la responsabilitat civil contractual (perquè l'arbitratge és, en essència, un contracte entre les parts). Quan la cometen els àrbitres o les institucions arbitrals, donarà lloc també a responsabilitat, però per la via de l'article 25 de la Llei.

- Principi d'idoneïtat: Els àrbitres han de tenir la competència adequada per resoldre la controvèrsia sotmesa a l'arbitratge. Això pot incloure el coneixement especialitzat en la matèria en disputa o l'experiència en

resolució de conflictes. Aquest principi assegura la capacitat per exercir d'àrbitre.¹³

- **Principi de celeritat:** El procediment arbitral s'estableix ad hoc per resoldre un conflicte particular, amb una Junta Arbitral específica i una norma procedimental adaptada, sovint mancada de vies de recurs, per la qual cosa l'obtenció del laude arbitral es fa en terminis ràpids.

Tot i això, hi ha altres principis generals aplicables en matèria d'arbitratge, com són:

- **Independència i imparcialitat dels àrbitres:** Els àrbitres han de ser independents i imparcials en el desenvolupament del seu paper. Han d'evitar qualsevol conflicte d'interessos i actuar sense prejudicis per garantir la imparcialitat del procés. Aquest principi assegura que els àrbitres prenguin decisions basades únicament en la informació i els arguments presentats per les parts.
- **Decisió motivada:** Les decisions arbitrals han de ser motivades, és a dir, els àrbitres han de proporcionar una explicació raonada i fonamentada de la seva decisió. Això permet que les parts entenguin les raons per les quals s'ha arribat a una determinada decisió i en facilita la revisió i l'avaluació.
- **Respecte dels termes de l'acord d'arbitratge:** Les parts han de respectar els termes de l'acord d'arbitratge que han establert. Això inclou complir els procediments i les regles acordats, respectar els terminis i les obligacions establerts i cooperar de bona fe en el procés d'arbitratge.
- **Execució de la decisió:** La decisió arbitral és legalment vinculant per a les parts i, per tant, ha de ser complerta i executada. Aquest principi assegura que les parts acatin la decisió i compleixin amb les obligacions resultants. Si una part no compleix voluntàriament la decisió, pot ser necessari acudir als tribunals estatals o a altres institucions que puguin tenir

13 L'article 5 fa referència a la capacitat d'exercir com a àrbitre o conciliador (segons la redacció original). La referència en aquest article a la capacitat d'exercir com a conciliador genera certs dubtes. Hem d'assenyalar que la redacció oficial de la Llei és en llengua catalana, i que en la traducció (no oficial) a l'espanyol disponible, aquesta referència és a "mediador" i no a "conciliador". La referència a "conciliador" podria ser efectivament un lapsus en la redacció original, ja que, més enllà d'aquesta al·lusió, no n'hi ha cap altra a la conciliació o a la possibilitat que l'àrbitre actuï com a conciliador. En contraposició, a l'article 19.3 de la Llei sí que hi ha una referència a la possibilitat que els àrbitres actuïn com a mediadors, en disposar que l'àrbitre no pot intervenir o haver intervingut com a mediador en la mateixa controvèrsia entre les parts, llevat que aquestes ho acordin.

delegades algunes d'aquestes funcions per obtenir una ordre de compliment i execució.

- **Procediment eficaç i econòmic:** L'arbitratge ha de ser un procediment eficaç i econòmic per a les parts. Això implica que el procés d'arbitratge ha de ser dissenyat per aconseguir una resolució ràpida i eficaç del litigi, amb la menor despesa i càrrega possible per a les parts.
- **Respecte dels principis de l'ordre públic:** Tot i que l'arbitratge permet una certa flexibilitat en els procediments, ha de respectar els principis fonamentals de l'ordre públic, com ara els drets fonamentals, la igualtat i la no-discriminació. Les decisions arbitrals que contravinquin aquests principis poden ser anul·lades o impugnades.
- **Aplicació del dret:** Els àrbitres han de prendre en consideració i aplicar el dret aplicable a la controvèrsia. Això pot incloure el dret substancial, el dret contractual, els usos i costums comercials o altres fonts jurídiques pertinents. L'aplicació correcta del dret és essencial per arribar a una decisió justa i raonada.
- **Participació activa de les parts:** Les parts han de tenir l'oportunitat de participar activament en el procés d'arbitratge, incloent-hi la presentació d'arguments, la presentació de proves i la formulació de qüestions. Aquest principi assegura que les parts puguin defensar adequadament els seus interessos i ser partícips en la presa de decisions.

Aquests principis rectors són fonamentals per a un procés d'arbitratge just i efectiu. Proporcionen una estructura per assegurar que el procés sigui equitatiu, que les parts tinguin oportunitat de ser escoltades i que les decisions es prenguin de manera imparcial i basades en les proves presentades. És important que les parts i els àrbitres respectin aquests principis per garantir la integritat i la validesa del procediment d'arbitratge.

1.5. Categories d'arbitratge

Hi ha diverses categories d'arbitratge que es poden distingir en funció dels aspectes específics de la controvèrsia i les característiques del procés. Algunes de les més comunes són les següents:

- **Arbitratge intern:** Es refereix a les controvèrsies que es resolen mitjançant un procés d'arbitratge que té lloc en el mateix país on es troben les parts involucrades, i en què no concorre cap de les circumstàncies que defineixen l'arbitratge internacional.

- Arbitratge internacional: Té lloc quan les parts involucrades provenen de diferents països o quan la controvèrsia té un element internacional, com el fet que l'arbitratge es dugui a terme fora de l'Estat en què les parts tenen el seu domicili, que el lloc de compliment d'una part substancial de les obligacions de la relació jurídica que genera la controvèrsia estigui fora de l'Estat en què les parts tenen els seus respectius domicilis, que afecti interessos del comerç internacional o que les parts hagin convingut expressament que la qüestió objecte del conveni arbitral està relacionada amb més d'un Estat. Aquest tipus d'arbitratge implica consideracions addicionals, com ara la selecció de lleis aplicables, la diversitat cultural i la resolució de conflictes transfronterers. La definició de què es considera un arbitratge internacional dependrà de la *lex arbitri*¹⁴ aplicable.
- Arbitratge ad hoc: Es refereix a un procés d'arbitratge que no està institucionalitzat i en què les parts tenen llibertat per establir les regles i els procediments que el regiran. És a dir, no es recorre a una institució d'arbitratge específica per administrar el procés.
- Arbitratge institucional: Es fa a través d'una institució d'arbitratge reconeguda i establerta. Aquesta institució facilita i administra el procés d'arbitratge proporcionant regles, serveis i infraestructures per a la resolució de disputes. Exemples d'institucions d'arbitratge institucional poden ser el TAPA (Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra), la CCI (Cambra de Comerç Internacional), o l'AAA (American Arbitration Association).
- Arbitratge d'inversions: Es refereix a les disputes que involucren inversors estrangers i Estats, generalment relacionades amb acords d'inversió o tractats bilaterals o multilaterals. Aquest tipus d'arbitratge està regulat per tractats internacionals i ofereix als inversors una via per resoldre controvèrsies amb els governs amfitrions.
- Arbitratge comercial: En contraposició a l'arbitratge d'inversions, l'arbitratge comercial s'utilitza per resoldre disputes relacionades amb relacions comercials i contractes entre empreses privades. Pot abastar diverses àrees, com ara dret mercantil, dret de societats, dret de propietat intel·lectual i dret de competència. L'arbitratge comercial ofereix a les empreses un mecanisme alternatiu per resoldre les seves disputes fora dels tribunals estatals.

També es poden distingir tipus d'arbitratge en funció de la matèria. Per exemple:

14 Vegeu l'explicació del concepte a la secció 1.6 Conceptes clau.

- Arbitratge de construcció: És específic per a disputes relacionades amb contractes de construcció, com ara contractes de construcció d'edificis, d'infraestructures o d'obres públiques. Aquest tipus d'arbitratge es caracteritza per la seva complexitat tècnica i la necessitat d'experts en la matèria.
- Arbitratge laboral: Es refereix a la resolució de disputes entre treballadors i ocupadors en matèria laboral. S'utilitza sovint en conflictes col·lectius, conflictes de contractes laborals o en qüestions relacionades amb drets laborals i condicions de treball, quan la legislació ho preveu.
- Arbitratge en matèria de propietat intel·lectual: S'utilitza per resoldre disputes relacionades amb drets de propietat intel·lectual, com ara patents, marques registrades o drets d'autor. Aquest tipus d'arbitratge sovint involucra experts en propietat intel·lectual per resoldre qüestions tècniques i legals especialitzades.

Aquestes categories d'arbitratge són exemples dels àmbits específics en què s'utilitza aquest mètode de resolució de disputes. Cada categoria pot tenir característiques i normes procedimentals pròpies per satisfer les necessitats i les exigències de cada tipus de controvèrsia.

1.6. Conceptes clau

1.6.1. Seu de l'arbitratge

- Determinació de la seu de l'arbitratge

La seu de l'arbitratge és el lloc on es desenvolupa el procediment arbitral i es dicta el laude. Les parts poden determinar lliurement la seu de l'arbitratge,¹⁵ i generalment ho fan en la clàusula arbitral. I en cas que les parts no arribin a cap acord sobre quina ha de ser la seu, serà la Junta Arbitral la que la determinarà tenint en compte les circumstàncies del cas i la conveniència de les parts.¹⁶

¹⁵ Article 20.1 de la Llei Model de la Comissió de les Nacions Unides per al Dret Mercantil Internacional sobre Arbitratge Comercial Internacional de 1985, que preveu: "Les parts podran determinar lliurement el lloc de l'arbitratge. En cas de no haver-hi acord en aquest sentit, el tribunal arbitral determinarà el lloc de l'arbitratge, ateses les circumstàncies del cas, incloses les conveniències de les parts".

¹⁶ Article 41 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

Tanmateix, i sense perjudici de quina sigui la seu, la Junta Arbitral pot, llevat que les parts ho acordin altrament i després de consultar-los-hi, reunir-se en qualsevol lloc que estimi apropiat per examinar els testimonis, escoltar els experts o fins i tot les parts, i per observar i analitzar documents.¹⁷ Endemés, la Junta Arbitral pot celebrar deliberacions en qualsevol forma, moment o lloc que estimi apropiats.

Llevat que les parts ho acordin altrament, la seu de l'arbitratge determinarà el dret que regularà l'arbitrabilitat de la disputa, el conveni arbitral, el procediment arbitral, els tribunals estatals competents per assistir i supervisar l'arbitratge, la constitució de la Junta Arbitral, l'adopció de mesures cautelars i, finalment, la forma i la nul·litat del laude. Tal com ho menciona Villarroel (2020),¹⁸ quan les parts escullen una determinada seu, per defecte, estaran triant el dret arbitral o les normes arbitrals (la *lex arbitri*) aplicables a aquesta seu. És a dir que l'elecció d'un dret arbitral significa que aquest dret s'aplicarà al conveni i al procediment arbitral.

Endemés, mitjançant la determinació de la seu de l'arbitratge, es crearà un vincle entre el procediment arbitral i un lloc determinat, del qual els seus òrgans judicials seran els encarregats d'exercir la labor complementària en el procediment arbitral, amb la qual cosa la legislació processal en matèria d'arbitratge d'aquest lloc serà l'aplicable en el procediment arbitral. D'aquesta manera, la determinació de la seu de l'arbitratge és “el punt de negociació més essencial en un acord arbitral”.¹⁹

Així doncs, la seu de l'arbitratge té una importància fonamental per a la bona fi del procediment arbitral. I, tal com diu Cabrera González,²⁰ respon a una vinculació purament jurídica del procediment arbitral amb l'ordenament jurídic i els òrgans judicials d'un determinat lloc, i no a una vinculació física o geogràfica.

És per això que l'elecció de la seu ha de regir-se per dos principis: facilitar la tramitació del procediment arbitral i facilitar l'eventual execució del laude arbitral.

17 Article 20.2 de la Llei Model, que preveu: “Sense perjudici del que disposa el paràgraf precedent, el tribunal arbitral podrà, excepte acord en contra de les parts, reunir-se en qualsevol lloc que estimi apropiat per a celebrar deliberacions entre els seus membres, per a sentir els testimonis, els perits o les parts, o per a examinar mercaderies o altres béns o documents”.

18 D. VILLARROEL, «La sede del arbitraje». *Revista de Derecho de la UCB-UCB Law Review*, vol. 4, núm. 7, octubre 2020, p. 171-190.

19 N. RUBINS, “The arbitral seat is no fiction: A brief reply to Tatsuya Nakamura’s commentary”. *Mealey’s International Arbitration Report*, núm. 1, vol. 16, p. 23 i seg. Gener de 2001.

20 G. CABRERA GONZÁLEZ (2022), “La sede del arbitraje como vínculo jurídico entre un procedimiento arbitral y una jurisdicción”, *Estudio Mario Castillo Freyre Abogados*.

- Efectes de la determinació de la seu de l'arbitratge

Tal com s'ha mencionat anteriorment, l'elecció de la seu de l'arbitratge crearà un vincle jurídic entre el procediment arbitral en concret i el lloc triat com a seu de l'arbitratge. Aquest vincle suposarà que hi hagi un nexa entre el procediment arbitral i la legislació i els òrgans jurisdiccionals del lloc de la seu de l'arbitratge.

En aquest sentit, la seu determinarà l'aplicabilitat de la legislació en matèria d'arbitratge, i, finalment, l'atribució de la nacionalitat del laude. Igualment, determinarà la competència dels tribunals per complir les funcions de suport i control sobre el procediment arbitral en qüestió.

Es pot donar el cas que les parts que formin part d'un procediment arbitral hagin d'acudir als òrgans judicials per sol·licitar mesures o per executar-les. En aquests casos, el lloc de la seu de l'arbitratge tindrà una importància fonamental, ja que seran els òrgans judicials d'aquest lloc els que intervindran en el procediment.

Així doncs, les parts, en el moment d'escollir la seu de l'arbitratge, hauran de valorar el lloc on vulguin materialitzar l'execució de les resolucions adoptades en el procediment arbitral. I, tal com menciona Racine (2016),²¹ les parts tenen un interès comú a triar un lloc adequat per a l'arbitratge, concretament que gaudeixi d'un dret liberal. Com que l'elecció de les parts és totalment discrecional, tenen la possibilitat de comparar les diferents legislacions per tal de trobar la que més els convingui.

La resolució dels recursos d'anul·lació serà un altre dels supòsits en els quals els òrgans judicials del lloc de la seu de l'arbitratge intervindran en el procediment arbitral.

Pel que fa a l'atorgament de la nacionalitat del laude, el laude es considerarà dictat en el lloc de la seu de l'arbitratge, i per tant haurà de constar signat a la seu (independentment d'on s'hagi signat físicament), tal com ho preveu l'article 31.3 de la Llei Model.²²

21 J.-B. RACINE, 2016. *Droit de l'arbitrage*. París, Presses Universitaires de France-PUF, p. 421 i 422.

22 Article 31.3 de la Llei Model, que preveu: "Constaran en el laude la data en què ha estat dictat i el lloc de l'arbitratge determinat de conformitat amb el paràgraf 1) de l'article 20. El laude es considerarà dictat en aquest lloc".

1.6.2. *Lex arbitri*

L'ús de l'arbitratge com a mètode alternatiu de resolució de conflictes ha anat creixent en importància en els darrers temps, especialment en el marc de les transaccions internacionals. En aquest context, la *lex arbitri* emergeix com una peça clau que determina la normativa que regirà el procediment arbitral.

• Abast de la *lex arbitri*

La *lex arbitri* esdevé una elecció estratègica de les parts implicades en un acord arbitral. Aquesta elecció pot afectar diversos aspectes del procés arbitral, com ara la formació de la Junta Arbitral, els procediments a seguir, les proves admeses i la manera en què el laude arbitral s'emetrà i s'executarà.

Un dels principis fonamentals és el d'oferir flexibilitat a les parts. La capacitat de triar la *lex arbitri* permet als actors del procés adaptar-se a les seves necessitats específiques i optar pel marc normatiu que considerin més favorable. Aquesta llibertat és un dels elements que fan de l'arbitratge una opció atractiva per a molts litigants.

És essencial que les parts en un acord arbitral comprenguin les implicacions de la seva elecció de la *lex arbitri*. Aquesta elecció no sols determinarà la normativa procedimental, sinó que també pot tenir repercussions en la validesa i l'execució del laude arbitral, ja que la *lex arbitri* governa aquestes qüestions.

Les parts poden triar la *lex arbitri* de manera lliure, sempre que expressin clarament aquesta elecció en el seu acord.

La *lex arbitri* és un element crucial en l'arbitratge internacional i la seva elecció requereix una consideració acurada per part de les parts involucrades. La comprensió de com aquesta elecció impacta en el procediment arbitral i en la validesa del laude final és fonamental per a una resolució reeixida dels conflictes a través de l'arbitratge.

En general, les parts que participen en el procediment d'arbitratge poden triar la *lex arbitri* en les seves clàusules d'arbitratge, i aquesta elecció pot estar basada en la jurisdicció que consideren més favorable per als seus interessos. L'elecció de la *lex arbitri* és un aspecte important en el disseny i la planificació del procés d'arbitratge.

Tal com diu Caivano (2017),²³ la *lex arbitri* defineix aspectes de gran importància, ja que en depenen fonamentalment les condicions de validesa de l'acord arbitral, la matèria arbitrable, els estàndards mínims de procediment que tenen tendència a garantir un procés degut, el grau d'intervenció dels tribunals judicials sobre l'arbitratge, les qualitats bàsiques que han de reunir els àrbitres, els requisits de validesa del laude o les causes i la manera per les quals es pot recórrer un laude. Això és així perquè si bé existeix una àmplia zona de llibertat contractual per pactar les regles del procediment, les legislacions solen establir certs principis bàsics en normes de naturalesa imperativa, que els àrbitres han de respectar per assegurar que el laude sigui vàlid i executable.

En resum, la *lex arbitri* no només determina les regles aplicables, sinó que també representa una eina estratègica que les parts poden utilitzar per assegurar-se que l'arbitratge transcorri de manera eficaç i conforme als seus interessos particulars.

- Principi

L'article 10.3 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra indica que el conveni d'arbitratge pot adoptar la forma de clàusula compromissòria, i la defineix com “el conveni en mèrits del qual les parts en una o diverses relacions jurídiques es comprometen a sotmetre a arbitratge les controvèrsies que puguin sorgir en relació amb aquelles”.

- Acord entre les parts

En cas que les parts hagin fixat una clàusula compromissòria, la Junta Arbitral seguirà la llei escollida per les parts, ja que en cas contrari el laude podria ser anul·lat. Tanmateix, en cas que hi hagi llacunes en la llei escollida per les parts, es podrien aplicar regles addicionals, concretament regles de l'arbitratge internacional.

En aquest sentit, Sánchez Lorenzo (2009)²⁴ diu que la *lex arbitri* o llei aplicable al procediment arbitral pot venir determinada per les parts de manera indirecta, en determinar la seu de l'arbitratge o la subjecció a una institució arbitral; o de manera directa, ja que les parts poden desplegar generalment una àmplia autonomia material a l'hora d'establir el règim d'actuacions processals o incorporar per referència reglamentacions processals concretes.

23 R. J. CAIVANO, “La sede del arbitraje”. *El Derecho*, 272, número 14.157 (06/04/2017).

24 S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”. *R.E.D.I.*, vol. LXI (2009), I, p. 39-71.

- Absència d'acord entre les parts

En cas que les parts no hagin arribat a un acord sobre la llei aplicable al procediment, serà la Junta Arbitral qui aplicarà les normes de dret que consideri adequades. Així ho preveu, a tall d'exemple, l'article 14.1 del Reglament d'arbitratge del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra, de gener de 2021.²⁵ I així ho preveuen també l'article 7.2 del Conveni Europeu sobre arbitratge comercial internacional²⁶ i l'article 28.2 de la Llei Model.²⁷

1.6.3. Legislació monista/dualista en matèria d'arbitratge

- Llei monista: En un sistema legal monista, el dret internacional i el dret intern coexisteixen harmoniosament i són considerats com a parts integrants d'un únic sistema jurídic. Pel que fa a l'arbitratge internacional, això implica que les decisions arbitrals són reconegudes i executades de manera automàtica en el marc jurídic nacional, sense necessitat d'una legislació específica d'incorporació. El principi monista facilita la integració sense friccions de les normes arbitrals a la legalitat interna.

- Llei dualista: En contrast, en un sistema dualista, el dret internacional i el dret intern es consideren sistemes independents. Això significa que les decisions arbitrals internacionals no es reconeixen automàticament en el marc jurídic nacional, sinó que requereixen un procediment de reconeixement i execució mitjançant legislació nacional específica. En aquest cas, les autoritats nacionals han de prendre mesures perquè les resolucions arbitrals siguin plenament efectives dins del territori.

Andorra ha optat pel model dualista i regula per separat les normes d'arbitratge intern i les d'arbitratge internacional.

25 L'article 14.1 del Reglament d'arbitratge del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra, de gener de 2021, preveu: "Les parts són lliures d'escollir les normes de dret que el Tribunal Arbitral ha d'aplicar al fons de la controvèrsia. Si les parts no trien el dret material aplicable, el Tribunal Arbitral aplica les normes de dret que consideri adequades. En tots els casos, el Tribunal Arbitral té en compte les estipulacions del contracte i els usos mercantils pertinents".

26 L'article 7.2 del Conveni Europeu sobre arbitratge comercial internacional, fet a Ginebra el 21 d'abril de 1961, preveu: "Si les parts no indiquen la llei aplicable, el tribunal arbitral aplicarà la llei que determinin les normes de conflicte de lleis que estimi aplicables".

27 L'article 28.2 de la Llei Model de la Comissió de les Nacions Unides per al Dret Mercantil Internacional sobre Arbitratge Comercial Internacional de 1985 preveu: "Si les parts no indiquen la llei aplicable, el tribunal arbitral aplicarà la llei que determinin les normes de conflicte de lleis que estimi aplicables".

- Enfocament intermedi

Alguns països adopten una posició intermèdia. Permeten que certes qüestions relacionades amb l'arbitratge internacional siguin directament aplicables a escala nacional, mentre que altres requereixen una incorporació legislativa específica. Aquest enfocament equilibrat pot ser un compromís per assegurar la coherència entre el dret internacional i el dret intern, alhora que preserva la flexibilitat i l'autonomia en assumptes d'arbitratge.

Aquesta distinció en els sistemes legals té implicacions importants en la manera com es gestionen les qüestions d'arbitratge internacional i com es reconeixen i executen les decisions arbitrals en els diferents països.

1.6.4. Principi de Kompetenz-Kompetenz

El principi de Kompetenz-Kompetenz és un concepte essencial en el món de l'arbitratge internacional. Aquest principi reconeix i atorga a la Junta Arbitral la competència per decidir sobre la seva pròpia jurisdicció, incloent-hi la capacitat d'examinar i determinar la validesa de l'arbitratge mateix. Segons Fernández, Arenas i De Miguel (2007),²⁸ aquest principi és “la potestat que té la Junta Arbitral per a decidir sobre la seva pròpia competència, igual que sobre les excepcions referents a l'existència o a la validesa de l'acord d'arbitratge”. És previst a la Convenció de Nova York sobre reconeixement i execució de sentències arbitrals estrangeres del 1958, i l'any 1985 la Comissió de les Nacions Unides per al Desenvolupament Mercantil Internacional el va consagrar a la Llei Model.²⁹

- Autonomia de la Junta Arbitral

Tal com ho mencionen Caivano i Ceballos Ríos (2020),³⁰ la doctrina Kompetenz-Kompetenz té una funció dual. En el sentit positiu representa el reconeixement de l'existència d'una jurisdicció arbitral que es basa en l'acord adoptat per les parts i, consegüentment, el poder de qualsevol tribunal per a decidir sobre la seva pròpia jurisdicció quan és posada en dubte. És a dir, que el principi faculta als àrbitres a decidir sobre la seva pròpia jurisdicció, i impedeix que caiguin en alguna inconsistència lògica.

28 J. Fernández, R. Arenas, y P. A. De Miguel (2007), *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid: Iustel, p. 649.

29 Llei Model de la Comissió de les Nacions Unides per al Dret Mercantil Internacional sobre Arbitratge Comercial Internacional de 1985.

30 R. J. CAIVANO i N. M. CEBALLOS RÍOS (2020), “El principio kompetenz-kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina”. *Thémis-Revista de Derecho*, 77, p. 15-34.

D'altra banda, en el sentit negatiu, aquest principi de Kompetenz-Kompetenz reconeix el poder que tenen els àrbitres de ser els primers que jutjaran, avaluaran i decidiran sobre la seva jurisdicció.

Amb la qual cosa, en el marc de l'arbitratge internacional, el principi de Kompetenz-Kompetenz confereix a la Junta Arbitral la facultat exclusiva de decidir sobre la seva pròpia competència. Això significa que la junta té el dret de determinar si té jurisdicció sobre la matèria objecte de la controvèrsia. Aquesta autonomia és fonamental per assegurar l'eficàcia del procés arbitral i per prevenir dilacions innecessàries derivades de qüestions de competència.

La finalitat d'aquest principi és garantir i impulsar l'autonomia de l'arbitratge internacional respecte dels tribunals domèstics, i d'aquesta manera enfortir el comerç mundial.

Tanmateix, aquest principi protegeix l'autonomia de la voluntat de les parts. És a dir, que busca que el compromís subscrit per les parts sigui protegit sota el prisma de l'obligatorietat de sotmetre's a un laude arbitral.

- Potestat de la Junta Arbitral per decidir sobre la seva competència

La Junta Arbitral té la facultat de decidir sobre la seva pròpia competència,³¹ i en particular sobre les excepcions relatives a l'existència o a la validesa del conveni d'arbitratge, el nomenament dels àrbitres, l'arbitrabilitat de la controvèrsia o qualsevol altra excepció l'estimació de la qual impedeixi entrar en el fons de la controvèrsia.³² Aquestes excepcions poden ser oposades per les parts fins al moment en què s'hagi de presentar la contesta a la demanda. És important mencionar que les parts poden oposar excepcions envers els àrbitres que elles mateixes hagin nomenat o envers els que hagin participat en el seu nomenament.

En aquella excepció que es basa en el fet que la Junta Arbitral s'ha excedit del seu mandat, la matèria que suposadament excedeix el seu mandat ha de ser plantejada al més aviat possible d'ençà que se'n tingui coneixement. La Junta Arbitral només admetrà la interposició d'excepcions en un moment posterior si la demora és justificada.

31 Article 16.1 de la Llei Model, que preveu: "El tribunal arbitral estarà facultat per decidir sobre la seva pròpia competència, inclús sobre las excepcions relatives a l'existència o la validesa de l'acord d'arbitratge".

32 Article 27 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

En aquest sentit, es considera que si una part s'absté d'oposar una excepció en temps útil, tot i tenir coneixement de la causa i sense un motiu justificat, aquesta part renuncia a oposar-la.

Aquest principi de Kompetenz-Kompetenz, en tenir com a finalitat resguardar la voluntat de les parts de sotmetre determinats conflictes a l'arbitratge, no sols fa competent la Junta Arbitral per decidir sobre la seva pròpia competència, tal com ho preveu l'article 16.1 de la Llei Model, que diu que "El tribunal arbitral estarà facultat per decidir sobre la seva pròpia competència, inclús sobre les excepcions relatives a l'existència o validesa de l'acord d'arbitratge", sinó que, a més, la faculta perquè emeti aquesta decisió com a qüestió prèvia, o en el laude que es pronunciarà sobre el fons del judici. En qualsevol cas, aquesta decisió ha de considerar-se com un laude independent respecte del qual procediran els recursos al fet que pertoqui.

La Junta Arbitral pot prendre una decisió sobre les excepcions ans mencionades com a qüestió prèvia, mitjançant un laude parcial, o en el laude final juntament amb les altres qüestions sotmeses a la seva decisió que siguin relatives al fons de l'assumpte.

La decisió de la Junta Arbitral només pot ser impugnada mitjançant l'exercici de l'acció d'anul·lació del laude en què s'hagi adoptat. Tot i això, és convenient mencionar que en cas que la decisió de la Junta Arbitral fos desestimària de les excepcions i s'adoptés amb caràcter previ, l'exercici de l'acció d'anul·lació no suspendria el procediment arbitral.

Aquest principi de Kompetenz-Kompetenz neix fruit d'una sentència emesa pel Tribunal Superior de la República Federal Alemanya l'any 1955. Tal com diuen Figuera, Vargas i Puertas (2018),³³ en aquesta sentència es va decidir que s'havia de concedir als àrbitres la potestat d'establir l'abast de l'acord arbitral que se sotmet al seu coneixement, com també de la seva autoritat i competència envers aquest acord. Aquest principi dona autoritat als mateixos àrbitres de decidir sobre la seva pròpia competència quan alguna part invoca la nul·litat, la inexistència o la ineficàcia del pacte arbitral, o bé quan s'al·legui que una determinada matèria no és susceptible de resoldre's per mitjà de l'arbitratge. Aquest principi contribueix al fet que existeixi un control dels àrbitres sobre el seu propi àmbit d'acció, en ser ells els primers a resoldre sobre la seva competència.

33 S.C. FIGUERA VARGAS, S. VARGAS TORRES I J. F. PUERTAS BARAHONA (2018), "El principio kompetenz-kompetenz del arbitraje comercial internacional de la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia venezolano". *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, núm. 4, p. 135-157, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- Protecció de l'arbitratge

El principi de Kompetenz-Kompetenz contribueix a la protecció del procés arbitral i a la implementació efectiva de les clàusules d'arbitratge. La seva aplicació promou la resolució eficaç de disputes mitjançant l'arbitratge, evita interferències innecessàries dels tribunals estatals i assegura la llibertat i autonomia de la Junta Arbitral.

Aquest principi és, doncs, un element essencial en l'arbitratge internacional, ja que confia a la Junta Arbitral la capacitat de determinar la seva pròpia competència. Reforça la confiança en el sistema arbitral i contribueix a la resolució eficient de controvèrsies, mantenint la integritat del procés arbitral i la seva autonomia.

Tanmateix, aquest principi serveix també com a escut protector per a l'arbitratge. En situacions en què una de les parts busca impugnar la validesa de l'arbitratge o la jurisdicció de la Junta Arbitral davant dels tribunals estatals, aquests hauran de respectar la decisió prèvia de la Junta Arbitral sobre aquesta qüestió, a menys que hi hagi raons fonamentades per anul·lar aquesta decisió.

Endemés, contribueix a la seguretat jurídica i a l'eficàcia del procediment arbitral. Les parts involucrades en una controvèrsia poden confiar en la capacitat de la Junta Arbitral per abordar les qüestions de jurisdicció de manera justa i eficient, sense la necessitat d'acudir inicialment als tribunals estatals.

Andorra encara no disposa de gaire jurisprudència en termes d'arbitratge, i menys encara de jurisprudència referent a l'aplicació del principi de Kompetenz-Kompetenz, raó per la qual convé fer esment a la jurisprudència dels països veïns per veure quin efecte hi té aquest principi.

Tal com menciona Rosende (2017),³⁴ a Espanya, el Tribunal Suprem va analitzar per primera vegada, a través de la Sentència del 27 de juny de 2017,³⁵ l'abast de la competència dels òrgans jurisdiccionals estatals per a decidir sobre l'eficàcia i l'abast d'un conveni arbitral quan es planteja una declinatòria de jurisdicció per submissió a arbitratge, entenent que els tribunals nacionals podien fer un enjudiciament complet sobre la validesa,

34 C. ROSENDE, "Competencia de los tribunales nacionales para decidir sobre la eficacia y alcance de un convenio arbitral". *Alerta Litigación y Arbitraje*, 3-2017, juliol 2017, Publicacions de Garrigues.

35 Sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem Espanyol, número 409/2017, del 27 de juny de 2017. Número de recurs 3292/2014. ROJ STS 2500/2017. ECLI:ES:TS:2017:2500. Id Cendoj: 28079110012017100371. Consta com a ponent el Sr. Rafael Sarazá Jimena.

l'eficàcia i l'aplicabilitat del conveni arbitral. El Tribunal va indicar que no s'apliquen restriccions als tribunals nacionals a l'hora de decidir sobre la validesa i eficàcia del conveni arbitral en resoldre sobre una declinatòria de jurisdicció per submissió a arbitratge. I considera que això no és incompatible amb la facultat dels àrbitres de pronunciar-se sobre la seva pròpia competència, ni amb la consegüent competència dels tribunals nacionals per revisar aquesta determinació de competència en el marc d'un procediment d'anul·lació del laude.

A França, la Cour de Cassation, Chambre civile 1, el 25 d'abril de 2006³⁶ va establir que l'efecte negatiu del principi de Kompetenz-Kompetenz és la prioritat de la competència arbitral per decidir sobre l'existència, la validesa i l'abast de l'acord d'arbitratge. Endemés, tal com menciona Gaillard,³⁷ a Suïssa l'efecte negatiu del principi de competència confereix "prioritat cronològica a la decisió de l'àrbitre sobre la del tribunal nacional".

1.7. La interacció entre arbitratge i jurisdicció estatal

La Llei ha establert al seu article 8 el principi d'intervenció mínima dels òrgans judicials, que només estan autoritzats a intervenir en els casos en què la Llei ho autoritzi expressament.

D'altra banda, en la seva intervenció, els tribunals estatals no poden jutjar el fons de l'assumpte, sinó que s'han de limitar a allò que els és demanat i que normalment consistirà en assistència en qüestions de caràcter processal (excepte pel que fa a la nul·litat del laude, però fins i tot llavors, els jutges s'han de limitar a examinar qüestions procedimentals i no de fons). Tal com ho preveu l'Aute del 3 de juliol de 1995 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, els tribunals poden valorar l'actuació dels àrbitres en el procediment arbitral, i poden jutjar sobre l'estructura del laude en tot allò que tingui relació amb els principis bàsics processals i els drets fonamentals:

36 Cour de Cassation Civile 1ère, 25 avril 2006, Société DMN Machinefabriek BV c. Société Tripette et Renaud : "le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seule nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel a violé le principe susvisé".

37 E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, p. 317.

*II.- Pel que es refereix a la qüestió plantejada en la demanda i que el Tribunal de Batlles contesta en els fonaments de dret VI, VII i VIII de la resolució qüestionada, cal afirmar que definida l'existència d'una clàusula d'arbitratge com a base i fonament d'una configuració privada o "equivalent de jurisdicció" com el defineix la doctrina i tractant-se en definitiva, d'una alternativa a la tutela judicial efectiva de l'art. 10 de la CA en respondre a una opció jurisdiccional lliurament acceptada o pactada, la qüestió s'incardina en determinar si la protecció jurisdiccional, el control del desenvolupament de l'arbitratge o millor dit de les actuacions dels arbitres fins a dictar el corresponent laude, pot ésser revisat davant de la jurisdicció pública en actuació d'aquell dret fonamental a la tutela efectiva; i al respecte és de concloure i **qualsevol que sigui la naturalesa de l'arbitratge, que el mateix, respecte dels arbitres, en quant actuen i exerciten una jurisdicció, necessàriament ha de poder ésser sotmesa al control dels Tribunals**, com a titulars i dipositaris de la funció judicial, en definitiva màxima expressió i valor de realització d'un estat de dret, com es configura al Principat en la Constitució.*

Si bé certament la realitat de l'arbitratge, no permet als Tribunals entrar a conèixer del fons de la matèria concretament sotmesa al pronunciament arbitral, que expressament ha estat reservada al coneixement dels arbitres, si que permet a la jurisdicció pública, el valorar conforme a dret, l'actuació dels arbitres i en definitiva, "jutjar" sobre l'estructura formal del laude en quant, els principis bàsics processals i els drets fonamentals, tenen una vigència total i absoluta, havent d'informar i ésser respectats en totes aquelles decisions que afectin als drets d'una persona i naturalment pels laudes arbitral, que han d'ésser pronunciats, aplicats, complerts i executats analògicament a una sentència (...)

Ara bé, segurament influïda per la llei francesa, la Llei del Principat preveu, d'altra banda, la possibilitat d'intervenció judicial en l'àmbit de l'arbitratge internacional en casos que poguessin derivar en una vulneració de la tutela judicial efectiva (denegació de justícia) (article 62.3 de la Llei).

Els supòsits previstos a la Llei tenen dues finalitats principals:

- a) Servir de suport i auxili a les parts i a l'òrgan arbitral per a garantir el bon desenvolupament del procediment. Aquí l'activitat jurisdiccional no substitueix ni controla la potestat dels arbitres o les facultats de les parts, sinó que té vocació de complementar-les. En la majoria dels casos, doncs, aquest suport serà potestatiu.
- b) D'altra banda, hi ha una funció de control, a instàncies de les parts o de l'àrbitre mateix, per a vetllar pel respecte dels principis i les normes imperatives que regeixen en l'arbitratge (això passarà, essencialment, en l'acció d'anul·lació del laude).

Aquestes dues categories es corresponen, gairebé sempre, amb actuacions que es fan abans o durant el procediment arbitral, i actuacions després que acabi la jurisdicció dels àrbitres (és a dir, quan ja s'ha dictat el laude).

La Llei preveu els òrgans judicials competents per a les funcions d'assistència i supervisió de l'arbitratge. La Secció Civil de la Batllia és competent per a les funcions d'assistència i supervisió de l'arbitratge per al nomenament o remoció judicial d'àrbitres, per a l'assistència judicial en la pràctica de proves, per a l'adopció judicial de mesures cautelars i per a l'execució forçosa de laudes nacionals i estrangers reconeguts. Per la seva banda, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia és competent per al reconeixement de laudes o de resolucions estrangers, així com per al coneixement de l'acció d'anul·lació del laude.³⁸

Convé mencionar que les decisions dels òrgans judicials competents no són susceptibles de recurs excepte en el cas que la decisió sigui que no pertoca el nomenament dels àrbitres. La Batllia només pot refusar la petició de nomenament d'àrbitre si de la documentació aportada en resulta manifestament la inexistència o la invalidesa del conveni d'arbitratge. Aquesta disposició permet veure com s'ha d'afavorir sempre que es pugui la salvaguarda del procediment arbitral.

La intervenció concreta dels òrgans judicials es tracta en les seccions corresponents.³⁹

1.8. El paper de les institucions arbitrals

Les institucions arbitrals tenen un paper essencial en els procediments d'arbitratge. Atès que habitualment les clàusules compromissòries no acostumen a detallar com s'organitzarà efectivament l'arbitratge, el recurs a una institució arbitral ajudarà a conèixer el marc en el qual es desenvoluparà, amb la presència d'una institució que permetrà impulsar el procediment i resoldre les incidències que puguin aparèixer en el transcurs del procés. Aquestes institucions són organitzacions especialitzades, que ofereixen suport a les parts en la fase inicial, en la qual aquestes guanyen protagonisme, i als àrbitres durant la tramitació.

38 Article 9 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

39 Apartats 3.3, 3.4, 3.5, 4.1, 4.2, 4.3 i 4.4.

El seu paper principal és facilitar i administrar els procediments d'arbitratge de manera imparcial i eficient. A continuació es detallen algunes de les funcions clau de les institucions arbitral:

- **Administració del procés:** Proporcionen una plataforma per a l'administració del procés d'arbitratge. Això inclou la recepció de la demanda i la contesta de les parts, la gestió dels terminis, la comunicació entre les parts i els àrbitres, i la coordinació logística de les audiències i les reunions.
- **Establiment de regles:** Estableixen regles i procediments que governen l'arbitratge. Aquestes regles defineixen els drets i les obligacions de les parts, els procediments per a la selecció d'àrbitres, la presentació de proves, les audiències i altres qüestions rellevants. Aquestes regles se solen elaborar tenint en compte els principis de llibertat, imparcialitat i eficiència de l'arbitratge.
- **Selecció d'àrbitres:** Poden ajudar en el procés de selecció d'àrbitres. Això pot incloure la creació de llistes d'àrbitres qualificats i experimentats, la presentació de candidats als tribunals, la supervisió del procés de selecció i, en alguns casos, la designació directa d'àrbitres.
- **Supervisió i control:** Exerceixen una supervisió i un control sobre el procés d'arbitratge per garantir el compliment de les normes i procediments establerts. Això inclou la revisió formal de les decisions arbitral per verificar-ne la conformitat amb les regles que han de regir el procediment.
- **Assistència i suport:** Ofereixen assistència i suport tècnic i logístic a les parts i als àrbitres durant tot el procés. Això pot incloure la resolució de consultes, la facilitació de la comunicació entre les parts i els àrbitres, la gestió de documents i proves, i l'organització de les audiències i reunions.
- **Gestió de costos i honoraris:** Gestionen els costos associats al procés d'arbitratge, inclosos els honoraris dels àrbitres i les despeses administratives. Això pot incloure la fixació de tarifes per a l'administració del procés, la revisió dels honoraris dels àrbitres i la supervisió dels costos relacionats amb les audicions i altres despeses.
- **Resolució de disputes:** Poden ajudar a resoldre disputes o controvèrsies que puguin sorgir durant el procés d'arbitratge. Això pot incloure la mediació, la conciliació o altres mètodes de resolució alternativa de disputes que les institucions arbitral poden facilitar. Aquestes iniciatives tenen com a objectiu promoure la resolució amistosa de les disputes abans d'arribar a una decisió arbitral.

- **Aplicació de normes ètiques i professionals:** Estableixen normes ètiques i professionals per als àrbitres i les parts que participen en el procés d'arbitratge. Aquestes normes inclouen la imparcialitat, la independència, la confidencialitat i altres principis fonamentals que han de regir la conducta de les parts i els àrbitres durant l'arbitratge.
- **Promoció i desenvolupament de l'arbitratge:** Tenen un paper actiu en la promoció i el desenvolupament de l'arbitratge com a mètode de resolució de disputes. Això pot incloure l'organització de seminaris, conferències i altres esdeveniments per difondre coneixements i bones pràctiques en l'àmbit de l'arbitratge, així com la col·laboració amb altres institucions i organismes per fomentar l'ús i la comprensió de l'arbitratge.

En resum, les institucions arbitral·s exerceixen un paper fonamental en la gestió i l'administració del procés d'arbitratge. A més de proporcionar suport tècnic i administratiu, també contribueixen a establir normes, facilitar la selecció d'àrbitres, supervisar el procés i promoure l'arbitratge com a mitjà de resolució de disputes.

2. L'arbitratge abans que comenci el procediment contradictori

2.1. El concepte d'arbitrabilitat

L'arbitrabilitat és el concepte que determina si una controvèrsia o matèria pot ser sotmesa a l'arbitratge.

El principi de l'arbitrabilitat es basa en la idea que hi ha certes qüestions que són adequades per ser resoltes per àrbitres en lloc de tribunals estatals. Aquesta capacitat de sotmetre una disputa a l'arbitratge sol dependre de factors com la naturalesa de la controvèrsia, les lleis aplicables i la voluntat de les parts.

En general, les qüestions arbitrables són de caràcter civil o comercial, com ara conflictes relacionats amb contractes, transaccions comercials, litigis mercantils, acords de construcció, drets de propietat intel·lectual, entre altres. En contraposició, generalment no són arbitrables aquelles qüestions que es consideren, per la seva naturalesa, d'ordre públic nacional. Hi ha àmbits que clarament no són arbitrables en la majoria de lleis nacionals, com ara les qüestions penals o les que impliquen drets fonamentals.

És important no confondre, però, el concepte d'ordre públic amb normes imperatives. La jurisprudència és clara en el sentit que es poden resoldre per la via arbitral qüestions en les quals s'hagin d'aplicar normes imperatives, perquè el fet que una norma sigui imperativa no implica necessàriament que configuri l'ordre públic estatal. En aquest sentit es pot veure l'aute del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil), assumpte 250/08, de 12 de febrer de 2009:

En segon lloc, cal tenir en compte a més que, malgrat una norma sigui imperativa, la procedència d'aplicar-la a un determinat supòsit pot ser perfectament resolta per un tribunal arbitral, ja que el coneixement per part d'aquests tribunals de determinades qüestions sols es limita quan es tracta de temes que per la seva naturalesa tenen una evident relació amb l'ordre públic, com ara les de caràcter penal, les que fan referència als anomenats estats civils i en general totes aquelles en les què ha d'intervenir per llei el Ministeri Fiscal, supòsits entre els què evidentment no es troben les qüestions que afecten a la propietat horitzontal.

L'arbitrabilitat també pot ser determinada per l'existència d'un acord d'arbitratge vàlid entre les parts, com ara una clàusula compromissòria en un contracte o un acord posterior per sotmetre la disputa a l'arbitratge.

En la legislació del Principat, les matèries susceptibles de submissió a l'arbitratge estan detallades a l'art. 3 de la Llei. Així, les matèries arbitrables seran:

- En general, les controvèrsies sobre matèries que són de lliure disposició per les parts.
- En matèria de societats, els seus estatuts podran escollir aquest mecanisme de resolució de conflictes per a les controvèrsies que es plantegin en el seu si, inclosa la impugnació d'acords pels socis o administradors.
- En matèria successòria, per disposició testamentària, les controvèrsies entre hereus no forçosos o legataris, per qüestions relatives a la distribució o l'administració de l'herència.
- Els aspectes civils de controvèrsies en matèria de competència efectiva, amb efectes entre les parts.
- En comunitats de propietaris, es podrà preveure la submissió a arbitratge de les controvèrsies que neixin en el seu si, inclosa la impugnació dels acords comunitaris pels propietaris.

2.2. El caràcter internacional de l'arbitratge

En una llei com l'andorrana, qualificada de dualista perquè regula per separat l'arbitratge intern i l'arbitratge internacional, s'han de definir quins elements fan que un arbitratge recaigui en un o altre.

L'article 4.2 estableix les circumstàncies que faran que un arbitratge es consideri internacional. D'una banda dependrà de les parts i del seu domicili, quan estigui situat en Estats diferents. L'altra opció és que la seu de l'arbitratge estigui en un Estat diferent del del domicili de les parts.

D'altra banda, el contingut de la controvèrsia també pot concedir aquesta consideració internacional quan el lloc de compliment d'una part substancial de les obligacions de la relació jurídica de la qual dimana la controvèrsia estigui situat fora de l'Estat en què les parts tinguin els seus domicilis, o bé que la controvèrsia afecti interessos del comerç internacional, o finalment que les parts hagin convingut expressament que la qüestió objecte del conveni arbitral està relacionada amb més d'un Estat.

2.3. El conveni d'arbitratge

L'arbitratge és una via de resolució de conflictes que necessita la voluntat de totes les parts per poder-hi recórrer. A aquest efecte, l'acord de voluntats serà un element determinant i fonamental per obrir la via arbitral. Així ens ho recorda la sentència de la sala civil del Tribunal Superior de Justícia de data 26 de març de 2009 (TSJC 259/08):

III.- S'ha prèviament de resoldre l'excepció d'incompetència de jurisdicció plantejada pels Srs. J.M.G. i J.G.S., en favor de l'organisme INCANN. Aquesta excepció no pot prosperar de cap manera. El poder judicial deriva del dret regalia del senyor, rei, prínceps etc, o del poble, d'administrar en el seu nom, la justícia, mitjançant un conjunt de jutges i magistrats. Per tant, només els Estats poden exercitar la potestat jurisdiccional, i no qualsevol organisme, fins i tot internacional, quan el mateix no ha estat especialment creat per un conjunt d'Estats o per l'ONU, tal com els Tribunals Internacionals Penals pel RWENDA o per l'ex IUGOSLÀVIA, per conèixer de litigis específicament determinats. L'única cosa que pot proposar un Organisme internacional especialitzat, és una mena d'arbitratge entre els seus adherents, però aquell arbitratge, mai pot ser obligatori, sinó facultatiu, llevat del cas que els antagonistes hagin convingut contractualment, que en cas de dificultats el litigi seria resolt per via arbitral de manera imprescindible, i no subsidiària. Si no existeix una tal clàusula arbitral pactada entre les parts, són les jurisdiccions nacionals que són les competents per resoldre el litigi d'acord amb les disposicions de l'article 4 de la LQJ que estableixen que els Batlles i els Tribunals andorrans coneixeran dels judicis que es plantegin en territori andorrà entre andorrans, entre estrangers, i entre andorrans i estrangers; i que queden exclosos del coneixement de la jurisdicció andorrana els supòsits d'immunitat de jurisdicció i d'execució establerts per les normes de dret internacional públic. Per consegüent, en el present cas, compte tingut que no existeix cap tipus d'immunitat de natura a excloure el litigi del coneixement de les jurisdiccions andorranes, que l'organisme INCANN, organisme privat, no té cap legitimitat per exercir la potestat jurisdiccional, i que no existeix cap clàusula d'arbitratge obligatori, s'ha de desestimar l'excepció plantejada.

El conveni d'arbitratge és, doncs, un acord entre les parts que estableix la voluntat d'arbitrar les disputes que puguin sorgir entre elles, o que ja hagin sorgit, en lloc de sotmetre-les als tribunals estatals. Així, quan en el marc d'una o diverses relacions contractuals es preveu, *ex ante*, que tots o part dels conflictes derivats de l'esmentada relació seran sotmesos a arbitratge, s'inclou una clàusula compromissòria en el contracte. Es tracta, doncs, d'una submissió a l'arbitratge en el cas d'un litigi futur i eventual.

D'altra banda, quan no s'ha pactat una clàusula compromissòria, però les parts acorden sotmetre la disputa a la via arbitral, ja sigui una relació contractual o extracontractual, es podrà signar un compromís d'arbitratge.

Així doncs, el conveni d'arbitratge pot adoptar dues formes, la clàusula compromissòria o el compromís d'arbitratge. A la pràctica serà més habitual trobar-se amb clàusules compromissòries que amb compromisos arbitrals, ja que sempre és més senzill pactar com es resoldrà un conflicte abans que sorgeixi, que no un cop ja s'ha manifestat. Cal precisar que el recurs a l'arbitratge podrà tenir lloc en qualsevol moment, fins i tot en el cas d'un procediment judicial ja iniciat.

Caldrà valorar, doncs, les condicions necessàries per a la formació del conveni arbitral, els seus efectes i, finalment, el control de la seva validesa.

2.3.1. Requisits de forma del conveni arbitral

La llei andorrana d'arbitratge, en seguir el model dualista, regula per separat els requisits de forma del conveni arbitral. D'una banda, en l'arbitratge internacional⁴⁰ es preveu expressament que no està sotmès a cap requisit de forma, i es remet, per a la seva validesa, a les normes escollides per regir l'arbitratge o a les emprades per resoldre sobre el fons, a banda de les que preveu el dret andorrà.

D'altra banda, en matèria d'arbitratge intern,⁴¹ la norma és més específica, i preveu certes regles de forma, com el fet que ha de constar per escrit, en un mateix o en diversos documents signats per les parts. Tot i així, s'entendrà que el conveni és per escrit quan quedi constància del seu contingut, encara que s'hagi pactat en altres formes, ja sigui escrites, per l'execució de certs actes o per qualsevol altre mitjà. També es reconeixen les comunicacions fetes en format electrònic, sempre que el contingut dels acords quedi disponible per a consulta posterior. Així doncs, s'haurà de poder acreditar per via escrita o de suport electrònic l'acord de les voluntats i el contingut de l'acord, ja que, com veurem, el conveni arbitral necessitarà un contingut mínim.

Inclús es podrà considerar que existeix conveni d'arbitratge quan, en el marc d'un procediment judicial, en un intercanvi de demanda i contesta, una part afirmi l'existència del conveni i l'altra part no la negui.

40 Art. 63 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

41 Art. 10 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

2.3.2. Contingut del conveni d'arbitratge

El conveni d'arbitratge marcarà la voluntat de submissió al procediment arbitral, i alhora n'haurà de regular els elements fonamentals, per la qual cosa necessitarà un contingut mínim perquè sigui vàlid.

En primer lloc, ha de recollir la voluntat inequívoca de les parts de sotmetre a arbitratge la controvèrsia existent o que pugui sorgir. En aquest sentit, depenent de la tendència dels tribunals estatals, i de si la jurisdicció és o no favorable a l'arbitratge, un conveni arbitral pot ser objecte d'una interpretació més o menys laxa de la submissió a arbitratge. En les jurisdiccions més favorables a l'arbitratge, és possible que els àrbitres o els tribunals estatals facin una integració del conveni arbitral (que, al cap i a la fi, és un contracte com qualsevol altre i, per tant, és interpretable) que afavoreixi la submissió.

Sovint, però, una simple referència al concepte d'arbitratge no és suficient, sinó que s'exigeix fermesa en la voluntat de submissió. En aquest sentit, es pot veure la sentència 128-2022 del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil), assumpte 108/2022, de 27 de setembre del 2022:

Certament la Clàusula catorzena del contracte suara transcrit fa referència a l'arbitratge, tot i que només diu: “Les parts accepten la jurisdicció dels jugats i tribunals del Principat d'Andorra per a tots els supòsits en que la realització de l'arbitratge requereixi l'auxili jurisdiccional, així com per a entendre de l'execució forçosa del laudo o laudos o dels recursos que legalment procedeixin contra els mateixos”.

Aquesta Clàusula no conté els elements necessaris per considerar l'existència d'una submissió expressa i voluntària de les parts contractants al procediment arbitral, com bé es va resoldre en la instància. L'article 10 de la Llei 47/2014, de 18 de desembre d'arbitratge, exigeix expressament en els seus diferents apartats, entre altres, que el conveni d'arbitratge ha d'expressar la voluntat de les parts de sotmetre-s'hi, identificant les controvèrsies que hi seran objecte, derivades d'una determinada relació jurídica i la designació de la junta arbitral o el procediment per a la seva designació.

En el supòsit analitzat la minsa redacció de la clàusula referida a l'arbitratge no conté ni la definició de les controvèrsies que s'hi haurien de sotmetre per voluntat de les parts, ni molt menys preveu una junta arbitral ni el procediment per a la seva designació, extrems que resulten de gran importància per poder valorar l'existència de submissió voluntària i l'equilibri entre les parts per a la designació de la junta arbitral de referència, per evitar que es produeixi una situació privilegiada d'una de les parts confrontades. Noti's l'extrema importància de la concurrència d'aquests extrems, donada la conseqüència de la submissió arbitral que no és altra que la incompetència de la jurisdicció civil.

Procedeix en conseqüència, la desestimació d'aquest greuge, declarant-se la competència de la jurisdicció civil per resoldre el litigi.

Fins i tot quan, tot i existir una intenció clara de submissió a arbitratge, el conveni no és executable (perquè, per exemple, s'ha designat un àrbitre que no vol acceptar l'encàrrec o una institució arbitral que no existeix), els tribunals andorrans han estat reticents a validar la submissió a arbitratge. En aquest sentit, es pot veure la sentència del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil), assumpte 152/09, de 26 de novembre de 2009:

I.- Ha quedat acreditat a les actuacions que, en una data que es discuteix, el representant de la societat "A.U.S.L." i el Sr. J.G., que deia actuar en nom de la societat "C.T.I.", van signar un contracte de subministrament d'una determinada quantitat de té verd. En el citat contracte les parts acordaven que per totes les qüestions litigioses que poguessin sorgir en el contracte, o estar relacionades amb ell, "les partes se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Andorra la Vella, encomendando al mismo la designación de árbitros y administración del arbitraje, así como obligándose a cumplir la decisión arbitral". No hi ha dubte tampoc que, malgrat potser en aquell moment les parts confiaven en la creació d'aquesta institució, en el moment en el què es va formular la demanda que dona origen al present procediment no existia a Andorra la Vella un Tribunal Arbitral institucional i cal tenir en compte que les parts no es van sotmetre a arbitratge de manera genèrica, sinó que ho van fer a la decisió d'un tribunal arbitral concret.

II.- Aquestes consideracions porten a entendre que la clàusula de submissió a un determinat arbitratge inclosa en el contracte en el desenvolupament del qual s'ha produït el present litigi és d'impossible compliment i, per tant, s'ha de tenir per no posada, ja que en cas de que admetéssim la submissió de les parts a un tribunal inexistent les situariem en indubtable indefensió en el cas que sorgissin entre elles qüestions litigioses, com finalment ha succeït, perquè no podrien resoldre el conflicte que les enfrontava mitjançant l'arbitratge pactat, ni tampoc acudint als tribunals ordinaris.

D'altra banda, serà necessari que el conveni determini la Junta Arbitral, o estableixi la manera de determinar-la. A aquest efecte, és possible determinar directament la o les persones que actuaran com a junta arbitral per resoldre les controvèrsies. Si bé aquest mecanisme sembla eficient en cas de compromís d'arbitratge en el marc d'un conflicte que ja s'ha presentat —i que alhora marcaria la confiança de totes les parts en la Junta Arbitral—, sembla més difícil que les parts, un cop confrontades, es puguin entendre per dur a terme aquesta nominació. Però també s'ha de considerar que el nomenament personal de la Junta Arbitral en una clàusula compromissòria, per un eventual conflicte futur, pot ser una decisió arriscada, ja que pot passar que les persones escollides no puguin assumir la funció, ja sigui per indisponibilitat o per manca d'idoneïtat sobrevinguda.

L'alternativa serà que el conveni arbitral determini el mode de designació de la Junta Arbitral. El sistema escollit haurà de ser perenne en el temps a fi que pugui ser aplicat el dia que sigui necessari. Mecanismes habituals de nomenament d'àrbitres poden ser:

- Que cada part nomeni un àrbitre, i aquests, de comú acord, en nomenin un tercer.
- Designar un òrgan responsable del nomenament de l'àrbitre (com podria ser, per exemple, delegar el nomenament de l'àrbitre en el president de la Batllia o en el degà del Col·legi d'Advocats).
- Delegar el nomenament en una institució arbitral.

Cada sistema de nomenament tindrà els seus avantatges i inconvenients, i a aquest efecte s'haurà de considerar amb cautela, per tal de garantir que s'assoleix l'objectiu buscat en el moment d'acordar el conveni d'arbitratge.

Així, quan es delegui el nomenament d'un àrbitre en un tercer s'haurà de considerar quin mecanisme farà servir aquest tercer per nomenar l'àrbitre. Mentre el recurs a una institució arbitral permetrà conèixer a l'avançada quins són els criteris adoptats pel nomenament de l'àrbitre (algunes institucions funcionen a partir de llistes tancades i d'altres, no), si es delega el nomenament en la persona que ocupa una funció o càrrec sense que estigui sotmesa a criteris que guiïn aquestes decisions, el procediment podrà ser variable i més o menys adequat al conflicte en qüestió (per exemple, recórrer a llistes aleatòries sense control dels criteris d'inclusió en aquestes llistes).

En qualsevol cas, el procediment establert no podrà posar una de les parts en una posició privilegiada a l'hora de designar la junta; altrament, el conveni no serà vàlid.

Finalment, és habitual que els convenis arbitral incloguin aspectes com:

- Amplada de l'arbitratge: El conveni arbitral pot ser ampli o restringit en termes de les disputes que es poden sotmetre a arbitratge. Algunes clàusules d'arbitratge poden ser àmplies i incloure tots els conflictes relacionats amb el contracte, mentre que d'altres poden ser més restrictives i cobrir només qüestions específiques. És important que les parts tinguin una comprensió clara de l'abast de l'arbitratge segons el conveni establert.
- Llei aplicable i seu de l'arbitratge: El conveni arbitral sol especificar la llei aplicable al procediment d'arbitratge i la seu on se celebrarà. La llei aplicable pot ser la llei nacional d'un determinat país o una llei internacionalment reconeguda, com la Llei de l'arbitratge de les Nacions Unides

(Llei Model). La seu de l'arbitratge ha de ser una localitat concreta, i és recomanable indicar també el país (p. ex.: París, França). Normalment, la llei aplicable estarà determinada per la seu de l'arbitratge (és a dir: un arbitratge amb seu a París tindrà com a llei aplicable —o *lex arbitri*— la llei d'arbitratge francesa).

- Compromís d'acatar la decisió: Amb el conveni arbitral, les parts es comprometen a acatar i complir la decisió de l'àrbitre o el tribunal arbitral. Aquesta decisió, coneguda com a laude arbitral, té l'efecte de cosa jutjada i pot ser executada en els tribunals competents.
- Idioma i regles de procediment: El conveni arbitral pot especificar l'idioma que s'utilitzarà en el procediment d'arbitratge i les regles de procediment que s'aplicaran. Això pot incloure l'aplicació de regles específiques d'arbitratge, com les regles d'una institució arbitral o regles ad hoc acordades per les parts.
- Recurs a la jurisdicció estatal: El conveni arbitral pot abordar la qüestió de si les parts poden recórrer a la jurisdicció estatal en certs casos, com ara per obtenir mesures cautelars o per qüestions relacionades amb la nul·litat o la revisió de laudes arbitrals.
- Obligacions de confidencialitat: El conveni arbitral sol incloure clàusules de confidencialitat que obliguen les parts, els àrbitres i altres persones implicades en el procés d'arbitratge a mantenir la confidencialitat de la informació relacionada amb la disputa.
- Costos i despeses: El conveni arbitral pot abordar la qüestió dels costos i despeses relacionats amb l'arbitratge, com ara els honoraris dels àrbitres, les despeses de les audicions, els costos de les proves i altres despeses relacionades.
- Governing Law: El conveni arbitral pot especificar la llei que regirà la interpretació i l'aplicació del conveni mateix. Aquesta llei pot ser diferent de la llei aplicable a la substància de la disputa.
- Acord de notificació: El conveni arbitral pot establir els procediments i requisits específics per a la notificació entre les parts en relació amb l'arbitratge. Això pot incloure l'adreça, els mitjans de comunicació i els terminis per a la notificació.
- Ampliació del conveni arbitral: En alguns casos, les parts poden acordar ampliar la cobertura del conveni arbitral a altres disputes o a qüestions relacionades amb el contracte original. Això pot proporcionar una àmplia base per a la resolució de conflictes en el context de la relació contractual.

- Arbitratge institucional: El conveni arbitral pot establir la designació d'una institució arbitral reconeguda per gestionar i supervisar el procés d'arbitratge. Aquesta institució pot proporcionar regles i serveis específics relacionats amb l'arbitratge, com ara la designació d'àrbitres, l'administració dels procediments i la resolució de disputes relacionades amb el procediment d'arbitratge.
- Terminació i modificació: El conveni arbitral pot contenir disposicions sobre la terminació o modificació del conveni mateix. Això pot incloure els mecanismes per a la seva rescissió o modificació, com ara l'acord mutu per escrit de les parts.

És important tenir en compte que els aspectes rellevants del conveni arbitral poden variar en funció de les lleis nacionals i de les normes aplicables en cada jurisdicció.

En general, el conveni arbitral és un element clau en l'arbitratge, ja que estableix la base per resoldre les disputes mitjançant aquest mètode. Proporciona a les parts autonomia i flexibilitat en la resolució de disputes i ofereix avantatges com la confidencialitat, l'especialització dels àrbitres i l'agilitat del procediment.

2.3.3. Control de validesa del conveni d'arbitratge

El conveni arbitral es considera independent del contracte o l'acord principal en què està contingut. Això significa que, fins i tot si el contracte principal és declarat nul o inexistent, el conveni arbitral pot mantenir-se vàlid i aplicable. Aquest principi de separabilitat permet que les disputes siguin sotmeses a l'arbitratge fins i tot si hi ha una disputa sobre la validesa del contracte subjacent.

Així, la mateixa Junta Arbitral està facultada per decidir sobre la seva pròpia competència i, en particular, sobre les excepcions relatives a l'existència o la validesa del conveni d'arbitratge, el nomenament dels àrbitres, l'arbitrabilitat de la controvèrsia o qualsevol altra excepció l'estimació de la qual impedeixi entrar en el fons de la controvèrsia (aquesta facultat es coneix internacionalment com el principi de Kompetenz-Kompetenz).

L'excepció d'incompetència de la Junta Arbitral i les altres referides anteriorment poden ser oposades per les parts fins al moment de presentar la contesta a la demanda. Així, les parts no es veuen impedides d'oposar les excepcions pel fet que hagin nomenat un àrbitre o participat en el seu nomenament.

L'excepció basada en el fet que la Junta Arbitral s'ha excedit del seu mandat s'ha de plantejar tan aviat com aparegui, durant les actuacions arbitral, la matèria que suposadament excedeix el seu mandat. La demora en el plantejament de les excepcions sense motiu justificat i amb coneixement de causa, comporta a la part la renúncia a oposar-les.

Finalment, la decisió sobre les excepcions que puguin aixecar les parts es podrà resoldre mitjançant laude parcial o es podrà resoldre al final del procediment, juntament amb les altres qüestions plantejades en el procediment. A aquest efecte, la decisió adoptada per la Junta Arbitral només podrà ser impugnada per via d'anul·lació del laude corresponent.

2.3.4. Extensió del conveni a tercers no signataris

Sovint, en les controvèrsies arbitral complexes, derivades d'estructures contractuals o jurídiques de base també complexes, es fa necessari incorporar al procediment arbitral parts no signatàries del conveni per assegurar una resolució eficaç i efectiva de la disputa. Ens hem de plantejar, llavors, si un conveni arbitral pot fer-se extensiu a parts que no l'han signat.

Aquesta és una qüestió no regulada a la Llei d'arbitratge (i tampoc, en general, a les lleis de l'entorn; però sí que està regulada, per exemple, a la Llei peruana d'arbitratge).

Com hem explicat anteriorment, el conveni arbitral i la clàusula compromissòria són, en si mateixos, contractes autònoms, de manera que se'ls aplica el principi de relativitat dels contractes. El plantejament de la possible extensió del conveni a terceres parts que no l'han signat és, a priori, contrari al principi de relativitat del conveni arbitral i, per tant, només s'ha de consentir en supòsits excepcionals.

En el dret comparat, aquests supòsits han estat aquells en què (i) s'ha produït la cessió i subrogació del contracte (en el qual no hi ha dubte sobre l'aplicació del conveni), i (ii) s'ha produït l'acceptació del conveni per actes propis o concloents (el tercer ha participat en la negociació i la conclusió del contracte, o ha estat directament implicat en la seva execució, o el contracte conté disposicions al seu favor).

Una altra categoria de supòsits (amb acceptació més limitada) és la dels casos en què intervenen grups de societats. Arran del cas conegut com a *Dow Chemical*,⁴² en què el tribunal arbitral va considerar que es podia vincular

42 Cas CCI núm. 4131/1982.

una societat matriu pel conveni signat per una societat filial (i que va ser confirmat per la Cour d'appel de París), la pràctica internacional ha desenvolupat (i adoptat irregularment) una doctrina que permet que, si es compleixen un seguit de circumstàncies cumulatives, es puguin estendre els efectes del conveni a una societat del grup que no l'ha signat (normalment, la matriu). Han estat considerades circumstàncies rellevants: la participació efectiva de la societat no subscriptora en la negociació o execució del contracte; la constatació d'una voluntat comuna de les parts de sotmetre aquesta societat al contracte litigiós; la constatació d'una forta aparença de ser la societat no signant la veritable part contractual, i també la realització de la prestació característica del contracte per la societat no signant.

No obstant això, com avançàvem, aquesta doctrina ha estat adoptada irregularment en dret comparat, amb el problema pràctic i la incertesa que comporta. Els tribunals francesos, per exemple, han rebaixat els requisits per apreciar la voluntat de la part no signant de sotmetre's a arbitratge, fins al punt que es conforma a apreciar l'única implicació directa de la societat no signant en l'execució del contracte.

La resta de la jurisprudència comparada es caracteritza per reduir al màxim l'acceptació d'aquesta extensió dels efectes del conveni, de manera que exigeix una voluntat inequívoca, en la mesura en què la submissió a arbitratge implica la renúncia (forçada) al jutge predeterminat per la llei.

2.3.5. L'extinció o mort de la part i la continuació de l'arbitratge

Aquesta circumstància tampoc no està regulada a la Llei d'arbitratge, i tampoc són aplicables anàlogament els articles del Codi de Procediment Civil (CPC) sobre la qüestió de la successió processal (articles 39 i 40). Tampoc és aplicable la previsió del CPC respecte de la capacitat de les entitats sense personalitat jurídica per a ser part d'un procediment judicial (article 31 CPC). Per això es planteja la pregunta de què passa quan una part (sigui persona física o jurídica) mor o s'extingeix.

D'entrada, s'ha de diferenciar entre la mort del demandant i la del demandat. Si, mort o extingit el demandant, no hi ha ningú que el succeeixi, la lògica diu que el procediment arbitral ha de finalitzar, per manca d'actor i per tant de controvèrsia. Si ha mort o s'ha extingit el demandat, llavors la cosa es complica.

Pel que fa a les persones jurídiques, la seva extinció no comporta automàticament l'extinció de la seva personalitat jurídica respecte de les relacions

jurídiques en què aquella, d'una manera o d'una altra, segueixi implicada. Des d'aquesta premissa, es planteja si, una vegada dissolta una societat, el conveni arbitral inserit en els seus estatuts o fins i tot en diferents contractes d'alguna manera en vigor conserva o no la seva eficàcia. Creiem que la resposta ha de ser positiva: en la mesura que la controvèrsia tingui l'origen en l'incompliment d'un contracte encara en vigor, el conveni inserit en aquest contracte continuarà sent vàlid i, per tant, res no impediria –en abstracte– que, igual que es resoldrien davant els òrgans de la jurisdicció, aquestes controvèrsies es puguin resoldre en un arbitratge.

Pel que fa a les persones físiques, sembla que tampoc res no impediria que l'arbitratge prosseguís, primer amb l'herència i, després, amb els hereus que donen continuïtat a la relació contractual encara que no haguessin signat el conveni arbitral en el seu dia. De fet, el procediment podria continuar encara que els hereus no acceptessin l'herència (i llavors el problema estaria en l'execució del laude, per manca de titular del deute, però aquest no seria un problema per a l'àrbitre, sinó per al creditor).

Molt pocs reglaments institucionals preveuen aquesta situació. Un que sí que la preveu és el Reglament d'arbitratge de la Cort d'Arbitratge de la Cambra Oficial de Comerç, Indústria i Serveis de Madrid.⁴³

La resposta a la qüestió en la pràctica dependrà del dret aplicable a la successió (sigui civil o mercantil), de la *lex arbitri* i del reglament institucional aplicable, si escau, i per tant no és unívoca.

2.3.6. La declinatòria

La submissió d'una controvèrsia a l'arbitratge exclou la competència dels tribunals ordinaris per conèixer-la. A aquest efecte, en el cas que una part interposi una acció judicial en una matèria que s'hagi sotmès a arbitratge per voluntat de les parts, la demandada haurà de denunciar la manca de jurisdicció mitjançant una declinatòria, que s'interposarà davant el mateix tribunal que coneix el procés, en el termini de tretze dies hàbils des que es dona trasllat de la demanda. El secretari judicial acordarà la suspensió del

43 “Article 16 bis: Successió processal per defunció o extinció de part. 1. En cas de defunció o extinció d'una part, i que aquesta extinció sigui comunicada en el procediment, es suspendran les actuacions per la Cort o pels àrbitres en cas que aquests constin designats en el procediment. Si escau, correspondrà a la contrapart sol·licitar l'impuls del procediment i procedir a la indagació raonable que pogués resultar necessària a l'efecte de determinar la successió processal i continuar amb el procediment. 2. Quan la contrapart comuniqui les dades de contacte de la persona o persones que succeeixen a una de les parts, la Cort o, en el seu cas, els àrbitres, alçaran la suspensió acordada, actualitzant, si escau, el calendari processal. 3. A l'efecte de comunicacions i l'eventual consideració com a rebel de la part que hagi estat succeïda processalment, s'estarà a l'indicat pels articles 3 i 36 d'aquest Reglament.”

procediment fins a la resolució de la declinatòria. Així ho defineix l'article 62 del Codi de Procediment Civil, que regula també la possibilitat que té el Tribunal d'acordar mesures cautelars, d'assegurament de la prova o altres mesures de caràcter urgent, sempre que se'n justifiqui el perjudici greu i de difícil reparació que pugui causar la dilació del procediment.

Tot i això, podem veure com l'article 11 de la Llei d'arbitratge imposa com a termini màxim per interposar la declinatòria el moment en què cada part aporta el primer escrit sobre el fons de la controvèrsia. Així doncs, quan cadascuna de les parts hagi acceptat la competència dels tribunals ordinaris (mitjançant actes processals que manifestin de forma indubtable aquesta voluntat de formular la demanda per via jurisdiccional o bé contestar-la sense haver formulat la declinatòria corresponent), s'entendrà que han renunciat tàcitament al conveni arbitral, ja que el procediment d'arbitratge no és imperatiu i, en dependre de la voluntat de les parts, és, doncs, renunciable. Així ho establí la sentència de 21 de març de 2002 (TSJC):

III. Des del moment que el defenent va comparèixer a les actuacions judicials i va contestar la demanda sense oposar la posteriorment i extemporàniament al·legada subjecció a arbitratge de la qüestió plantejada, en quedar eliminada tota possibilitat d'examinar, d'interpretar i d'aplicar en el seu cas aquella clàusula de l'art. 53 del Reglament esmentat; ja que el fet de comparèixer al judici i contestar la demanda sense oposar l'excepció dilatòria de la submissió a arbitratge de la qüestió litigiosa implicà la renúncia tàcita del procediment arbitral que els Estatuts o el Reglament de la Copropietat haguessin pogut assenyalar; perquè el procediment d'arbitratge no és imperatiu, indispensable ni inderogable, sinó que depèn de la voluntat de les parts les quals el poden renunciar expressament o tàcitament, i això últim es el que va succeir en aquest cas en haver el defenent comparegut al judici i contestat la demanda sense oposar aquella clàusula de compromís la qual, per tant, no escau ara examinar ni interpretar ja que en cap cas, i qualsevol que fos el seu contingut, podria aplicar-se.

És doncs procedent rebutjar l'apel·lació i confirmar la decisió dels Batlles, amb imposició de les costes del recurs a l'apel·lant.

2.4. L'inici de l'arbitratge

Per iniciar un procediment d'arbitratge se segueixen generalment els passos següents:

- Revisió del conveni arbitral

En primer lloc, és important revisar detingudament el conveni arbitral establert entre les parts. Aquest conveni determina les regles i procediments

que s'aplicaran en l'arbitratge i altres aspectes rellevants com ara la selecció dels àrbitres, la llei aplicable i la seu de l'arbitratge.

L'anàlisi d'aquest conveni ha de permetre verificar si la disputa que ha nascut entra en el marc del conveni arbitral pactat. Com s'ha dit, el recurs a l'arbitratge només serà possible si les parts ho han pactat expressament,⁴⁴ i tota controvèrsia que no entri en el conveni, no podrà ser dirimida per aquesta via.

- Notificació a l'altra part

Una de les parts o totes dues poden notificar per escrit a l'altra part la seva intenció de sotmetre la disputa a arbitratge. Aquesta notificació sol incloure una descripció breu de la disputa i referències al conveni arbitral pertinent.

En aquest cas, caldrà diferenciar entre l'arbitratge ad hoc i l'arbitratge institucional. Mentre que en l'arbitratge institucional el reglament de la institució arbitral escollida marcarà el procediment aplicable i participarà en aquestes etapes inicials de les notificacions, essent un centre de recepció i notificació a les parts de les diferents etapes, en els arbitratges ad hoc, en els quals no hi ha el suport de cap institució especialitzada, les parts s'hauran de fer càrrec, a iniciativa pròpia, de les diferents etapes que ara detallarem.

- Selecció d'àrbitres

Si el conveni arbitral no especifica una forma de selecció d'àrbitres, les parts han d'acordar o seguir els procediments establerts amb aquesta finalitat. Això pot implicar la designació directa d'un àrbitre únic o la selecció d'un tribunal arbitral compost per diversos àrbitres.

En el cas dels arbitratges institucionals, aquests mecanismes acostumen a estar previstos, i la mateixa institució, en seguiment del seu reglament, promourà les etapes corresponents per nomenar els àrbitres, ja sigui perquè les parts han assolit un acord, ja sigui per aplicació dels mecanismes existents per als casos de desacord entre les parts en la matèria. Igualment, la institució vetllarà perquè es compleixin els requisits de nomenament i acceptació i, eventualment, resoldrà els problemes de recusació que es puguin plantejar contra els àrbitres proposats.

En els arbitratges ad hoc serà important remetre's a les previsions de la clàusula arbitral per poder acordar l'àrbitre consensuat, o perquè la part

44 Amb les excepcions referides anteriorment, si escau.

més diligent pugui executar el procediment previst al conveni arbitral per tal de nomenar el o els àrbitres que constituïran la Junta Arbitral.

- **Constitució del tribunal arbitral**

Una vegada s'han seleccionat els àrbitres, s'ha de constituir el tribunal arbitral. Això implica l'acceptació dels àrbitres designats i la formalització de la seva participació en el procediment d'arbitratge.

Novament, quan s'actua a l'empara d'una institució especialitzada (com pot ser el TAPA), aquesta s'assegurarà de complir tots els requisits legals en la matèria, d'acceptar-los, i de promoure'n la posada en marxa.

2.5. El nomenament i la recusació d'àrbitres

2.5.1. Capacitat per a ser àrbitre

L'article 14 de la Llei estableix que la funció d'àrbitre només pot ser exercida per persones físiques en ple exercici dels seus drets civils, sempre que no els ho impedeixi la legislació a la qual estiguin subjectes en l'exercici de la seva professió. També disposa que si el conveni d'arbitratge designa una persona jurídica, aquesta només disposa de la facultat d'organitzar i administrar l'arbitratge.

L'article també disposa que, llevat de l'acord en contrari de les parts, quan es tracti d'arbitratge amb àrbitre únic i sempre que no sigui un arbitratge en equitat (*ex aequo et bono*), l'àrbitre ha de tenir la condició de jurista. En l'arbitratge amb tres o més àrbitres, almenys un d'ells ha de tenir aquesta condició.

Finalment, segons el mateix article, ningú pot ser exclòs d'actuar com a àrbitre per raó de la seva nacionalitat, llevat que les parts acordin altrament.

L'adequació de l'àrbitre a aquests requisits (que, d'altra banda, són mínims) és imprescindible per assegurar la validesa del procediment. El seu incompliment pot donar lloc a la nul·litat del laude, com veurem més endavant⁴⁵ i com exemplifica la sentència del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil) en l'assumpte 386/2017, de 27 de febrer de 2018:

45 Secció 4.1.2.

III.- La sentència d'instància considera que ha de ser declarat nul el laude impugnat perquè va ser dictat per qui no podia fer-ho per la seva condició de batlle en clara infracció de l'article 69 de la Llei qualificada de la justícia i de l'article 10 de la Constitució andorrana. Compartim plenament aquesta decisió atès que l'arbitratge és un mitjà alternatiu a la via jurisdiccional de resolució de conflictes i que resulta incompatible amb la funció exclusiva de jutjar que tenen els batlles i magistrats, tant si la matèria del laude està connectada amb l'objecte del litigi (com era aquí el cas i per això es va demanar la suspensió de la causa i s'ha explicat que tenia connexió perquè afectava no només als béns de la mare difunta sinó també del pare que era el que es disputava en la causa) com si no ho és i pot donar lloc a responsabilitats penals o disciplinàries al membre del Poder Judicial que infringeixi aquella incompatibilitat de la seva funció, qüestionà aquesta que resulta intrascendent als fins de la present controvèrsia sobre la nul·litat del laude. Òbviament, el titular de la funció jurisdiccional no pot exercir les dues funcions simultànies perquè la incompatibilitat i l'exclusivitat són qüestions d'ordre públic en el nostre país perquè garanteixen la imparcialitat del jutge que recull l'article 10 de la Constitució. I la confusió en la ciutadania seria del tot evident si el mateix batlle podia fer alhora les funcions d'àrbitre i dictar un laude que després aprofitaria el Tribunal en el qual l'àrbitre s'integra per dictar la seva corresponent decisió en la causa un cop aquesta ja prosseguís la seva tramitació, amb la particularitat de que els altres dos membres del Tribunal no haurien intervingut en la valoració del béns a heretar que es disputaven en la causa i el que ja ha fet d'àrbitre té un posicionament previ a la resolució del litigi.

[...]

Per això davant de tanta evidència en la improcedència de l'actuació de les parts en la seva proposta al batlle ponent com en l'acceptació d'aquest a l'encàrrec proposat, resulta difícilment comprensible la persistència en voler mantenir la validesa d'aquell laude i de les actuacions, que sota la direcció del mateix àrbitre es varen dur a terme, les quals també han de veure's arrossegades pel vici inicial de l'acceptació en un exercici palès de manca de competència jurisdiccional, sense perjudici que les documentals puguin ser valorades i contrastades en un altre procediment si és que les parts no troben la desitjosa solució d'arribar a un acord transaccional.

2.5.2. Nomenament dels àrbitres

• Procediment de nomenament dels àrbitres

Un dels grans avantatges de l'arbitratge rau en el fet que els nomenaments dels àrbitres es fan tenint en compte les circumstàncies concretes de cada cas, és a dir, en funció de la naturalesa, la complexitat o l'especialitat del cas, entre d'altres.

Les parts poden nomenar lliurement l'àrbitre o els àrbitres de la seva confiança per dirimir el litigi que sotmetran a la Junta Arbitral.

En cas que no hi hagi acord entre les parts pel que fa al nomenament dels àrbitres, en els arbitratges ad hoc se seguirà el que disposa el conveni per poder designar-los, mentre que el recurs a una institució arbitral permetrà normalment que aquesta institució, seguint els seus procediments interns, busqui els millors especialistes, vetllant en tot moment perquè els àrbitres triats no tinguin cap relació amb les parts.

En concret, en l'arbitratge amb una junta arbitral composta per un àrbitre únic, si les parts no es posen d'acord sobre la designació de l'àrbitre, aquest es nomenarà, a instància de part, per la institució arbitral designada, o, en cas que no se n'hagi nomenat cap, per la Secció Civil de la Batllia, en el termini màxim d'un mes. Quan el nomenament de l'àrbitre correspongui a la Secció Civil de la Batllia, el Batlle confeccionarà una llista amb tres noms per cada àrbitre que hagi de ser escollit i triarà els noms per sorteig.

En canvi, en l'arbitratge amb junta arbitral integrada per tres àrbitres, cada part nomenarà un àrbitre, i els dos àrbitres designats per les parts nomenaran el tercer àrbitre, que actuarà com a president de la Junta Arbitral. En aquest cas, si una de les parts no nomena un àrbitre dins dels trenta dies següents a la notificació del requeriment de l'altra part, o si els dos àrbitres no es posen d'acord sobre el tercer àrbitre dins els trenta dies següents a l'acceptació del seu nomenament, el nomenament es farà, a petició de part, per la institució arbitral nomenada per les parts, i si no se n'hagués nomenat cap, per la Secció Civil de la Batllia, en el termini màxim d'un mes. Quan el nomenament de l'àrbitre correspongui a la Secció Civil de la Batllia, el Batlle confeccionarà una llista amb tres noms per cada àrbitre que hagi de ser escollit i triarà els noms per sorteig.

En cas que hi hagi pluralitat de demandants o demandats, la controvèrsia sotmesa a arbitratge haurà de ser resolta per una Junta Arbitral formada per tres membres. Els demandants hauran de nomenar un àrbitre de comú acord, i els demandats hauran de designar el segon àrbitre, també de comú acord. Aquests dos àrbitres hauran de nomenar el tercer, que actuarà com a president. Si les parts no designen l'àrbitre en el termini de 20 dies a comptar del requeriment per fer-ho, la designació la farà la institució arbitral, o si és el cas, la Secció Civil de la Batllia, com també ho farà en cas que en un termini de trenta dies, els dos primers àrbitres elegits no s'hagin posat d'acord en l'elecció del tercer.

Així, si fem referència, per exemple, al reglament del TAPA, quan correspongui al Consell Arbitral designar l'àrbitre únic o el president de la Junta

Arbitral, haurà de tenir en compte la naturalesa de la controvèrsia, les normes de dret aplicables, la seu i l'idioma de l'arbitratge, la nacionalitat de les parts i qualsevol altra circumstància que consideri oportuna.

Mentre un arbitratge estigui pendent de resolució, es podrà admetre com a demandant o demandat qui acrediti tenir un interès directe i legítim en el seu resultat. El tercer que desitgi sotmetre's a l'arbitratge haurà de presentar la seva sol·licitud abans que tingui lloc la designació dels àrbitres, tret que totes les parts, inclòs aquest tercer que desitja adherir-se al procediment, acceptin que el tercer s'incorpori a un procediment en què els àrbitres ja hagin estat designats i, en aquest cas, accepti l'àrbitre que la seva part hagi nomenat.

Així, al TAPA, per exemple, sempre intervindrà en la confirmació o en el nomenament dels àrbitres el Consell Arbitral, que es compon de cinc membres independents, i la seva missió és vetllar per la qualitat, la independència i la imparcialitat dels àrbitres. El Consell Arbitral, mitjançant la confirmació de l'àrbitre únic o dels àrbitres proposats per les parts, exercirà un control sobre les qualitats que han de tenir els àrbitres per complir la seva missió. Tanmateix, si les parts no estableixen el nombre d'àrbitres, el Consell Arbitral designarà un àrbitre únic, tret que li sembli que la controvèrsia necessita la constitució d'una Junta Arbitral composta per tres àrbitres.

• Qualitats necessàries en els àrbitres per complir la seva missió

La funció d'àrbitre només la pot exercir una persona física en ple exercici dels seus drets civils, i que no tingui cap incompatibilitat professional.⁴⁶

Llevat de l'acord en contrari de les parts, quan es tracti d'arbitratge amb àrbitre únic i sempre que no sigui un arbitratge en equitat, l'àrbitre ha de tenir la condició de jurista. I, en l'arbitratge amb tres o més àrbitres, almenys un dels àrbitres haurà de tenir aquesta condició.

Tanmateix, cal que els àrbitres siguin independents i imparcials. En cap cas poden mantenir relacions personals, professionals o comercials amb les parts o amb els seus representants.

La imparcialitat de l'àrbitre s'avalua tenint en compte tots els factors que puguin donar lloc a dubtes raonables quant a la seva objectivitat.

Perquè les parts es puguin assegurar de la independència i la imparcialitat dels àrbitres, aquests han de fer prova de transparència. Per aquest motiu, abans d'acceptar la seva missió, han de posar en coneixement de

46 Article 14 de la Llei.

les parts qualsevol circumstància que sigui susceptible d'afectar la seva independència o imparcialitat. En aquest sentit, és recomanable signar una declaració d'independència i d'imparcialitat, tal com ho preveu l'article 7.1 del Reglament d'arbitratge del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra.⁴⁷ Tanmateix, en cas que algun dels àrbitres nomenats consideri posteriorment, al llarg del procediment, que han aparegut circumstàncies que poden afectar la seva independència o imparcialitat, ho ha de comunicar de seguida, i s'ha d'abstenir.

Els àrbitres, abans de començar la seva missió, han d'acceptar el nomenament per escrit en el termini de quinze dies a comptar de l'endemà de la comunicació del seu nomenament. Si en aquest termini no comuniquen la seva acceptació, es considera que no accepten el nomenament.⁴⁸ En el cas que hi hagi tres àrbitres, el tribunal no estarà constituït fins que no hagin acceptat el càrrec tots tres, i concretament el tercer, que és el president.

2.5.3. Recusació dels àrbitres

• Recusació dels àrbitres

Els àrbitres poden ser recusats si existeixen fets o circumstàncies que donin lloc a dubtes justificats sobre la seva independència o imparcialitat, o si no reuneixen les condicions convingudes per les parts, o, si aquestes no existeixen, les exigides per la llei aplicable.⁴⁹

A fi de valorar els elements susceptibles d'afectar la independència o imparcialitat dels àrbitres, és habitual recórrer a guies com ara el *Código de buenas prácticas arbitrales del club español del arbitraje* o, més internacionalment, les *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, que valoren situacions i les classifiquen en diferents categories, per tal d'objectivar els criteris en la matèria.

47 L'Article 7.1 del Reglament d'arbitratge del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra (TAPA) preveu: "Tot àrbitre ha de ser i romandre independent i imparcial respecte de les parts. Abans de ser nomenat o confirmat, l'àrbitre ha de remetre a la Secretaria una declaració d'acceptació, disponibilitat, imparcialitat i independència. Aquesta declaració ha de contenir els fets o les circumstàncies que, tenint en compte el punt de vista de les parts, en pugui afectar la independència o pugui generar dubtes raonables sobre la seva imparcialitat. L'àrbitre ha de comunicar a la Secretaria qualsevol fet o circumstància que s'esdevingui durant l'arbitratge que pugui afectar la seva imparcialitat o la seva independència. La Secretaria notifica a les parts la declaració subscrita per l'àrbitre, amb tots els fets i les circumstàncies que hagi comunicat, i atorga a les parts un termini per fer al·legacions".

48 Article 20 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

49 Article 21 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

La recusació només pot tenir lloc quan els àrbitres hagin acceptat la seva missió i s'hagi format un contracte d'arbitratge. En aquest sentit, és convenient precisar que les parts només poden recusar els àrbitres que hagin nomenat elles mateixes o en el nomenament dels quals hagin participat, per causes de les quals tinguin coneixement després de la designació, i quan concorrin circumstàncies que suscitin dubtes justificats sobre la seva imparcialitat o la seva independència.

Les parts poden acordar lliurement el procediment de recusació dels àrbitres. Però en cas que no hi hagi acord entre les parts, la part que vol recusar un àrbitre ha d'exposar per escrit els motius en els qual basa la recusació, dins els quinze dies des que en tingui coneixement. En el cas que, transcorreguts quinze dies des d'aquesta sol·licitud, les parts no arribin a un acord sobre la recusació, o bé si l'àrbitre recusat no renuncia al càrrec, resoldrà la petició la Junta Arbitral, excloent l'àrbitre recusat.

En cas que la recusació no prosperi, la part recusant pot fer valdre, si escau, la recusació davant la Secció Civil de la Batllia —a través d'un procediment de jurisdicció voluntària—, que prendrà una decisió inapel·lable. Mentre no es resolgui la recusació, es continuaran duent a terme les actuacions arbitrals, i l'àrbitre pendent de recusar continuarà exercint les seves funcions.

• Remoció dels àrbitres

Si un àrbitre es veu impedit, *de iure* o *de facto*, d'exercir les seves funcions, o les exerceix amb dilacions injustificades, ell mateix pot renunciar al càrrec i cessar el seu mandat, o en qualsevol moment, les parts poden acordar la seva remoció.⁵⁰ En cas que hi hagi desacord respecte a qualsevol dels motius de la remoció, qualsevol de les parts pot sol·licitar a la Secció Civil de la Batllia que decideixi sobre la finalització del mandat, i la decisió que prengui la Batllia serà inapel·lable.

La institució arbitral o la Secció Civil de la Batllia —en cas que no hi hagi institució arbitral— també poden decidir sobre la revocació del nomenament de tots o de només un dels àrbitres, a petició d'una de les parts, després d'haver escoltat l'àrbitre afectat, si hi ha dubtes justificats sobre la independència o la imparcialitat dels àrbitres o de les condicions requerides per a ells en el conveni d'arbitratge, o sobre la seva incapacitat física o mental, o sobre deficiències greus en la conducció del procediment arbitral.

50 Article 22 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

En principi, el procediment d'arbitratge no s'interromp ni se suspèn per la recusació i el procediment subsegüent. Així, mentre la institució arbitral o el batlle que conegui del procediment de recusació d'un àrbitre no adoptin una decisió, l'àrbitre pot continuar la seva missió i dictar el laude, entenent que els actes que ha realitzat es consideren vàlids mentre no es resolgui la seva recusació.

- Substitució dels àrbitres

Els àrbitres poden ser substituïts en els casos de defunció, renúncia, recusació, remoció, o per acord de les parts de posar fi al mandat.

En tots els casos en què s'hagi de substituir un àrbitre, se'n designarà o nomenarà un de nou seguint els criteris de nomenament dels àrbitres que han estat citats en l'apartat corresponent.

Una vegada nomenat l'àrbitre substituït, el tribunal arbitral, prèvia audiència de les parts, decideix si escau o no repetir algunes o totes les actuacions que ja hagin estat practicades. Però, en principi, el procediment arbitral es reprendrà en la fase en què l'àrbitre substituït hagi deixat d'exercir les funcions, tret que la Junta Arbitral o l'àrbitre únic ho decideixi altrament després d'escoltar les parts.

2.6. El mandat i la responsabilitat dels àrbitres

2.6.1. La immunitat dels àrbitres

Sovint s'ha plantejat si, en tant que encarregat d'impartir justícia, amb capacitat per a emetre decisions susceptibles d'execució forçosa, l'àrbitre té el mateix estatus que el que tenen els jutges predeterminats per la llei.

Inspirada en l'exercici de la funció judicial, la missió de l'àrbitre ha de tenir la justa correspondència d'una protecció adequada per a l'èxit de la seva tasca. Si acceptem que els tribunals estatals no poden revisar la decisió de l'àrbitre, llavors inevitablement se'n desprèn la llibertat de l'àrbitre per emetre la seva decisió. El corollari d'immunitat de l'àrbitre és un element que ha d'integrar, doncs, l'essència mateixa de la institució arbitral.

A partir de la seva acceptació, parts i àrbitres estableixen una relació basada en el principi de bona fe, amb el doble objectiu de garantir la necessària independència de l'àrbitre i, sobretot, de delimitar la seva eventual responsabilitat davant les parts en conflicte. L'exercici eficaç de la funció arbitral

exigeix una confiança pública en la integritat i en la justícia del procediment, basada en la llibertat i la independència dels àrbitres en l'exercici de les seves funcions decisòries, que empara el dret a equivocar-se, sense possibilitat de retret en les obligacions derivades de l'acord arbitral.

L'anomenat principi de la immunitat arbitral estableix que els àrbitres no estan subjectes a la responsabilitat pels actes que facin en l'exercici estricte de la funció arbitral, de la mateixa manera que tampoc no ho estan els jutges. La immunitat pretén protegir la independència dels àrbitres contra accions judicials de la part insatisfeta amb el seu laude. Una responsabilitat il·limitada seria un factor dissuasiu per a l'acceptació de nomenaments.

Ara bé, no s'ha d'oblidar que els àrbitres, en acceptar la seva missió, adquireixen uns compromisos davant de les parts de l'exercici irregular o incorrecte dels quals poden derivar-se eventuais responsabilitats contractuals. L'equilibri s'ha d'establir amb mecanismes que permetin determinar quan és pertinent apreciar la immunitat i quan no, i en aquest últim cas, s'han d'habilitar les accions de responsabilitat pertinents.

Els diversos sistemes estatals tracten la qüestió de manera molt heterogènia. Ara bé, es pot distingir una clara diferència entre els sistemes anomenats *contractualistes* i els *jurisdiccionalistes*:

- i) En els sistemes on prepondera la funció jurisdiccional de l'arbitratge, hi ha la tendència a assimilar els àrbitres als jutges i a aplicar-los una immunitat equivalent. Aquests sistemes reconeixen una immunitat gairebé completa als àrbitres, justificada per la necessitat de protegir la seva independència, imparcialitat i llibertat davant ingerències alienes. L'excepció en aquests sistemes és el cas en què hi hagi hagut frau o dol.
- ii) Els sistemes d'orientació contractualista prenen com a referent essencial l'acord arbitral. Del seu contingut deriva l'autoritat dels àrbitres per fer funcions arbitrals, a partir de les facultats que les parts els han conferit voluntàriament per resoldre la controvèrsia plantejada. En conseqüència, com que no exerceixen una funció assimilable a la del jutge, l'actuació dels àrbitres queda subjecta a responsabilitat civil, igual que els altres professionals que presten un servei especialitzat en el mercat. Més concretament, aquests sistemes assimilen la funció contractual dels àrbitres a la dels experts; d'aquesta manera, exclouen la responsabilitat per qualsevol acte o omissió relacionat amb l'arbitratge, llevat que es demostrï la concurrència de mala fe en la seva execució.

Aquest punt de partida defineix la subsegüent responsabilitat dels àrbitres.

2.6.2. Deures d'independència i d'imparcialitat

Els àrbitres són designats per les parts per la confiança que els disposen, amb la qual cosa la seva independència i la seva imparcialitat són una condició sine qua non d'aquesta confiança. És a dir, els àrbitres han d'actuar sempre amb bona fe.

Tal com ho explica Jean-Baptiste Racine (2016),⁵¹ la independència s'aprecia de manera objectiva i la imparcialitat, de manera subjectiva. Hi ha d'haver una absència de lligam amb qualsevol de les parts perquè es pugui considerar que hi ha independència per part de l'àrbitre. I, pel que fa a la imparcialitat, els àrbitres no s'han d'haver forjat cap prejudici envers les parts, és a dir, que han de fer prova d'indiferència envers elles per tal de poder fer la seva tasca adequadament i garantir la seva imparcialitat.

És important recalcar que, per tal de garantir la independència i la imparcialitat dels àrbitres, no poden ser designats com a àrbitres batlles o magistrats, tal com es menciona en la Sentència 386/2017 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, del 27 de febrer de 2018:

III.- La sentència d'instància considera que ha de ser declarat nul el laude impugnat perquè va ser dictat per qui no podia fer-ho per la seva condició de batlle en clara infracció de l'article 69 de la Llei qualificada de la justícia i de l'article 10 de la Constitució andorrana. Compartim plenament aquesta decisió atès que l'arbitratge és un mitjà alternatiu a la via jurisdiccional de resolució de conflictes i que resulta incompatible amb la funció exclusiva de jutjar que tenen els batlles i magistrats, tant si la matèria del laude està connectada amb l'objecte del litigi (com era aquí el cas i per això es va demanar la suspensió de la causa i s'ha explicat que tenia connexió perquè afectava no només als béns de la mare difunta sinó també del pare que era el que es disputava la causa) com si no ho és (...) I la confusió en la ciutadania seria del tot evident si el mateix batlle podia fer alhora les funcions d'àrbitre i dictar un laude que després aprofitaria el Tribunal en el qual l'àrbitre s'integra per dictar la seva corresponent decisió en la causa un cop aquesta ja prosseguís la seva tramitació, amb la particularitat que els altres dos membres del Tribunal no haurien intervingut en la valoració dels béns a heretar que es disputaven en la causa i el que ja ha fet d'àrbitre té un posicionament previ a la resolució del litigi.

Per tal de garantir a les parts que els àrbitres siguin independents i imparcials, aquests, abans d'acceptar la seva missió, han de posar en coneixement

51 J.-B. RACINE, 2016, *Droit de l'arbitrage*, p. 335: "Dans cette optique, il est classiquement affirmé que l'indépendance s'apprécie de manière objective tandis que l'impartialité s'apprécie, elle, de manière subjective. L'indépendance serait ainsi une situation objective caractérisée par l'absence de lien (qui postule alors la liberté). L'impartialité serait un état psychologique qui consisterait à ne pas avoir de préjugé et à ne pas manifester d'hostilité à l'égard de l'une des parties".

de les parts qualsevol circumstància que sigui susceptible d'afectar la seva independència o imparcialitat. S'hi inclouen les seves relacions personals i professionals amb totes les parts i amb els seus consellers.

En aquest sentit, en prova de transparència, han de signar una declaració d'independència i d'imparcialitat, tal com ho preveu l'article 7.1 del Reglament d'arbitratge del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra.⁵² Es tracta d'una mena d'obligació de revelació i d'informació per tal que els àrbitres intervinguin amb total transparència. És convenient recalcar que si un àrbitre té cap dubte sobre algun fet que pugui ser susceptible d'afectar la seva independència o imparcialitat, ho ha de revelar en la declaració d'independència i d'imparcialitat, per tal que les parts puguin decidir si això pot afectar o no els criteris de l'àrbitre per dur a terme el seu procediment.

En resum, els àrbitres han d'informar les parts de qualsevol circumstància, fet o esdeveniment que pugui posar en dubte la seva independència i imparcialitat. La falta de revelació només és punible si el fet no revelat és un motiu legítim per recusar l'àrbitre.

Tanmateix, aquesta obligació d'informar les parts és permanent, ja que vincula els àrbitres fins i tot després d'haver acceptat el seu nomenament i durant tot el procediment arbitral. És a dir que, en cas que algun dels àrbitres nomenats consideri posteriorment, al llarg del procediment, que han aparegut circumstàncies que poden afectar la seva independència o imparcialitat, ho ha de comunicar sense demora a les parts, i s'ha d'abstenir de fer d'àrbitre en el marc d'aquell procediment.

En cas que les parts, després de veure la declaració d'independència i d'imparcialitat dels àrbitres, o posteriorment, considerin que existeix un dubte raonable sobre la independència i la imparcialitat d'algun dels àrbitres, es poden oposar al seu nomenament. Per contra, en cas que les parts, després de veure la declaració d'independència i d'imparcialitat dels àrbitres, no s'oposin al nomenament, es constituirà la Junta Arbitral de manera definitiva.

2.6.3. Obligacions i drets de l'àrbitre

En el moment d'acceptar la seva missió, els àrbitres s'han de comprometre a garantir que la podran dur a terme amb les competències que siguin necessàries, tenint en compte l'objecte del litigi i les seves circumstàncies

52 Vegeu nota 47.

personals. També han de garantir que podran dedicar a l'assumpte que se'ls ha encomanat el temps i l'atenció necessaris per complir la seva missió de manera eficaç i diligent.

La principal obligació dels àrbitres és resoldre els litigis que els són sotmesos. I, en aquest sentit, han de ser diligents quan examinin les proves aportades per les parts, respectant sempre els principis essencials d'igualtat de les parts, de contradicció de les parts i d'equitat processal. Han de garantir que el procediment arbitral es desenvoluparà adequadament.

En arbitratge, l'àrbitre que no compleixi les seves obligacions o que no les compleixi diligentment podrà ser destituït per les parts. Els aspectes del seu mandat que han de complir els àrbitres són els següents:

- Presa de decisions: Els àrbitres tenen la potestat de prendre decisions en relació amb la disputa. Això inclou la resolució de qüestions de fons, com la determinació de drets i obligacions de les parts, i la valoració de les proves presentades.
- Aplicació del dret: Els àrbitres han d'aplicar les lleis, els principis jurídics i els termes del contracte o conveni que són aplicables a la disputa. Poden tenir en compte factors com ara els usos i costums del comerç, o els principis d'equitat si s'ha acordat o autoritzat expressament.
- Direcció del procediment: Els àrbitres tenen el poder de dirigir el procediment d'arbitratge. Això inclou la fixació del calendari i els terminis per presentar documents, la celebració d'audiències, la pràctica de proves i altres qüestions relacionades amb la conducció del procediment.
- Emissió del laude arbitral: Un cop les qüestions de la disputa s'han sotmès a la Junta Arbitral, s'han celebrat les audicions i s'ha presentat la prova pertinent, els àrbitres han de prendre una decisió final sobre la disputa. Aquesta decisió és anomenada *laude arbitral* i té l'efecte de cosa jutjada per a les parts.
- Confidencialitat: Els àrbitres tenen l'obligació de mantenir la confidencialitat de les qüestions relacionades amb l'arbitratge. Això significa que han de mantenir la privacitat de les discussions, dels documents presentats i de les actuacions de les parts durant el procediment.
- Control de les actuacions de les parts: Els àrbitres tenen la potestat de controlar el comportament i les actuacions de les parts durant el procediment. Això inclou la imposició de sancions per conductes inapropiades, com ara la dilació injustificada o la falta de cooperació.

- Decisions intermèdies: A més de la decisió final expressada en el laude arbitral, els àrbitres poden prendre decisions intermèdies durant el procediment. Aquestes decisions poden incloure qüestions de procediment, peticions d'emergència o mesures cautelars per mantenir l'estat de les coses fins a la resolució final de la disputa.
- Establiment dels costos: Els àrbitres tenen la potestat de fixar i establir els costos i les despeses de l'arbitratge. Això pot incloure les taxes d'arbitratge, les despeses del tribunal arbitral i els honoraris dels àrbitres. Aquest aspecte sol ser regulat per les regles o les lleis d'arbitratge aplicables.
- Procediment just i equitatiu: Els àrbitres han de garantir que el procediment d'arbitratge es desenvolupi de manera justa i equitativa per a totes les parts. Això inclou donar a les parts l'oportunitat de presentar les seves opinions, rebre notificacions adequades i ser escoltades en les audiències.
- Autoritat per sol·licitar proves: Els àrbitres tenen l'autoritat per sol·licitar, requerir i admetre proves pertinents per a la resolució de la disputa. Això pot incloure documents, testimonis, informes d'experts o qualsevol altra evidència que considerin necessària.
- Control dels terminis: Els àrbitres tenen la potestat de gestionar els terminis del procediment d'arbitratge. Això inclou establir el calendari per a la presentació de documents, respostes, memorials i altres actuacions processals. Poden establir terminis raonables per assegurar que el procediment avanci de manera eficient.

En resum, el mandat dels àrbitres en un arbitratge és resoldre la disputa de manera independent i imparcial, aplicant les lleis i els principis jurídics pertinents. Tenen autoritat per dirigir el procediment i prendre decisions vinculants, que es reflectiran en el laude arbitral final.

2.6.4. Responsabilitat dels àrbitres i de les institucions arbitral

L'acceptació del seu nomenament obliga els àrbitres i, si escau, la institució arbitral, a complir fidelment l'encàrrec rebut. En cas que no el compleixin, incorren en responsabilitat pels danys i perjudicis que puguin causar per mala fe, temeritat o dol.⁵³

53 Article 25 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

En els arbitratges encomanats a una institució arbitral, el perjudicat té acció directa contra aquesta institució, amb independència de les accions de rescabament que la institució tingui contra els àrbitres.

Per tal de poder fer front a les seves responsabilitats, és recomanable que els àrbitres tinguin contractada una pòlissa de responsabilitat civil professional o una garantia equivalent que cobreixi els danys que puguin causar en l'exercici de la seva funció d'àrbitres.⁵⁴ Aquesta cobertura s'exigirà normalment en el marc de les institucions arbitrals i, alhora, aquestes disposaran de la seva pròpia assegurança.

L'àrbitre intervé en els procediments arbitrals com si fos un jutge. I a aquest efecte, ha de complir tot un seguit de condicions específiques per a dur a terme la seva tasca, tot vetllant pel seu deure d'independència i d'imparcialitat.

2.6.5. El paper del secretari del tribunal arbitral

Tant la pràctica arbitral com la jurisprudència estatal reconeixen la possibilitat (sobretot en arbitratges complexos i sobretot també quan l'arbitratge no és administrat, sinó ad hoc) que el tribunal arbitral sigui assistit per un secretari. La presència d'un jurista especialitzat que exerceixi el paper de secretari afavoreix la bona marxa del procediment arbitral i el desenvolupament de determinades activitats, i descarrega els àrbitres de les tasques merament logístiques perquè es puguin concentrar en l'examen de l'expedient i en la funció pròpia de jutjar. Amb això s'aconsegueix que no es produeixin determinats vicis que no només podrien donar lloc a l'anul·lació del laude, sinó també comportar-ne la responsabilitat.

És habitual que el tribunal arbitral compti amb el suport d'un secretari perquè s'ocupi d'aquestes tasques, sota la direcció del president. Aquest secretari és designat, en principi, pel mateix tribunal, i normalment és algú de la confiança del president. Els honoraris per la seva tasca se solen integrar als honoraris del president, de manera que no representa un cost extraordinari per a les parts i sí un guany en termes d'eficiència i qualitat del procediment i del laude.

Dins de la comunitat arbitral, les qüestions derivades de la designació i de la comesa del secretari del tribunal arbitral són pacífiques. Hi ha unanimitat en què la funció del secretari es redueixi a la investigació dels fets i a

⁵⁴ Article 8.1 de la Llei 13/2018, del 31 de maig, del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra.

l'assistència en la logística del procediment (ordenació de la prova, etc.). La seva presència a les deliberacions es permet en qualitat d'assistent, però no de participant. La seva competència es limita a la redacció dels documents, si escau, que recullin la decisió dels àrbitres, sense que se'ls puguin encomanar tasques pròpies de la funció decisora (admissió de prova o similars).

En la mesura que el secretari exerceixi una activitat merament organitzativa, la seva presència no suscita cap problema; el límit és la invasió de comeses que incumbeixen únicament els àrbitres i les seves funcions. Les discrepàncies apareixeran quan practiquin tasques pròpiament jurídiques que desbordin la mera assistència al tribunal o tinguin una relació de dependència determinada amb la institució administradora. S'accepta l'aportació de documents doctrinals o jurisprudencials i la preparació de resums (funció de documentalista), la preparació de determinats projectes de resolucions de contingut processal o, fins i tot, la redacció del resum fàctic del laude arbitral.

No s'ha de confondre la figura del secretari del tribunal amb la secretaria que pot exercir la institució arbitral. Algunes institucions arbitrals preveuen en els seus reglaments la designació de persones a càrrec dels serveis de secretaria, que s'encarreguen de vetllar per l'expedient dins de la institució arbitral.

2.7. La fixació del marc de la controvèrsia, el calendari i les regles processals

La llibertat que regeix en matèria arbitral s'aplica també a les normes del procediment. D'aquesta manera, deixant de banda les normes imperatives establertes en la Llei d'arbitratge, les parts tenen plena llibertat per a convenir el procediment a què s'hagin d'ajustar la Junta Arbitral, les parts i la resta d'intervinents en les actuacions arbitrals.⁵⁵

Aquesta llibertat s'oposa a la rigidesa imposada en els tribunals estatals, on les normes de procediment són normalment imperatives per a les parts.

Així, la Junta Arbitral haurà de seguir les normes determinades per les parts, i si no n'hi ha, la mateixa junta podrà establir les regles del procediment, sense haver de seguir les normes legals establertes per a la jurisdicció ordinària; únicament haurà de respectar les normes imperatives imposades

55 Article 40 de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra.

per la Llei d'arbitratge (i els principis d'igualtat, audiència i contradicció als quals ens referirem després).

Sempre mantenint el respecte a aquests principis, la llibertat que s'aplica als procediments arbitral permet que l'àrbitre i les parts fixin les normes que s'adaptin millor a la disputa: poden ser originals quant a les actuacions, imaginar els aspectes que siguin recomanables, i inclús innovar aspectes desconeguts en procediments seguits davant jurisdiccions estatals.

D'altra banda, en els casos d'arbitratge institucional, la remissió al reglament arbitral de la institució pot donar un marc de conducta per al procediment. Finalment, serà habitual que a l'inici del procediment s'estableixi una acta de missió que determinarà les normes que se seguiran i que s'imposaran a l'àrbitre i a les parts.

Així, l'àrbitre haurà de seguir les normes que acordin les parts i sotmetre's a aquesta voluntat, sempre que aquestes normes garanteixin els principis rectors del procediment arbitral i les normes imperatives marcades per la Llei d'arbitratge.

En cas de desacord en la fixació de les normes, la Junta Arbitral podrà llavors establir les regles de procediment aplicables, sota el seu únic criteri i amb les mateixes limitacions que les esmentades anteriorment. Aquesta llibertat permetrà alhora a la Junta Arbitral poder resoldre totes les qüestions processals que plantegin les parts i adaptar el desenvolupament del procediment als incidents que puguin aparèixer.

La llibertat que regeix en la matèria també es pot veure en el fet que les parts d'un procediment arbitral no tenen obligació de representació per advocat, tot i que la seva presència és habitual.

3. El desenvolupament del procediment contradictori

L'arbitratge és l'únic mètode alternatiu de resolució de disputes que constitueix un equivalent jurisdiccional, és a dir, que pot substituir, amb les mateixes garanties constitucionals, la resolució del conflicte per un jutge estatal. La diferència essencial entre l'arbitratge i la jurisdicció és que, en el cas de la jurisdicció, el poder dels jutges és un poder públic, que emana del dret constitucional a la tutela judicial (article 10 de la Constitució del Principat), mentre que el poder dels àrbitres és un poder privat, que emana de la voluntat dels contractants i, per tant, de la seva llibertat de contractació. Això implica que no necessàriament les garanties processals són aplicables a l'arbitratge, excepte les mínimes (a les quals ens referirem seguidament i que es resumeixen en el respecte als principis d'igualtat, audiència i contradicció). En aquest sentit, es pot veure la sentència del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil), 135/2018, de 20 de juny de 2019:

La demanda ha de ser desestimada perquè no concorre cap causa d'anul·lació de les previstes en l'article 56.2 i 3) de la Llei d'Arbitratge que són els únics que justificarien una acció d'anul·lació.

Tota la resta d'argumentació de l'agent es concentra en la seva conclusió de que “va denegar les proves proposades per aquesta part que tenien caràcter essencial i la seva inadmissió no s'ha fonamentat de manera pertinent i clara, el que determina que el meu mandant no va poder fer valdre els seus drets a la defensa i a obtenir una decisió fonamentada amb una evident infracció del que disposa l'article 10.1 de la Constitució en relació a la garantia a un procés degut” (penúltim paràgraf de la seva Conclusió) (foli 13). Com hem dit al començament les garanties d'un procediment judicial no són aplicables a l'arbitratge, més enllà dels principis recollits en la pròpia llei i que ja hem esmentat. El ara demandant ha pogut en el procediment arbitral fer al·legacions, proposar proves, queixar-se de les que li han denegat i fer les conclusions escrites i orals. En una paraula, ha pogut fer “valdre el seus drets” dins del que és un procediment arbitral i no ha quedat cap dubte de la imparcialitat en l'actuació impecable i respectuosa amb els drets de totes les parts de la Junta Arbitral.

No obstant aquesta diferència (i per tant la flexibilitat per a determinar el procediment que regeix l'arbitratge), el procediment arbitral és (ha de ser) eminentment contradictori, i es guia pels mateixos principis essencials que regeixen el procediment judicial. Altres regles processals típicament judicials, però, no s'apliquen als procediments arbitrals (especialment en matèria de prova).

3.1. Els principis processals

Perquè l'arbitratge es configuri com un autèntic equivalent a la jurisdicció, s'ha de regir pels mateixos principis essencials. En l'àmbit internacional, aquests principis són també un denominador comú, sobretot en les jurisdiccions, com l'andorrana, en què la Llei d'arbitratge està inspirada en la Llei Model d'UNCITRAL. Aquests principis actuen com a correctius (limitadors) de l'autonomia de la voluntat de les parts i, per tant, encara que programàtics, són imperatius i han de regir la resolució de les qüestions que no estiguin expressament resoltes per les normes aplicables.

Com a curiositat, la Llei d'arbitratge andorrana conté, a més dels principis "clàssics" comuns a altres lleis d'arbitratge, una sèrie de principis addicionals, els quals, a més, no només s'enuncien, sinó que es defineixen legalment. Aquests principis estan recollits a l'article 5 de la Llei.

3.1.1. Igualtat, audiència i contradicció

Aquests tres principis, tot i que s'enuncien separatament a la llei, estan íntimament relacionats i s'han de considerar complementaris. Són manifestacions del dret essencial de defensa i, per tant, han de regir no solament la fase de presentació d'al·legacions sobre el fons (que és la més evident), sinó també l'elecció dels àrbitres o la mateixa configuració del procediment.

No obstant això, aquests principis s'han de combinar amb el poder dels àrbitres de conduir el procediment com ho considerin millor, de manera que el respecte d'aquests principis, encara que és una limitació d'aquest poder, no pot inhabilitar-lo per complet. La clau de la seva aplicació rau a trobar un equilibri entre ambdues forces (sense oblidar que el procediment també ha de ser eficient en termes econòmics i de temps).

- El principi d'igualtat consisteix a donar a cada part les mateixes oportunitats de fer valer els seus drets. Aquest és un dels principis clàssics de la Llei Model i el més rellevant (ja que es projecta sobre els altres dos). La Llei d'arbitratge repeteix aquest principi a l'article 39, que es refereix als principis fonamentals del procediment domèstic, i també a l'article 67, que recull els principis fonamentals del procediment arbitral internacional.
- El principi d'audiència consisteix (segons la Llei) en l'oralitat dels procediments alternatius. Aquesta definició legal no sembla ajustar-se a la manera com normalment s'entén en dret comparat, que no concep el dret d'audiència com un dret a ser *escollat* literalment (és a dir, oralment),

sinó simplement com el dret a què es tinguin en compte les al·legacions i posicions de les parts, en la forma que sigui. Segurament aquesta és una influència de la jurisdicció francesa en la Llei d'arbitratge andorrana, ja que a França existeix efectivament un gran arrelament del dret a ser escoltat en persona pels jutges. No obstant aquest principi, en l'article 45 (dedicat especialment a les audiències), la Llei atorga potestat a les parts per a determinar si se celebraran o no audiències orals. Així, s'estableix que, excepte que les parts acordin una altra cosa, el tribunal decidirà sobre la celebració d'audiències (orals, s'entén) i que (excepte que les parts hagin establert que no se celebraran audiències), el tribunal podrà decidir la seva celebració si alguna d'elles ho sol·licita. D'això en podem deduir que, malgrat que la Llei fomenta la oralitat, no imposa necessàriament que se celebrin audiències. En termes més amplis (i més propis del dret comparat), aquest principi consagra l'accés a l'òrgan arbitral i possibilita que les parts s'hi puguin adreçar i ser escoltades formulant les al·legacions que considerin oportunes per a la defensa del seu dret.

- El principi de contradicció consisteix en l'oportunitat de confrontació entre les parts. Això implica, com a derivada, el dret de les parts a conèixer les al·legacions i proves de la part contrària i la possibilitat de poder rebatre-les. Aquest principi es repeteix als articles relatius a la substanciació del procediment, tant per als arbitratges domèstics (article 39), com per als internacionals (article 67).

3.1.2. Llibertat, flexibilitat i celeritat

Aquests tres principis (als quals ens hem referit abans, atès que configuren tot el sistema arbitral, no només el procediment) s'enuncien separatament a la Llei, però són (com els anteriors) complementaris i s'han de combinar de la manera més equilibrada possible.

- El principi de llibertat consisteix, segons la llei, en el reconeixement de facultats potestatives a les parts per a adoptar mitjans alternatius al procés judicial per a la resolució de controvèrsies. Això no deixa de ser la plasmació de l'afirmació constitucional de l'arbitratge com un mitjà alternatiu i equivalent a la jurisdicció estatal per a la resolució de disputes.
- El principi de flexibilitat consisteix en l'establiment d'actuacions informals, adaptables i simples. Això s'aplica no només a la forma dels escrits rectors i la pràctica de prova, sinó també a la manera de conduir les comunicacions entre les parts i el tribunal i fins i tot la presa de decisions per part del tribunal. La flexibilitat també s'expressa a l'article 40 de la

Llei, segons el qual, amb subjecció a les disposicions imperatives d'aquesta Llei, les parts tenen plena llibertat per a convenir el procediment a què s'hagi d'ajustar el tribunal, les parts i la resta d'intervinents en les actuacions arbitral.

- El principi de celeritat consisteix en la continuïtat dels procediments per a la resolució de controvèrsies. Aquesta definició que ofereix la Llei és poc afortunada, ja que la celeritat i la continuïtat dels procediments són evidentment coses diferents. S'ha d'entendre, però, que el legislador va voler transmetre que els procediments s'han de conduir amb agilitat, cosa que, certament, implica que no existeixin buits temporals innecessaris entre una fase i una altra, però no només això. L'article 42.2 de la Llei insisteix en què, en el desenvolupament de les actuacions arbitral, les parts i els àrbitres han d'actuar amb celeritat (i lleialtat, afegeix el precepte).

3.1.3. Litispèndència en l'arbitratge

La figura de la litispèndència (i, per tant, la cosa jutjada) en l'arbitratge mereix una explicació detallada. La Llei del Principat (i, de fet, tampoc moltes altres) no regula aquest aspecte, i la jurisprudència de referència (en altres jurisdiccions) no ofereix una solució unívoca. El concepte de litispèndència clàssic, sorgit d'un conflicte de jurisdiccions en què dos òrgans jurisdiccionals coneixen simultàniament del mateix assumpte entre les mateixes parts, pot donar-se també en arbitratge (ja sigui entre un procediment arbitral i un de judicial o entre dos procediments arbitral). Les normes que regulen la litispèndència i la connexitat en l'àmbit estrictament judicial pretenen evitar els procediments paral·lels que puguin sorgir com a conseqüència que dos tribunals diferents entrin a conèixer del mateix plet entre les mateixes parts, atorgant d'ordinari la competència al tribunal que va conèixer en primer lloc (*prior tempore, potior iure*).

En la seva dimensió internacional, la litispèndència es pot regular de manera més laxa, ja que cal ponderar necessàriament diferents factors que no es manifesten en els supòsits estrictament interns. En la seva dimensió estrictament comunitària, la litispèndència està regulada en diferents reglaments (particularment rellevants en el nostre context són els articles 29 a 34 del Reglament Brussel·les I refós).

Ara bé, ni les normes locals ni les internacionals són (en principi) aplicables a l'arbitratge, per la raó que l'arbitratge és una jurisdicció paral·lela a les jurisdiccions estatals o internes d'un mateix estat, i per tant no s'interrelaciona (excepte en els casos d'assistència judicial, i quan el laude ja està

emès i, per tant, ha cessat en puritat la jurisdicció dels àrbitres). La competència de l'àrbitre emana d'un conveni arbitral i es limita al mandat de les parts per a aquell procediment concret, que no només té una data d'inici i una data de fi, sinó que també està definit per les qüestions concretes que se sotmeten a la decisió de l'àrbitre. D'altra banda, en virtut de l'efecte negatiu del principi de Kompetenz-Kompetenz, un tribunal judicial no podria entrar en l'àmbit de competència de l'àrbitre, ni tan sols per examinar la validesa del conveni arbitral. Això implica que el procediment arbitral viu aliè al procediment judicial (i viceversa), i dos procediments arbitral viuen aliens l'un a l'altre (encara que derivin del mateix conveni arbitral).

Això no impedeix que en un context internacional els tribunals d'un Estat puguin jutjar, en vista del seu ordenament processal i/o arbitral o fins i tot d'un ordenament arbitral estranger, sobre la validesa del conveni arbitral si es planteja una declinatòria i, després de considerar-ho invàlid, entrin a conèixer sobre el fons abans que un àrbitre. De la mateixa manera, res no impedeix que un àrbitre entri posteriorment a conèixer del mateix assumpte per entendre que el conveni arbitral sí que és vàlid. És a dir, són imaginables supòsits en què pugui haver-hi una concurrència (vàlida) de competències.

La solució a aquest conflicte particular –coneix un tribunal i coetàniament un àrbitre o primer coneix un tribunal i a continuació un àrbitre– no està específicament codificada, de manera que la resposta és incerta.

3.1.4. Arbitratge i prejudicialitat

La prejudicialitat no està regulada expressament pel que fa a l'arbitratge i, un cop més, no són aplicables per defecte les regles sobre la matèria contingudes en el Codi de Procediment Civil (articles 57, 58, 59). Ara bé, les reflexions següents sobre l'estat de la qüestió en altres jurisdiccions (on tampoc està regulada, i ha estat desenvolupada —fins a cert punt— per la jurisprudència) podrien ser aplicables a la jurisdicció del Principat.

3.1.4.1. Prejudicialitat penal

La prejudicialitat penal està regulada a l'article 57 del Codi de Procediment Civil, segons el qual en cas que se substanciï un procés penal en el marc del qual s'investiguen fets que fonamenten les pretensions de les parts en el procés civil, i que la resolució que hagi de recaure en el procés penal sigui imprescindible per resoldre el procés civil, el tribunal decideix la suspensió del procés civil, d'ofici o a instància de part. Això és aplicable,

evidentment, respecte de procediments judicials, però ho és també respecte d'un procediment arbitral?

En l'àmbit espanyol, la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre aquest particular trasllada a l'àmbit arbitral els efectes de l'article 40 de la Llei d'Enjudiciament Civil (equivalent al 57 del CPC), de manera que la prioritat de la jurisdicció penal sobre l'arbitratge està supeditada a les circumstàncies concretes de cada cas en interpretació estricta de la norma esmentada.

Ara bé, la mateixa jurisprudència estableix que s'ha de fer una interpretació restrictiva dels preceptes, de manera que només s'ha d'acceptar aquesta prejudicialitat quan en el supòsit es constati la concurrència de circumstàncies estretament vinculades amb la causa criminal.

Si es prengué en compte aquest criteri particularment estricte, l'àrbitre hauria de valorar, en el curs del procediment arbitral, fins a quin punt la controvèrsia està o no estretament vinculada amb la causa penal, i actuar en conseqüència. Si estima que no hi ha connexió estreta entre el plet penal i la controvèrsia arbitral, l'arbitratge ha de seguir el seu curs. Si, al contrari, estima que hi ha connexió, haurà de decretar la suspensió del procediment. També es podria adoptar la solució a mig camí, que seria avançar en el procediment arbitral fins abans de dictar laude, i només suspendre'l llavors: d'aquesta manera, es respectaria plenament l'essència de la prejudicialitat —evitació de sentències contradictòries—, alhora que es garantiria l'eficàcia de l'arbitratge.

El Tribunal Constitucional espanyol ha determinat, però, que dictar laude sense suspendre el procediment no és intrínsecament contrari a l'ordre públic, i per tant no ha de suposar una causa de nul·litat automàtica. De fet, segons veurem més endavant, el judici de l'àrbitre sobre l'efecte de la prejudicialitat penal en l'arbitratge és un judici que no pot, en principi, ser objecte de revisió en seu d'anul·lació.

Aquesta aproximació podria ser perfectament adoptada al Principat, amb més o menys fermesa. Ara bé, no és l'única solució possible. La jurisprudència francesa sobre la qüestió ha establert una diferenciació entre arbitratge intern i arbitratge internacional de tal manera que, en l'arbitratge internacional —i només en aquest àmbit—, la regla segons la qual el penal té prioritat respecte del civil no és aplicable. A la jurisprudència suïssa, la prejudicialitat penal tampoc no s'ha considerat, ni tan sols en el context d'un arbitratge intern.

Per tant, la qüestió resta oberta.

3.1.4.2. Prejudicialitat civil

La qüestió relativa a la prejudicialitat civil en relació amb l'arbitratge tampoc està regulada a l'ordenament jurídic del Principat. L'article 59 del CPC no és aplicable automàticament.

Novament, es podrien adoptar totes dues posicions (afavorir la suspensió, o no), però, si bé en el cas de la prejudicialitat penal sembla que hi ha raons més poderoses perquè l'arbitratge cedeixi i, per tant, se suspengui, en l'àmbit civil serà més difícil justificar-ho. De fet, serà estrany (però no impossible) que hi hagi una qüestió civil que estigui sent l'objecte d'un procediment judicial (o un altre arbitratge) i que estigui íntimament relacionada amb l'objecte d'un arbitratge en curs (i, per tant, que es produeixi la prejudicialitat mateixa).

Si és el cas, un dels fonaments que podria justificar la suspensió seria no tant l'aplicació anàloga de l'article 59 del CPC, sinó la circumstància que l'àrbitre és competent en la mesura en què existeix un conveni arbitral, però també en la mesura en què existeix un mandat específic de les parts per a resoldre una disputa concreta (i no altres, encara que també estiguin emparades pel conveni arbitral). És a dir: les facultats dels àrbitres es limiten al seu mandat concret i, per tant, si existís una qüestió íntimament lligada al seu mandat, però que fa l'objecte d'un altre procediment (judicial o fins i tot arbitral), s'han d'abstenir de resoldre-la, i suspendre'l fins que el jutjat (o l'àrbitre) competent resolguin.

3.1.5. La possible bifurcació del procediment

La bifurcació d'un arbitratge consisteix en la divisió de l'arbitratge en una sèrie de fases separades del procediment. Tradicionalment, el terme bifurcació s'utilitzava per designar la divisió de l'arbitratge en dues fases: (i) determinació de la responsabilitat, i (ii) determinació del *quantum* dels danys. Particularment, en vista de l'augment de la jurisprudència del Centre Internacional per a la Solució de Diferències d'Inversions (ICSID), la bifurcació també s'utilitza sovint per determinar circumstàncies de jurisdicció generalment de caràcter preliminar al fons de la disputa (capacitat dels àrbitres o de les parts, admissibilitat d'accions, prejudicialitat, llei aplicable, etc.).

Aquesta pràctica és relativament freqüent en l'arbitratge comercial internacional i, cada cop més, en l'arbitratge de tractats d'inversió.

La flexibilitat del procediment que ofereix l'arbitratge fa que els tribunals puguin ser creatius tant pel que fa a si decideixen delimitar el procediment

com a la manera de fer-ho. Per exemple, el tribunal podria decidir de manera bifurcada i preliminar com s'hauria de calcular un dany (és a dir, quin mètode de càlcul i quines premisses s'haurien de fer servir) i deixar l'aritmètica real per quantificar els danys per a una data posterior del procediment. Un procediment pot, en teoria, bifurcar-se tantes vegades com es vulgui.

L'opinió generalitzada és que bifurcar una disputa pot (i sovint ho fa) promoure l'eficiència. Tenint en compte les crítiques que consideren que l'arbitratge internacional triga més i costa més, suposadament, que abans, l'ús de la bifurcació en els arbitratges comercials internacionals podria ser part de la solució al problema. És una idea atractiva que la bifurcació d'una disputa podria limitar la durada i el cost dels procediments, però això pot no ser necessàriament correcte. La dificultat per comprovar aquesta hipòtesi rau, com sempre en els arbitratges internacionals, en la manca de dades empíriques.

Però la bifurcació, encara que a priori sembla afavorir l'eficiència, pot ser contraproductiu.

Sovint, a mesura que avança un cas, pot fer-se evident que les qüestions no es poden desentranyar entre si, sinó que estan tan entrellaçades que la bifurcació només donarà lloc a explicar i defensar els fets dues vegades.

Ara bé, la part més problemàtica de la bifurcació és la dificultat de prosseguir un arbitratge davant d'un laude parcial entre les parts (al qual ens referirem més endavant)⁵⁶ que pot ser objecte d'anul·lació de procediments davant els tribunals nacionals.⁵⁷ La bifurcació "formal" requerirà que un tribunal dicti un laude en relació amb una fase concreta de l'arbitratge. Una vegada que s'ha concedit un laude parcial, la part vencedora pot trobar-se lluitant en dos fronts, i això serà costós per al reclamant.

3.1.6. Actes de comunicació i còmput de terminis

L'article 6 de la Llei preveu normes específiques en matèria de comunicacions i còmputs de terminis, sempre que les parts no hagin pactat altrament.

Així, les comunicacions s'entenen rebudes en la data de la notificació personal al destinatari o de lliurament al seu domicili, residència habitual, establiment o adreça, i es poden fer generalment per qualsevol via que deixi constància de la transmissió i la recepció, com ara fax, burofax, correu electrònic o un altre mitjà de telecomunicació electrònic, telemàtic o

⁵⁶ Secció 3.5.3.

⁵⁷ Vegeu secció 4.1.

d'una altra classe semblant. Aquesta és clarament una manifestació del principi de flexibilitat.

En matèria de terminis, es computen des del dia següent a la data de la recepció de la comunicació o notificació, i es calculen en dies naturals, o bé de data a data si són mensuals. En el cas particular d'haver de presentar un escrit, el termini s'entén respectat si l'escrit s'ha remès dins del termini, encara que es rebi amb posterioritat.

Ara bé, les disposicions d'aquest article no s'apliquen a les notificacions, les comunicacions, les citacions i els còmputos de terminis dins un procediment davant d'un òrgan jurisdiccional estatal, en les funcions d'assistència i supervisió durant l'arbitratge, que es regeixen per les seves normes pròpies.

En el cas d'arbitratges internacionals, l'article 62.4 de la Llei disposa que les regles relatives als terminis, la suspensió i la interrupció del procediment arbitral es regulen pel conveni d'arbitratge, pel reglament d'arbitratge, si escau, o pel tribunal arbitral.

3.1.7. El risc de les pràctiques processals abusives: 'guerrilla tactics'

La llibertat i la flexibilitat característiques de l'arbitratge, conjugades amb les limitacions dels poders dels àrbitres, poden donar lloc a pràctiques processals abusives.

En l'àmbit de l'arbitratge internacional (i cada vegada més en l'arbitratge domèstic), aquestes pràctiques es coneixen com a *guerrilla tactics*, o tàctiques de guerrilla. Són actuacions, de vegades grolleres i d'altres subtils, caracteritzades per la seva manca d'ètica, o per lliscar perillosament fora dels límits de l'ètica, però que en cap cas equivalen a una violació de les normatives estatals d'arbitratge o de les regles emanades de les institucions administradores.

Com a exemples es poden citar: invocar disposicions legislatives o reglamentàries per a fins diferents dels previstos originalment; obstaculitzar, retardar o sabotejar el procediment d'arbitratge; provocar una discussió de gran agressivitat en el desenvolupament de les audiències.

La línia divisòria amb pràctiques veritablement il·legals és difícil si ens atenim a un simple catàleg aproximatiu (intimidació dels testimonis, escoltes telefòniques, desafiaments arbitraris sense justificació, informació deliberada pels àrbitres...). Per més que multitud d'instruments d'ètica arbitral procedents de diferents associacions intentin tallar-lo, aquest

comportament sempre constitueix un obstacle seriós per als procediments arbitrats. Davant determinades tàctiques “guerrilleres”, s’imposa l’exercici de l’autoritat de l’àrbitre a través dels mitjans que té al seu abast, manejant amb rigor els terminis fixats al calendari processal, dictant les pertinents ordenances processals quan sigui necessari i molt particularment, en matèria de prova, fent les inferències que pertoquin (ens referirem a aquesta qüestió més endavant).

3.2. La demanda i la contesta

L'article 44 de la Llei regula la demanda i la contesta.

L'article no inclou un termini per a la presentació dels escrits rectors, sinó que estableix que es presentaran “dins el termini convingut per les parts o determinat per la junta arbitral”.

Pel que fa al contingut de la demanda, l'article fa referència als “fets en els quals [el demandant] fonamenta la demanda, les pretensions que formula i l'objecte de la demanda”, i diu igualment que “el demandat pot respondre i oposar-se als fets al·legats i les pretensions formulades en la demanda i formular reconvençió”. Més enllà d'aquesta referència, en virtut del principi d'autonomia de les parts i del criteri antiformalista que presideixen l'arbitratge, la demanda i la contesta poden adoptar la forma que es consideri, sense que s'hagin d'estructurar necessàriament en la manera clàssica d'exposició dels fets primer i, després, exposició dels fonaments de dret.

Tot i que l'article estableix un principi de preclusió pel que fa a la presentació de la prova (“Les parts han d'aportar, en formular els seus escrits d'al·legacions, tots els documents que considerin pertinents o fer-hi referència, així com les altres proves que proposin practicar”), en la pràctica aquest principi no és estricte, de manera que, per exemple, es pot establir (com veurem seguidament) un període de prova addicional perquè ambdues parts puguin presentar aquella prova que no hagin presentat abans i que considerin necessària. També podria passar que, a més de la demanda i la contesta, les parts establissin tenir dos torns d'al·legacions escrites (és a dir, presentar una rèplica i una dúplica), de manera que també podrien presentar prova addicional llavors (sense que estigués limitada per la data o la rellevància de la prova).

En l'arbitratge internacional, a més de la prova sobre els fets, és una pràctica habitual que també s'hagi de provar el dret aplicable (perquè sovint

algun membre del tribunal, si no tots, no coneixen necessàriament el dret aplicable de primera mà). En aquest cas, s'han de presentar les sentències o la doctrina com a “prova legal” juntament amb la demanda i la contesta.

Aquest principi (no estricte) de preclusió no s'aplica, no obstant això, a les al·legacions o la posició de les parts. L'article 44 estableix que, llevat que ho acordin altrament, qualsevol de les parts pot modificar o ampliar la seva demanda o contesta en el curs de les actuacions arbitrals, sempre que, a criteri del tribunal arbitral, respectin els principis fonamentals previstos a l'article 39 (igualtat, audiència i contradicció), no modifiquin substancialment l'objecte del procediment o no siguin improcedents per raó de la demora. Això no implica, evidentment, que les parts puguin canviar completament la seva posició o la seva acció (cosa que seria contrària a la prohibició de la *mutatio libelli*), sinó que les parts poden adaptar les seves al·legacions a l'evolució del procediment.

Finalment, l'article 46 de la Llei estableix que si el demandant no presenta la seva demanda dintre de termini (perquè, recordem-ho, el termini s'establirà conjuntament o per decisió del tribunal en una fase anterior), la Junta Arbitral dona per acabades les actuacions, excepte que, oït el demandat, aquest manifesti la seva voluntat d'exercitar alguna pretensió. En canvi, si el demandat no presenta la contesta dintre de termini, el tribunal continua les actuacions arbitrals, sense que aquesta ommissió es consideri per si mateixa aplanament o acceptació de les al·legacions del demandant.

3.3. La fase probatòria

La pràctica de la prova és un dels elements respecte dels quals l'arbitratge es diferencia més de la jurisdicció, i on el principi de flexibilitat es posa més en pràctica.

3.3.1. La proposició i admissió de prova

Tal com s'ha avançat, les parts poden pactar la forma i el moment en què es presenten i es practiquen les proves.

L'article 40 de la Llei disposa que els àrbitres poden, amb subjecció a les disposicions imperatives de la Llei, decidir sobre l'admissibilitat, la pertinència i la utilitat de les proves, la seva pràctica (fins i tot d'ofici), i sobre la seva valoració. A aquest efecte, podem citar la sentència del Tribunal Superior de Justícia Sala Civil de 20 de juny de 2019 (TSJC 135/2018):

SISE.- Conclusió

La demanda ha de ser desestimada perquè no concorre cap causa d'anul·lació de les previstes en l'article 56.2 i 3) de la Llei d'Arbitratge que són els únics que justificarien una acció d'anul·lació.

Tota la resta d'argumentació de l'agent es concentra en la seva conclusió de que "va denegar les proves proposades per aquesta part que tenien caràcter essencial i la seva inadmissió no s'ha fonamentat de manera pertinent i clara, el que determina que el meu mandant no va poder fer valdre els seus drets a la defensa i a obtenir una decisió fonamentada amb una evident infracció del que disposa l'article 10.1 de la Constitució en relació a la garantia a un procés degut" (penúltim paràgraf de la seva Conclusió) (foli 13). Com hem dit al començament les garanties d'un procediment judicial no són aplicables a l'arbitratge, més enllà dels principis recollits en la pròpia llei i que ja hem esmentat. El ara demandant ha pogut en el procediment arbitral fer al·legacions, proposar proves, queixar-se de les que li han denegat i fer les conclusions escrites i orals. En una paraula, ha pogut fer "valdre el seus drets" dins del que és un procediment arbitral i no ha quedat cap dubte de la imparcialitat en l'actuació impecable i respectuosa amb els drets de totes les parts de la Junta Arbitral.

La possibilitat que els àrbitres puguin decidir d'ofici la pràctica de prova és una diferència substancial respecte de la jurisdicció ordinària, que es regeix pel principi rogatori i obliga les parts a portar la iniciativa en matèria de prova.

A diferència del procediment jurisdiccional, en l'arbitratge no existeix una fase preestablerta en la qual les parts proposin la prova, sinó que la prova es presenta juntament amb els escrits rectors i, excepte que s'impugni d'alguna manera, es considera admesa automàticament. Els àrbitres no tenen limitacions per a l'admissió de la prova (excepte per a les que ara ens referirem), i en principi el dret a la prova és molt més extens que en la jurisdicció ordinària.

En l'arbitratge internacional, sobretot quan hi ha dos torns d'al·legacions escrites, és comú que hi hagi una fase entre ambdues rondes en què les parts demanin exhibició de prova entre elles (en la forma de *document production* heretada dels procediments i la cultura jurídica anglosaxons), i que puguin fer servir aquests documents exhibits com a prova en el segon torn d'al·legacions. Aquesta fase del procediment pot donar lloc a una decisió expressa del tribunal respecte de l'admissió, no tant de la prova, sinó de la petició d'exhibició documental, quan una de les parts considera que la petició de la contrària és excessiva o no pertinent.

En aquests casos, els tribunals poden aplicar certes normes comunament acceptades per a determinar si una petició és raonable o pertinent. Les

més utilitzades són les *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, publicades per la International Bar Association. La IBA va emetre aquestes normes com a recurs per a les parts i els àrbitres per oferir una manera eficient, econòmica i justa per a la recollida de proves a escala internacional. Les normes proporcionen mecanismes per presentar documents, testimonis de fet i testimonis d'experts, inspeccions, així com la conducta de les audiències de prova. Les normes estan dissenyades per utilitzar-les conjuntament i adoptar-les conjuntament amb normes o procediments institucionals, ad hoc o altres que regeixen els arbitratges internacionals. Aquestes normes poden ser especialment útils quan les parts provenen de cultures jurídiques diferents. Aquestes (com altres normes que s'apliquen sovint en l'arbitratge internacional) són normes considerades de "dret tou" (o *soft law*, en l'argot), és a dir, que no emanen d'un poder públic (sinó d'institucions privades) i no són d'obligatori compliment (sinó més aviat guies d'actuació).

3.3.2. La pràctica de la prova

Dos tipus de prova mereixen una especial consideració pel que fa a la seva pràctica.

D'una banda, la prova testifical. Aquest tipus de prova pot practicar-se de la manera tradicional (és a dir, oralment) o de forma combinada (cosa que és molt habitual en l'arbitratge internacional), de manera que els testimonis presenten la seva declaració per escrit i després declaren davant del tribunal respecte d'allò que ha estat objecte de la seva declaració. En aquests casos, l'interrogatori principal és el que practica la part contrària (donat que la declaració ja serveix com a substitut de l'interrogatori de la part que proposa el testimoni).

D'altra banda, la prova pericial. Aquest és l'únic tipus de prova que està regulat a la Llei i que presenta diferències amb la jurisdicció ordinària.

L'article 47 de la Llei estableix específicament que, llevat que les parts ho acordin altrament, el tribunal pot nomenar, d'ofici o a instància de part, un o més pèrits o experts perquè dictaminin sobre matèries concretes que determini el tribunal. Aquesta és també una diferència amb la jurisdicció ordinària, donat que els àrbitres disposen de més poder per ordenar aquest tipus de prova. El mateix article atorga als àrbitres el poder de sol·licitar a qualsevol de les parts que faciliti al pèrit o a l'expert la documentació pertinent o que aportï per a la seva inspecció documents, mercaderies o altres béns pertinents o en proporcionï l'accés, cosa que reforça la importància d'aquest tipus de prova en l'arbitratge.

Al marge d'aquestes consideracions específiques, pel que fa a les consideracions generals és rellevant que, si bé la regla general és que la prova s'ha de presentar en l'idioma de l'arbitratge (article 43.2), la Llei estableix com a norma per defecte que, llevat que les parts o la Junta Arbitral ho hagin determinat altrament, els escrits i els documents redactats en espanyol, francès o anglès no necessiten traducció (entenem que, en la pràctica, aquesta norma també es podria estendre als testimonis). Aquesta previsió legal (que no es troba en altres lleis de l'entorn) sens dubte afavoreix la pràctica de prova en la seva forma original i l'estalvi de costos i temps, però pot ser una barrera d'entrada a àrbitres i advocats estrangers, o que no parlin algun o cap dels quatre idiomes (encara que estan força estesos en la comunitat arbitral internacional).

Pel que fa al lloc on se celebrarà l'audiència, l'article 41.2 estableix que el tribunal pot, llevat que les parts acordin altrament i prèvia consulta a les parts, reunir-se en qualsevol lloc que estimi apropiat per examinar els testimonis, escoltar els experts o les parts, o per observar o analitzar mercaderies o altres béns, o documents. És a dir, que no regeix cap limitació territorial de jurisdicció.

Finalment, l'article 46 estableix que si una de les parts no compareix a una audiència o no presenta proves, el tribunal pot continuar les actuacions i dictar el laude basant-se en les proves de què disposi.

3.3.3. Les inferències negatives

L'absència d'*imperium* dels àrbitres és més acusada en el cas de la pràctica de la prova. Com veurem, els àrbitres poden prevaldre's de l'auxili del jutge estatal (amb desenvolupament incert segons la seu on es faci l'arbitratge). Per aquesta raó, a fi de reforçar el poder dels àrbitres, la pràctica arbitral ha encunyat una presumpció, si bé ha admès posicions contràries o matisades, segons la qual si una part no posa a disposició del tribunal un element probatori sense una explicació convincent, aquest element probatori pot ser considerat com una inferència adversa contrària als interessos d'aquesta part. Aquesta presumpció inverteix la iniciativa de la càrrega de la prova, per la qual cosa alguns tribunals arbitral són reticents a admetre-la.

No hi ha unanimitat al voltant de si la presumpció descrita suposa una mesura sancionadora o és una simple regla en matèria de prova. En tot cas, el que és segur és que, abans d'adoptar una decisió en la matèria, el tribunal arbitral ha d'informar les parts amb antelació suficient i anunciar-ne les conseqüències adverses per a la part reticent. D'altra banda, ha de quedar

plenament justificada la importància de l'element probatori en qüestió i que s'ha donat a la part requerida un termini suficient per contestar perquè el tribunal arbitral posi en marxa aquest mecanisme.

3.3.4. L'assistència judicial en la pràctica de prova

Si bé l'article 40 de la Llei (i el 67 per als arbitratges internacionals) disposa que els àrbitres poden, amb subjecció a les disposicions imperatives de la Llei, establir les normes i dirigir el procediment de la manera que considerin adequada i sense que hagi de seguir les normes legals establertes per a la jurisdicció ordinària, que aquesta potestat de la Junta Arbitral comprèn, entre altres, la de decidir sobre l'admissibilitat, la pertinència i la utilitat de les proves, la seva pràctica, fins i tot d'ofici, i sobre la seva valoració, i, a més, l'article 45.6 de la Llei dona al tribunal arbitral el poder específic per a ordenar l'aportació de la part que reté un element de prova, aquest poder és limitat, ja que els àrbitres no tenen poder executiu.

Per això, la llei preveu que els tribunals estatals puguin intervenir en l'assistència en la pràctica de prova (articles 9.1.b i 48 de la Llei). El tribunal arbitral (o qualsevol de les parts amb l'aprovació d'aquest tribunal) pot demanar l'assistència del batlle al qual correspongui per torn de jurisdicció voluntària per a la pràctica de proves. El batlle atendrà aquesta sol·licitud dins de l'àmbit de la seva competència i de conformitat amb les normes sobre mitjans de prova que estableix la Llei del Codi de procediment civil.

L'assistència judicial pot consistir en la pràctica de la prova davant del batlle i sota la seva exclusiva direcció, o en l'adopció de les mesures necessàries perquè la prova pugui ser practicada davant del tribunal arbitral.

3.4. Les mesures cautelars i les ordres preliminars

Les mesures cautelars tenen particular importància en el procediment arbitral, donat que en aquests procediments s'afavoreix la continuïtat de les relacions entre les parts (i, per tant, el manteniment de l'*statu quo* mentre dura el procediment).

Les regles sobre mesures cautelars previstes per als arbitratges interns són aplicables als arbitratges internacionals (en virtut de l'article 66).

3.4.1. La competència concurrent i alternativa d'àrbitres i tribunals ordinaris

La potestat dels àrbitres per a dictar mesures cautelars depèn de la *lex arbitri* (és a dir, de la seu de l'arbitratge). La Llei d'arbitratge andorrana preveu expressament a l'article 28 que els àrbitres poden dictar mesures cautelars.

Aquesta potestat, però, no és exclouent de la competència dels tribunals estatals. Per a l'adopció judicial de mesures cautelars és competent el batlle que pertany a la jurisdicció civil i al qual correspongui per torn, d'acord amb les normes de la Llei del Codi de procediment civil. L'article 12 de la Llei estableix que si les parts sol·liciten al batlle, amb anterioritat a les actuacions arbitral o durant la seva tramitació, l'adopció de mesures cautelars, la sol·licitud o la concessió de les mesures no afecta l'existència i la validesa del conveni d'arbitratge. Això implica que la tramitació de mesures cautelars judicials pot conviure amb un procediment arbitral.

3.4.2. Els tipus de mesures cautelars i els requisits per adoptar-les

A diferència d'altres lleis d'arbitratge de l'entorn (per exemple, l'espanyola), la norma andorrana és més detallada pel que fa al tipus de mesures que es poden prendre en l'àmbit cautelar. L'article 28 estableix una llista de *numerus clausus* respecte de la finalitat de les mesures cautelars que un tribunal arbitral pot adoptar (si bé redactada de tal manera que pot capturar quasi bé qualsevol tipus de mesura). En particular, pot ordenar a una de les parts que: (i) mantingui o restableixi l'*statu quo* en espera que es dirimeixi la controvèrsia; (ii) adopti mesures per impedir algun dany actual o imminent o alguna ingerència en el procediment arbitral, o que s'abstingui de dur a terme certs actes que probablement ocasionarien un dany o una ingerència en el procediment arbitral; (iii) proporcionï algun mitjà per a preservar béns que permetin executar qualsevol laude subsegüent, i (iv) preservi elements de prova que poguessin ser rellevants i pertinents per a resoldre la controvèrsia.

Per la seva banda, l'article 29 disposa que el sol·licitant d'una mesura cautelar ha d'acreditar (a) que si no s'adopta la mesura cautelar és probable que es produeixi algun dany, no rescabable adequadament mitjançant una indemnització, notablement més greu que el que pugui sofrir la part afectada per la mesura, en cas de ser adoptada (*periculum in mora*); i (b) que existeix una possibilitat raonable que la demanda del sol·licitant sobre el fons de la controvèrsia prosperi (*fumus boni iuris*). La Llei diu expressament

que la decisió del tribunal respecte del *fumus* no prejutja en cap cas les seves decisions subsegüents.

Aquests dos requisits són també comuns en l'arbitratge internacional i en la majoria de reglaments institucionals, i no són exigibles (excepte que el tribunal ho consideri oportú) si el que es demana és la preservació d'elements de prova.

Finalment, a diferència del que passa amb els jutges ordinaris, el tribunal arbitral no pot imposar mesures cautelars a tercers que no siguin part del procediment arbitral. Ara bé, les parts sempre poden demanar aquestes mesures davant de la jurisdicció ordinària.

L'article 33 disposa que el tribunal arbitral pot exigir del sol·licitant d'una mesura cautelar que presti una garantia adequada respecte de la mesura.

3.4.3 L'execució de les mesures cautelars

Per la seva naturalesa, les mesures cautelars són substancialment interines. L'article 32 diu expressament que, en qualsevol moment, el tribunal arbitral pot modificar, suspendre o revocar les mesures cautelars o les ordres preliminars que hagi adoptat, ja sigui a instància d'alguna de les parts o, en circumstàncies excepcionals, per iniciativa pròpia, prèvia notificació a les parts.

Ara bé, això no significa que no puguin ser objecte d'execució perquè siguin efectives mentre estiguin en vigor.

L'article 36 disposa que tota mesura cautelar adoptada per un tribunal arbitral és vinculant i ha de ser executada immediatament. El mateix article estableix que, quan les parts ho acordin en el conveni, la Junta Arbitral pot imposar sancions en cas d'incompliment de les mesures cautelars.

Si el compliment no és voluntari, la part interessada en el compliment pot demanar a l'òrgan jurisdiccional estatal competent la seva execució, amb independència de l'estat en què es trobi el procediment arbitral.

A les decisions arbitrals sobre mesures cautelars, qualsevol que sigui la forma que revesteixen, són aplicables les disposicions de la Llei relatives a l'anul·lació i l'execució de laudres (a les quals ens referirem més endavant). L'article 37, però, estableix com a normes específiques de les mesures cautelars que només es pot denegar el reconeixement o l'execució d'una mesura cautelar:

a) Si, en actuar a instància de la part afectada per la mesura, a l'òrgan jurisdiccional estatal li consta que:

- i. la denegació està justificada per algun dels motius de nul·litat del laude enunciats en l'article 56.2.a), o
- ii. no s'ha complert la decisió del tribunal arbitral en relació amb la prestació de garantia, o
- iii. la mesura cautelar ha estat revocada o suspesa pel tribunal arbitral; o

b) Si l'òrgan jurisdiccional estatal resol que:

- i. la mesura cautelar és incompatible amb les facultats que se li confereixen, a menys que aquest tribunal deixi d'adoptar la mesura per subjectar-la a les seves pròpies facultats i procediments a efectes de poder-la executar sense modificar el seu contingut, o
- ii. que algun dels motius de denegació (enunciats en l'article 56.2.b) és aplicable al reconeixement o l'execució de la mesura cautelar.

Ara bé, la decisió de l'òrgan jurisdiccional respecte de la denegació o admissió de l'execució de la mesura cautelar és únicament aplicable als fins de la sol·licitud de reconeixement i de l'execució de la mesura cautelar (és a dir, no té efectes prejudicials sobre el fons).

3.4.4. Les ordres preliminars

La Llei andorrana ha adoptat de la Llei Model la figura de les ordres preliminars, que són resolucions arbitrals estretament lligades a les mesures cautelars i que es regulen essencialment als articles 30 i 31.

Aquestes ordres preliminars són el complement d'una petició de mesura cautelar de part. La Llei preveu la possibilitat que es demani una mesura cautelar sense necessitat de prevenir l'altra part, i, amb aquesta, la possibilitat de demanar una ordre preliminar per la qual el tribunal ordeni a la part contrària que no impedeixi o dificulti la mesura cautelar sol·licitada. L'ordre preliminar no és, per tant, la mesura cautelar en si, sinó una veritable ordre d'abstenir-se de sabotejar-la. Per això, les ordres preliminars només es concedeixen si hi ha risc que la part contrària frustri efectivament la mesura cautelar mentre el tribunal decideix si concedir-la o no. La part obligada per l'ordre preliminar podrà fer valer els seus drets després que aquesta s'hagi emès.

A diferència del que passa amb les mesures cautelars (respecte de les quals el tribunal pot —discrecionalment— demanar una garantia al sol·licitant), per a la concessió d'una ordre preliminar sembla que el tribunal arbitral

hagi de demanar, com a norma general, la prestació de garantia, excepte que ho consideri inapropiat o innecessari. Així es desprèn de la redacció i la lectura conjunta dels dos apartats de l'art. 33.

La Llei preveu que l'ordre preliminar expiri al cap de 20 dies de la seva emissió, però en tot cas faculta el tribunal perquè adopti una mesura cautelar que ratifiqui o modifiqui l'ordre preliminar després d'haver sentit la part obligada.

Les ordres preliminars són vinculants per a les parts, però, a diferència de les mesures cautelars, no constitueixen un laude ni poden ésser objecte d'execució judicial.

3.4.5. Costes i danys i perjudicis

Finalment, l'article 35 estableix que el sol·licitant d'una mesura cautelar o d'una ordre preliminar és responsable de les costes i dels danys i perjudicis que aquesta mesura o ordre ocasioni a qualsevol part, sempre que el tribunal arbitral determini ulteriorment que, en les circumstàncies del cas, no s'hauria d'haver adoptat la mesura o emès l'ordre. El tribunal arbitral pot condemnar-lo en qualsevol moment de les actuacions al pagament de les costes i dels danys i perjudicis.

Posat cas que el tribunal arbitral hagués exigit una garantia, es resta d'aquesta l'import de les costes i dels danys i perjudicis.

3.4.6. Dos tipus especials de mesures: les 'anti-suit injunctions' i les 'security for costs'

Les anti-suit injunctions

Existeix un tipus especial de mesura cautelar, importada de la pràctica anglosaxona (on està prevista expressament a la llei processal), que consisteix en què un tribunal dicti una ordre judicial que té per objecte prohibir a una determinada part que iniciï –o continuï– un procediment a l'estranger quan per resoldre la controvèrsia s'ha signat una clàusula de submissió als seus tribunals o a un arbitratge amb seu en aquest país (*anti-suit injunctions* o *injunctions to restrain judicial proceedings*).

Aquest tipus d'ordre pot ser considerada, per la seva naturalesa, una mesura cautelar en el sentit que no té per objecte el fons de l'assumpte i té com a objectiu preservar la integritat del procediment (en el que ens interessa, arbitral), protegint-lo de tàctiques dilatòries o obstructives d'una part que vol fugir de l'arbitratge.

Aquest tipus de mesura ha estat objecte d'anàlisi en algun pronunciament aïllat a la jurisprudència espanyola, cosa que confirma que aquest tipus de mesura es percep amb desconfiança per part de la jurisdicció.⁵⁸

Des de la perspectiva comunitària, el TJUE ha declarat que aquest tipus de decisió no pot ser reconeguda als Estats membres. La qüestió va ser resolta pel TJUE en la sentència del cas *West Tankers*,⁵⁹ i després va ser reafirmada per la sentència del cas *Gazprom*.⁶⁰ El TJUE va sentenciar que una ordre dictada pels tribunals d'un Estat membre per obligar una part a no començar o continuar un procediment judicial en un altre Estat membre, entenent que hi havia un conveni arbitral vàlid, no és compatible amb el principi de confiança mútua que informa l'espai judicial europeu.

En vista d'això, i encara que aquesta jurisprudència no afecti el Principat (que no és Estat membre), segurament aquest tipus de mesura (que, per la seva naturalesa, pot ser molt útil per a protegir el procediment arbitral), no és, estratègicament, una cosa que les parts en un procediment al Principat vulguin demanar als jutjats estatals.

Les security for costs

Una *security for costs* s'ha definit com una ordre d'un tribunal o tribunal competent que exigeix (normalment) que un reclamant aporti una garantia per als costos de la seva contrapart en el cas que la seva reclamació finalment no tingui èxit. Aquest és també un tipus de mesura que té origen en la pràctica dels tribunals anglesos, i al principi només l'administraven els tribunals d'Anglaterra. L'article 38 de la Llei d'arbitratge de 1996 atorgava expressament als tribunals el mandat d'assegurar la garantia de les costes. Inicialment, els tribunals eren aprensius a l'hora d'atorgar aquesta ordre en l'arbitratge comercial internacional, però ara és un tipus de mesura relativament estès. De fet, els principals reglaments institucionals en recullen la possibilitat: les Regles d'arbitratge de la CCI faculten el tribunal arbitral per ordenar les mesures provisionals o conservatòries que consideri oportunes; les regles del Tribunal d'Arbitratge Internacional de Londres (LCIA) atorguen al tribunal arbitral poders específics per ordenar una garantia per les costes; les regles de la Cort Internacional per a la Resolució de Conflictes (ICDR) atorguen al tribunal arbitral un poder general per atorgar "les mesures provisionals que consideri necessàries".

58 STSJ de Catalunya, 22.5.2017, ECLI: ES:TSJCAT:2017:12519.

59 Sentència *West Tankers*, 10.2.2009, C-185/07.

60 Sentència *Gazprom*, 13.5.2015, C-563/13.

En general, però, les lleis d'arbitratge no parlen d'aquest tipus de mesura, mentre que la Llei Model, que és la font de les lleis d'arbitratge modernes (com la del Principat), determina un criteri ampli en la seva autorització de mesures cautelars si “es considera necessari pel que fa a l'objecte de l'arbitratge”. Aquesta previsió sembla no incloure l'ordre purament processal de garantia de costos i, mentrestant, obliguen el sol·licitant de la mesura (que sovint és el demandat en el procediment arbitral) a demostrar una necessitat urgent, un dany irreparable i una probabilitat d'èxit en el fons.

Aquesta autorització limitada ha estat criticada perquè no reflecteix l'acceptació creixent de les mesures conservadores en la pràctica moderna d'arbitratge, ja que la mesura cautelar podria ser impugnada sobre la base que el tribunal no tenia jurisdicció per ordenar la *security for costs*. Des d'un altre punt de vista, aquest silenci en la Llei Model també pot indicar que no estableix límits a l'abast i al contingut de les mesures provisionals arbitrals, que és un dels grans avantatges d'aquest recurs, ja que pot ser adaptat pel tribunal a les necessitats específiques i canviants de la controvèrsia.

Sovint, una *security* es considera contrària al consentiment arbitral i, per tant, els estàndards per atorgar-la difereixen d'una mesura provisional típica.

Generalment, la garantia de costes es demana i s'atorga en benefici del demandat. Els demandants, però, poden sol·licitar aquest tipus de protecció, per exemple en resposta a reconvençions. La *security for costs* inclou els honoraris i les despeses legals necessàries per a la defensa de les previsions en el procediment dictat, però no s'estén a la garantia dels imports corresponents als danys i perjudicis o altres indemnitzacions o pagaments que resultin de la resolució sobre el fons del laude.

La principal objecció a l'atorgament d'una *security for costs* és que, un cop una part ha acceptat arbitrar, s'oposaria al consentiment arbitral demanar una ordre de costes abans de ser sotmesa a una decisió sobre el fons, especialment en el cas d'una part en dificultats financeres, que patiria greus dificultats a causa d'aquesta ordre.

Tot i que hi ha una acceptació general del mandat del tribunal per atorgar aquesta ordre, les qüestions sobre l'exercici del mandat i les normes per exercir-lo romanen sense resoldre.

Pel que fa al criteri per a atorgar aquest tipus de mesura, està generalment acceptat que el tribunal arbitral ha de ponderar les costes a un demandat de la defensa d'una demanda en la qual hi ha la possibilitat de no recuperar aquestes despeses.

Les directrius del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) especifiquen sis factors clau: (i) si un demandant té actius accessibles a la jurisdicció, (ii) si la sol·licitud s'utilitza com a arma per bloquejar una reclamació legítima, (iii) fins a quin punt el demandat ha contribuït a la manca de mitjans del demandant, (iv) el moment de la sol·licitud, (v) l'adequació de la mesura a la naturalesa específica de l'arbitratge en qüestió, i (vi) les preocupacions equitatives en vista de totes les circumstàncies. Poden aplicar-se altres factors que només s'han de tenir en compte en circumstàncies excepcionals, com ara el mèrit de la reclamació i les possibilitats d'èxit, les ofertes d'acord que s'hagin pogut fer i la probabilitat que la part reclamant fugi.

Tenint en compte les consideracions anteriors, un tribunal que va decidir en un arbitratge CCI va enumerar els criteris següents per determinar les sol·licituds de seguretat de costes:

The Respondent is required to show that (a) ... the factual situation at the present time is substantially different from that which existed at the time the parties entered into their arbitration convention; and (b) ... the present situation is such that it would be highly unfair to require it to conduct the arbitration proceedings without the benefit of such security;

Unless the claimant can establish (a) that the making of such order would in effect deny their right of access to arbitration for reasons not attributable to them; and (b) that after having weighed the parties' respective interests considering both the subject matter of the dispute & the circumstances giving rise to the request for an order for Security for Costs, the making of such order would appear to be highly unfair to Claimants.⁶¹

Els estàndards enumerats per aquest tribunal en l'esmentat cas són un resum lògic de la qüestió. Les consideracions implicades en la garantia de costes estan entrelaçades amb el fons de la disputa i, per tant, la consideració esmentada, entre d'altres, constitueix el llindar per a la concessió de la mesura.

3.5. El laude

El laude és la forma típica de finalització de les actuacions arbitrals. En tot cas, amb el laude (i, si escau, la seva correcció o aclariment) finalitza el mandat dels àrbitres, que deixen de tenir competència.

61 ICC Case No.10032, Procedural Order of 9 November 1999.

Com a resultat de l'activitat jurisdiccional, el laude està sotmès a certes regles imperatives, de manera que el fa equiparable a les sentències judicials.

3.5.1. Normes aplicables al fons de la controvèrsia

Per aplicació de l'article 49, el tribunal arbitral decideix la controvèrsia de conformitat amb les normes jurídiques escollides per les parts aplicables al fons de la controvèrsia (*lex causae*). A aquest efecte, s'entén que tota indicació del dret o l'ordenament jurídic d'un Estat determinat es refereix, llevat que s'expressi el contrari, al dret substantiu d'aquest Estat i no a les normes de conflicte de lleis. Si les parts no indiquen les normes jurídiques aplicables, el tribunal arbitral aplica les que estima que corresponen.

La Junta Arbitral només pot decidir en equitat (*ex aequo et bono*) si les parts l'han autoritzat expressament a fer-ho així.

En tot cas, la Junta Arbitral decideix d'acord amb les estipulacions del contracte i té en compte els usos mercantils aplicables al cas.

3.5.2. Tipus de laudes

El laude que típicament posarà fi al procediment serà el laude final resultant de la tasca decisòria del tribunal arbitral sobre la discussió principal. Ara bé, pot haver-hi altres tipus de laudes:

- Laude parcial: l'article 49 estableix que el tribunal arbitral pot dictar en qualsevol moment laudes parcials sobre alguna part del fons de la controvèrsia, sobre la competència del tribunal o sobre mesures cautelars. Per la seva banda, l'article 52 diu que, llevat que les parts ho acordin al·trament, el tribunal pot decidir la controvèrsia en un sol laude o en tants laudes parcials com estimi necessari. No s'ha de confondre, però, parcial amb interí: pot haver-hi laudes parcials definitius.
- Laude per acord de les parts: l'article 51 preveu que, si durant les actuacions arbitral, les parts arriben a una transacció que resolgui, totalment o parcialment, la controvèrsia, el tribunal pot donar per finalitzades les actuacions respecte dels aspectes transigits i, si ho demanen totes les parts i el tribunal no aprecia motius per oposar-s'hi, fa constar la transacció en forma de laude arbitral en els termes convinguts per les parts.

Els laudes parcials i els laudes per acord de les parts tenen la mateixa naturalesa i efectes que qualsevol altre laude dictat sobre el fons de la controvèrsia i, per tant, es poden reconèixer i executar com els laudes finals.

3.5.3. Adopció de decisions col·legiades

L'article 50 disposa que en les actuacions en les quals intervé més d'un àrbitre, tota decisió del tribunal s'adopta, llevat que les parts ho acordin altrament, per majoria de vots dels seus membres.

La regla de la majoria exigeix, encara que no ho digui la Llei, el respecte a la col·legiació: és a dir, és exigible dels àrbitres que deliberin el contingut del laude (encara que finalment s'adopti per majoria i no per unanimitat). Aquesta deliberació i votació ha de ser veritable i col·lectiva. Es produeix, per tant, una fallida del principi de col·legialitat quan els àrbitres que componen el col·legi arbitral no es reuneixen conjuntament per deliberar i laudar sobre l'assumpte sotmès a arbitratge. Dit d'una altra manera: un laude adoptat per majoria, però que no ha estat objecte de deliberació, podria ser declarat nul.

Ara bé, a l'arbitratge –i sobretot a l'internacional– ni la deliberació ni la votació estan subjectes a formalitats especials, sinó que s'han de fer dependent de les circumstàncies de cada cas. Evidentment, no és el mateix reunir un tribunal arbitral quan cada àrbitre resideix en un país diferent, que reunir-lo quan els àrbitres resideixen a la mateixa ciutat. La dinàmica de les deliberacions tampoc serà la mateixa si els àrbitres no comparteixen la mateixa cultura jurídica o ni tan sols la mateixa concepció de l'arbitratge.

La col·legialitat garanteix a les parts que els seus arguments seran debatuts al si del col·legi arbitral. D'altra banda, la col·legialitat contribueix a la imparcialitat dels àrbitres, donat que aquests han de “descobrir-se” davant dels altres àrbitres, i han de mirar de considerar tots els arguments i proves sense afavorir la part que els va nomenar.

El principi de col·legialitat és un principi fortament arrelat tant a la doctrina com a la jurisprudència comparada. La seva vulneració suposa, en qualsevol cas, la nul·litat del laude o la denegació de l'exequàtur per aplicació de la clàusula d'ordre públic (art. V CNY). En l'àmbit espanyol, és coneguda la sentència del cas Puma (Puma AG RD Sport/Estudio 2000, S.A.) dictada pel Tribunal Suprem el 15 de febrer de 2017, que va anul·lar un laude per la infracció del deure de col·legiació, que té implícit el dret a debatre:

No es de recibo es que quienes han violentado de forma palpable las reglas arbitrales, acudan después a ellas esgrimiendo una interpretación que, de admitirse, invalidaría la propia esencia de lo que constituye la deliberación y decisión de todos los integrantes de un tribunal arbitral o jurisdiccional y que es consustancial al principio de colegialidad y de contradicción entre todos ellos a través del proceso de deliberación y de toma responsable de las decisiones adoptadas cuando actúa más de un árbitro, confundiendo la cuestión esencial de la toma

o adopción de la decisión del órgano colegiado, con la necesidad de constituir determinada mayoría para que surta efecto.

La regla de la majoria s'ha de conjugar amb l'article 52.7, que permet que un àrbitre dissident pugui exposar el seu vot discrepant en el laude.

El principi de col·legialitat adquireix un contingut diferent quan es refereix a decisions de simple impuls de procediment. Les decisions procedimentals no requereixen –en principi– la participació de tots els àrbitres, encara que sobre elles també incideixi la col·legialitat: el fet que el president del col·legi arbitral estigui habilitat per signar en solitari les ordres processals o impulsar per si mateix el procediment no l'eximeix del deure de notificar –per la via convinguda– a la resta d'àrbitres totes i cadascuna de les decisions que prengui. Així, per a decisions d'ordenació, tramitació o impuls del procediment, l'àrbitre president pot decidir unilateralment si així ho autoritzen les parts o tots els membres del tribunal.

El problema, però, és definir quines qüestions són de tramitació: l'admissió de la prova ho és? (semblaria que no); els temps assignats a cadascuna de les parts per a interrogar els testimonis ho són? (semblaria que no); ampliar el termini per a presentar la contestació ho és? (semblaria que no). També exigirien deliberació i votació decisions sobre la competència o incompetència del col·legi arbitral o les decisions sobre l'adopció o no de mesures cautelars.

D'altra banda, l'article 50 també estableix que les deliberacions del tribunal arbitral són secretes. Això pot suposar un problema, a priori, perquè els tribunals estatals puguin exercir el control degut sobre les deliberacions, a l'efecte de garantir el principi de col·legialitat. Com veurem seguidament, la Llei exigeix que, en el cas que en el laude arbitral manqui la signatura d'algun àrbitre, hi constin les raons d'aquesta manca. Perquè la manca de signatura d'un dels àrbitres suggereix, d'entrada, una fallida del principi de col·legialitat. Llavors, els tribunals ordinaris podran, davant de l'absència d'una signatura i si les explicacions no són convinents, aixecar el secret de les deliberacions per tal de comprovar que efectivament s'han fet (però sense revelar necessàriament en quin sentit). Aquest judici es farà, evidentment, en el context d'una acció d'anul·lació del laude.

3.5.4. Forma, contingut i termini del laude

Pel que fa a la forma, l'article 52.5 només estableix que el laude ha de ser dictat per escrit i firmat pels àrbitres que componen el tribunal. S'entén que el laude consta per escrit també quan quedi constància del seu contingut

i firmes i és accessible per a la seva consulta ulterior en suport electrònic, òptic o d'altre tipus. No hi ha cap més requisit de forma.

L'article 52.9 estableix, però, que qualsevol de les parts, al seu càrrec, pot instar al tribunal, sempre abans de ser dictat, que el laude sigui protocol·litzat notarialment (però aquesta protocol·lització no el fa més vàlid com a laude, almenys a la jurisdicció andorrana; pot haver-hi jurisdiccions en les quals el laude hagi d'estar protocol·litzat per a poder ser executat).

En coherència amb l'article 50, l'article 52.6 estableix que, en les actuacions amb més d'un àrbitre, són suficients les firmes de la majoria dels membres del tribunal, o solament la de l'àrbitre president, sempre que es deixi constància de la raó de la manca d'una o més firmes. D'aquesta manera s'evita el "segrest" de la decisió per un àrbitre dissident, o per la circumstància que un àrbitre no pugui signar, cosa que podria arribar a frustrar tot el procediment arbitral en una fase molt avançada com és el moment de la seva signatura. Aquest va ser el cas en la causa resolta per aute del Tribunal Superior de Justícia Sala Civil de 20 de desembre de 2005:

II.- El present recurs interposat per la part executant no pot prosperar en atenció als arguments següents. Si s'analitza l'article 73 de les normes estatutàries, on es conté la submissió a l'arbitratge ("quantas qüestions sorgeixin entre els copropietaris i ocupants, presents i venidors, de les diferents unitats immobiliàries entre ells mateixos o amb els òrgans de la Comunitat, o entre aquests, relativament a la participació i utilització de l'immoble, o respecte a la interpretació, aplicació o execució del títol constitutiu de la Propietat Horitzontal, del que fonamenti la seva adquisició, o dels presents Estatuts, quedaran sotmeses a la decisió inapel·lable de tres arbitres o amigables componedors designats per insaculació, a presència notarial, d'entre dos proposats per cada una de les parts, i en cas de no acceptació del càrrec, absència o impossibilitat de tots o d'algun d'ells, a la de la persona o persones que, en substitució dels impossibilitats, designi l'Honorable Senyor Batlle que en aquell moment porti més temps en funcions. Els àrbitres actuaran sempre conjuntament i en conceptes d'àrbitres d'equitat o amigables componedors, i dictaran el laude que, el seu lleial saber i entendre, estimin més just i conforme a l'esperit dels presents Estatuts, sense obligació de subjectar-se a cap altra llei civil ni penal. En tot cas, el laude arbitral serà executable per qualsevol dels Honorables Senyors Batlles de les Valls pel procediment d'execució de sentència ferma"), s'extreu clarament que l'arbitratge consistirà en l'emissió d'un laude per tres àrbitres i que aquests han d'actuar conjuntament. Aquesta previsió d'actuació conjunta significa que s'ha d'emetre un únic laude, fruit de la intervenció, reunions i deliberacions dels tres àrbitres. I en aquest cas, aquest pressupòsit no s'ha complert, tota vegada que el laude que s'aporta a les actuacions només porta la signatura de dos dels àrbitres, a la vegada que en el mateix es fa referència que el parer que es conté és, precisament, només el d'aquests dos àrbitres, però no del tercer (cf. Foli 73). En definitiva, com que l'arbitratge s'ha configurat amb l'exigència d'una actuació

conjunta dels àrbitres, de forma que es requereixi l'obtenció d'una sola voluntat, s'ha d'entendre que el mateix esdevé ineficaç al manca aquest requisit de l'actuació conjunta i, per consegüent, no pot ésser executable.

Pel que fa al contingut, l'apartat 3 de l'article expressa que el laude haurà de contenir: a) la data en què es dicta; b) els noms, els cognoms o la denominació de les parts, així com el seu domicili o seu social; c) el nom dels advocats o les persones que representen les parts, si s'escau; d) el nom dels àrbitres que componen el tribunal; e) la seu de l'arbitratge, que es considera que és també el lloc de l'emissió del laude; f) una exposició succinta de les pretensions respectives de les parts i dels mitjans de prova; g) la decisió; h) les costes, si escau i si no estan decidides per les parts en el conveni.

Més enllà d'aquest contingut, la Llei no regula una manera específica en què s'hagin d'exposar els raonaments (i no aplica la regla respecte de les sentències judicials, per la qual s'han d'exposar els fets i després els fonaments de dret).

Pel que fa al termini, l'apartat 2 estableix que el tribunal ha de decidir la controvèrsia dins els sis mesos següents a la data de presentació de la contesta a la demanda o de l'expiració del termini per a formular-la. Aquest termini pot ser prorrogat pel tribunal per un altre termini no superior a dos mesos, mitjançant una decisió motivada. Ara bé, l'expiració del termini o de la seva pròrroga sense que s'hagi dictat el laude definitiu no afecta l'eficàcia del conveni d'arbitratge ni la validesa del laude dictat, sense perjudici de la responsabilitat en què puguin incórrer els àrbitres. Això implica que un laude no es podrà anul·lar per raó d'haver estat dictat fora de temps.

Finalment, l'apartat 8 estableix que, després de dictat, el tribunal notifica el laude a cadascuna de les parts en la forma i dins els terminis acordats per les parts i, si aquests no s'haguessin acordat, mitjançant entrega d'una còpia firmada pels àrbitres de conformitat amb l'apartat 5. La notificació s'ha de fer, s'entén, dintre del termini per a dictar el laude (perquè quan es dicta el laude acaba la jurisdicció dels àrbitres, i la notificació l'han de fer ells, encara que existeixi una institució arbitral que administri l'arbitratge).

3.5.5. La motivació dels laudes

L'article 52.4 de la Llei també imposa que, en l'arbitratge de dret, el laude ha de ser motivat, llevat que es tracti d'un laude per acord de les parts. En canvi, quan es tracti d'un arbitratge d'equitat, les parts poden convenir en la no necessitat de motivació.

Motivar és justificar la decisió presa proporcionant una argumentació convincent i indicant el bé fundat de les opcions que el jutge o l'àrbitre efectuen; la motivació es configura així com un criteri diferenciador entre la racionalitat i l'arbitrarietat.

Entre les raons que justifiquen la motivació del laude es poden citar les següents: a) donar compliment a les expectatives legítimes de les parts; b) explicar a la part perdedora les raons per les quals el laude ha arribat a un resultat advers a les seves pretensions; c) donar a conèixer als operadors jurídics quins són els fets que el tribunal ha tingut en compte, quines regles de Dret ha utilitzat i quina ha estat la seva interpretació; d) assegurar que s'ha respectat el principi de contradicció; e) comprovar, a l'arbitratge internacional, si els àrbitres han aplicat els principis de la *lex mercatoria*; i, sobretot, f) evitar l'arbitrarietat, obligant l'àrbitre a fer un raonament convincent que permeti a les parts conèixer el sentit exacte de la decisió a l'efecte d'una eventual anul·lació.

El deure de motivació figura a la major part dels ordenaments jurídics i en nombrosos reglaments d'arbitratge. Si bé la generalitat confereix a les parts la possibilitat de renunciar-hi, en altres constitueix una exigència imperativa que, fins i tot, pot donar lloc a la nul·litat del laude.

L'absència de motivació, quan escau, es reconduïx al motiu vinculat als drets de defensa o ordre públic processal, que en el Conveni de Nova York s'hauria de fer valer a instància de part.

Ara bé, la necessitat de motivar el laude no implica de cap manera la possibilitat d'entrar en el contingut d'aquesta motivació. Aquest control se circumscriu a determinar l'absència de motivació o la seva arbitrarietat absoluta, però no la correcció argumental ni l'encert jurídic. Una qüestió diferent del "deure de motivació", l'absència del qual pot afectar directament el dret a la tutela judicial efectiva, és el supòsit de motivació "manifestament errònia" que en l'àmbit de l'arbitratge queda fora de l'acció d'anul·lació, ja que en dret una decisió motivada és independent de l'encert que hagi tingut l'àrbitre. De conformitat amb aquesta posició, la finalitat controladora del laude s'estén únicament al seu resultat i no és factible que el jutge valori si el raonament és coherent amb el dret aplicat per l'àrbitre per arribar al desenllaç final aconseguit. S'afirma, en aquest sentit, que les parts, en acceptar la clàusula de submissió a l'arbitratge i sotmetre els seus conflictes als àrbitres, accepten també, automàticament, sotmetre's a la visió que aquests tinguin dels fets i del dret.

3.5.6. La rellevància de la congruència

La congruència és l'adequació del laude a les pretensions de les parts. Contràriament a la funció judicial, l'arbitral està limitada, en la tasca de resoldre el litigi, al que sol·liciten les parts. Per això l'àrbitre té l'obligació de cenyir-se als límits de l'objecte de la controvèrsia que ha de resoldre de conformitat amb el contingut del conveni arbitral.

Això implica que les pretensions que s'han de resoldre al laude han de coincidir plenament amb les que van suscitar originàriament les parts i que es van discutir al llarg del procediment arbitral.

Com a regla general, l'acord arbitral té efecte expansiu i inclou totes les qüestions relacionades amb l'objecte de l'arbitratge. Ara bé, en l'arbitratge no s'aplica el principi *iura novit curia* ni el de *da mihi factum, dabo tibi ius*. En contraposició, l'àrbitre té facultats per a acordar prova d'ofici.

La conseqüència del principi de congruència és que no cal atorgar més del que s'hagi demanat a la demanda, ni menys del que hagi estat admès pel demandat, ni concedir una altra cosa diferent que no hagués estat pretesa. En aquest sentit, el contingut del laude ha de guardar una relació completa amb el que es va determinar al seu dia com a objecte de l'arbitratge.

3.5.7. Les costes

La Llei andorrana (a diferència, per exemple, de l'espanyola) no fa referència a què s'ha d'entendre inclòs a les costes, i per tant hi ha llibertat de pacte en aquest sentit.

En absència de pacte, pot ser aplicable el reglament arbitral –per al cas de l'arbitratge institucional– o el que estableixin els àrbitres. Normalment, però, les costes inclouen: els honoraris i despeses dels defensors i/o representants de les parts; els honoraris i despeses dels pèrits; els costos d'administració de l'arbitratge (si és institucional); els honoraris i despeses dels àrbitres, i les altres despeses originades per raó del procediment (lloguer de sales d'audiència, traduccions, desplaçaments, etc.).

La llei no preveu un tràmit per a impugnar el detall de les costes presentat per la part contrària, però és habitual que s'inclogui en el calendari pactat amb el tribunal. Aquesta impugnació es pot basar en la manca d'existència de les costes, o en el fet que no es poden considerar pròpies del procediment, però en canvi no es poden impugnar per excés, donat que els criteris de càlcul d'honoraris d'advocats no són aplicables als arbitratges.

Tampoc existeix un criteri legal d'imposició de costes. En l'àmbit internacional, el més comú és el del venciment proporcional. Els àrbitres poden, però, moderar la condemna en costes per raó dels criteris de raonabilitat o comportament processal de les parts.

3.5.8. Correcció, aclariment, complement i rectificació de l'extralimitació del laude

L'article 54 estableix que, dins els quinze dies següents a la notificació del laude, llevat que les parts hagin acordat un altre termini, qualsevol de les parts pot, amb notificació a la resta, sol·licitar a la Junta Arbitral:

- a) La correcció de qualsevol error de càlcul, de còpia, tipogràfic o qualsevol altre error de naturalesa similar en el laude.
- b) L'aclariment d'un punt o d'una part concreta del laude.
- c) El complement del laude respecte de peticions formulades i no resoltes.
- d) La rectificació de l'extralimitació parcial del laude, quan hagi resolt sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió o no susceptibles d'arbitratge.

Prèvia audiència de les altres parts, si el tribunal estima justificada la sol·licitud, farà la correcció, l'aclariment, el complement o la rectificació sol·licitades dins els vint dies següents a la notificació de la sol·licitud. Aquest termini pot ser prorrogable, si el tribunal ho estima necessari, per deu dies.

Igualment, dins els vint dies següents a la data del laude, el tribunal pot també, per iniciativa pròpia, corregir qualsevol error dels tipus mencionats (càlcul, de còpia, tipogràfic o qualsevol altre error de naturalesa similar en el laude).

La correcció, l'aclariment, el complement o la rectificació s'han d'expressar en una resolució en forma de laude, i per tant haurà de reunir els mateixos requisits de forma i contingut que el laude final previstos a l'article 52. La correcció, l'aclariment, el complement o la rectificació formen part del laude final.

Per als arbitratges internacionals, l'article 69 estableix que el termini per sol·licitar la correcció, l'aclariment, el complement o la rectificació de l'extralimitació del laude i el laude addicional a què fa referència l'article 54 és de trenta dies, i que el termini per a resoldre la sol·licitud de correcció, aclariment, complement o rectificació de l'extralimitació del laude i el laude addicional a què fa referència l'article 54 és de seixanta dies.

4. Actuacions posteriors a la finalització del procediment

4.1. L'acció d'anul·lació del laude

L'article 55 de la Llei estableix expressament que des que s'ha dictat, el laude és definitiu i executable, amb efectes de cosa jutjada (*res judicata*). Contra el laude definitiu només hi cap l'acció d'anul·lació. Passat el termini d'anul·lació, o si l'anul·lació s'ha desestimat, només hi cap la revisió.

Tal com hem anticipat, l'acció d'anul·lació no es restringeix únicament als laudes finals, sinó que també és possible demanar la nul·litat d'un laude parcial o interlocutori, tingui el contingut que tingui. Aquesta possibilitat es desprèn, no de l'article 55, sinó de l'article 27.4, que preveu: "La junta arbitral pot decidir respecte les excepcions a què fan referència els apartats 1 i 2 com a qüestió prèvia, mitjançant un laude parcial, o juntament amb les altres qüestions sotmeses a la seva decisió relatives al fons de l'assumpte en el laude final. La decisió de la junta arbitral només pot ser impugnada mitjançant l'exercici de l'acció d'anul·lació del laude en què s'hagi adoptat. Si la decisió de la junta arbitral fos desestimatòria de les excepcions i s'adoptés amb caràcter previ, l'exercici de l'acció d'anul·lació no suspèn el procediment arbitral".

Ara bé, les decisions que no siguin laudes no poden ser objecte d'anul·lació: decisions de procediment (admissió de prova, bifurcació, etc.), o decisions de la institució arbitral.

4.1.1. La naturalesa de l'acció

L'acció d'anul·lació se situa fora del procediment arbitral, plenament en seu jurisdiccional, amb les excepcions que ara referirem.

L'acció d'anul·lació del laude no és un recurs, i per tant els tribunals estatals no poden revisar el fons de l'assumpte, ni substituir la decisió del tribunal arbitral. Les causes de nul·litat són limitades. Si s'aprecien, el tribunal estatal declararà nul el laude, és a dir, que quedi sense efecte (i, per tant, enervant els efectes de la cosa jutjada), però no podrà dictar una resolució substitutòria. De la mateixa manera, el fet que un laude s'hagi anul·lat no treu vàlidesa a la jurisdicció dels àrbitres (excepte, és clar, que

s'hagi anul·lat per manca de conveni arbitral vàlid, com veurem seguidament). És a dir: simplement el laude desapareix (i, amb ell, l'efecte de cosa jutjada), però res no impedeix que les parts es tornin a sotmetre a un arbitratge (fins i tot sobre la mateixa qüestió). En aquest sentit, es pot veure l'aute del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil) en l'assumpte 034/08, de 27 de gener de 2011:

II.- El segon motiu de greuge consisteix en què, a criteri del recurrent, una volta anul·lat l'arbitratge els àrbitres ja no poden tornar a jutjar i és competent la jurisdicció pública. Sustenta la seva pretensió en què tant el dret romà, com el català, l'andorrà i el comparat sustenten la seva solució i que la decisió judicial no ha motivat el rebuig d'aquesta pretensió adequadament articulada i fonamentada a 1a instància. A través d'aquest motiu el recurrent pretén aconseguir que, com que el laude ha estat anul·lat, siguin els tribunals els que resolguin la controvèrsia perquè l'arbitratge no es pot repetir. I és en aquest extrem on s'ha d'examinar amb detall el motiu del recurs per a determinar si realment no es pot repetir l'arbitratge i si la resolució judicial d'instància ha vulnerat el dret a la jurisdicció per no haver motivat.

Al respecte i si es comença l'anàlisi per aquesta darrera qüestió, es pot constatar com l'òrgan judicial d'instància entén que la interpretació de les clàusules dels capítols matrimonials i de les seves modificacions correspon als àrbitres, essent palesa la manca de jurisdicció dels tribunals andorrans. I aquesta argumentació s'ha de completar amb la diferenciació que efectua l'òrgan judicial entre aquells supòsits en els quals el laude esdevé nul perquè el conveni arbitral no és vàlid o s'ha escolat el termini per emetre el laude; casos en els quals no es pot tornar a subjectar la qüestió controvertida al coneixement dels àrbitres, d'aquells altres en els que concorren irregularitats en el nomenament o desenvolupament de l'arbitratge, en els que esdevé nul el laude, però no impedeix que la qüestió debatuda es torni a sotmetre a la decisió dels àrbitres.

La Llei preveu, a l'art. 71.4, la possibilitat, només per als arbitratges internacionals, que les parts renunciïn (a priori, s'entén) a l'acció d'anul·lació del laude. Aquesta és una previsió no prevista a la Llei Model, però importada de la jurisdicció francesa.

L'article 7 estableix, en termes generals, que s'entén que les parts renuncien (tàcitament) a les facultats d'impugnació que preveu la Llei si, coneixent la infracció d'una norma o d'un requisit del conveni d'arbitratge, no la denuncien sense causa justificada dins del termini establert o, en el seu defecte, tan aviat com els sigui possible.

Aquesta previsió legal pot veure's com una manifestació del principi de l'autonomia de la voluntat que regeix l'arbitratge, donat que les parts són les que decideixen, lliurement, com es desenvolupa el procediment i quins

drets exerceixen o no (amb la limitació que no es podrà renunciar a allò que no sigui disponible, ni tampoc a allò que infringeixi l'ordre públic). Aquesta previsió també va lligada als principis d'igualtat, audiència i contradicció: si la part afectada per una irregularitat no ho ha denunciat, podent fer-ho durant el procediment, no podrà fer-ho després, en la mesura en què priva l'altra part d'oposar-s'hi (i al tribunal arbitral de corregir la irregularitat).

En la pràctica, aquesta previsió legal serà eficaç en seu d'anul·lació, i impedirà, per exemple, que les parts puguin al·legar la manca d'imparcialitat o independència de l'àrbitre com a motiu d'anul·lació del laude, si els motius que la justifiquen ja eren coneguts durant l'arbitratge i no es van denunciar davant del mateix tribunal arbitral.

4.1.2. Les causes de nul·litat

L'anul·lació del laude només serà procedent per algun dels motius previstos en l'article 56 de la Llei, els quals es classifiquen en dues categories:

a) els motius que pot denunciar la part:

- i. Que una de les parts del conveni d'arbitratge estava afectada per alguna incapacitat en el moment d'atorgar el conveni, o que el conveni no és vàlid segons el dret a què les parts s'han sotmès o, si res s'hagués indicat a aquest respecte, segons el dret andorrà. Atès que el conveni arbitral és un contracte, li són aplicables, amb caràcter general, el règim previst en l'ordenament civil en matèria contractual. En conseqüència, seran causa d'invalidesa del conveni (i, per tant, del laude), entre altres, la falta de capacitat de les parts; els vicis del consentiment; que la inexistència d'objecte del conveni sigui o prohibit o il·lícit; la inexistència de controvèrsia; la caducitat del conveni arbitral, o l'absència dels requisits essencials de la forma del conveni.
- ii. Que no ha sigut degudament notificada de la designació dels àrbitres o de les actuacions arbitrals o no ha pogut, per qualsevol altra raó, fer valer els seus drets. Evidentment, aquí hi juga el principi d'autoresponsabilitat, de manera que la part no es pot col·locar ella mateixa en una situació d'indefensió, sinó que està obligada a ser diligent en l'exercici dels seus drets (per exemple, comunicant un canvi de domicili).
- iii. Que el laude es refereix a una controvèrsia no prevista en el conveni d'arbitratge o conté decisions que excedeixen els termes del conveni; no

obstant això, si les disposicions del laude que es refereixen a les qüestions sotmeses a l'arbitratge poden separar-se de les que no ho estan, només es poden anul·lar les últimes. Aquesta és la qüestió d'incongruència, no interna, sinó respecte del mandat arbitral.

iv. Que la composició del tribunal o el procediment arbitral no s'han ajustat a l'acord entre les parts, llevat que aquest acord estigui en conflicte amb una disposició imperativa de la Llei o, a falta d'aquest acord, no s'han ajustat a la Llei. Aquesta causa de nul·litat és una manifestació de la vulneració del principi d'autonomia de la voluntat de les parts (que pot expressar-se ad hoc, o per remissió a un reglament institucional determinat, per la qual cosa, en aquest últim supòsit, la inobservança de les regles que contingui el reglament sobre els aspectes esmentats serà igualment motiu d'anul·lació).

b) els motius que, a més de les parts, també pot apreciar d'ofici o a instància del Ministeri Fiscal el jutge competent:

i. segons el dret aplicable a l'arbitratge, l'objecte de la controvèrsia no és arbitrable; no obstant això, si les disposicions del laude que es refereixen a les qüestions sotmeses a l'arbitratge poden separar-se de les que no ho estan, només es poden anul·lar les primeres; o

ii. el laude és contrari a l'ordre públic del Principat d'Andorra. Aquest és un motiu que s'al·lega habitualment, juntament amb altres, donada la seva aparent indefinició. No obstant això, l'ordre públic susceptible de ser motiu de nul·litat d'un laude es redueix a aquells principis i drets constitucionals relatius a la conducció adequada del procediment. Altres aspectes materials de l'ordre públic poden ser també causa de nul·litat, però normalment es podran reconduir a una causa específica (per exemple, que s'hagi sotmès a arbitratge una qüestió no arbitrable).

Aquestes categories són, com hem dit, limitades, i els tribunals estatals són estrictes a l'hora d'interpretar-les. Com a exemple es pot veure la sentència del Tribunal Superior de Justícia (Sala Civil), 135/2018, de 20 de juny de 2019:

Això ve a tomb perquè sorprèn a la Sala que l'únic fonament de la demanda d'anul·lació articulada pel Sr. M. C. R. sigui la suposada infracció de l'article 10 de la Constitució (dret a un judici just) i en canvi, no recull cap dels supòsits en els quals excepcionalment un Tribunal, concretament aquest, pot anul·lar un arbitratge. Són motius taxats i tancats per raó de forma i poden ser aportats per les parts o bé d'ofici pel Tribunal.

4.1.3. Termini i procediment

L'acció d'anul·lació s'ha d'exercir dins el termini de tres mesos comptats des de la data de notificació del laude (o la seva correcció o complement).

L'acció d'anul·lació se substancia davant la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de conformitat amb les normes de procediment previstes per als recursos en matèria civil, amb les especialitats següents:

- La demanda d'anul·lació es presenta acompanyada dels documents justificatius de la seva pretensió, del conveni d'arbitratge, i conté la proposta dels mitjans de prova la pràctica dels quals interessi al demandant de l'acció de nul·litat.
- La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia dona trasllat de la demanda al demandat de l'acció d'anul·lació, perquè contesti si l'interessa en el termini de vint dies. La contesta ha d'anar acompanyada dels documents justificatius de la seva pretensió i contenir la proposta dels mitjans de prova que interessin al demandat de l'acció de nul·litat. De la contesta, el Tribunal Superior en dona trasllat al demandant perquè presenti els documents addicionals i proposi els mitjans de prova complementaris que l'interessin.
- Contestada la demanda o transcorregut el termini corresponent per fer-ho, es convoquen les parts per a la vista, si així ho sol·licita alguna de les parts en els seus escrits de demanda i contestació o si la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia ho creu convenient.

Com veurem en seu d'execució, el laude és executable encara que s'hagi exercit l'acció d'anul·lació, sens perjudici que se'n pugui demanar la suspensió.

Si la sentència estima l'anul·lació, els seus efectes variaran en funció del motiu d'anul·lació que s'hagi al·legat, de manera que es podrà declarar la nul·litat de la totalitat del laude o únicament d'alguns dels seus pronunciaments (nul·litat parcial). Si s'estima l'acció d'anul·lació, l'execució s'arxiva amb els efectes previstos a la normativa civil.

Contra la sentència que dicta el Tribunal Superior de Justícia respecte de l'anul·lació no es pot interposar cap recurs.

4.1.4. La possibilitat de reenviament

Una altra de les particularitats rellevants de la Llei andorrana és que l'article 56, en el seu apartat 4, preveu que, en el marc del procediment d'anul·lació, el jutge estatal competent pot suspendre les actuacions, quan correspongui

i quan així ho sol·liciti una de les parts, per un termini determinat, a fi de donar l'oportunitat al tribunal arbitral de reprendre les actuacions arbitrals o d'adoptar qualsevol altra mesura que, segons el parer del tribunal arbitral, elimini els motius de l'acció d'anul·lació.

Aquesta mena de “reenviament”, que pot semblar una anomalia en termes comparatius, està expressament previst a la Llei Model.

Encara que a priori pugui ser un recurs processal que no casi bé amb la idea de la resolució en una sola instància i sense possibilitat d'apel·lació, aquest mètode, ben utilitzat, pot ser útil per enfortir el sistema arbitral en conjunt. D'una banda, reforça el poder dels àrbitres per resoldre disputes que els han estat expressament conferides; de l'altra, evita les temptacions d'intromissió o excés dels òrgans jurisdiccionals.

No obstant això, per com està concebut aquest reenviament a la Llei Model, i per tant a la Llei andorrana, la intermediació del tribunal estatal és un pur tràmit, en la mesura que el reenviament només es produeix si ho sol·liciten les parts.

4.1.5. La nul·litat de laudes dictats en arbitratges internacionals

L'article 71 estableix normes específiques per a laudes en matèria d'arbitratge internacional dictats a Andorra, que són les següents:

- L'ordre públic del Principat d'Andorra s'ha d'entendre ampliat a l'ordre públic internacional.
- El termini per formular l'acció d'anul·lació és de dos mesos a partir de la notificació del laude.
- Per acord especial i de forma expressa, les parts poden, en qualsevol moment, fins i tot al conveni d'arbitratge, renunciar a l'acció d'anul·lació.
- L'acció d'anul·lació contra el laude i el recurs d'apel·lació a què fa referència l'apartat 6 no tenen efectes suspensius excepte que l'òrgan jurisdiccional estatal així ho decideixi expressament perquè considera que l'execució del laude pot lesionar greument els interessos d'una de les parts.

4.2. El reconeixement del laude

4.2.1. Efectes del reconeixement

Perquè els laudes arbitrals estrangers tinguin eficàcia executiva al Principat cal que siguin reconeguts per un òrgan jurisdiccional estatal. Aquesta homologació es fa per mitjà del procediment de l'exequàtur, la resolució del qual, en el cas de ser estimatòria, integra un títol: el laude arbitral estranger.

De conformitat amb l'article 61, l'exequàtur de laudes estrangers es regeix pel Conveni per al reconeixement i l'execució de sentències arbitrals estrangeres, fet a Nova York el 10 de juny de 1958, sense perjudici del que prevegin altres tractats internacionals que formin part de l'ordenament jurídic i que siguin més favorables a la seva concessió.

D'altra banda, de conformitat amb l'article 70, els laudes en matèria d'arbitratge internacional són reconeguts i executats al Principat d'Andorra si la seva existència és demostrada per la part sol·licitant i aquest reconeixement o execució no és manifestament contrari a l'ordenament jurídic andorrà o a l'ordre públic internacional. L'existència del laude arbitral es demostra mitjançant la presentació del seu original acompanyat del conveni d'arbitratge o de còpies d'aquests documents que reuneixin les condicions necessàries per a la seva autenticitat. Si algun d'aquests documents no estigués redactat en llengua catalana, espanyola o francesa, la part sol·licitant n'ha d'acompanyar una traducció al català feta per un traductor jurat.

4.2.2. Causes de denegació del reconeixement

Segons l'article 73 de la Llei, només es pot denegar el reconeixement o l'exequàtur d'un laude arbitral, qualsevol que sigui el país on s'ha dictat:

- a) A instància de la part contra la qual es pretén executar o fer valer, quan aquesta part acrediti:
 - i. que una de les parts del conveni d'arbitratge estava afectada per alguna incapacitat, o que el conveni no es vàlid en virtut del dret a què les parts l'han sotmès o, si no s'hagués indicat res a aquest respecte, en virtut de la llei del país on s'hagi dictat el laude; o

- ii. que la part contra la qual s'invoca el laude no ha estat degudament notificada sobre la designació d'un àrbitre o sobre les actuacions arbitrals o no ha pogut, per qualsevol altra raó, fer valdre els seus drets; o
- iii. que el laude es refereix a una controvèrsia no prevista en el conveni d'arbitratge o conté decisions que excedeixen els termes del conveni d'arbitratge; no obstant això, si les disposicions del laude que es refereixen a qüestions sotmeses a l'arbitratge poden separar-se de les que no ho estan, es pot donar el reconeixement i l'execució a les primeres; o
- iv. que la composició del tribunal o el procediment arbitral no s'han ajustat al conveni celebrat entre les parts o, si no existís aquest acord, no s'han ajustat a la llei del país on es va efectuar l'arbitratge; o
- v. que el laude no és encara obligatori per a les parts o ha estat anul·lat o suspès per un òrgan jurisdiccional estatal del país on, o conforme al dret del qual, s'ha dictat el laude.

b) Quan l'òrgan jurisdiccional estatal comprovi:

- i. que segons l'ordenament jurídic andorrà, l'objecte de la controvèrsia no és susceptible d'arbitratge; o
- ii. que el reconeixement o l'execució del laude serien contraris a l'ordre públic nacional.

Com es pot veure, aquestes causes són semblants a les previstes per a l'anul·lació del laude, amb alguns afegits o matisos.

S'ha de fer una menció especial a la causa de denegació del reconeixement consistent en la circumstància que el laude hagi estat anul·lat al país d'origen.

A la Llei del Principat, aquesta causa sembla taxativa. No obstant, en el CNY (que també és aplicable al reconeixement, juntament amb la Llei d'arbitratge), l'article V.1.e faculta –no exigeix– la denegació del reconeixement quan el laude hagi estat anul·lat a l'Estat d'origen. Des d'aquesta perspectiva, un ampli sector doctrinal es manifesta a favor de l'aplicació del CNY per reconèixer un laude que ha estat anul·lat prèviament al país d'origen.

Adicionalment, fins ara hi ha un cert cos jurisprudencial que es caracteritza per haver reconegut laudes arbitrals estrangers anul·lats al seu país d'origen, o per haver-se manifestat a favor d'acceptar aquest tipus de supòsits.

La jurisprudència francesa és particularment favorable al reconeixement, com ho demostren els casos Norsolor, Hilmarton, Chromalloy i Sonatrach.

En la jurisprudència espanyola, es pot citar la interlocutòria del TSJ de Múrcia del 12.4.2019, que estableix:

Los laudos arbitrales son el resultado de una convención privada no vinculada con la jurisdicción del país en el que son dictados, con la consecuencia de que la eventual anulación de un laudo por los tribunales del lugar del arbitraje no afectaría necesariamente a su subsistencia jurídica a los meros efectos de su reconocimiento por un tercer Estado.

4.2.3. Procediment de reconeixement

Segons l'article 61, el procediment d'exequàtur (o reconeixement) és el que estableix la legislació processal civil per a l'execució de sentències dictades per tribunals estatals estrangers.

Per al reconeixement de laudes o resolucions estrangers és competent la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia.

Segons l'article 72, la resolució judicial relativa a una sol·licitud de reconeixement d'un laude en matèria d'arbitratge internacional dictat a l'estranger és susceptible de recurs d'apel·lació davant el Ple del Tribunal Superior de Justícia en el termini de trenta dies a comptar de la seva notificació.

Si s'ha sol·licitat a un òrgan jurisdiccional estatal de la jurisdicció a la qual s'ha sotmès l'arbitratge o bé de la jurisdicció del país on s'ha dictat el laude, l'anul·lació o la suspensió del laude, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia pot, si ho considera procedent, ajornar la seva decisió i, a instància de la part que sol·liciti el reconeixement o l'execució del laude, pot també ordenar que l'altra part aporti les garanties apropiades.

4.3. L'execució del laude

En cas que la part que hi estigui obligada incompleixi el laude, es pot instar la seva execució. El laude és executable des que s'ha dictat, sigui ferm o no, i amb independència que s'hi hagi interposat l'acció d'anul·lació.

L'execució del laude constitueix una activitat extraarbitral que es desenvolupa plenament en seu judicial. Per a l'execució forçosa de laudes nacionals i estrangers reconeguts és competent el batlle que pertany a la jurisdicció civil i al qual correspongui per torn, d'acord amb les normes de la Llei del Codi de procediment civil, sense perjudici de les competències que té atribuïdes el saig d'acord amb la Llei del Codi de procediment civil i la Llei del saig.

Segons l'article 59, l'execució forçosa dels laudes es regirà per les disposicions especials de la Llei i subsidiàriament per les normes que regulen el procediment civil d'execució de resolucions judicials fermes.

A aquest efecte, i com passa en el cas de les sentències dictades pels tribunals públics, el saig tindrà competència en l'execució de laudes arbitrals que consisteixen a pagar una quantitat líquida, o que consisteixen a complir obligacions de fer, de no fer o d'entregar una cosa diferent d'una quantitat de diners, només pel que fa al pagament de les quantitats líquides que formen part de l'execució o que en dimanen (Art. 36.2 de la Llei del saig), així com les costes processals que s'imposin en el marc del procediment (Art. 36.4 de la Llei del saig).

Com s'ha anticipat, el laude és executable encara que s'hagi exercit l'acció d'anul·lació. No obstant això, l'executat pot sol·licitar la suspensió de l'execució, sempre que ofereixi una caució pel valor de la condemna més els danys i perjudicis que puguin derivar-se de la demora en l'execució del laude. La caució pot constituir-se en qualsevol de les formes previstes a la Llei del Codi de procediment civil. Un cop presentada la sol·licitud de suspensió, el batlle, després d'escoltar l'executant, resol sobre la suspensió sol·licitada. Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

Per disposició de l'article 70, en el cas d'arbitratges internacionals, són aplicables les mateixes regles d'execució de laudes dictats en arbitratges interns.

Una vegada el laude estranger s'ha reconegut al Principat, aquest serà equiparable a un laude domèstic i, per tant, l'execució serà la mateixa que per als laudes domèstics.

4.4. La revisió del laude

Sens perjudici que un laude té efectes de cosa jutjada, i només pot ser objecte, si escau, d'una acció d'anul·lació, un laude ferm pot ser (igual que una sentència ferma) revisat excepcionalment de conformitat amb el que estableixi la legislació processal civil en vigor en cada moment.

5. Tipus especials d'arbitratge i arbitratge en dret comparat

De conformitat amb l'article 2.3, queden exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei els arbitratges laborals i els de consum. Ara bé, segons preveu l'Exposició de motius, la Llei pretén ser una llei general que pot ser aplicada com a supletòria de les normes que es puguin dictar atenent les especificitats de l'arbitratge laboral, de consum o altres arbitratges especials.

5.1. L'arbitratge de consum

L'arbitratge de consum és aquell que soluciona els conflictes sorgits entre els consumidors o usuaris i les empreses o professionals en relació amb els drets legalment o contractualment reconeguts al consumidor.

Aquest tipus especial d'arbitratge comparteix amb l'arbitratge comercial l'element de voluntarietat, però es diferencia en què és un procediment molt més àgil, i gratuït, que permet a les parts defensar-se a elles mateixes sense la intervenció d'un advocat.

L'Associació de Consumidors i Usuaris d'Andorra (ACU) gestiona el Sistema Arbitral de Consum i fa d'intermediari per solucionar els casos.

5.2. L'arbitratge estatutari

Quant a les matèries objecte de l'arbitratge, regulades a l'article 3, mereix una menció especial l'arbitratge estatutari.

La Llei es limita a reconèixer la possibilitat que els estatuts de les societats de capital estableixin el sotmetiment a arbitratge de les controvèrsies que es plantegin en el seu si, inclosa la impugnació d'acords socials pels socis o els administradors.

Tot i això, no preveu que, per a la impugnació d'acords socials, l'arbitratge hagi de ser necessàriament institucional i que el nomenament dels àrbitres (de tots ells en cas d'un tribunal) l'hagi de fer la institució. Aquesta previsió (que s'inclou, per exemple, en la Llei d'arbitratge espanyola) hauria estat sens dubte adequada, si es considera la particular configuració del

litigi en la impugnació d'acords socials, en la qual les parts processals (soci o administrador demandant i societat demandada) no coincideixen necessàriament amb les parts enfrontades, i la dificultat que suposa sovint que la societat, en la seva condició de part demandada, nomeni un àrbitre.

La Llei andorrana tampoc preveu una majoria reforçada per a la introducció d'una clàusula de submissió a arbitratge als estatuts (com sí que fa, per exemple, la Llei d'arbitratge espanyola), però això no planteja tants problemes pràctics i, en tot cas, aquest requisit no deixa de ser una decisió del legislador de tall més aviat mercantil i aliena a la institució de l'arbitratge.

5.3 L'arbitratge testamentari

Com bé diu l'Exposició de motius de la Llei, històricament, els capítols matrimonials o els testaments han previst clàusules que remeten a l'àrbitri d'un tercer ("home bo") per resoldre les eventuais controvèrsies que es puguin produir en aquest àmbit.

La Llei preveu expressament a l'article 3.3 que es poden sotmetre a l'arbitratge instituït per disposició testamentària les controvèrsies entre hereus no forçosos o legataris, per qüestions relatives a la distribució o l'administració de l'herència.

De conformitat amb aquest article, qualsevol que hagi d'atorgar testament, en previsió de disputes futures entre els seus hereus, podrà disposar al document d'últimes voluntats que les controvèrsies que puguin sorgir entre ells es resolguin mitjançant un arbitratge.

Per a la seva validesa ha de reunir dos requisits:

- El primer, n'hi ha prou que el testador ho disposi al testament. L'arbitratge, així, ve imposat pel testador, cosa que el converteix en una excepció de la voluntarietat. Qui ordena la successió pot deixar designat l'àrbitre o encomanar a tercers el tràmit de l'arbitratge.
- El segon, que el testador només pot ordenar l'arbitratge testamentari per a la resolució de les desavinences en cas d'hereus no forçosos (germans, oncles, nebots, entre d'altres) i legataris. Amb la redacció actual de la llei, queden excloses de l'arbitratge testamentari les controvèrsies que puguin existir entre hereus forçosos i legitimaris. Considerant que les successions més nombroses són les que tenen lloc entre els hereus forçosos (pares, fills i nets), la conseqüència és que queden fora d'aquest tipus d'arbitratge la majoria dels conflictes successoris.

La figura no està exempta de polèmica, potser per aquesta limitació continguda a la normativa que la fa, a la pràctica, gairebé inaplicable.

5.4. L'arbitratge de l'esport

Un àmbit important en què l'arbitratge és una eina fonamental en la resolució de conflictes és l'esport. En aquest àmbit, el Tribunal Arbitral de l'Esport (*Tribunal Arbitral du Sport* [TAS]), amb seu a Lausana, Suïssa, s'erigeix com el tribunal arbitral de referència.

En aquest àmbit, l'arbitratge presenta certes particularitats distintives.

En primer lloc, sovint l'arbitratge està “imposat” per les regles federatives dels esportistes, a les quals s'han de sotmetre necessàriament per a exercir el que és, al cap i a la fi, la seva professió. També les associacions esportives que organitzen esdeveniments internacionals (els Jocs Olímpics, sense anar més lluny, però qualsevol altra competició), inclouen sovint en els seus estatuts l'arbitratge com a mitjà de resolució de disputes (entre esportistes i associacions, però també entre diferents operadors esportius entre ells o amb les diferents associacions esportives), al qual els esportistes s'han de sotmetre per a poder participar en la competició. La disjuntiva, doncs, és la següent: d'una banda, és indubtable que hi ha consentiment de l'esportista de sotmetre's a arbitratge, però, de l'altra, resulta que si no presta aquest consentiment no pot participar en la competició que, de manera exclusiva (en clara posició dominant), organitza l'associació a què pertany. Aquestes circumstàncies posen en dubte el consentiment de l'esportista a sotmetre's a arbitratge, la qual cosa és la pedra de toc del sistema arbitral.

Això ha generat una jurisprudència important del Tribunal Europeu de Drets Humans, que parteix de la premissa que l'arbitratge esportiu és compatible amb el Conveni Europeu de Drets Humans:

98. En ce qui concerne le cas spécifique de l'arbitrage sportif, elle considère qu'il y a un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique. En effet, les manifestations sportives internationales de haut niveau sont organisées dans différents pays par des organisations ayant leur siège dans des États différents, et elles sont souvent ouvertes à des athlètes du monde entier. Le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce

*tribunal peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue par voie définitive. Sur ce point, la Cour rejoint donc le Gouvernement et reconnaît qu'un mécanisme non étatique de règlement des conflits en première et/ou deuxième instance, avec une possibilité de recours, bien que limitée, devant un tribunal étatique, en dernière instance, pourrait constituer une solution appropriée en ce domaine.*⁶²

D'altra banda, el TAS aglutina la majoria dels casos a què se sotmeten les disputes en matèria esportiva, i el finançament dels quals vagi a càrrec de federacions esportives; per tant, es podria dubtar de la independència del Tribunal. Tanmateix, això es contraresta amb el fet que el laude resultant sempre podrà ser objecte de control per instàncies judicials (inclòs el Tribunal Suprem suís). A més, el TEDH ha reconegut expressament la independència del TAS en entendre que no queda afectada pel simple fet que el seu finançament vagi a càrrec de federacions esportives. Tot i això, el TEDH s'ha fet ressò de la disjuntiva plantejada més amunt i ha sentenciat que, en un context tan particular, no es pot parlar de consentiment lliure i inequívoc de l'esportista:

113. En l'occurrence, la Cour considère que le choix qui s'offrait à la requérante n'était pas de participer à une compétition plutôt qu'à une autre, en fonction de son acceptation ou sa non-acceptation d'une clause d'arbitrage. En effet, contrairement au choix offert aux requérants des affaires Tabbane, Eiffage S.A. et autres, et Transportes Fluviaux do Sado S.A. (décisions précitées) – qui avaient eu la possibilité de conclure un contrat avec un partenaire commercial plutôt qu'avec un autre –, le seul choix offert à la requérante était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau.

*114. Eu égard à la restriction que la non-acceptation de la clause d'arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, l'on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque.*⁶³

D'altra banda, pot passar que en l'arbitratge esportiu es posi en dubte l'arbitrabilitat de certes qüestions, per limitacions legals previstes als ordenaments jurídics dels diferents Estats implicats. Per exemple, pot passar que certes decisions sancionadores no es puguin resoldre per la via arbitral.

Finalment, el procediment davant del TAS presenta algunes particularitats, les més rellevants de les quals són les següents:

⁶² Court, 2.10.2018, Mutu et Pechstein c. Suisse (Requêtes nos 40575/10 et 67474/10).

⁶³ Court, 2.10.2018, Mutu et Pechstein c. Suisse (Requêtes nos 40575/10 et 67474/10).

- En principi només es poden sotmetre al TAS disputes relatives o que tinguin relació amb l'esport, en qualsevol de les seves manifestacions (*sports related matters*).
- Seu: La seu del TAS (i dels panels arbitral que aquest constitueixi) és a Lausana, Suïssa (article R28 del Codi del TAS). Això no obstant, en cas que les circumstàncies ho aconsellin, i després de consultar-ho amb les parts, el president del panel pot acordar celebrar una audiència en qualsevol altre lloc. En tot cas, amb independència d'on se celebri físicament l'audiència arbitral, a efectes jurídics el lloc de l'arbitratge serà sempre Lausana.
- Idioma de l'arbitratge: Els idiomes oficials del TAS són el francès, l'anglès i l'espanyol (article R29 del Codi del TAS). Tot i això, les parts poden sol·licitar que l'idioma de l'arbitratge sigui un altre, cosa que haurà de ser admesa pel panel.
- El TAS té una llista d'àrbitres (altament especialitzats en la matèria), els quals poden actuar com a tals en arbitratges TAS.
- El Reglament del TAS ofereix una resolució molt ràpida de la disputa. En l'àmbit de l'arbitratge internacional esportiu, la rapidesa és encara més necessària. És fonamental no només per la naturalesa mateixa de les competicions esportives (que pot fer inexecutable una resolució que arribi tard, o afectar la mateixa competició), sinó també per la brevetat de les carreres dels esportistes professionals.
- El TAS preveu com a primer i principal criteri de determinació de la llei aplicable el provinent de l'autonomia de la voluntat (la llei triada per les parts), per tot seguit establir un criteri subsidiari, que és l'aplicació del dret suís, el propi de la seu del Tribunal. Aquesta fórmula s'aparta de la regla més utilitzada en altres reglaments, que és que, en els casos de manca d'elecció de llei, s'aplica aquella amb què el cas tingui vincles més estrets. Per això, la formulació d'aquest criteri subsidiari no ha estat exempta de crítiques a la doctrina, ja que si bé cal predicar-ne l'aportació de seguretat jurídica pel que fa a la determinació del dret aplicable, de vegades passa que en litigis en què les parts no han fet elecció de llei, el panel arbitral ha d'aplicar una llei (la suïssa) que no té punts de connexió amb la disputa.
- El Codi del TAS preveu i regula dos tipus de procediments en correlació amb les dues possibles formes d'atribució de jurisdicció al Tribunal: el procediment arbitral ordinari i el procediment d'apel·lació. La configuració i els caràcters del procediment ordinari no difereixen gaire dels típics

de qualsevol arbitratge comercial: parteixen del mateix punt (la submissió voluntària de les parts a l'arbitratge) i es desenvolupen de manera semblant, i apliquen els mateixos principis. Per mitjà del procediment d'apel·lació, una part que ha obtingut una resolució d'un òrgan esportiu (*federation, association or sports-related body*, segons el Reglament del TAS) pot pretendre'n la revisió per part del TAS sempre que concorrin els requisits previstos a l'article R47 del Reglament: el TAS té un poder o unes facultats revisòries extenses, que arriben tant als fets com al dret i que, a més, han estat objecte d'interpretació àmplia per part de la jurisprudència emanada del TAS.

- La submissió de les parts a la jurisdicció del TAS es pot fer: a) bé mitjançant la inclusió en un contracte d'una clàusula de submissió arbitral al TAS, o mitjançant el posterior acord arbitral de les parts en conflicte; b) bé mitjançant l'afiliació d'un esportista o d'una institució esportiva a una federació esportiva, associació o òrgan esportiu, els estatuts o regulacions dels quals (o bé un acord específic) estiguin sotmesos a la jurisdicció del TAS.
- Cap part no podrà sol·licitar mesures provisionals o cautelars de conformitat amb el Reglament abans d'haver esgotat tots els recursos legals interns establerts a les regulacions de la federació o de l'entitat esportiva en qüestió. Addicionalment, en sotmetre una controvèrsia al procediment d'arbitratge ordinari o d'arbitratge d'apel·lació d'acord amb aquest Reglament de procediment, les parts renuncien expressament al dret a sol·licitar aquestes mesures a les autoritats o als tribunals estatals.

5.5. Arbitratge en dret comparat⁶⁴

La rellevància i l'èxit de l'arbitratge comercial com a mètode eficaç de resolució de controvèrsies en el context internacional és inqüestionable. L'acceptació àmplia que té l'arbitratge comercial internacional entre els diferents operadors jurídics no és casualitat. L'arbitratge en l'àmbit internacional ofereix múltiples avantatges, alguns dels quals ja hem anticipat. D'entrada, resol els interrogants que sovint planteja la via judicial en el pla internacional: els temors que suscita la submissió a jurisdiccions estrangeres; les incerteses sobre la durada del procés; les dificultats de gestió amb què poden ensopegar els operadors jurídics –idiomes, terminis...

64 Extracte adaptat de M. Gómez Jene (2023), *Arbitraje comercial internacional*, Civitas.

L'arbitratge aporta, a més, una sèrie d'avantatges propis: (i) la rapidesa (conseqüència de l'autonomia de la voluntat de les parts i de l'absència de sistema de recursos); (ii) l'eliminació en certa mesura de les complicacions inherents a un supòsit internacional (aplicació de diferents lleis, interpretació de documents redactats en diferents idiomes, proves que cal practicar i notificacions que cal lliurar a diferents Estats); (iii) especialització (tant en la vessant material, donat que hi ha controvèrsies típiques del context internacional com són, per exemple, les derivades del sector energètic o el sector de construcció de grans infraestructures o del transport internacional, com pel que fa a l'àrbitre), i (iv) facilitat del reconeixement del laude (per inversemblant que sembli, i excepció feta de les particularíssimes característiques de l'espai europeu, un laude té més possibilitats de ser reconegut i executat en un Estat estranger que una sentència judicial).

Tot això fa que hi hagi cada vegada més legislacions molt favorables a l'arbitratge. Des del punt de vista del Dret comparat, es constata que les darreres dècades els legisladors s'han esforçat per promulgar un marc legal favorable al desenvolupament de l'arbitratge internacional, i el Principat no ha estat l'excepció. Hi ha jurisdiccions, però, amb una llarga tradició i una extensa regulació i pràctica de l'arbitratge. Entre els ordenaments més importants de l'entorn del Principat cal destacar el francès, el suís i l'anglès. Aquests ordenaments tenen una jurisprudència estatal particularment sofisticada, i aquests tres Estats acullen un nombre molt elevat d'arbitratges internacionals en termes comparatius. Curiosament, aquests ordenaments (particularment el francès i el suís) no s'inspiren en la Llei Model d'UNCITRAL, per la qual cosa acullen solucions diferents de les previstes a la Llei del Principat.

5.5.1. L'ordenament francès: articles 1442-1527 del Codi de Procediment Civil

França no té una llei d'arbitratge autònoma, sinó que la regulació de l'arbitratge està inserida en el Codi de Procediment Civil francès (CPC francès).

El sistema és dualista: regula, d'una banda, l'arbitratge estrictament intern (arts. 1442-1503 CPC francès) i, de l'altra, l'arbitratge internacional (arts. 1504-1525 CPC francès).

Es poden distingir una sèrie de característiques pròpies de les normes que regulen l'arbitratge comercial internacional.

- La primera és la regulació del conveni arbitral, el qual no està supeditat a cap requisit de forma (art. 1507 CPC francès). Tot i l'aparent liberalitat

del precepte, aquesta norma s'ha de posar en relació amb l'apreciació de la voluntat inequívoca de les parts de sotmetre's a arbitratge, un requisit que és exigible per reconèixer la validesa del conveni arbitral.

- La segona característica es concreta en la regulació del mateix procediment arbitral. Així, l'ordenament francès permet expressament la seva aplicació en arbitratges que se celebrin a l'estranger i, *sensu contrario*, permet, en principi, que una altra llei que no sigui la francesa sigui aplicable a procediments arbitral que se celebrin a França (art. 1505.2 CPC francès). En l'aplicació d'aquesta possibilitat, es poden arribar a donar conflictes positius de competència judicial internacional en matèria d'anul·lació del laude arbitral (si, per exemple, la llei escollida preveïés la competència dels seus tribunals per conèixer de l'acció d'anul·lació pel sol fet d'aplicar aquesta llei al procediment arbitral, cosa que potser seria incompatible amb la competència judicial internacional dels tribunals francesos derivada del fet de ser França la seu de l'arbitratge).
- La tercera característica és que les parts poden triar, en principi, un conjunt de normes o principis jurídics per resoldre el fons de la controvèrsia (art. 1511 CPC francès). És a dir, les parts no necessàriament han d'aplicar un ordenament jurídic estatal al fons de la controvèrsia. L'únic límit a aquesta llibertat d'elecció és el respecte a les normes materials imperatives aplicables.
- La quarta característica rellevant es localitza en l'àmbit del reconeixement i l'execució dels laudes arbitral estrangers (arts. 1514 i següents CPC francès). El legislador francès estima que, si les parts poden abstenir-se de l'aplicació d'un ordenament jurídic concret tant per a la regulació del procediment com per a la regulació del fons de la controvèrsia, no seria del tot coherent denegar el reconeixement a França d'un laude anul·lat al país d'origen. En conseqüència, en vista de l'ordenament jurídic francès –i el posterior desenvolupament jurisprudencial–, un laude anul·lat al país on va ser dictat pot, en principi, ser reconegut i executat a França.
- La cinquena característica es manifesta en l'àmbit de la cooperació del jutge amb l'arbitratge (jutge de suport, en la terminologia del CPC francès). En aquest context, és destacable la competència dels tribunals francesos per nomenar àrbitres quan les parts no hagin aconseguit un acord sobre el lloc de l'arbitratge: si no hi ha acord entre les parts ni sobre la seu de l'arbitratge ni sobre la manera de designar els àrbitres, l'ordenament jurídic francès preveu un fòrum de necessitat a favor del president del *tribunal judiciaire* de París (art. 1505 CPC francès).

- Finalment, també cal destacar el fet que les parts poden renunciar en tot moment a l'acció d'anul·lació i al recurs de revisió contra el laude, amb independència que l'arbitratge en qüestió tingui algun tipus de vinculació amb França (arts. 1506 i 1522 CPC francès). Des de la perspectiva del dret comunitari, aquesta disposició és molt controvertida, ja que si a l'arbitratge en qüestió li són aplicables normes de dret europeu, el control del laude per la jurisdicció és obligatori i, en conseqüència, irrenunciable.

5.5.2. L'ordenament suís: articles 176-194 de la Llei de dret internacional privat

En el cas de Suïssa, les normes sobre arbitratge internacional formen part de la Llei de dret internacional privat (LDIPr), que no és una llei de contingut processal (com la francesa).

Aquestes normes no s'inspiren directament en la Llei Model i segueixen un sistema dualista (regulen separadament l'arbitratge intern i l'arbitratge internacional). L'aplicació d'aquest capítol de la LDIPr, però, és disponible per les parts (art. 176 LDIPr), de manera que poden pactar, al seu lloc, l'aplicació de les disposicions que regulen l'arbitratge domèstic (Títol III del Codi de procediment civil — *Zivilprozessordnung* o ZPO— suís).

L'ordenament suís en matèria d'arbitratge internacional també té unes característiques pròpies que el fan particularment interessant. La regulació suïssa en aquesta matèria ofereix —fent honor a la seva fama— un fòrum comparativament més neutral que d'altres, donat que és un ordenament en què la intromissió dels tribunals es redueix al mínim imprescindible.

La internacionalitat de l'arbitratge (art. 176 LDIPr) es determina únicament a partir d'un criteri espacial que s'ha de complir en un moment determinat (per tant, no es poden donar supòsits de conflicte mòbil). Així, un arbitratge és internacional quan una de les parts no té ni domicili, ni residència habitual ni seu a Suïssa en el moment de signar-se el conveni arbitral.

El conveni arbitral ha de constar per escrit o en qualsevol forma que deixi constància del text. En clau conflictual es considera que el conveni arbitral és vàlid si ho és conforme a la llei aplicable al fons del contracte o conforme a la llei suïssa (art. 178 LDIPr). Encara en aquest àmbit cal destacar que el Capítol 12 de la LDIPr també serà aplicable als convenis arbitrals inclosos en negocis jurídics o actes unilaterals (majoritàriament, estatuts socials, però també testaments).

Respecte de la llei aplicable al fons, les parts sí que poden sotmetre les seves controvèrsies a la *lex mercatoria*. Això es dedueix del tenor del precepte que regula aquesta qüestió (art. 187 LDIPr), que parla expressament de “normes jurídiques” (*Rechtsregeln*). A falta de designació expressa per les parts, s’han d’aplicar les normes jurídiques que tinguin els vincles més estrets amb la controvèrsia.

Des de la perspectiva de l’arbitratge internacional, la característica més rellevant de la regulació suïssa és la que preveu l’article 192 LDIPr, en virtut del qual les parts poden acordar expressament i per escrit una renúncia limitada a exercir l’acció d’anul·lació (s’exclou la possibilitat de renunciar en supòsits en què el laude hagi estat influenciat per algun delictes penal). A més, aquesta renúncia limitada només està permesa en els supòsits en què cap de les parts tingui domicili, residència habitual o sucursal en aquest Estat. I és vàlida encara que el contracte en què s’insereix es declari nul. La intenció d’aquest precepte és clara: assumint que de l’arbitratge se’n deriven beneficis econòmics per al sector serveis del país on se celebra, la norma en qüestió té per objecte atraure al seu fòrum arbitratges internacionals que no tinguin vincles amb Suïssa. Això s’aconsegueix, entre d’altres, desvinculant els tribunals d’aquest país de l’arbitratge en qüestió.

Finalment, mereix una menció especial la regulació que fa aquest ordenament dels comunament coneguts com a supòsits de *litispèndencia internacional*. En un primer moment, la jurisprudència de l’Alt Tribunal va determinar que l’article 9 de la LDIPr –que regula els efectes de la litispèndencia internacional a l’ordenament judicial suís– també era aplicable als arbitratges. D’aquesta manera, el test per apreciar l’excepció de la litispèndencia internacional –(i) mateixes parts, mateix objecte; (ii) previsió d’un termini raonable per dictar sentència, i (iii) previsió de sol·licitud d’executació d’aquesta sentència a Suïssa– es va fer extensible a l’arbitratge comercial internacional. Advertit, però, dels severs inconvenients que aquesta solució podria comportar per a qualsevol arbitratge internacional amb seu a Suïssa (n’hi hauria prou amb iniciar accions legals davant els tribunals d’un altre país per entorpir l’arbitratge), el legislador va decidir enterrar aquella jurisprudència i promulgar-ne una de nova (art. 186 1bis LDIPr) en què expressament permet a l’àrbitre que continuï coneixent de l’arbitratge amb independència que una de les parts iniciï accions legals amb el mateix objecte davant dels tribunals d’un altre país. En conseqüència, l’ordenament suís afavoreix la competència de l’àrbitre enfront de la dels tribunals estatals.

5.5.3. L'ordenament britànic: l'"Arbitration Act" de 1996

L'ordenament britànic sí que té una llei especial, del 1996.

L'*Arbitration Act* (o Llei d'arbitratge) adopta un criteri territorial: és aplicable quan la seu de l'arbitratge estigui situada al Regne Unit.

De la mateixa manera que passa en el dret comparat, l'autonomia de la voluntat és a la base de la norma, en termes particularment amplis. Així, per exemple, les parts poden acordar quan donen per iniciat l'arbitratge (Section 14); quants àrbitres constitueixen el col·legi arbitral –ja sigui en nombre parell o imparell: aquesta és una important diferència amb altres lleis de l'entorn– (Section 15); la manera de designar-los (Section 17, 18); la seva competència (*power*) (Section 38); la possibilitat de dictar laudes provisionals (Section 39), o la seva forma (Section 52).

La característica més rellevant de l'*Arbitration Act* del 1996 en comparació amb la Llei d'arbitratge del Principat és l'ampli marge d'actuació judicial que preveu. Si bé és cert que la competència dels tribunals ordinaris de justícia es pot limitar per voluntat de les parts en alguns supòsits, la seva competència en suport a l'arbitratge és particularment àmplia. S'hi pot acudir, per exemple, perquè es pronunciï sobre la competència de l'àrbitre (Section 32) o per garantir l'eficàcia del procediment arbitral (citant testimonis, preservant proves). És especialment interessant la possibilitat de plantejar qüestions relatives al dret aplicable al fons (Section 45; *Determination of Preliminary Point of Law*).

L'*Arbitration Act* també preveu solucions originals respecte del laude arbitral. La més rellevant, sens dubte, és la que permet fondre el laude en una sentència judicial, cosa que necessàriament comporta diferents implicacions tant per al seu reconeixement a l'estranger com per impedir-lo.

D'altra banda, el paper dels jutges respecte del laude no es limita a apreciar-ne la possible anul·lació (si s'aprecia algun dels motius previstos, bàsicament, a la Section 68, titulada *Serious irregularity*), ja que la norma preveu la seva competència per "variar" (*vary*), en determinats supòsits, el contingut (Section 67) o fins i tot remetre el laude al tribunal arbitral perquè el reconsideri (Section 68.3). A més, també és possible plantejar davant del jutge una apel·lació sobre qüestions de Dret (*Appeal on point of law* – Section 69).

Nota: L'any 2025 es va aprovar una llei de modificació de l'*Arbitration Act* de 1996. Alguns dels canvis afecten a aspectes substantius, i d'altres són correccions menors.

Els canvis substantius proposats es concreten, entre d'altres, en: (i) codificació del deure de divulgació d'un àrbitre; (ii) reforç de la immunitat de l'àrbitre pel que fa a la renúncia i les sol·licituds de destitució; (iii) introducció d'una potestat de desestimació sumària de les pretensions; (iv) una nova norma sobre la llei reguladora d'un acord d'arbitratge, i (v) aclariment de poders judicials en suport dels procediments arbitrals i en suport dels àrbitres d'urgència.

També inclou aquestes propostes de correccions menors: (i) incorporar la possibilitat de recurs per a les sol·licituds de suspensió de procediments judicials; (ii) simplificar les sol·licituds preliminars als tribunals sobre competència i aspectes de dret; (iii) aclarir els límits de temps per impugnar laudes, i (iv) derogar les disposicions no utilitzades sobre els acords d'arbitratge nacionals.

Bibliografia

- ANUKARAN, S. (2018). "Security for Costs in International Commercial Arbitration: Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third Party Funding". A: STAVROS BREKOULAKIS (ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (© Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); Sweet & Maxwell 2018, Volume 84, Issue 1), p. 77-88.
- ARRANZ, I. (2022). "Andorra is different: análisis crítico de la Ley de Arbitraje del Principado de Andorra". *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 12.
- BARONA VILAR, S. (coord.) (2011). *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*. Thomson Reuters-Civitas.
- BORN, G. (2021). *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer.
- CAIVANO, R. J. (2017). "La sede del arbitraje". *El Derecho* 272, número 14.157.
- CAIVANO, R. J.; CEBALLOS RÍOS, N. M. (2020). "El principio kompetenz-kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina". *Thémis-Revista de Derecho*, 77, p 15-34. e-ISSN: 2410-9592
- CABRERA GONZÁLEZ, G. (2022). *La sede del arbitraje como vínculo jurídico entre un procedimiento arbitral y una jurisdicción*. Estudio Mario Castillo Freyre Abogados.
- CLUB ESPAÑOL E IBEROAMERICANO DEL ARBITRAJE (2019). *Código de buenas prácticas arbitrales*.
- FERNÁNDEZ, J.; ARENAS, R.; MIGUEL, P. (2007). *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Iustel, p. 649.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LOREZO, S.; STAMPA, G. (2018). *Principios generales del arbitraje*. València: Tirant lo Blanch.
- FIGUERA VARGAS, S. C.; VARGAS TORRES, S.; PUERTAS BARAHONA, J. F. (2018). "El principio kompetenz-kompetenz del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano". *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, núm. 4, p. 135-157. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- GAILLARD, E. (2005). "La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence". A: AKSEN G. et al. (ed.). *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, p. 311-326.
- GÓMEZ JENE, M. (2023). *Arbitraje comercial internacional*. Madrid: Civitas.
- GREENWOOD, L. (2011). "Does Bifurcation Really Promote Efficiency?". *Journal of International Arbitration* (© Kluwer Law International, Volume 28, Issue 2), p. 105-111.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION: *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.
- LÓPEZ BATET, J.; VÁZQUEZ MORAGA, Y. (2014). "El arbitraje en el mundo deportivo: el Tribunal Arbitral du Sport. Caracteres generales de dicha corte y sus procedimientos". *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje* (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2014, Volume 2014, Issue 20), p. 5-31.
- RACINE, J-B. (2016). *Droit de l'arbitrage*. París: Presses Universitaires de France (Thémis droit).

- RUBINS, N. (2001). "The arbitral seat is no fiction: A brief reply to Tatsuya Nakamura's commentary". *Mealey's International Arbitration Report*, núm. 1, vol. 16, p. 23 i s.
- ROSENDE, C. (2017). "Competencia de los tribunales nacionales para decidir sobre la eficacia y alcance de un convenio arbitral". *Alerta Litigación y Arbitraje*, 3. Publicacions de Garrigues.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009). "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, p. 39-71.
- SERAGLINI, C.; ORTSCHIEDT, J. (2019). *Droit de l'arbitrage interne et international*. LGDJ Éditions.
- VILLARROEL, D. (2020). "La sede del arbitraje". *Revista de Derecho de la UCB*. Vol. 4, núm. 7, p. 171-190.
- ZULETA JARAMILLO, E. (2015). "Chapter 40: Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding". A: M. KINNEAR et al. (eds). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015), p. 567-582.

MÒDUL II. LA MEDIACIÓ

Cristina Madrigal
Ramon Tena

6. Fonaments de la mediació

6.1. Inici i evolució

La humanitat sempre ha necessitat resoldre conflictes, per la qual cosa al llarg de la història i de les diferents civilitzacions s'han creat diversos sistemes de resolució de conflictes, alguns de comparables al de la mediació actual. Per exemple, en moltes cultures antigues eren els líders comunitaris els que actuaven com a mediadors en les disputes entre persones o grups; ara bé, la mediació “moderna” i d'acord amb els canons actuals va començar a evolucionar al segle XX.

Des de la perspectiva actual sorprèn que el Centre Internacional per a Aranjament de Diferències relatives a Inversions sorgís com una iniciativa del Banc Internacional de Reconstrucció i Foment, que va aglutinar, en el marc d'un conveni, diferents Estats disposats a establir un sistema per resoldre conflictes relatius a inversions entre Estats i nacionals d'altres Estats. Aquestes propostes van ser la llavor que va permetre introduir, en l'àmbit financer, els ADR, és a dir, els mètodes alternatius de resolució de conflictes, entre els quals hi ha la mediació. Posteriorment, durant la dècada dels seixanta, la mediació es va començar a utilitzar als Estats Units en l'àmbit dels drets civils, essencialment per resoldre disputes racials. A poc a poc, però, la seva utilització es va estendre a altres àmbits, com la resolució de conflictes laborals, familiars o comunitaris, alhora que es van desenvolupar noves tècniques com la comunicació no violenta o l'escolta activa.

En l'àmbit europeu, concretament als països nòrdics, la mediació es va introduir durant els anys 1970 i 1980, i es va utilitzar essencialment en contextos familiars i comunitaris, si bé la seva extensió a l'àmbit laboral o escolar ja es va iniciar a finals de la dècada dels vuitanta.

En qualsevol cas, el desenvolupament i l'impuls de la mediació com una eina per resoldre els conflictes en el marc de la Unió Europea (UE) no arriba fins que es consolida la capacitat legislativa de la UE a través de les directives.

Actualment ja són molts els països que han establert lleis i regulacions per fomentar l'ús de la mediació, ja que és un sistema de resolució de conflictes que permet tractar-los d'una manera més efectiva i menys costosa que els processos judicials tradicionals.

6.2. La mediació, el nou canvi de paradigma social i econòmic

6.2.1. El necessari canvi de paradigma social i econòmic

La referència a la mediació com a nou canvi de model social i econòmic ens obliga a reflexionar sobre la concepció de l'Estat de dret i, per tant, del paper dels tribunals de justícia.

El terme *justícia* en si mateix és un concepte obert, amable, que forma part dels nostres principis o creences i al qual també s'associa la imatge de la institució de justícia que el representa. Quan es fa referència a la “institució de la justícia” cal pensar en els tribunals, els batlles, els magistrats, els advocats, els procuradors i totes aquelles altres persones i edificis que la fan grandiosa, forta, burocratitzada i sovint allunyada de la societat. És a dir, la concepció de la justícia ens porta a una doble anàlisi, la que fa referència al que “creiem” que és la justícia, i una altra de més orgànica que ens evoca els elements que la representen o que pretenen fer-la efectiva però que, amb la seva complexitat, han originat un sentiment que la fa impossible de complir i allunyada del ciutadà.

Els Estats destinen múltiples recursos al sistema, tant econòmics com personals, per tal d'intentar millorar la seva eficiència i restablir la creença en la justícia per part de la ciutadania, però, malauradament, el resultat acaba sent una “institució de justícia” més gran, més complexa i insuficient per atendre les necessitat de la població, cosa que perpetua la insatisfacció de l'administrat.

Aquesta situació ens obliga a reflexionar, d'una banda, sobre l'abús sistemàtic del recurs als Tribunals per part de la població i, de l'altra, sobre el cost que la judicialització de les controvèrsies té per a la societat.

Tot i que històricament, com a ciutadans, hem responsabilitzat els Estats de la situació i el col·lapse de les institucions judicials, perquè culturalment s'havia interioritzat que els Tribunals són els òrgans on s'han de resoldre els conflictes, l'assentament dels mètodes alternatius de resolució de conflictes a les diferents legislacions ens permet afirmar que ha arribat el moment que, a títol individual, les persones esdevinguin motor del canvi de paradigma.

Fa anys que els Tribunals de justícia del nostre entorn estan saturats i són incapaços de donar una resposta eficient als conflictes que se sotmeten a

la seva tutela. És en aquest entorn que sorgeix l'interès i l'incentiu en la recerca de mitjans alternatius de resolució de conflictes.

Un cop la societat ha copsat els desavantatges o les ineficiències del sistema tradicional (la judicialització del conflicte) ha començat a valorar altres sistemes de resolució de conflictes capaços de satisfer les necessitats de les parts. Afortunadament, tant els Estats com els mateixos organismes judicials han detectat la vulnerabilitat del sistema judicial, provocada essencialment per la saturació, i la necessitat d'un canvi de paradigma que els ha abocat a intentar promoure i estimular un canvi de conducta en les persones. Aquest impuls del canvi s'ha posat de manifest en l'estudi i la promulgació de lleis que pretenen fer visibles procediments alternatius de resolució de conflictes de manera prèvia a la seva judicialització.

Tot i que, partint del que s'ha exposat, sembla que el canvi de paradigma hagi de ser ja una realitat, atès que la ciutadania, l'Estat i les institucions semblen interessades a afegir-s'hi, no es pot oblidar la importància i el pes d'altres operadors jurídics com són advocats, procuradors i altres professionals que poden intervenir en un procediment judicial, o l'essència mateixa de l'ésser humà. Per tal que el canvi de paradigma sigui una realitat, totes les parts han de copsar la importància i els beneficis del canvi. En aquest sentit, és essencial que operadors com els advocats abracin els sistemes alternatius de resolució de conflictes com una nova oportunitat de negoci i no com una amenaça a la seva supervivència.

L'aproximació als sistemes alternatius de resolució de conflictes no s'ha de fer des d'una concepció d'oposició als Tribunals o als professionals del dret, sinó com una oportunitat d'oferir al client diferents opcions de gestió del conflicte a les quals sempre haurà d'assistir degudament assessorat.

En qualsevol cas, la possibilitat d'optar per nous sistemes de resolució de conflictes no significa abandonar la tutela dels Tribunals de justícia, però sí que permet deixar-la com una segona opció, fomentant que les parts busquin, en primer terme, l'assoliment d'una resolució del conflicte satisfactòria per a totes elles. És oportú assenyalar que el triomf de la mediació dependrà en gran mesura de la maduresa de la població per afrontar, per si mateixa, la resolució dels seus conflictes.

Si s'aconsegueix que la societat evolucioni i sigui prou madura per afrontar la resolució dels seus conflictes, la concepció de la justícia també millorarà. La modificació de l'aproximació al conflicte ha de permetre la descongestió dels Tribunals i, per tant, l'obtenció d'una justícia àgil i eficaç.

La nova concepció de la justícia ha de ser més participativa i responsable. Una justícia allunyada de la ciutadania i incapaç de donar resposta, en temps i forma, als conflictes que se li sotmeten, és insostenible. La introducció en la societat de sistemes alternatius de resolució de conflictes que convisquin amb la institució de la justícia tradicional ha de permetre que el ciutadà trobi en el “mercat jurídic” l’opció que millor s’escaigui a les seves necessitats, cosa que, sens dubte, permetrà recuperar a la societat la sensació de comptar amb una tutela efectiva dels seus drets. Aquesta recuperació de la confiança en la justícia repercutirà directament i positivament en la concepció de l’Estat de dret, essencial per a l’estructura social en què vivim.

6.2.2. La mediació com a nou canvi de paradigma

Endinsar-nos en per què la mediació pot ser el nou canvi de paradigma és endinsar-nos en la concepció del conflicte i en el grau de participació de les parts en la seva resolució.

Abans, però, és necessari fer una brevíssima referència a les diferències entre el procediment judicial i el procés de mediació:

- El procés judicial és un procés reglat, rígid, en què les parts compareixen assistides per un advocat i de vegades representades per un procurador, i el batlle és qui aplica les normes, dirigeix el procés i adopta una resolució. Contràriament, el procés de mediació és flexible, ja que és un procés voluntari en què les parts, mitjançant la seva intervenció directa i guiades per la persona mediadora, en van definint l’evolució. És important destacar que la persona mediadora, en la intervenció, sempre manté una posició neutral i imparcial, perquè no és ella qui adopta o suggereix acords, sinó que són les parts les que mantenen el control del resultat del conflicte.
- El procés de mediació, tant pel que fa al mode de conduir-lo com a la seva finalització, es regeix per la voluntat de les parts de resoldre el conflicte. Contràriament, el procés judicial es caracteritza per la rigidesa de les seves regles i perquè és un tercer qui dictamina sobre la controvèrsia. Les característiques descrites permeten copsar el nou canvi de paradigma que suposa la mediació, ja que són les parts, personalment, les que intenten assolir un acord “just”, tot i que el procés pugui cloure sense acord.

Així doncs, el procés de mediació fa que siguin les parts les que passin a tutelar el concepte de *justícia*, i això els permet emancipar-se d’una estructura judicial que sovint esdevé massa paternalista.

Seguint amb l'anàlisi de les diferències entre ambdues tipologies de processos (mediació i judicial), és necessari fer referència a la concepció del conflicte.

- En l'àmbit judicial, el conflicte es tracta com un element estàtic i hermètic; en l'àmbit de la mediació, en canvi, es tractarà com un element mutable i subjectiu, ja que en el decurs del procés les parts poden modificar els seus posicionaments, canviar les seves percepcions i fins i tot les seves expectatives, una possibilitat que només troba cabuda en un procés flexible, allunyat de la regulació del procés judicial.
- Com a darrera diferència s'ha deixat la més visible: l'espai físic. En un procés de mediació, l'entorn és amable, s'eviten disposicions de confrontació, perquè se cerca la col·laboració entre les parts per tal de facilitar el diàleg. Contràriament, l'espai físic judicial escenifica clarament la confrontació de les parts, que s'asseuen una davant de l'altra, escenificant l'oposició i, normalment, una de les parts està representada per procuradors, la qual cosa és indicativa de la manca de voluntat de fomentar el diàleg, perquè el que es persegueix és una resolució jurídica.

Les característiques descrites permeten definir que la força de la mediació rau en l'oportunitat que atorga a les parts d'assolir acords voluntaris, eficients, ràpids i executius, unes característiques que la societat actual demana i que no pot oferir el sistema judicial tradicional en la seva gestió del conflicte.

En el procés de mediació es busca superar la concepció clàssica del conflicte com una qüestió negativa, no desitjable i que suposa disfuncions, per transformar-la en una concepció natural, consubstancial a l'ésser humà i que permet evolucionar i créixer. El conflicte ha de deixar de ser un problema per convertir-se en un repte i una oportunitat.

6.3. Els valors de la mediació

Com poden encabir tanta informació dues paraules? Abans d'endinsar-nos en l'anàlisi dels valors de la mediació, és oportú fer referència a alguna de les definicions dels mots *valor* i *mediació*.

- Valor: Grau d'utilitat o aptitud de les coses per satisfer les necessitats o proporcionar benestar o delit. (RAE)

- **Mediació:** La mediació és un procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que s'adreça a facilitar la comunicació entre les persones perquè gestionin per elles mateixes una solució dels conflictes que els afecten, amb l'assistència d'una persona mediadora que actua d'una manera imparcial i neutral. La mediació, com a mètode de gestió de conflictes, pretén evitar l'obertura de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als ja iniciats o reduir-ne l'abast. (Viquipèdia).

La definició de la mediació és prou àmplia i clara, però la paraula *valor* té diferents accepcions. Tot i que només s'ha transcrit una definició del concepte valor, no és difícil pensar en la referència al valor econòmic, als valors que es promouen en el procés, als valors propis del procés o als valors als quals les parts poden fer referència en el decurs de la mediació. És a dir, podrien ser moltes les aproximacions al concepte *valors de la mediació*.

En aquest estadi ens limitarem a analitzar els valors de les parts i els valors que promou el procés, i deixarem per a més endavant la seva valoració des de l'àmbit econòmic.

6.3.1. Els valors de les parts

És important identificar els valors de les parts durant el procés de mediació, ja que poden ser el motor del canvi per a la resolució del conflicte.

Rokeach¹ va classificar els valors en dos grans grups. D'una banda, els valors instrumentals, que inclouen les creences que prioritzen modes de conducta desitjables per la persona; són valors que empenyen a actuar d'una manera concreta i que condueixen a un fi. I, d'altra banda, els valors finals o terminals, que recullen les creences que fan referència a l'estat final de l'existència. Aquests valors tenen una funció de reforç, ja que la consecució de la fita proposada ho és pel compliment dels valors instrumentals, i es veu recompensada per l'assoliment del valor final.

¹ Milton Rokeach (1918-1988) va ser un psicòleg nord-americà d'origen polonès. Es va graduar a la Universitat de Berkeley. Entre d'altres, va escriure el llibre *The nature of Human Values* (1973). En aquest llibre deia que uns quants Valors Finals Humans són els punts de referència interna que tota la gent utilitza per formar les seves actituds i opinions, i mitjançant la seva mesura, podem predir una àmplia varietat de comportaments. (Viquipèdia)

Valors instrumentals	Valors finals
Felicitat	Valentia
Autorespecte	Educació
Temps lliure	Intel·lectualitat
Seguretat familiar	Honradesa
Satisfacció amb la feina feta	Obediència
Vida confortable	Lògica
Amistat vertadera	Capacitat
Harmonia interna	Responsabilitat
Igualtat	Lliberal
Reconeixement social	Ambició
Llibertat	Servicial

Javier Páez Gallego, "Teorías de valor: modelos e implicacions educativas",
Revista de Psicología y Educación.

L'apreciació dels valors de les parts ens permetrà conèixer millor el perquè del conflicte, alhora que permetrà conduir el procés amb respecte a aquests valors, cosa que facilita la comunicació i la creació d'un entorn més propici al diàleg. La comprensió de les parts permetrà facilitar l'empatia entre elles.

6.3.2. Els valors que promou la mediació

L'essència del procés de mediació promou diversos valors, entre els quals cal destacar la cooperació i col·laboració de les parts en la recerca d'una solució al conflicte. Aquesta dinàmica permet, en si mateixa, englobar els valors de la mediació. Vegem-ho:

- El procés de mediació cerca el treball de les dues parts per donar solució a un conflicte, és a dir, es treballa "contra" el conflicte, no una part contra l'altra. La mediació ha de ser entesa com una cooperació entre les parts per resoldre el seu conflicte.
- L'eventual acord ha de ser positiu per a les parts; totes dues guanyen, desapareix el sentiment que una part ha guanyat i l'altra s'ha vist derrotada.
- En essència, el procés de mediació és un procés de diàleg obert que ha de permetre una solució pacífica i equitativa al conflicte.

És a dir, les parts intervenen en el procés de mediació amb la voluntat de trobar una solució consensuada al conflicte, i això suposa una col·laboració constant per assolir el fi que desitgen.

Si la mediació ha tingut un gran acolliment i ha aconseguit que les institucions europees apel·lin a la seva utilització és perquè esdevé de gran utilitat en l'àmbit familiar, laboral, societari, comunitari, escolar, esportiu, i tants d'altres, perquè l'apropament al conflicte no només ho és des de la vessant jurídica, sinó també de les relacions personals i els valors. El procés de mediació permet, a més, mantenir les relacions un cop conclou el procediment.

Val a dir que qui recorre al procés de mediació és perquè té la voluntat d'evitar la judicialització del conflicte, ja que persegueix una solució autogestionada que satisfaci les seves expectatives i esdevingui efectiva per als seus interessos. Les persones, davant qualsevol conflicte i davant qualsevol procediment, el que cerquen és una solució que els complagui. En aquest sentit, essent la mediació un procediment voluntari, la seva elecció no suposa una renúncia a qualsevol altre mitjà de resolució de conflictes, sinó una oportunitat d'una resolució "lliure", que s'adapti als seus interessos i els permeti mantenir les relacions entre les parts.

Així doncs, l'acceptació voluntària a participar en el procés de mediació, sumada a la resta de principis inspiradors, entre els quals hi ha la confidencialitat, fa que les parts hi compareguin amb una voluntat real d'arranjar el conflicte que les enfronta, i per tant la seva participació serà activa.

Com ja s'ha avançat, en el decurs del procés de mediació s'evidencia l'existència i la importància dels diferents valors que hi intervenen, concretament els que mantenen les parts, els que inspiren el mateix procés, o la necessària bona fe que n'ha de guiar el desenvolupament.

El procés de mediació promou la resolució pacífica dels conflictes i fomenta la comunicació i l'entesa entre les parts. Per això són fonamentals els valors i/o principis següents:

- **Neutralitat i imparcialitat:** La persona mediatra ha de ser una persona neutral i imparcial, que no tingui cap interès en el resultat final del procés de mediació. Així mateix, ha de mantenir una posició equidistant amb les parts i no s'ha de posicionar en favor de cap d'elles. De fet, la persona mediatra no pot inclinar-se per cap proposta, ni fer-ne cap tipus de valoració que pugui ser entesa com una imposició del seu criteri.

- **Confidencialitat:** Tant les parts com les altres persones que puguin intervenir en el procés de mediació es comprometen a no divulgar informació a la qual hagin tingut accés en el marc de la mediació, i això inclou documents, acords, posicionaments, etc. Això permet que les parts se sentin més còmodes i segures per expressar els seus punts de vista, posicions o interessos, ja que allò que es digui en el procés de mediació no pot ser divulgat i menys utilitzat en un context judicial posterior. Tant és així que les persones que intervenen en el procés de mediació no poden comparèixer com a testimonis en un eventual procediment judicial posterior. Únicament no serà oposable la confidencialitat quan sigui necessari revelar una informació per qüestions d'ordre públic o quan ho requereixi la protecció d'un interès superior, com el d'un menor, la integritat física d'una persona, etc.
- **Empatia:** La persona mediadora ha d'escoltar activament les parts, tractar-les amb respecte i ajudar-les a comprendre les necessitats i perspectives de manera recíproca.
- **Autodeterminació:** Les parts són les que coneixen millor el conflicte i les primeres interessades a resoldre'l, per la qual cosa seran les més adequades per trobar una solució que s'adapti a les seves necessitats. És per això que la persona mediadora no imposa solucions, sinó que facilita la comunicació i el diàleg entre les parts perquè siguin elles, per si mateixes, les que assoleixin els acords.
- **Voluntarietat:** La mediació és un procés voluntari, és a dir, les parts involucrades han d'estar d'acord a participar-hi. La persona mediadora no pot obligar les parts a romandre en el procés de mediació ni els pot imposar l'acceptació de determinats acords.
- **Equitat:** Mitjançant el procés de mediació es busquen solucions justes i equitatives per a totes les parts, solucions que s'ajustin a interessos i necessitats legítimes. Les parts del procés han de tenir les mateixes oportunitats, és a dir, s'ha de respectar una situació d'igualtat, tant a l'hora d'expressar-se com, per exemple, a l'hora de rebre assessorament, tot amb la voluntat d'evitar diferències estructurals. Cal pensar que sovint una i altra part mantindran diferències econòmiques o culturals que requeriran atenció per evitar desigualtats. Una de les característiques del procés de mediació que evidencia la igualtat d'armes entre les parts és la voluntarietat, ja que les parts són lliures d'abandonar el procés en qualsevol moment, és a dir, una part no té més poder que l'altra.

La mediació promou la resolució pacífica dels conflictes mitjançant la comunicació entre les parts i el respecte als valors descrits.

De fet, si anem un pas més enllà, considerant l'aplicació dels valors descrits, ens hauríem de preguntar: quan és efectiva la mediació?

L'efectivitat de la mediació no depèn únicament dels interessos i les necessitats de les parts o de la perícia de la persona mediadora, sinó també de la bona gestió d'un seguit de factors i principis que incideixen directament en el desenvolupament del procés, concretament:

- Voluntat real de les parts de participar i treballar per construir solucions al conflicte.
- Comunicació: les parts han d'estar disposades a escoltar i expressar-se de manera clara i respectuosa, perquè és essencial comprendre els punts de vista de l'altra part.
- Neutralitat: el mediador ha de ser imparcial i no ha de prendre partit en el conflicte. La neutralitat atorga confiança en el procés i permet que les parts se sentin escoltades en el marc d'un procés just i equitatiu per a tothom.
- Confidencialitat: atorga a les parts la possibilitat d'expressar-se lliurement, sense haver d'atendre a la possibilitat que la informació que expressin sigui divulgada a tercers o utilitzada en contra seva fora de l'àmbit de la mediació.
- Flexibilitat: tant pel que fa al desenvolupament del procés com en relació amb les propostes que facin cadascuna de les parts.

Els principis indicats aplicats en el marc d'un procés de mediació reglat i conduït per un tercer imparcial, la persona mediadora, són una eina molt efectiva per a la gestió del conflicte i, si escau, per a l'assoliment d'un acord consensuat.

6.4. Llei de mediació a Andorra

L'impuls legislatiu sovint neix fruit d'una demanda social. De fet, en aquest cas i tal com s'ha avançat, el canvi de paradigma social i econòmic dels països dels nostre entorn ja feia anys que havia motivat la regulació de sistemes alternatius de resolució de conflictes com ara la mediació o l'arbitratge. Tot i que a Andorra no hi havia una demanda social clara, seguint

el desenvolupament legislatiu del nostre entorn es va decidir impulsar la implementació del procés de mediació mitjançant la Llei 3/2018, del 22 de març.

Tant és així que la Llei de mediació va sorgir com un projecte d'alumnes del postgrau en mediació (edició 2014-2015), i posteriorment es va treballar amb professionals de l'advocacia, amb membres de la Batllia, mediadors i la Cambra de Comerç, per tal d'involucrar-hi diferents agents i començar a fer-ne difusió.

Centrant-nos en el text normatiu aprovat, veiem que la regulació de la mediació té dues finalitats clares: la primera, fomentar un procés basat en el diàleg que permet la construcció de solucions beneficioses per a les parts, alhora que pot millorar les relacions futures entre elles, i la segona, descongestionar els tribunals de justícia. De fet, la Llei defineix la mediació com un sistema alternatiu i alhora complementari del sistema judicial.

L'anàlisi de la Llei ens permet valorar l'ambició impuls que es perseguia amb la seva promulgació, si bé la realitat ha posat de manifest que l'èxit de la mediació no depèn només de la força jurídica que li atorga la llei, sinó que necessita el coneixement i l'acceptació social i professional dels seus avantatges.

La Llei s'estructura en nou capítols, que recullen tant la regulació dels principis de la mediació com el seu concepte i finalitat, els requisits per esdevenir mediador, o la regulació del procés tant en el marc de la mediació convencional com de la judicial i, finalment, la formació del títol executiu un cop assolit un acord.

Tot i que la millor manera de conèixer una llei és llegir-la, a continuació intentarem destacar-ne les qüestions més rellevants.

- Del concepte de la mediació

El primer que cal destacar és el concepte de mediació que recull el text legal en el seu article 1:

“1. La mediació es defineix com qualsevol procés estructurat, sigui quin sigui el nom o la denominació d'aquest procés, en què dos o més parts en un conflicte intenten voluntàriament assolir per si mateixes un acord sobre la resolució d'aquest conflicte, amb l'ajuda d'un o de diversos mediadors. [...].

2. La mediació, com a mètode de gestió de conflictes, pretén evitar l'inici de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als processos que ja s'hagin iniciat, o reduir l'abast d'aquest processos.”

L'esmentada disposició recull un concepte molt ampli, on a priori semblaria que qualsevol procés estructurat en què dues parts intervenen voluntàriament amb l'ajut d'un mediador per resoldre un conflicte és una mediació. És a dir, es podria entendre que el tret diferencial és la intervenció del mediador.

Com a conseqüència de l'anterior, el text normatiu atorga una àmplia regulació a la figura de la persona mediadora, tant pel que fa a la seva formació com a les obligacions derivades de la seva intervenció.

En qualsevol cas, la definició mateixa ja ens avança característiques essencials del procés, com són la voluntarietat, la intervenció d'un tercer anomenat mediador i el seu desenvolupament en el marc d'un procés estructurat que pretén defugir, posar fi o reduir la confrontació.

- Del concepte del mediador

“Es considera una persona mediadora qualsevol persona a la qual se sol·licita de portar a terme una mediació de forma eficaç, imparcial i competent, independentment de la seva denominació o professió, o del fet que hagi estat designada o se li hagi sol·licitat de fer-ho, amb la finalitat de facilitar el diàleg entre les parts i de promoure l'entesa, i que compleixi els requisits que estableix aquesta llei”

Tal com passa amb la definició del concepte *mediació*, el de persona mediadora també és molt ampli, i troba el seu límit en la regulació dels requisits exigits: estar en possessió dels drets civils i polítics, ser andorrà o tenir el degut permís de residència i treball, estar en possessió d'un títol d'ensenyament superior o haver superat una formació d'extensió universitària específica en l'àmbit de la mediació.

La Llei ha volgut definir de manera exhaustiva els requisits que han de complir les persones mediadores; així se'n garanteix la formació i la professionalitat, cosa que sens dubte confereix a la mediació un aval de qualitat que la fa més atractiva i competitiva en relació amb altres mitjans de resolució alternativa de conflictes.

- De les parts en la mediació

La regulació normativa disposa que les parts en la mediació han de tenir capacitat per disposar de l'objecte de la mediació i tenir-hi un interès legítim. És a dir, poden ser part de la mediació tant persones físiques com jurídiques, i hi poden intervenir fins i tot menors si tenen prou coneixement i hi resulten concernits.

- Dels principis de la mediació

a) Voluntarietat i bona fe. El principi de voluntarietat és essencial, atès que permet a les parts i al mediador decidir en qualsevol moment sobre la continuïtat o la finalització del procés.

Les parts poden decidir si, un cop iniciat el procés, volen desistir-ne, si assoleixen un acord o no, i si aquest abasta la totalitat de l'objecte del conflicte o només una part, si volen canviar el mediador, etc.

Per la seva part, el mediador també pot decidir apartar-se de la mediació en qualsevol moment, si bé haurà de lliurar una acta a les parts en què consti la renúncia.

La participació voluntària en el procés fa que el principi de bona fe es presumeixi, ja que no hi ha cap obligació de romandre en un procediment que requereix l'esforç actiu de les parts per acostar posicions o cercar solucions consensuades.

b) Independència, imparcialitat i neutralitat. Mitjançant el compliment d'aquests tres principis es busca garantir la igualtat entre les parts en el marc del procés de mediació.

L'actuació del mediador ha de defugir de perjudicis o influències, és a dir, la seva tasca s'ha de desenvolupar objectivament.

Pel que fa al principi d'independència, es refereix a l'evitació de conflictes d'interessos i a la no acceptació d'influències externes orientades la resolució del conflicte.

Quant a la neutralitat, no només busca que el mediador no mostri preferències per cap de les parts, sinó també que la persona medidora no pot imposar cap solució o mesura concreta, essent les parts les que han d'assolir l'eventual acord. El mediador no ha de valorar ni influir en l'adopció dels acords, és a dir, el mediador no pot imposar mai el seu criteri.

c) Confidencialitat i secret professional. El principi de confidencialitat afecta totes les persones que intervinguin en el procés, mentre que el secret professional afecta el mediador.

Cap de les parts podrà revelar el contingut dels documents o les situacions coneguts com a conseqüència del procés de mediació, i tampoc podran revelar les ofertes, negociacions o acords que hagin estat revocats.

El principi de confidencialitat cerca garantir la comunicació i la lliure expressió de les parts, ja que l'obligat compliment d'aquest principi garanteix que les opinions, manifestacions o documents utilitzats en el marc del procés de mediació no puguin ser utilitzats en procediments posteriors.

La confidencialitat o secret professional, segons el cas, implica:

- que la persona mediadora o els experts que han intervingut en el procés de mediació no puguin ser citats com a testimonis en un procediment judicial, llevat que les parts els alliberin del deure de confidencialitat i el mediador o els experts ho acceptin.
- Que cap informació revelada com a confidencial pugui ser traslladada a l'altra part.
- Que els documents creats en el procés de mediació o les eventuais propostes d'acord no es podran fer valdre en un procés judicial posterior llevat d'acord en contrari de les parts. El que sí que pot ser aportat a judici és l'acord final si és necessari per fer-lo executiu.

Són excepcions al principi de confidencialitat

- La documentació o informació obtinguda durant el procés que no estigui personalitzada i s'utilitzi amb finalitats de formació o recerca.
- Quan es pugui produir o s'hagi produït un il·lícit penal. O que els tribunals penals ho decideixin mitjançant resolució motivada.
- Quan una norma obligui a divulgar aquella informació.
- Per raons d'ordre públic o per tal de protegir un interès superior dels infants o joves menors d'edat.

d) Igualtat de les parts. En el marc del procés de mediació s'ha de garantir que les parts tinguin les mateixes oportunitats de fer valdre els seus drets. El mediador ha d'intentar mantenir l'equilibri entre les seves posicions, i per això ha de garantir que el torn de paraula sigui equitatiu i permeti la lliure expressió de totes les parts.

La igualtat de les parts afecta també la igualtat d'oportunitats i, en aquest sentit, és important que el mediador informi les parts de la conveniència que cadascuna d'elles compti amb el degut assessorament.

En qualsevol cas, i per tal que les parts siguin conscients de la seva llibertat de decisió, se'ls haurà de recordar la voluntarietat del procés i la possibilitat d'abandonar-lo quan considerin sense necessitat d'assolir un acord o amb la possibilitat d'assolir acords parcials o totals.

e) Caràcter personalíssim. Les parts han de comparèixer al procés de mediació personalment, llevat que alguna de les parts sigui una persona jurídica o entitat pública; en aquest cas hi podrà assistir mitjançant un representant acreditat degudament.

Cal tenir en compte que les parts que compareixen a una mediació han de comptar amb la deguda legitimació i ser coneixedores de l'objecte del conflicte; altrament, la falta de capacitat impossibilitaria l'adopció d'acords. El cos normatiu no fa referència explícita al principi d'economia processal, però sí que s'ha pres en consideració, ja que és un procés senzill en què els acords tenen efectes jurídics i s'estimula una solució ràpida al conflicte.

Així mateix, també caldrà considerar el principi de transparència o el de legalitat.

• Deures del mediador

La persona mediadora, en el decurs del procés de mediació, ha de complir les seves funcions d'acord amb els principis que han estat exposats, concretament actuant amb independència, imparcialitat, neutralitat, professionalitat, bona fe, lleialtat i respecte a les parts.

L'aplicació pràctica dels principis suposarà que el mediador hagi d'informar les parts de qualsevol circumstància que pugui afectar el seu compliment.

Així mateix, la persona mediadora ha de donar per conclòs el procés si concorre alguna causa que en faci inviable la continuació o resolució o també si detecta la manca de col·laboració d'una o de les dues parts.

La persona mediadora ha de complir l'encàrrec que se li ha encomanat i fer-ho d'acord amb els principis ressenyats; en cas contrari, incorre en responsabilitat pels danys i perjudicis que pugui ocasionar. L'eventual responsabilitat en què pugui incórrer el mediador com a conseqüència de l'incompliment dels seus deures ha fet que la Llei l'obligui a subscriure una assegurança de responsabilitat civil.

• Cost de la mediació

El cost de la mediació serà assumit per les parts que intervenen en el procés en la mateixa proporció, llevat que hi hagi pacte en contra.

La persona mediadora pot demanar que les parts abonin una quantitat abans de l'inici del procés en concepte de provisió de fons. Si alguna de les parts no satisfà el pagament requerit en el termini indicat, s'entendrà que renuncia al procés, llevat que una part satisfaci l'import corresponent de l'altra i ho faci amb el seu consentiment.

Pel que fa a la determinació dels honoraris generats en el marc del procés de mediació, els fixarà lliurement la persona mediadora, llevat que la seva designació s'hagi fet en el marc d'una mediació judicial i per nomenament directe del batlle, cas en què s'haurà de subjectar als barems fixats per reglament.

En qualsevol cas, la persona mediadora ha d'informar les parts, a l'inici de la mediació, dels honoraris previsibles que es meritaren durant el procés.

• Mediació convencional

La mediació convencional és la que es desenvolupa al marge d'un procediment judicial, bé sigui perquè davant d'una situació de desacord o conflicte les parts decideixen sotmetre's al procés de forma prèvia a la via judicial, o bé perquè, tot i haver-se iniciat un procediment judicial, paral·lelament intenten assolir acords per aquest mitjà.

El procés de mediació convencional es pot iniciar a instància d'una de les parts o de totes dues. En qualsevol cas, la persona mediadora convocarà les parts perquè assisteixin a una sessió informativa en què els explicarà la dinàmica del procés i el seu cost. Un cop conclosa la sessió informativa, les parts decideixen si volen prosseguir o no amb el procés de mediació.

En cas que les parts decideixin prosseguir, se celebrarà la sessió constitutiva, de la qual s'aixecarà una acta que hauran de signar tant les parts com la persona mediadora. En aquesta acta s'ha de fer constar la identitat de les parts, la designació del mediador, l'objecte de la controvèrsia, la previsió de costos, la declaració que les parts hi concorren voluntàriament, l'acceptació de la confidencialitat, el lloc, i la llengua que s'emprarà durant el procediment.

La llei no requereix que les parts comptin amb un assessorament legal o d'altres característiques, però el mediador els ha d'informar de la conveniència de rebre'l en funció de l'objecte de la controvèrsia.

La mediació convencional es du a terme en diferents sessions/reunions on podran comparèixer les parts conjuntament o individualment. En totes

elles s'han de respectar els principis inspiradors del procés, sobretot pel que fa a la comunicació igualitària i equilibrada. En qualsevol cas, s'ha de mantenir la transparència pel que fa al nombre de sessions realitzades i la confidencialitat en relació amb els assumptes tractats.

La llei regula expressament la finalització de la mediació convencional, que pot concloure:

- Mitjançant un acord que pot ser total o parcial.
- Sense acord, en els casos següents:
 - Si totes o alguna de les parts exerceixen el seu dret d'apartar-se del procés de mediació.
 - Si ha transcorregut el termini màxim acordat per a la durada del procés.
 - Si la persona mediadora aprecia que les posicions de les parts són irreconciliables.
 - Si s'esdevé una altra causa que determini la conclusió del procés.

Sigui com sigui, la finalització del procés es documenta en l'acta final, signada per les parts, on es determinarà el motiu de la conclusió, i se'n lliurarà un exemplar original a cada part.

Si s'ha assolit un acord, total o parcial, es farà constar en l'acta final, on també hi ha de constar la identitat i el domicili de les parts, el lloc i data de l'acord, les obligacions que ha assumit cada part i el mediador que hi ha intervingut. També s'hi fa constar el caràcter vinculant de l'acord i la possibilitat d'eleva-lo a públic. Aquesta acta la signen les parts i el mediador.

- Mediació judicial i efectes de la mediació sobre el termini de prescripció (art. 9)

El Tribunal pot instar les parts a trobar-se amb la persona mediadora amb la finalitat de cercar una solució amigable al litigi. Si les parts accepten la derivació proposada, es designa una persona mediadora.

Llevat que les parts manifestin quina persona mediadora volen designar, el Tribunal designa aquesta persona mediadora seguint un torn rotatori i equitatiu.

La durada del procés de mediació judicial la determina el Tribunal de forma motivada. El Tribunal segueix sent coneixedor del procés judicial.

La decisió d'inici de la mediació judicial es fa mitjançant un aute, que ha de fer referència a l'acord de les parts d'iniciar la mediació judicial, i on constarà la persona mediadora designada, la durada del procés i l'import de la provisió de fons.

La persona mediadora haurà de ratificar la seva designació davant del Tribunal i posteriorment convocar les parts a la sessió informativa.

En el marc de la sessió informativa, la persona mediadora informará les parts de l'objecte, el desenvolupament del procés i els principis que l'inspiren. Si una de les parts no compareix a la sessió informativa tot i haver estat degudament emplaçada, per excepció al principi de confidencialitat es comunicarà al Tribunal.

La celebració de les sessions de mediació judicial es regeix pels mateixos principis que la mediació convencional.

Finalització de la mediació judicial. Dins els cinc dies hàbils següents al dia en què finalitza el procés, la persona mediadora ha d'informar el Tribunal si s'ha assolit un acord o no i, en cas afirmatiu, si ha estat total o parcial.

Un cop comunicada la finalització de la mediació judicial, el Tribunal decideix la continuació de la tramitació del procés si les parts no han assolit un acord o si l'acord ha estat parcial. Si les parts han assolit un acord total, poden renunciar-hi, desistir-hi, aplanar-se o atorgar una transacció en el marc del procés judicial.

En qualsevol cas, no es pot oblidar que tant el Tribunal com la persona mediadora o qualsevol de les parts poden decidir posar fi al procés de mediació. Si aquest fos el cas, el Tribunal dicta un aute i es reprèn la tramitació del procediment judicial.

Un cop acabat el procés de mediació, el Tribunal quantifica els honoraris de la persona mediadora i requereix a les parts que els satisfacin.

• Formació del títol executiu

La formació del títol executiu es preveu per dos mitjans. Un és l'homologació judicial i l'altre, l'elevació a escriptura pública.

Pel que fa l'homologació judicial, la Llei preveu que, tant si l'acord s'ha assolit en virtut d'una mediació convencional com d'una mediació judicial, es faci mitjançant una sol·licitud en què s'ha d'adjuntar l'acta en què es documenta l'acord i els altres documents que siguin necessaris a l'efecte d'obtenir l'homologació.

Malgrat això, el cert és que processalment no existeix la figura de la “sol·licitud” i el procediment de jurisdicció voluntària no preveu específicament l’assumpció d’aquesta funció. Per aquest motiu, actualment o bé s’intenta la via del procediment de jurisdicció voluntària en tant que calaix de sastre (art. 431.2 del CPC) o bé es formula una demanda de mutu acord.

Si la mediació hagués estat judicial, la sol·licitud es presenta, per a la seva homologació, al mateix Tribunal que ha conegut el procés judicial.

Pel que fa a la formació del títol executiu mitjançant elevació a escriptura pública, el notari haurà de validar el compliment dels requisits establerts per la Llei de mediació i verificar que el contingut de l’acord no sigui contrari a dret.

• Registre de Mediadors

El registre té com a finalitat controlar, ordenar i organitzar les persones que exerceixen la mediació i que hi són inscrites.

El Registre de Mediadors consta d’un llibre i d’un arxiu amb la relació de persones mediadores, la data d’incorporació de cadascuna d’elles i altres vicissituds que tinguin lloc en relació amb aquestes persones, els documents presentats per sol·licitar la inscripció, les resolucions judicials i administratives que corresponguin, i altres dades que estableixi la normativa, com ara l’acreditació de la formació continuada.

El registre ha d’inscriure les persones mediadores que compleixin els requisits exigits per la Llei. Únicament les persones inscrites al Registre de Mediadors poden ser considerades persones mediadores.

• Règim de responsabilitat

La responsabilitat dels mediadors derivada del seu exercici pot ser civil, penal, o disciplinària, derivada, aquesta última, de l’incompliment d’aquesta Llei i del codi deontològic.

La potestat disciplinària és exercida per l’òrgan disciplinari, la composició del qual queda definida a la Llei (v. article 54 de la Llei 3/2018).

Qualsevol reclamació o queixa que es vulgui formular contra una persona mediatra haurà d’adreçar-se al ministeri encarregat de la justícia, i serà aquest qui les comunicarà a la Comissió de Mediació. La comissió serà l’encarregada de proposar en el seu informe les possibles vies de solució del conflicte, l’arxiu de la reclamació o la queixa o la incoació de l’expedient disciplinari corresponent (art. 49).

Si en el decurs de la tramitació d'un expedient disciplinari es manifesten indicis de conductes que poden constituir una infracció penal, l'òrgan disciplinari ho ha de fer saber a l'òrgan jurisdiccional competent.

La persona mediadora que sigui objecte d'un procediment disciplinari té dret a ser informada dels fets que se li imputen, de les infraccions que aquests fets puguin constituir, de les eventuais sancions que li puguin ser imposades, de la identitat de l'instructor i de l'òrgan competent per imposar la sanció.

També té dret d'accés a l'expedient, de conèixer l'estat de la tramitació, d'obtenir còpies dels documents, de formular al·legacions i de proposar proves.

Durant la tramitació de l'expedient disciplinari, la persona mediadora té dret a la presumpció d'innocència i a no declarar en contra de si mateixa, podrà ser assistida per un advocat, i té dret a obtenir una resolució motivada.

La Llei regula, en els seus articles 56 i 57, el procediment disciplinari i les mesures cautelars que l'òrgan disciplinari pot acordar, que sempre hauran de ser motivades.

Finalment, la Llei regula la graduació de les infraccions en molt greus, greus i lleus. Les primeres prescriuen al cap de quatre anys, les segones al cap de dos anys i les lleus, al cap de sis mesos, bé de la seva comissió, bé des del dia en què se n'hagi tingut coneixement.

Pel que fa a les sancions, la Llei preveu la seva imposició en funció de la gravetat de la infracció comesa, i poden anar des de l'expulsió de la professió a la imposició d'una amonestació o d'una multa, que pot anar des d'1 euro fins a 50.000 euros en els casos d'una infracció molt greu.

L'article 62 determina els criteris que s'han de valorar per determinar la graduació de la sanció, que són: la intencionalitat, el perjudici causat, la quantia del benefici obtingut o que es pretenia obtenir, la reiteració o reincidència, i que els mateixos fets hagin estat sancionats en l'àmbit penal.

En cas que una persona mediadora hagi estat sancionada disciplinàriament, aquesta circumstància es farà constar en el seu expedient personal. L'anotació de la infracció i de la sanció podrà ser cancel·lada un cop transcorreguts els terminis previstos en funció de la sanció imposada (article 65).

Després d'aquest breu resum de la Llei de mediació, que es complementa amb diversos reglaments, és fàcil entendre que la promulgació de la Llei va

donar un impuls a la mediació, ja que la va dotar d'un procediment, d'uns requisits per al seu exercici i d'unes garanties de compliment.

El Govern va decidir impulsar la regulació dels sistemes alternatius de resolució de conflictes dotant-los de garanties jurídiques que, sens dubte, han de donar seguretat als ciutadans que optin per utilitzar-los.

6.5. Marc europeu de la mediació

Si bé és cert que el servei de mediació promogut per Govern i obert a les dependències de la Batllia fa anys que funciona, també ho és que els països del nostre entorn fa molts anys que van procedir al desplegament legislatiu i a l'impuls d'aquest sistema alternatiu de resolució de conflictes, que s'ha demostrat àgil, dinàmic i efectiu. La mediació abasta molts més àmbits que els que es tracten al servei de mediació radicat a la Batllia.

En l'àmbit europeu, l'antecedent de la mediació, tal com la coneixem, són els ADR (*Alternative Dispute Resolution*), uns mecanismes alternatius a la jurisdicció en la resolució de conflictes que es van desplegar davant les dificultats d'accés a la justícia de molts ciutadans. Aquestes dificultats responen tant al col·lapse dels òrgans judicials, com al sentiment de manca de mecanismes privats de resolució de conflictes, com a la incapacitat del sistema per facilitar l'accés a la justícia.

En aquest sentit, en el sistema anglosaxó es poden destacar els sistemes ADR següents:

- L'arbitratge: encarregat de la part jutjadora, no de la part executiva.
- La negociació: pactes i acords que procuren evitar el conflicte, normalment a càrrec d'advocats.
- La transacció: és un contracte de naturalesa civil.
- La mediació: les parts assoleixen un acord amb l'ajuda d'un tercer.
- La conciliació: és una activitat desenvolupada per un tercer que mira d'acostar posicions.

És precisament la influència de la Gran Bretanya i dels Estats Units el que fa que a finals dels anys noranta la UE es comenci a interessar pels sistemes alternatius de resolució de conflictes, que hauran de ser complementaris al sistema judicial.

El desenvolupament de la regulació de la mediació a Europa va sorgir a través de recomanacions, concretament l'any 1998 en l'àmbit de família, l'any 1999 en l'àmbit penal, l'any 2001 en l'àmbit administratiu i l'any 2002 en l'àmbit civil. En totes elles, el Comitè de Ministres del Consell d'Europa va obrir un debat sobre la necessitat o la conveniència de promoure la mediació i els avantatges que ofereix enfront dels sistemes tradicionals de resolució de conflictes, els Tribunals. En el marc d'aquestes recomanacions també es va instar a assegurar la independència i la neutralitat dels mediadors.

Tot i els esforços per introduir la mediació en diferents àmbits, el cert és que va ser en el familiar on es van poder observar més ràpidament els avantatges d'aquest sistema de resolució alternatiu de conflictes.

En qualsevol cas, a la UE no s'han escatimat esforços per fomentar la utilització de mètodes alternatius de resolució de conflictes. Mitjançant la Directiva 2003/8/CE del Consell, de 27 de gener de 2003, destinada a millorar l'accés a la justícia en els litigis transfronterers, es va establir que tant la llei com el jutgador podien adreçar les parts a mediació. Des dels organismes de la UE es considera que la mediació és una oportunitat que s'ofereix al ciutadà per obtenir una resolució al conflicte més ràpida, més ajustada als seus interessos i més econòmica que un procediment judicial ordinari.

A la UE hi ha diferents posicions respecte a la regulació de la mediació. Si bé se la vol dotar d'un marc jurídic que li atorgui rigor i garanties, també hi ha un corrent que vol defugir d'una regulació exhaustiva que privi el procés de la flexibilitat que el caracteritza.

En l'àmbit descrit, l'any 1999, el Consell de Ministres de Justícia va convidar la Comissió a presentar un llibre verd sobre els sistemes alternatius de resolució de conflictes, diferents de l'arbitratge, amb rellevància civil i mercantil, amb l'objectiu d'estudiar les mesures concretes a adoptar. Aquest llibre verd es va presentar l'any 2002.

En aquell moment ja hi havia diversos països de l'entorn europeu que recorrien sovint a la mediació. Per exemple:

- A França, la mediació intrajudicial troba el seu desplegament en el Nouveau Code de Procédure Civile, articles 131.1 i següents. Es preveu que el jutge que coneix d'un procediment, amb l'acord de les parts, pugui remetre el procés a mediació. La durada d'aquesta derivació és limitada, és a dir, el jutge en controla la durada, la confidencialitat, la remuneració del mediador, etc. En canvi, pel que fa a la mediació extrajudicial, es

va optar per no regular-la globalment, és a dir, s'ha regulat mitjançant protocols, o en el marc de normes sectorials, amb processos diferents en funció de si es tracta d'un litigi de consum, d'assegurances, de matèria bancària, laboral o familiar.

- A Alemanya es va iniciar el desplegament tant en el marc de la mediació familiar com en el sector de l'economia, i es van establir procediments de mediació que garantissin estàndards de qualitat. Si bé és cert que per llei no se sol·licita una qualificació professional específica al mediador, també ho és que s'han fixat criteris estandarditzats per garantir la seva formació professional, que, inicialment, es limitava als advocats. El procés com a tal no es va regular, si bé la llei ordinària imposa a la jurisdicció que s'esforci per obtenir un acord amigable entre les parts, cosa que suposa el foment dels ADR.

Actualment, en el marc de la UE resta vigent la Directiva 2008/52/CE, de 21 de maig de 2008, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils. La Directiva s'aplica a litigis transfronterers en matèria civil i mercantil, i es fixen cinc normes substantives:

- Obliga els Estats membres a promoure la formació de mediadors per tal de garantir una mediació de qualitat.
- Faculta que els jutges puguin convidar les parts a cercar la solució al seu conflicte mitjançant un procés de mediació.
- Preveu que les parts puguin acordar que els pactes resultants del procés de mediació siguin executius. Aquesta fita es pot assolir bé mitjançant l'aprovació de l'acord per un òrgan judicial, bé mitjançant la certificació d'un notari. Val a dir, però, que es preveu que el Tribunal pugui negar que l'acord tingui força executiva si el seu contingut és contrari a la legislació.
- Es garanteix la confidencialitat, ja que regula que el mediador no pot ser cridat a declarar davant un tribunal sobre allò ocorregut durant el procés de mediació.
- Es preveu que, durant el procés de mediació, els terminis per interposar una acció judicial quedin suspesos; es garanteix així l'accés a la jurisdicció.

A banda de la directiva de l'any 2008, cal fer referència a tres recomanacions del Consell d'Europa que promouen la mediació en l'àmbit civil, concretament:

- Recomanació 12/1986, que imposa als magistrats del Estats membres la tasca de cercar un acord amistós entre les parts del conflicte. Aquesta recomanació considera que la mediació es pot produir tant abans de l'inici del procediment judicial, com durant, com un cop ha clos.
- Recomanació 1/1998 de 21 de gener de 1998 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre mediació familiar, que insta els governs dels Estats membres a promoure la mediació familiar reforçant i aprofundint, si escau, la regulació ja existent. S'insta els Estats membres a regular les relacions entre el procediment de mediació i el procediment judicial.
- Recomanació 10/2002 de 18 de setembre sobre mediació en matèria civil, on s'enuncien principis importants per a la promoció de la mediació.

Les recomanacions del Consell d'Europa sobre mediació familiar han fixat els principis i les normes per al seu desenvolupament amb la finalitat de millorar la protecció i el benestar dels infants i les famílies.

En el marc de la UE s'ha creat un Programa de suport a la Justícia que dota fons per a projectes relacionats amb la mediació i altres ADR. Es tracta d'un ajut paral·lel a l'objectiu d'harmonitzar els estàndards de qualitat i ètica de la mediació, alhora que millora l'accessibilitat i l'efectivitat dels serveis de mediació.

D'acord amb el que s'ha exposat, es pot concloure que si bé és cert que els sistemes alternatius de resolució de conflictes, i més concretament la mediació, no són una eina tan popular en els països del nostre entorn com ho són en el món anglosaxó, la UE està fent tots els esforços i posant els mitjans que estan al seu abast per fomentar-ne la utilització. És un impuls que porta causa en la seva consideració com a mitjà àgil de resolució de conflictes, efectiu i que atorga satisfacció a les parts, unes característiques que sovint es contraposen al que és un procediment judicial. La mediació ofereix a l'administrat una defensa dels seus interessos més eficient.

7. Les persones davant el seu conflicte

7.1. Reaccions al conflicte

Abans d'analitzar les reaccions al conflicte, és interessant revisar la definició del concepte *conflicte* que es fa en diferents àmbits o des de diferents perspectives.

Gran Enciclopèdia Catalana: “Situació donada per una discordança entre les tendències i els interessos o les imposicions externes.”

Hi ha altres definicions més extenses que permeten identificar no només el concepte, sinó també el seu àmbit, la seva causa i la manera en què pot manifestar-se:

“Conflicte: concepte que fa referència a una situació d'incompatibilitat, oposició o disputa que es produeix entre dues o més parts. Aquesta situació pot tenir lloc en diferents àmbits, com ara l'àmbit familiar, les relacions personals, en el marc d'organitzacions, etc. La causa del conflicte pot ser diversa. Pot originar-se per diferències d'opinions, d'objectius, de necessitats no satisfetes; per falta de recursos, percepcions, etc. Finalment, cal assenyalar que el conflicte pot manifestar-se com una disputa verbal, física, en el marc d'un judici, per rivalitats, etc.”

Veient la multiplicitat de factors que “integren” el concepte *conflicte*, és important destacar que no necessàriament ha de ser negatiu; pot ser una oportunitat per millorar situacions i ajudar al creixement personal o col·lectiu. És precisament la concepció de conflicte com a oportunitat la que permet afirmar que la seva resolució pot esdevenir una experiència constructiva en la qual col·laboraran les tècniques emprades. Els sistemes alternatius de resolució de conflictes permeten transformar el conflicte i dirigir la seva superació en termes de diàleg i compromís, treballant sobre la base d'una aproximació positiva a la seva resolució.

Un cop introduït el concepte de conflicte, és el moment d'analitzar les reaccions que pot desencadenar, que dependran dels agents que hi intervenen.

Cada persona té els seus principis, els seus valors, el seu estat d'ànim i una manera diferent d'enfrontar-se al conflicte.

El conflicte provoca una alteració de l'estat d'ànim. És molt important per gestionar-lo poder diferenciar quin és l'element preponderant en cada moment, diferenciant entre les emocions –enteses com a alteracions a curt termini– i els sentiments –que tenen una incidència a més llarg termini.

A banda dels elements personals, també tenen una incidència en la reacció davant el conflicte els elements ambientals, que repercuteixen directament en la manera com les persones involucrades decideixen afrontar-lo.

Es pot concloure, doncs, que la reacció davant el conflicte dependrà de factors com la personalitat, els principis, l'estil de comunicació o les experiències de les parts, a més de la natura del conflicte i el seu entorn.

Considerant que cada persona és diferent i que, segons el moment o les circumstàncies ambientals, es pot reaccionar d'una manera o una altra, a continuació s'identificaran tot un seguit de possibles reaccions amb la finalitat que el seu reconeixement faciliti la tria i el disseny del procediment de resolució alternatiu de conflictes que s'adeqüi millor a cada conflicte.

Tipus de reaccions davant el conflicte:

- **Confrontació o agressió:** les persones expressen ràbia, hostilitat i el seu objectiu és imposar les seves necessitats i desitjos a les de l'altra part. La part que manifesti aquesta reacció pretendrà guanyar, encara que sigui forçant la contrapart.
- **Evitació:** hi ha persones que prefereixen ignorar o defugir el conflicte, perquè els fa sentir incòmodes. La seva comunicació serà evasiva; no expressaran la seva opinió ni voldran assumir confrontacions, i és possible que es retirin del procediment de resolució proposat.
- **Acomodació o cessió:** les persones cedeixen als desitjos de l'altra part sense defensar les seves pròpies necessitats. Si bé és cert que aquesta reacció permet mantenir la pau, també ho és que pot suposar sacrificis importants per a una de les parts.
- **Compromís:** s'intenten assolir acords a mig camí entre els interessos i les necessitats de cada part; es busca un cert equilibri.
- **Col·laboració:** les parts treballen activament per assolir una solució que satisfaci les seves necessitats. Es mostren disposades a escoltar i entendre les posicions o neguits de l'altra part, cosa que permet un treball constructiu amb la voluntat d'assolir un acord satisfactori.
- **Adaptació o resignació:** les parts accepten que el conflicte no té solució i, per tant, renuncien a lluitar pel canvi.

- **Negociació o racionalització:** hi ha persones pragmàtiques que s'enfronten al conflicte des d'una perspectiva lògica i negociada, utilitzant arguments i evidències per sostenir les seves posicions i influir en les de l'altra part.
- **Comprensió o empatia:** es fa una aproximació al conflicte posant-se en el lloc de l'altra part per intentar entendre les seves necessitats i emocions.

Tenint en compte això, a l'hora de preparar la mediació, la persona mediatadora haurà d'analitzar tant el conflicte com les reaccions de les parts. Un bon coneixement del conflicte i de les parts permet al mediador ajudar-les a gestionar les seves diferències d'una manera constructiva, facilitant una comunicació respectuosa i cercant una solució que sigui beneficiosa per a les parts.

Un bon coneixement de la situació li ha de permetre reformular allò que oposa les parts perquè, amb les seves pròpies habilitats, siguin capaces de progressar en la resolució.

La persona mediatadora haurà de definir l'objectiu que es persegueix i el temps que té per assolir-lo. En capítols posteriors detallarem els elements que cal tenir en compte per preparar la mediació.

Paral·lelament, haurà d'identificar si el comportament de les parts davant del conflicte és competitiu (una part lluita per aconseguir el que vol sense considerar les posicions o interessos de l'altra part) o cooperatiu (es busquen solucions també en atenció als interessos de l'altra part). Són posicionaments molt importants a l'hora de definir el procés de mediació i de com abordar l'aproximació al conflicte. Finalment, la persona mediatadora haurà de practicar l'escolta empàtica: ha de posar-se en el lloc de les parts, escoltar sense jutjar i aclarir els conceptes mitjançant una narrativa neutra.

La mediació ajuda les parts a desenvolupar habilitats de comunicació efectiva i a trobar solucions creatives i duradores en el temps. El mediador haurà de defugir de centrar el conflicte en conceptes com la culpa o la victòria i focalitzar el discurs i el treball en la col·laboració i el compromís de les parts. El resultat d'un treball conjunt ajuda a superar aquella primera reacció davant del conflicte i permet que les parts se sentin més empoderades i autònomes davant la gestió i la resolució del conflicte.

Tot i que les diferents escoles o models de mediació fan una aproximació diferent al problema i a la manera d'abordar-lo, és molt interessant separar les persones del conflicte, i definir i diferenciar les posicions (allò que expressen les parts) dels interessos (de vegades ocults) i de les necessitats.

7.2. Eines – estratègies per explicar la mediació

7.2.1. Eines per al foment de la mediació

Tot i que popularment les persones comencen a conèixer el concepte *mediació*, el cert és que encara cal molta pedagogia, tant pel que fa a les seves virtuts (estalvi de temps i diners, efectivitat dels acords assolits, etc.) com al paper i el compromís de tots els agents intervinents.

Per tal de difondre les característiques de la mediació i fomentar-la es pot recórrer a diversos canals. Destacarem els següents:

- Butlletes informatives: expliquen el procés de mediació i els seus avantatges d'una manera clara i fàcil, però atès que s'acostumen a dirigir a un públic indiscriminat, la seva efectivitat és relativa.
- Vídeos: ofereixen una explicació més pràctica. Si es reproduïxen escenes del procediment, les persones són capaces de percebre fàcilment la transformació del conflicte i la col·laboració entre les parts. També és cert que, com que és un suport que es pot distribuir digitalment, el seu abast serà molt superior a la butlleta.
- Presentacions: permeten que els mediadors puguin difondre les seves pròpies experiències; és un canal interactiu que permet la participació directa. Malauradament, però, és un canal de difusió molt limitat.
- Jocs de rol: aquest és un canal molt utilitzat als centres escolars, ja que és una eina didàctica que posa a l'abast dels estudiants el coneixement de les normes del procés i de les dinàmiques per desenvolupar-lo.

Ara bé, sens dubte, el millor canal de difusió continua sent l'èxit de cada procés, perquè una bona experiència és la millor publicitat. Les parts que han participat en un procés de mediació, tot i que l'hagin clos sense acord, han d'haver percebut els seus avantatges, concretament la possibilitat de mantenir una comunicació fluida en el marc d'un entorn neutral i segur.

Sigui quin sigui el canal emprat per a la difusió de la mediació, és important ser molt curosos amb la qualitat de la informació que es vol difondre i amb el llenguatge que s'utilitza en funció del públic al qual s'adreça.

Al Principat d'Andorra, la Cambra de Comerç ha obert el Centre de Resolució de Conflictes Empresarials, on es fomenta l'ús de la mediació per a la resolució de conflictes, si bé cal insistir en què l'empenta definitiva es produirà quan els contractes incloguin clàusules de remissió a la mediació.

A continuació es presenta una breu explicació d'aquest centre obert per la Cambra de Comerç d'Andorra així com de la inclusió de clàusules de mediació als contractes amb algun exemple pràctic. Vegeu:

Centre de Resolució de Conflictes Empresarials (CRCE)

La Cambra de Comerç és una entitat de dret públic, amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar pel compliment del seus fins.

Entre les funcions que té atribuïdes, i dins del seu marc competencial, pot fomentar i desenvolupar sistemes alternatius de resolució de conflictes, tant en l'àmbit nacional com internacional.

Des de la Cambra s'ha volgut donar suport als sistemes alternatius de resolució de conflictes mitjançant la creació del CRCE (Centre de Resolució de Conflictes Empresarials), concretament s'ha centrat en la mediació, el peritatge extrajudicial o *fact finding* i la conciliació.

El CRCE centra la seva actuació en els conflictes empresarials, és a dir, en aquells en què una de les parts és una organització o un membre d'una organització, o bé un treballador per compte propi o equiparable, i el conflicte té lloc en l'àmbit mercantil, civil o de l'empresa familiar. Per exemple, aquest centre podria intervenir en conflictes entre personal d'una organització, entre socis, etc.

La Cambra de Comerç ha fet una aposta molt ambiciosa pel foment i el desenvolupament dels sistemes de resolució alternativa de conflictes regulant, mitjançant reglament, tant el mateix servei del CRCE com els diferents sistemes de resolució de conflictes que ofereix.

Els reglaments aprovats desenvolupen la Llei de la Cambra de Comerç i cadascun defineix els serveis que ofereix, les regles, l'àmbit d'aplicació, els principis, el còmput de terminis, les tarifes, les obligacions de les parts, les terceres persones intervinents, les funcions, les retribucions, els procediments, etc. És a dir, contenen un detall exhaustiu de les regles del joc i de la formació i les característiques del tercer neutral que col·labora en la resolució del conflicte.

L'esforç regulador de la Cambra de Comerç ha permès dotar el CRCE d'unes garanties orgàniques i de funcionament que sens dubte han d'ajudar al foment de la mediació i de la resta de sistemes alternatius de resolució de conflictes. Aquests sistemes han de ser entesos com una oportunitat per a les parts d'obtenir una resolució àgil, ajustada als seus interessos i confidencial del conflicte que manté amb un altre agent comercial o, inclús, amb una persona de la mateixa organització. En aquest sentit, és

fonamental recordar que els sistemes alternatius de resolució de conflictes, atesa la seva voluntarietat i la participació directa de les parts, sovint possibiliten el manteniment de les relacions professionals o comercials entre les parts un cop superat el conflicte.

La Cambra també ha volgut apostar per crear un registre de professionals independents dotats d'una formació específica per a la resolució alternativa dels conflictes que se sotmeten al CRCE. Aquest registre ha de garantir i fomentar la confiança de les parts, ja que un sistema transparent de registre permetrà validar la formació del professional i oferir una sensació de rigor de les persones que participen en el procediment que ha d'afavorir la utilització d'aquests mitjans.

La infraestructura creada per la Cambra de Comerç fa dels sistemes alternatius de resolució de conflictes una eina accessible que hauria de ser d'utilització prioritària, tenint en compte que adreçar-se als Tribunals sovint és més lent i, el que és més rellevant, la seva resolució pot no ser la desitjada per cap de les parts, cosa que pot abocar-les, a més, al trencament de les relacions comercials o professionals sense possibilitat de reconciliació.

Es pot concloure, doncs, que la Cambra de Comerç ha fet una aposta decidida per oferir al teixit empresarial un Centre de Resolució de Conflictes que, mitjançant diferents eines, permet gestionar els conflictes per trobar solucions factibles, àgils, confidencials, de consens i que permeten la continuïtat de les relacions comercials i/o empresarials.

La importància de la introducció de les clàusules genèriques de mediació en els contractes

La popularització de l'ús de la mediació depèn en gran mesura de la introducció de clàusules de submissió a la mediació en els diferents contractes que se signen.

La introducció de clàusules de mediació no té un efecte immediat en la utilització del procediment de mediació per a la resolució de conflictes, ja que cal "esperar" que del contracte se'n derivi un conflicte. En el cas que les parts mantinguin una disputa en relació amb el contracte signat, si s'hi ha inclòs una clàusula de submissió a la mediació, les parts hauran d'assistir, com a mínim, a la sessió informativa. Encara que l'obligació sigui només d'assistència a la sessió informativa, perquè cal recordar que és un procés voluntari, aquesta sessió s'haurà d'aprofitar per donar a conèixer les bonances del procés que es posa a l'abast. Un primer contacte proper i extrajudicial entre les parts pot facilitar la resolució ràpida del conflicte i evitar-ne l'escalat.

A títol d'exemple, es proposa el redactat de clàusula de derivació al procediment de mediació següent:

“Tota controvèrsia derivada d'aquest contracte o conveni o que hi tingui relació, inclosa qualsevol qüestió relativa a la seva existència, validesa, terminació, interpretació o execució, se sotmetrà, per resoldre-la, a un procés de mediació.”

També s'hi podria afegir: “La persona mediadora o la institució administradora de la mediació la podran elegir les parts de mutu acord. En cas de falta d'acord, la mediació l'administrarà (indiqueu una institució)”.

O bé:

“Totes les controvèrsies derivades d'aquest contracte o que tinguin relació amb la seva existència, validesa o terminació, es resoldran de conformitat amb els procediments establerts a continuació, que seran els únics i exclusius procediments per a la resolució de la controvèrsia:

- A) Negociació. Les parts hauran d'esforçar-se per resoldre qualsevol controvèrsia amigablement mitjançant la negociació.
- B) Mediació. Qualsevol controvèrsia no resolta mitjançant negociació de conformitat amb el paràgraf A, dins els 30 dies després que qualsevol de les parts ho hagi sol·licitat per escrit a l'altra, o dins de qualsevol altre període que les parts hagin acordat expressament.
- C) Arbitratge. Qualsevol controvèrsia que no hagi estat resolta per la mediació prevista en el paràgraf B dins els 45 dies següents al nomenament del mediador o dins de qualsevol altre període (...).”²

En l'últim supòsit cal preveure la utilització de diferents mètodes de resolució alternativa de conflictes, tot i que també seria possible substituir l'arbitratge pels tribunals ordinaris si així s'estimés més convenient.

Sigui quina sigui la fórmula triada, l'important és començar a introduir clàusules de tancament dels contractes en què la primera opció per a la resolució d'un eventual conflicte o desavinença en la interpretació no sigui la tutela dels tribunals, sinó que ho siguin els ADR.

Cal destacar que la Universitat d'Andorra ha començat a incloure clàusules de remissió a la mediació en contractes laborals.

² <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7863402>. “La clàusula de mediación como método alternativo...”

7.2.2. Comunicació i estratègies per explicar la mediació.

Abans d'entrar en el fons de com s'ha d'explicar la mediació i quines són les millors estratègies per fer-ho, s'han de prendre en consideració els mètodes de resolució de conflictes.

Per decidir quin és el mètode més adequat per a la resolució del conflicte caldrà valorar:

- L'existència d'un conflicte (tipologia, durada, etc.).
- Un procediment per a la seva articulació (mediació, arbitratge, negociació, peritatge extrajudicial, etc.).
- Que l'objectiu sigui resoldre el conflicte.

Els processos per a la resolució d'un conflicte difereixen segons si hi intervenen tercers, el grau de decisió, l'obligatorietat, etc. Per exemple, en funció de si només hi participen les parts o si hi participen les parts i un tercer, es distingeixen els mètodes endògens (negociació entre les parts) dels mètodes exògens (mediació, procés judicial hi intervenen tercers).

Una aproximació tècnica ens permetrà explicar a les parts les diferents possibilitats a l'hora d'abordar la resolució del conflicte, ja que en funció del grau d'intervenció del tercer podrem diferenciar encara entre el procediment judicial, l'arbitratge, la conciliació, la mediació i el facilitador.

Un cop s'han presentat de manera esquemàtica els diferents sistemes que permeten abordar la resolució d'un conflicte, és el moment de generar una definició de la mediació clara i de fàcil comprensió. Una possible definició seria:

“La mediació és un procediment, procés o mecanisme de caràcter extrajudicial, voluntari, autocompositiu, desenvolupat amb l'ajuda d'un tercer i que té per objecte la gestió i la resolució de controvèrsies.” (*El conflicto y los mecanismos alternativos de resolución de litigios*, d'Aura Esther Vilalta).

Més enllà de la creació d'una definició adequada del concepte de mediació, que sigui entenedora per les parts, l'important és ressenyar els principis que són aplicables al procediment:

- Imparcialitat
- Neutralitat
- Bona fe
- Confidencialitat
- Igualtat entre les parts
- Voluntarietat

El principi de neutralitat, referit a la intervenció d'un tercer, el mediador, és l'element diferencial i característic respecte d'altres processos, per la qual cosa sens dubte també haurà de formar part de la definició de mediació que es generi.

La definició de mediació del Diccionari de la llengua catalana és molt senzilla, "Acció de qui intervé entre dues o més persones per posar-les d'acord". La definició que generem per aprofundir i difondre la mediació haurà de ser força més completa.

L'adopció de la definició de mediació ha de ser personal, perquè és la carta de presentació no tan sols del procediment de mediació, sinó també del mateix mediador o divulgador del procés.

Exemple:

"La mediació constitueix el mètode autocompositiu i extrajudicial de resolució de les controvèrsies per excel·lència. Es pot definir, tenint en compte el criteri de la Directiva comunitària 2008/52/CE, del Parlament Europeu, com un procediment estructural, sigui quin sigui el seu nom o denominació, en el qual dues o més parts en un litigi intenten voluntàriament assolir per si mateixes un acord sobre la resolució del seu problema amb l'ajuda d'un tercer expert. Aquest procediment pot ser iniciat per les parts, suggerit o ordenat per un òrgan jurisdiccional o prescrit per l'ordenament jurídic." (Definició d'Aura Esther Vilalta a *El conflicto y los mecanismos alternativos de resolución de litigios*).

La definició del procés de mediació no és res més que una primera aproximació a les parts del concepte, ja que també és important que en la presentació inicial s'identifiquin els beneficis concrets de la mediació, com són: la possibilitat d'obtenir una resolució ràpida i ajustada a les parts, que la resolució és més econòmica, que permet mantenir les relacions entre les parts, que a més poden veure salvaguardada la seva privacitat i, finalment, que possibilita el control de la solució del conflicte.

Un cop s'interioritzen els conceptes que han de formar part de la definició "personalitzada" del procediment de mediació, és el moment de definir les estratègies per explicar-lo i fomentar-ne l'ús.

L'acceptació a participar en el procés de mediació dependrà en gran part del fet que la comunicació sigui clara i accessible, és a dir, s'ha de defugir d'utilitzar un llenguatge massa tècnic. Les parts han d'entendre clarament el procediment, i per això és útil fer referència a exemples senzills o de la vida quotidiana.

A continuació us proposem una seqüència de presentació i d'inici del procés col·laboratiu:

Primer. Informar a les parts o a l'auditori de la definició i les característiques essencials de la mediació d'una manera clara, accessible i amb algun exemple didàctic.

Segon. Incidir i posar èmfasi en aquells elements característics del procés que el diferencien d'altres. Així, és important posar en relleu la voluntarietat i la neutralitat. La voluntarietat permet a les parts sentir la seva autonomia i això, afegit a la neutralitat del mediador, construeix un clima de confiança propici per a l'acostament de les posicions de les parts. En aquest estadi també s'ha d'informar a les parts dels seus drets i responsabilitats, com són el deure de confidencialitat i d'actuar en el marc de la bona fe.

Tercer. Un cop les parts se senten segures, el diàleg comença a fluir de manera constructiva i en un marc de col·laboració, perquè les parts se senten involucrades en la solució del conflicte.

Quart. Assolides les fites anteriors, s'ha d'explicar que el treball en mediació es desenvolupa en un marc de col·laboració i amb la vocació de construir un acord, actituds que transformen la comunicació tot permetent que sigui efectiva; s'obre aleshores la possibilitat d'obtenir solucions mútuament acceptables.

Concloa aquesta primera etapa, pel que fa a l'actuació del mediador és molt important recordar que la seva posició és objectiva, imparcial i neutral; per tant, sovint les parts tendiran a cercar aliances amb ell per tal de fer valdre el seu posicionament. És, doncs, en el marc de l'explicació de la mediació que s'han d'assentar les bases perquè les parts entenguin la neutralitat del tercer que intervé. El mediador no pren partit ni a favor ni en contra de cap de les parts. Si en algun moment és necessari fer reflexionar les parts, és convenient fer-ho mitjançant analogies o metàfores que permetin il·lustrar conceptes o situacions alhora que permeten mantenir l'objectivitat del mediador. Malgrat la necessària neutralitat, el mediador no pot descuidar les emocions de les parts, davant les quals s'ha de mostrar sensible, tot reconeixent que el conflicte pot ser estressant emocionalment.

Cinquè. Havent superat una primera fase expositiva, s'ha de construir una narrativa sobre com funciona la mediació. Les parts han de poder visualitzar el procés i comprendre'n les diferents etapes. Una possibilitat seria construir la narració a partir de la figura del mediador com a acompanyant

que ajuda les parts a trobar el camí que més s'ajusta als seus interessos i necessitats.

Sisè. Finalment, per tal d'acabar de persuadir les parts de les bondats de la mediació, pot ser interessant proporcionar-los exemples concrets que els permetin visualitzar la seva eficàcia.

Si, malgrat tots els esforços esmerçats, alguna part mostrés certa resistència al procés, és important escoltar els seus neguits i dubtes. Practicar l'escolta activa i l'empatia des d'un primer moment pot ajudar les parts a entendre millor les dinàmiques de la mediació i, d'aquesta manera, resoldre les qüestions que les inquietin.

D'acord amb el que hem exposat, es pot concloure que les estratègies per explicar la mediació són essencials per assegurar el compromís en la participació de les parts. Si de l'explicació no es desprèn la comprensió de les característiques del procés, estarà abocat al fracàs, ja que com ja s'ha posat en relleu, la mediació s'ha de desenvolupar en un entorn segur, on les parts coneguin les regles del joc i les puguin desenvolupar en el marc de la bona fe i la voluntarietat.

Els elements essencials per generar una bona presentació del procés de mediació són:

- Persona mediadora: és un tercer imparcial i neutral en el procés, que no es posiciona en favor o en contra de cap de les parts, i la funció del qual és facilitar la comunicació per tal que les parts arribin a un acord.
- Procés de mediació: explicar els principis que l'inspiren i descriure com es desenvoluparà en sessions, que podran ser individuals o col·lectives, i també les fases previstes.
- Fixar les regles de comunicació, que haurà de ser respectuosa i constructiva, fomentant l'escolta entre les parts.
- Acord: tot i ser l'objectiu de la mediació, s'ha de deixar clar que el seu assoliment depèn directament de la voluntat i la col·laboració de les parts involucrades. S'ha d'explicar així mateix la possibilitat que els acords siguin parcials.

7.3. El paper de l'advocat en un procediment de mediació

El paper de l'advocat en el procediment de mediació és essencial, tant per la influència que té sobre les parts (si és que compten amb el seu assessorament previ), com per garantir-los el correcte assessorament legal durant el procés.

L'advocat ha de ser un aliat del procés de mediació. És necessari fer molta pedagogia entre el col·lectiu sobre els avantatges de la mediació. No hem d'oblidar que els advocats són un dels principals prescriptors d'assumpes o conflictes que es deriven a mediació.

Un dels avantatges de la mediació especialment significatiu és que en aquells assumptes en què les parts tenen interessos comuns o una expectativa o necessitat de mantenir les relacions personals, comercials o socials, aquesta continuïtat és possible. Si les parts cerquen l'empara dels tribunals per resoldre els seus conflictes, el resultat serà que una part guanyarà i l'altra perdrà, mentre que l'objectiu de la mediació és que totes dues guanyin mitjançant l'assoliment d'una resolució consensuada.

El procés de mediació no és contenciós. Si bé es fonamenta en una controvèrsia, la seva resolució s'articula sobre un procediment en què les parts han de col·laborar per obtenir una resolució consensuada.

Abans d'explicar els indubtables avantatges de la intervenció de l'advocat en el procés de mediació, cal recollir tot un seguit d'arguments que poden ser útils per convèncer els advocats de l'elecció de la mediació com a mitjà de resolució de conflictes:

- Eficàcia de la mediació: el procés de mediació és àgil; per això, si la predisposició de les parts és de col·laborar, és probable que s'assoleix un acord, ja que és una resolució ràpida i eficient. Un acord no és una imposició, per la qual cosa la taxa de compliment dels acords de mediació és molt superior al compliment voluntari de les sentències judicials. L'advocat fidelitzarà el client, que li agrairà haver-lo dirigit a un procés amb aquests avantatges.
- Cost de la mediació: és menys costosa que altres processos de resolució de conflictes. El concepte "cost" no fa referència únicament a una quantificació econòmica, que també, ja que en el procés de mediació no es paguen taxes, ni les costes són tan elevades, sinó que també s'ha de valorar

el concepte temps o el cost emocional. La mediació, en ser àgil, és menys feixuga que un procés judicial, que s'allarga molt en el temps.

- Privacitat i confidencialitat de la mediació: són dos característiques molt importants, i més en un país com Andorra, que és petit. La mediació permet que el procés no sigui públic i per tant que només les parts intervinents coneguin el contingut de les sessions i dels eventuais acords, a banda de trobar-se expressament subjectes al deure de confidencialitat.
- Flexibilitat de la mediació: les parts poden assolir solucions creatives que s'adaptin a les seves necessitats i interessos. Poden ser solucions personalitzades que sorgeixin en el decurs del procés de mediació.
- El paper de l'advocat: si cerquem la implicació dels advocats, no podem oblidar descriure la importància de la seva participació. Els advocats han de copsar que la mediació és una alternativa de gestió dels conflictes dels seus clients, als quals fidelitzaran més si són capaços d'oferir-los mitjans de solució àgils, personalitzats i sempre comptant amb el seu suport. Des d'una perspectiva econòmica, la mediació també pot ser molt interessant per a l'advocat. En ser un procediment més ràpid i àgil, esdevé menys costós que un judici, ja que li permet dedicar-hi menys temps i recursos. Al mateix temps, els vincles que es generen són molt forts i permeten la fidelització del client.

Finalment, pot ser útil presentar algun cas de mediació mercantil, societària o familiar on s'evidencien els avantatges del procés i la necessitat de la intervenció de l'advocat.

Un cop definides les qüestions que poden ajudar l'advocat a interessar-se pel procés de mediació, és el moment de descriure per què la intervenció de l'advocat és imprescindible i quin és el paper que ha d'assumir en el marc del procés. Concretament:

- L'assessorament de l'advocat no ho serà només en el marc del procés, sinó de manera prèvia quan informi el client sobre els drets legals que l'assisteixen o les opcions que té per resoldre el conflicte. L'advocat assessora el client sobre la conveniència de cercar l'empara dels tribunals o d'adreçar-se a l'arbitratge o a la mediació, entre d'altres. L'advocat ha d'explicar al client les alternatives i els riscos de cada procés i, finalment, l'ha d'ajudar a recollir tota la documentació pertinent per preparar la mediació.
- Ja en el marc del procés de mediació, l'advocat haurà de preparar el client per al desenvolupament del procés, ja que la part hi intervé directament. L'advocat ha de donar suport al seu client explicant-li com funciona

el procés i les seves expectatives, facilitant-li el discurs o la manera de fer valdre els seus interessos i informant-lo dels seus drets i obligacions. L'advocat ha de vetllar perquè els drets i interessos del client estiguin protegits durant les discussions de mediació, i perquè no assoleixi acords desfavorables.

- A banda d'això, i en el cas que fos necessari, l'advocat també pot participar en la mediació. Pot acompanyar el seu client a les sessions on, a més d'oferir-li suport emocional, també pot oferir-li assessorament legal que permeti a la part arribar a acords o posicionaments després d'haver estat degudament informat dels seus drets i obligacions.

Aquesta intervenció també pot anar dirigida a facilitar la comunicació entre les parts. Pot ajudar que s'entenguin mútuament els seus posicionaments o preocupacions, fent que col·laborin entre elles o, fins i tot, proposant propostes o contrapropostes. L'advocat treballa amb el seu client no només per identificar els punts de conflicte clau amb la finalitat de desenvolupar estratègies, sinó també per gestionar les emocions, que sovint són un obstacle que dificulta l'assoliment d'acords. L'advocat és, a més, un interlocutor efectiu amb el mediador i amb l'altra part.

- Finalment, en cas que les parts hagin assolit un acord durant el procés de mediació, seran els advocats els que el redactin, en un llenguatge jurídic precís i assegurant-se que es compleixen tots els requisits legalment exigibles.

Una síntesi de les funcions descrites permet evidenciar que l'advocat, a més de ser el defensor dels interessos del seu client, també assegura que el procés sigui just i eficaç. La seva col·laboració amb el mediador i la part és essencial per facilitar l'assoliment d'acords, perquè és un professional acostumat a gestionar la comunicació, cosa que sens dubte facilita l'acostament al conflicte des d'una vessant de col·laboració.

La intervenció d'un advocat en el procediment de mediació ofereix a les parts més confiança en el procés i per tant en l'acord assolit, ja que entenen que és més just, equitatiu i que legalment dona compliment a l'ordenament jurídic vigent.

8. Elements i processos per a la resolució de conflictes

8.1. El conflicte en positiu

El conflicte és la matèria primera amb què treballem els mediadors. És per això que una de les primeres competències que ha de tenir un professional de la mediació és la capacitat per entendre i analitzar el conflicte.

Segons el mediador i diplomàtic Sergi Farré, el conflicte és “un fenomen dinàmic que sorgeix entre dues o més persones o grups de persones i en el qual existeixen percepcions, interessos i posicions que caracteritzen la visió de cadascuna de les parts, que es presenten totalment o parcialment de manera divergent i oposada entre si”.³

Aquesta definició ens ajuda a entendre una mica millor el fenomen del conflicte, i en concret alguns dels seus elements bàsics:

- En primer lloc, el conflicte és un fenomen dinàmic, és a dir que amb el pas del temps va canviant. Un conflicte pot tenir diverses fases de més o menys intensitat.
- En segon lloc, les percepcions de les parts hi tenen un paper important. Això vol dir que ens podem trobar amb situacions en què no existeix un conflicte “real”, sinó més aviat produït per malentesos o visions diferents.
- En tercer lloc, haurem de tenir en compte que existeixen elements visibles del conflicte (les posicions) i d'altres que només es revelaran quan comencem a “gratar” la superfície, i dels quals fins i tot les parts no sempre en són plenament conscients: interessos, emocions, necessitats no satisfetes, expectatives, assumptes no resolts del passat...

Un altre aspecte relatiu a la mirada que tenim del conflicte els professionals de la mediació és que el veiem com un fenomen neutre, és a dir que no és necessàriament negatiu. Tot depèn de la manera com es gestioni. És evident que el conflicte pot comportar conseqüències negatives, com el trencament d'una relació (familiar, comercial, veïnal...) o perjudicis per a la salut física i mental. Però, al mateix temps, un conflicte gestionat de

3 Sergi Farré Salvà, *Gestión de conflictos: taller de mediación* (Barcelona: Ariel, 2009), p. 321.

manera constructiva també pot comportar elements positius, com ara el reforç d'una relació, conèixer molt més les persones amb qui convivim, millorar la comunicació interna en una organització o promoure la creativitat en els acords que es busquin.

Exemple

Segurament tots hem viscut un conflicte en l'àmbit personal i sabem les conseqüències negatives que pot comportar. Però a vegades el conflicte pot actuar com un símptoma que ajudi les parts a identificar allò que no funciona en una organització. A tall d'exemple, un conflicte entre els treballadors i socis d'una cooperativa educativa va ajudar l'empresa a identificar que la comunicació interna entre el personal no era del tot eficient, a desfer malentesos entre treballadors i gestors, a millorar els sistemes interns de presa de decisions i a elaborar un pla de creixement empresarial.

Per acabar, un darrer factor important que cal tenir en compte quanensem en un conflicte és l'existència de violència. I els mediadors hem de ser plenament conscients que treballarem en situacions en què hi haurà violència. No cal pensar només en violència física, sinó també en manifestacions de violència molt més subtils (però no per això menys perjudicials) com poden ser insults, crítiques molt destructives, sabotatges o fer servir allò que s'estimen les parts per fer-los mal. Potser un cas paradigmàtic d'això és la utilització dels fills comuns en procediments de separació. A vegades un progenitor fa servir els fills per fer mal a l'altre, per exemple anul·lant visites o caps de setmana al·legant que el nen o la nena estan malalts, amagant informació important que haurien de conèixer ambdós progenitors (sobre visites al metge, per exemple) o dificultant que un interactui amb la família extensa de l'altre progenitor.

8.2. L'anàlisi del conflicte: context, persones, mètodes d'avaluació i processos

Una de les competències clau de tot professional de la mediació es posa en funcionament abans fins i tot que comenci el procediment de mediació. Es tracta de l'anàlisi del conflicte. Una bona anàlisi ens permetrà dissenyar una bona estratègia d'intervenció.

Sense ser exhaustius, hi ha tres elements importants que cal tenir en compte a l'hora d'analitzar un conflicte: la divergència (allò que les parts perceben

que està generant el conflicte), qui són les parts i quina és la relació que tenen entre elles. És important tenir molt present que aquests tres elements no són compartiments estancs i que s'influeixen mútuament. Per exemple, depenent de la relació existent entre les parts o dels temes que es vulguin tractar en una mediació es decidirà quines són les parts principals que hi hauran de participar.

A. La divergència

Un primer aspecte és reconèixer quins són els elements que poden generar conflicte. En aquest sentit, cal distingir entre causes més objectivables (com pot ser el repartiment de recursos limitats, canvis recents en la vida de les parts o les mancances estructurals d'una organització) dels elements més subjectius (com les pors, la diferència de valors entre les parts, necessitats no satisfetes o el tipus de relació entre els protagonistes del conflicte).

B. Les parts

Un segon element important és la clara identificació de les parts. En aquest punt cal tenir en compte que hi ha parts directament involucrades i d'altres que, tot i no formar part del conflicte de manera directa, sí que en poden rebre les conseqüències o influir-hi. Finalment, hi pot haver el que anomenem *parts ocultes*, és a dir, aquelles que tenen una influència directa en les parts principals del conflicte però la presència de les quals no es fa necessàriament evident.

Per tant, una de les primeres decisions que haurà de prendre el mediador o el seu equip és veure com s'involucrarà cadascuna d'aquestes parts en el procediment.

Així, és important tenir en compte quina és la dimensió del conflicte. Ens podem trobar amb conflictes interpersonals, és a dir on els protagonistes principals són dues persones; intragrups, que afecten tot un grup, com pot ser un departament d'una empresa, o intergrups, que afecten diversos grups, com pot ser el cas d'una associació de veïns on s'hagin fet un o diversos bàndols. Cal tenir també present que sovint dins dels mateixos grups poden existir divergències.

C. La relació

Un tercer element que ens cal analitzar és la relació que tenen les parts. Aquesta anàlisi cal fer-la tant des d'un punt de vista dels aspectes objectius (són família?, hi ha alguna relació jeràrquica entre elles?) com dels subjectius (quin és el seu lligam emocional?, quines expectatives mútues tenen?).

Finalment, és important no fer suposicions. Per exemple, un es pot imaginar que en un conflicte entre membres de la mateixa família el component emocional hauria de ser sempre molt fort o tenir una expectativa de reforçar la relació, però no sempre és així.

Imaginem l'exemple següent:

Una empresa familiar està en procés de canvi generacional. Per fer l'exemple més senzill, imaginem que la mare és la fundadora de l'empresa i la principal accionista i els seus dos fills treballen en càrrecs de direcció. L'empresa també té un director general, que és un professional extern (no familiar), i un altre professional extern que assumeix la tercera de les direccions. L'empresa té 25 treballadors, entre els quals hi ha un nebot de la fundadora. El marit de la fundadora és un professional assalariat en una institució pública i sense cap lligam professional o financer amb l'empresa que estem analitzant.

La divergència

Es tracta d'un conflicte de caràcter empresarial (relatiu a la gestió empresarial i la propietat de les accions?) o amb un component més familiar? O mixt? I en aquest cas, què importa més a cadascuna de les parts? I dins de cada element, quins són els temes en conflicte?

Les parts

En aquest cas podem pensar que les parts directes són la fundadora i els seus dos fills, que treballen a l'empresa. Però segurament el director general i el director de departament (no familiars tots dos) també es veuen afectats pel conflicte i poden tenir una influència en les parts principals, especialment si el conflicte gira entorn de temes de gestió empresarial. Un dels treballadors és un nebot i també caldria qüestionar-se quin és el seu paper en el conflicte. També cal que analitzem quin és el paper del marit de la fundadora en aquest conflicte i quina és la influència que pot tenir en les parts principals. Per acabar, es tracta d'una empresa petita i cal analitzar quin és l'efecte que té en els treballadors.

La relació

El tercer pilar és entendre quina relació tenen les parts entre elles. Què espera la fundadora dels seus fills? I viceversa? Quina relació té el director general amb la fundadora? I amb els dos fills? Quines expectatives tenen els fills (i la mare) sobre el comportament de les altres parts? Quina relació hi ha entre el gruix dels treballadors i les parts principals? A vegades he gestionat conflictes on fundadors d'empreses familiars s'han resistit al

canvi per la recança d'“abandonar” els treballadors, mentre que aquest lligam potser no ha estat tan fort en generacions més joves.

D'aquesta anàlisi no es desprèn que el mediador hagi de parlar amb tothom i asseure tothom a la taula de mediació, però sí que ha de tenir el màxim d'informació per poder elaborar una estratègia al més efectiva possible.

8.3. Els interessos

8.3.1. L'iceberg del conflicte

Aprofundim una mica en la necessitat de tenir una fotografia molt clara del conflicte. És important distingir entre els elements més superficials i els que són més profunds. Una imatge molt útil per distingir els diferents elements que formen part del conflicte és la de l'iceberg. En la massa de gel flotant, la part superficial és la més petita comparada amb el gel que està sota l'aigua. En un conflicte passa el mateix: la part més important del conflicte i el que segurament genera més conflictivitat són els elements subaquàtics que no es perceben a primera vista.

Aquesta eina de visualització i anàlisi del conflicte també es coneix com a piràmide PIN: posició, interessos i necessitats.

- **Posició:** La posició és la causa aparent que ha generat un desacord. És allò que segurament les parts us mencionaran primer quan demaneu què ha passat o què volen. Podeu sentir demandes com la custòdia compartida o exclusiva, el retorn d'un producte o un augment de sou. En aquesta primera capa també sentireu acusacions com que l'altra part s'ha portat malament, menteix, és intransigent o ha traït la seva paraula.
- **Interessos:** Els interessos són allò que està generant la posició. No es tracta només de saber què vol la persona en conflicte sinó, especialment, per a què ho vol. Aquesta és la pregunta que ens hem de fer sempre que estem davant un conflicte: per què aquella persona està demanant el que demana? Què vol aconseguir amb la demanda que ens ha fet en la seva posició?
- **Necessitats:** Finalment, les necessitats responen a la pregunta: per a què necessites allò que estàs demanant. En aquest sentit, cal tenir en compte dues coses: la majoria de vegades, quan hi ha un conflicte és perquè alguna necessitat no està coberta. En segon lloc, sovint els mateixos protagonistes d'un conflicte no són plenament conscients, o no han verbalitzat

fins a aquell moment, allò que necessiten. A banda de les necessitats, també podem intentar identificar altres elements com les emocions de les parts, quines són les seves expectatives ocultes, quin nivell d'autoestima tenen en cada moment o si existeixen temes no resolts del passat.

Potser amb un exemple es pot entendre més fàcilment. Sovint menciono aquest cas, ja que quan hi ha diners involucrats és molt fàcil de veure: imaginem un treballador que demana un augment de sou al seu responsable. La posició seria: “Vull més diners”, o “vull un augment de sou”. Els interessos poden variar depenent de la situació, però caldria demanar si aquest augment respon a motius concrets com ara la necessitat de canviar-se de casa o fer front a un augment de la quota de la hipoteca. Finalment, quant a les necessitats es podria mencionar la seguretat de no perdre la casa, la necessitat de sentir-se valorat al lloc de treball o la satisfacció de saber que està cobrant més que una altra persona.

Exemple

Mentre feia pràctiques als Estats Units vaig treballar en un cas en què un treballador, força valorat dins l'empresa, va demanar un augment de sou. Després de la negativa inicial de la seva cap, la relació entre treballador i mànager es va enrarir i van decidir optar per la mediació. Pel que fa a la identificació dels interessos, en una sessió va quedar clar que el motiu de la demanda de més sou era que la dona del treballador estava embarassada i necessitaven trobar un apartament més gran, ja que vivien en un petit estudi de vint-i-cinc metres quadrats. Quant a les necessitats, el treballador ens va parlar de seguretat i confort, en el sentit dels problemes que podia generar tant a la parella com al seu rendiment laboral el fet de conviure en un espai tan petit un cop la família augmentés.

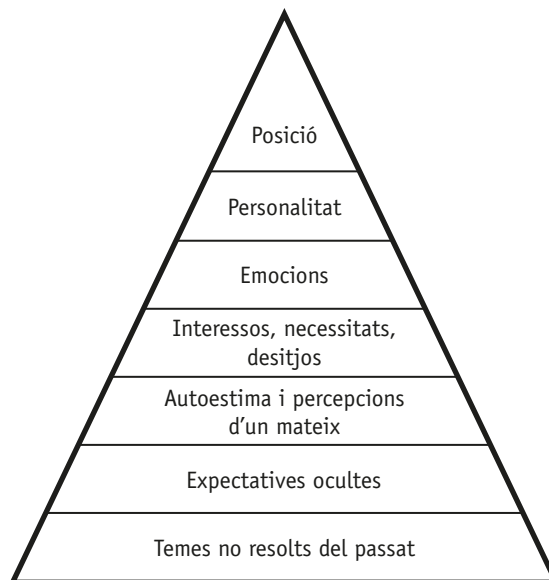
Pel que fa a la mànager, el que ens va referir era que en aquell moment l'empresa no es podia permetre un augment de sou com el que pretenia el treballador, ja que l'any anterior havia estat força negatiu. D'altra banda, li reconeixia una gran vàlua i es mostrava preocupada perquè marxés, ja que en el temps que portava a l'empresa havia delegat en ell força projectes.

Un cop posades totes les cartes sobre la taula la solució que van trobar les parts va ser força senzilla: la família de la mànager gestionava negocis immobiliaris i va costar poc trobar un apartament més gran, en una altra zona de la ciutat però que interessava al treballador, i per un preu força similar.

Vist així, el cas sembla irreal de tan senzill com va ser tot plegat (vam fer una sessió individual amb cada part i dues sessions conjuntes, l'última de seguiment), però denota alguns elements que sovint generen conflictes:

- El treballador no va explicar en cap moment la seva necessitat de canviar de pis. Considerava que no seria apropiat explicar aquesta problemàtica personal a la feina. Per tant, va començar a vestir la seva reclamació en el sentit que no se sentia prou valorat;
- La mànager, que valorava molt la feina del treballador, en cap moment li va comentar fins iniciada la mediació.
- Més important, unes setmanes després d'iniciat el conflicte, la comunicació s'havia deteriorat fins a tal punt que mànager i treballador es comunicaven només per correu electrònic o a través d'altres companys de feina.

L'esquema següent pot ajudar a entendre una mica millor quines són les temàtiques que podem trobar més enllà de les posicions:



8.3.2 Mètodes ràpids d'anàlisi de conflictes

Existeixen molts mètodes per analitzar breument un conflicte. Un dels meus preferits, que ajuda a tenir una primera vista en els elements profunds del conflicte, és el de pors vs. necessitats.⁴

A banda de les necessitats (i tota la resta d'elements que es troben sota la superfície), les pors són un dels factors que contribueixen a iniciar i mantenir vius els conflictes. En l'exemple següent podrem veure com analitzar tots els elements que estem explicant:

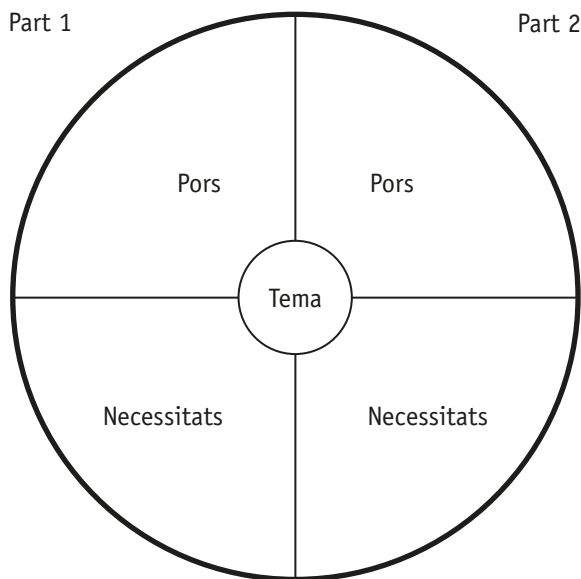
Exemple

La Pilar i la Tània treballen com a administratives a Casa Puigdomènech, una empresa familiar. Fan tasques administratives i de comptabilitat. La Pilar hi va entrar de molt jove, fa quinze anys, amb poca formació, però a poc a poc ha anat aprenent l'ofici. La Tània, acabada de llicenciar en Administració i Direcció d'Empreses a ESADE, hi ha entrat fa tres mesos. És la seva primera feina. S'està plantejant fer un MBA i li ha comentat algun cop a la Pilar.

L'encarregada de "guiar" la Tània en la nova feina i facilitar la seva adaptació és la Pilar, però les coses no acaben d'anar com s'esperava. La Tània es queixa que la Pilar no li passa la feina, de fet s'estima més fer hores extra que passar-li tasques. A més, quan la Tània té alguna idea que vol comentar amb la Pilar, ella diu que està molt enfeïnada i l'ignora. La Tània va començar aquest projecte amb molta il·lusió, però ara es planteja si s'ha equivocat. Com que quasi tots es coneixen des de fa temps, tampoc se sent integrada en l'empresa, i això la fa sentir malament. La Pilar no fa cap esforç per convidar-la a esmorzar amb el grup o si han quedat algun cop després de la feina. Fa uns dies que no es pot concentrar, no ha estat gens productiva i ha encadenat quinze dies de baixa durant el darrer mes i mig.

Fa poc, la Pilar li va passar a la Tània un projecte important que havia de lliurar l'endemà i la Tània li va retornar sense ni haver-lo tocat, "per fotre-la". La Pilar ha anat a parlar amb el director general i ha demanat que despatxin la Tània. El conflicte latent ha esclatat!

4 Aquest esquema està basat en un exercici desenvolupat pel Departament de Joventut del Consell d'Europa per a tallers de transformació de conflictes amb joves. Es troba en el manual de formació (*training kit*) elaborat pel partenariat en Joventut entre la Comissió Europea i el Consell d'Europa. També hi trobareu altres exercicis que ajuden a entendre el conflicte i la seva transformació des d'un punt de vista sistèmic i força dinàmic.



Esquema d'anàlisi de conflictes segons les pors i les necessitats.
Font: Council of Europe publishing (2012)

En l'exemple de la Pilar i la Tània podem pensar que la Pilar té por de perdre el lloc de feina per l'entrada d'una noia jove i, aparentment, més ben preparada. Així mateix, necessita que se li reconegui tota la feina que ha fet, que se la respecti i potser també estar segura que la seva feina no corre perill. Finalment, segurament també necessita ajuda amb les eines informàtiques.

Pel que fa a la Tània, es pot identificar la por de no "encaixar" o fer malament la seva primera feina. Així mateix, necessita respecte (el que té en comú amb la Pilar), ajuda per entendre millor la feina que ha de fer i formar part del grup on s'ha d'integrar i dels seus companys de feina. Sentiment de pertinença.

En un procediment disciplinari clàssic, ens quedàriem en l'incident inicial i es podrien decidir eventuais mesures disciplinàries, arribant fins i tot a un acomiadament. Però aquesta actuació no satisfaria els interessos de les parts (de la "perdedora" segur que no) i tampoc aportaria cap lliçó o creixement a l'empresa, amb els efectes negatius que podria tenir un eventual procediment judicial. Resolent el conflicte sobre la base dels elements profunds veiem que és un cas en què es pot reforçar una relació i la mateixa organització en pot extreure elements positius, com més cohesió d'equip o una millora dels treballadors.

8.3.3. Aproximacions a la gestió de conflictes

Un model que s'ha fet força conegut en parlar de les aproximacions a la gestió del conflicte és el de l'Escala (*the ladder model*) o Poder-Drets-Interessos. Aquest model troba la seva base en el treball que William Ury i Roger Fischer van dur a terme al Programa de Negociació de Harvard.⁵

Segons aquest model, existeixen tres gran enfocaments a l'hora de gestionar un conflicte:

- Poder

El primer és potser el més primitiu. Consisteix en l'ús de l'autoritat o de la força (sigui verbal o física) per resoldre un conflicte. Per exemple, és la forma com una mare o un pare pot decidir en cas que hagi de gestionar un conflicte entre germans per l'ús d'un ordinador: Jo, que soc el pare, decideixo que el Biel farà servir l'ordinador dilluns, dimecres i divendres i el Marc dimarts, dijous i dissabte. I que només es podrà fer servir per fer treballs de classe. En l'exemple que hem vist, el cap de la Pilar i la Tània podria simplement decidir que una de les dues canviï de departament.

- Drets

En aquesta manera de gestionar el conflicte, la decisió dependrà de l'aplicació de tota una sèrie de normes. Segurament l'exemple més conegut és el sistema judicial. En termes molt simplificats, quan arriba un conflicte a la Batllia, el que fa prendre una decisió o una altra és l'aplicació de la norma (tractats internacionals, lleis, jurisprudència aplicable...).

Però aquesta manera de gestionar un conflicte es pot trobar també en tots els àmbits. Per exemple, en una escola hi pot haver divergències sobre la manera adequada de vestir dels alumnes i això pot ser solucionat a través d'un reglament intern. En l'exemple que hem vist, la Tània podria haver estat sancionada seguint un protocol intern de l'empresa o el Codi de Relacions Laborals.

- Interessos / Necessitats

El tercer enfocament consisteix a entendre quins són els interessos i les necessitats que pot tenir cada part i negociar de manera que la decisió final els satisfaci al màxim.

⁵ Es pot consultar la pàgina web del programa a: <https://www.pon.harvard.edu/>. També podeu consultar un dels llibres més coneguts de William Ury sobre aquesta temàtica: *Getting Past No*, Random House, Londres, 2011.

Si retornem a l'exemple del pare que està gestionant un conflicte entre germans per l'ús de l'ordinador, es tractaria de parlar amb ells i entendre per a què necessiten l'ordinador i en quins moments específics de la setmana. Acte seguit, es treballaria conjuntament per assegurar que la decisió final respon a allò que els fills realment necessiten.

En l'exemple de la Pilar i la Tània es gestionaria entenent aquests elements més profunds que hem mencionat i prenent una decisió que els tingués en compte.

No hi ha dubte que aquest sistema pot requerir més temps i esforços. L'avantatge és que pot donar una resposta estable al conflicte, en què totes les parts sentin que estan guanyant alguna cosa. La mediació s'inscriu en aquest enfocament.

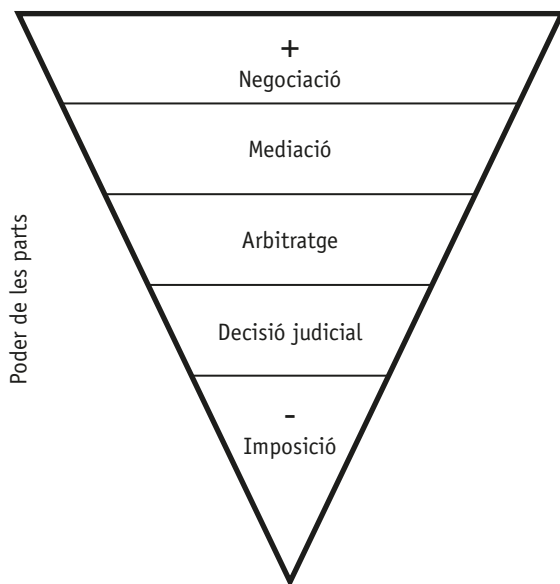
Finalment, cal deixar clar que no existeixen enfocaments positius i negatius. En moments d'urgència (haver d'aturar una baralla o prendre una decisió en pocs minuts) l'enfocament basat en el poder segurament serà el més idoni. D'altra banda, quan estem parlant de qüestions que afectin els Drets Humans o d'elements que no són de lliure disposició per les parts, segurament el més adaptat seria l'enfocament basat en Drets.

8.4. Procediments per a la resolució de conflictes: els mètodes Alternatius de Resolució de Conflictes (ADR)

Existeixen força metodologies i procediments per gestionar un conflicte. Es poden classificar de diferents maneres, però una que trobo especialment atractiva és la de classificar-los en funció del poder d'acció que tenen les parts en conflicte i el tercer neutral que l'està gestionant.

Si ens situem en un extrem, on les parts no tenen cap poder decisor, estaríem parlant d'imposició. En un altre extrem, on són les parts les qui directament acaben decidint i no existeix cap tercer neutral que hi intervingui, ja parlariem de negociació.

Entre aquests dos extrems, podem trobar altres procediments: la decisió judicial, l'arbitratge o la mediació.



Escala dels mètodes de resolució de conflictes.
Font: Elaboració pròpia

Aprofundint més en els diferents procediments per a la resolució de conflictes convé explicar el que s'anomena Mètode Alternatiu de Resolució de Conflictes, o ADR⁶ per les seves sigles en anglès.

Es consideren alternatius perquè són mecanismes diferents de la disputa judicial que té lloc en un Tribunal, i d'altra banda perquè la metodologia també sol ser diferent del que passa en un Tribunal, sovint amb un menor grau de formalisme i més flexibilitat.

Sense voler ser exhaustius, els principals mètodes ADR són els següents:

a) Arbitratge: L'arbitratge consisteix en la intervenció en un conflicte d'un o diversos professionals que prenen la decisió sobre el resultat del conflicte. Funciona de manera similar a un judici a Batllia, motiu pel qual sovint es fa referència a l'arbitratge com un "judici privat". Vist que hi ha tota una secció d'aquests apunts dedicada a l'arbitratge no m'hi estendré més.

A Andorra es regula a través de la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge, i la Llei 13/2018, del 31 de maig, de creació del Tribunal Arbitral del Principat d'Andorra (TAPA).

6 Alternative Dispute Resolution.

- b) Mediació:** La mediació consisteix en la intervenció d'un professional neutral i imparcial, que ajuda les parts a escoltar-se, establir una comunicació eficaç, ordenar el conflicte i acompanyar-les en un procediment de negociació que pugui resultar en un acord total o parcial.

El mediador no ofereix consell legal ni psicològic, i tampoc posa sobre la taula solucions als conflictes que aporten les parts.

Es regula a través de la Llei 3/2018, del 22 de març, de mediació.

- c) Conciliació:** Aquest mètode d'ADR s'explica de manera diferent segons el país on es treballi, ja que sovint es fa servir aquesta paraula de manera indistinta a la mediació, cosa que pot afegir certa confusió.

En el nostre context ens referim a la conciliació com un mètode força proper a la mediació (el tercer neutral actua de manera confidencial i no pren una decisió final ni ofereix consell legal o psicològic), però amb un paper del tercer neutral molt més actiu. Per exemple, el conciliador pot fer molt més ús de la seva *expertise* i plantejar a les parts possibles escenaris i alternatives de negociació.

La conciliació no s'ha regulat amb un text normatiu d'abast nacional, però sí que és un dels serveis que ofereix el Centre de Resolució de Conflictes Empresarials (CRCE)⁷ de la Cambra de Comerç d'Andorra, que n'ha elaborat un Reglament.

- d) ARB-MED i MED-ARB:** Es tracta d'aquelles intervencions en què es creen "passarel·les" entre l'arbitratge i la mediació. Per exemple, podem trobar-nos amb un conflicte on s'hagi optat per l'arbitratge però les parts s'adonin que els components no tangibles (emocions, relació entre les parts...) són prou importants per iniciar una mediació.

També ens podem trobar amb conflictes en què les parts indiquin, de mutu acord, que volen iniciar una mediació durant un temps determinat i que, si no s'arriba a un acord, els punts que quedin per acordar es resoldran a través d'un arbitratge.

Depenent d'allò que s'hagi acordat a l'inici del procediment, l'àrbitre podrà ser el mateix professional que va dur a terme la mediació o un de diferent.

- e) Peritatge extrajudicial (*fact finding*):** El peritatge extrajudicial consisteix en la intervenció d'un expert en la matèria. El seu paper és

⁷ Podeu consultar informació sobre aquest servei de la Cambra al web: <https://www.crce.ad/>

fer recerca sobre tota la informació disponible en un afer i emetre un informe on s'incloguin tota una sèrie de recomanacions per a les parts i la seva opinió d'expert. Aquest informe pot o no ser vinculant per a les parts.

En el marc dels ADR, el peritatge extrajudicial implica sovint altes dosis d'escolta activa i d'identificació dels elements generadors del conflicte, per la qual cosa sovint el pèrit fa servir eines de la mediació i pot contribuir a ajudar les parts a trobar solucions creatives i estables que satisfacin els seus interessos i necessitats.

Igual que amb la conciliació, aquest és un dels serveis que ofereix el CRCE i també se n'ha redactat un Reglament.

8.5 Tipus de mediació

Com en qualsevol disciplina, existeixen diferents maneres d'entendre la intervenció mediatora. Podem parlar de l'existència de diferents estils o escoles de mediació. Com veurem a continuació, aquestes diferents escoles, si bé tenen en comú els principis bàsics aplicables a la mediació, divergeixen quant a la seva visió del conflicte, del paper del mediador i de l'objectiu final del procediment, entre d'altres.

Totes elles han desenvolupat tècniques molt interessants que ens poden servir als mediadors per a diferents tipologies de conflictes o per enfocar la mediació en les seves diferents fases. El mediador professional ha de saber treure profit de totes elles i no encasellar-se en una de sola.

Com diu l'experta en mediació organitzacional i sanitària, Gloria Novel, "La mediació com a procés d'intervenció en conflictes entre dues o més persones té aspectes negociadors (Model tradicional-lineal de mediació proposat per l'Escola de Negocis de Harvard), aspectes de reconstrucció d'històries viscudes (Model circular-narratiu de Sara Cobb, 1993; 1995) i aspectes de transformació del conflicte i de les persones que l'estan experimentant (Model transformatiu, Bush i Folguera, 1996; Lederach, 1998)".⁸

a. Escola lineal o Harvard

Com el seu nom indica, aquesta tipologia de mediació sorgeix dels treballs sobre mediació desenvolupats al Programa de Negociació de Harvard.

⁸ Gloria Novel Martí, *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Madrid, editorial Reus, 2010, p. 119.

Alguns dels seus autors principals són Roger Fischer i William Ury. Per aquesta escola de mediació, el conflicte és un element que cal resoldre, i per això el paper del mediador és el d'acompanyar les parts en un procés de negociació que acabi amb un acord i elimini el conflicte.

Es tracta d'un procediment de mediació molt estructurat en diverses fases per les quals cal anar avançant de manera lineal. Per a mediadors novells, que encara no tenen una gran experiència en mediació, és un bon punt de partida que s'anirà enriquint posteriorment.

b. Model transformatiu

Aquest model va néixer com a resposta i contrapunt al model lineal de Harvard. Els seus representants principals són Robert Baruch Bush, Joseph Folger i, segurament el nom més mediàtic per la seva intervenció en processos de pau, John Paul Lederach.

Per aquesta escola, el conflicte no és un problema que hagi de ser resolt sinó una oportunitat de transformació. Per tant, el rol del mediador ha de ser acompanyar les parts en un procés que transformi la seva relació de conflictual a cooperativa.

Per aquesta escola és molt important el reconeixement de l'altre, i per això posa l'accent en la necessitat d'empoderar les parts en el transcurs d'una mediació i ajudar-les a desenvolupar la seva capacitat d'empatia i de gestió de conflictes més enllà de la tasca del mediador.

De fet, que una mediació no acabi amb un acord no és important si el procés permet que les parts s'hagin reconegut mútuament.

c. Model circular-narratiu

Aquest model, que té la seva màxima representant en Sara Cobb, considera que el conflicte és bàsicament un problema de comunicació, entès com un tot.

El rol del mediador ha de ser ajudar les parts a desenvolupar una nova història del conflicte conjunta, que enfoqui el problema des d'angles diferents. Per això aquest model treballa sobretot fent servir preguntes que clarifiquin totes les diferències que poden separar les parts i les ajudin a reflexionar per tal de crear aquesta nova història conjunta.

Igual que el model transformatiu, es dona molta importància a la necessitat de legitimar la història de totes les parts en conflicte.

	Harvard	Transformatiu	Circular–Narratiu
Objectius	Assolir un acord que posi fi al conflicte	Transformar la relació entre les parts, promovent la valoració i el reconeixement de les persones	Modificar les històries de les parts transformant-les en una nova narració que faciliti el canvi
Mediador	Dirigeix el procediment de manera directiva guiant les parts cap a un acord	Promou el procediment de manera suau i atorgant molt protagonisme a les parts	Dirigeix el procediment de manera directiva
Procediment	Lineal i estructurat en etapes	Procés lleument estructurat i molt flexible . Molt orientat a la millora de la comunicació	Procediment molt estructurat destinat a modificar les pautes comunicatives i l'actitud de les persones
Autors	R. Fisher / W. Ury / C. Moore	R. Baruch Bush / J. Folger / J.P. Lederach	S. Cobb / M. Suares

Escala dels mètodes de resolució de conflictes.

Font: Elaboració pròpia

8.6. Preparant la mediació

Fins ara ens hem centrat en com funciona un procediment de mediació des de l'inici fins al final. Però és fonamental preparar bé una mediació si volem que tingui èxit. En aquest capítol veurem alguns dels factors que hem de tenir en compte a l'hora de preparar bé el procés.

Els objectius d'aquesta fase de preparació són els següents:

- Obtenir informació preliminar sobre el conflicte i les seves parts;
- Promoure la creació de confiança i credibilitat en el procés de mediació;
- Obtenir el compromís de les parts;
- Fer un diagnòstic de mediabilitat;
- Analitzar quin és el poder de les parts;
- Avaluar les seves habilitats comunicatives, emocionals i negociadores.

Vegem-los de manera més aprofundida.

8.6.1. Obtenir informació preliminar

Per fer un símil, podem imaginar que la mediació és com un viatge, i abans d'emprendre'l cal fer un mapa. Amb l'anàlisi del conflicte ja tindrem força elements d'aquest mapa, però també hi ha altres factors que caldrà tenir en compte.

- Com ens arriba el cas?

A vegades la manera com ens arriba un cas pot ser determinant. En general, un cas ens pot arribar de quatre maneres diferents:

- Directament a través de les parts: Un primer escenari és que el cas ens arribi directament a través de les parts o els seus advocats. En aquest escenari caldrà també tenir en compte si són totes les parts les que han decidit recórrer a mediació o només una. El primer cas facilitarà molt el procediment, mentre que en el segon caldrà entendre quina és la posició de la segona part.
- Derivat per instàncies secundàries: Per exemple, el cas ens pot arribar per derivació del departament de recursos humans, pel cap d'un departament o per clàusules de derivació a mediació en un contracte. En aquest segon escenari, la voluntat inicial de les parts pot ser una mica menys tendent a acceptar la mediació. No es tracta d'una decisió purament voluntària, sinó que pot ser viscuda com una imposició. Per tant, haurem de dedicar molt més esforç a guanyar-nos la confiança de les parts i explicar molt bé en què els pot ajudar el procediment.
- Derivat per una instància superior: Ens trobem en un escenari de derivació judicial. Com en la situació anterior, la voluntat de les parts no estarà d'entrada gaire inclinada a acceptar la mediació, per exemple per por que acabi allargant el procediment. Caldrà afegir-hi que els advocats de les parts ho poden viure com una intrusió en la seva tasca, i per tant caldrà explicar molt bé quin serà el seu rol acompanyant els clients.⁹
- Per la intervenció del mediador: Hi ha casos en què la iniciativa pot ser directa del mediador. Tots coneixem casos que acaben fent grans titulars en premsa o que ens poden arribar a través de coneguts. El

⁹ Es podria dedicar un apartat sencer a la derivació judicial. Per donar algunes notes, és important que en aquest escenari es tingui una comunicació fluida amb les instàncies judicials. Pot ser positiu que aquesta derivació la faci un batlle que conegui molt bé la mediació, i fins i tot fer-la de manera conjunta amb el mediador. En tot cas, caldria evitar derivacions judicials que es fan només a través de providències sense que hi hagi cap contacte previ entre les parts, els seus advocats i el batlle.

mediador pot fer un pas endavant i proposar-se per facilitar una negociació. Són casos en què és molt difícil que les parts ho acceptin, però a vegades poden obrir una porta que les parts desconeixien.

• Com és millor contactar les parts?

En aquesta fase tindrem els primers contactes amb les parts i, si escau, amb els seus advocats. És important valorar com cal fer aquests primers contactes i a qui es contactarà primer. En el meu cas, intento involucrar els advocats ja des de l'inici, i si m'he de veure amb una part per parlar de la mediació, insisteixo que vingui acompanyada pel seu advocat.

• La línia de vida del conflicte

Caldrà també obtenir informació sobre quina ha estat l'evolució del conflicte, en quin moment es troba actualment i quines solucions s'han provat abans per tal de gestionar-lo.

Cal tenir en compte que si el conflicte no està prou desenvolupat o no ha assolit un nivell d'intensitat suficient, el que ens pot passar és que una de les parts (o totes dues en casos de derivacions) ens digui que no existeix cap conflicte. En aquests casos, la meua resposta és explicar que precisament per això pot ser necessari actuar per prevenir que en pugui aparèixer un.

• Quin és l'encàrrec de mediació?

En aquesta fase cal entendre què volen les parts d'un procediment de mediació. En funció del que vulguin caldrà plantejar-lo d'una manera o d'una altra. Per exemple, si les parts no poden veure's en una mateixa sala i el que volen amb la mediació és trencar ràpidament la relació i de la manera menys traumàtica possible, potser caldrà plantejar un procés de mediació en què totes les sessions siguin individuals.

Sense ànims de ser totalment exhaustius, alguns dels encàrrecs de mediació que podem rebre són els següents:

- Trencar una relació (societària, empresarial, laboral, familiar...);
- Arreglar la relació;
- Millorar la comunicació;
- Marcar pautes de comportament, per exemple de cara als fills o a una relació laboral;
- Entendre millor un conflicte;
- Protegir del conflicte terceres parts;
- Repartir un bé comú.

Sovint l'encàrrec de mediació pot ser diferent per a cada part i caldrà, doncs, fer prova de sensibilitat a l'hora d'explicar-los aquesta circumstància. Per posar un exemple, sol ser corrent que en un procediment de separació una de les parts vulgui restaurar la relació mentre que l'altra el que vulgui sigui trencar-la definitivament de la manera menys traumàtica possible.

• Les parts ocultes

Quan hem tractat l'anàlisi de conflicte hem vist la importància d'identificar molt bé qui són les parts. Des d'un inici caldrà estar atent especialment a les parts ocultes. Es tracta d'aquelles persones que, si bé no tenen una implicació directa en el conflicte, sí que tenen una influència important en les parts que pot condicionar el conflicte d'una manera o una altra.

Com a mediadors haurem de decidir quin paper donarem a aquestes parts. A vegades n'hi pot haver prou amb mantenir algunes converses preliminars. Recordo el cas d'un conflicte laboral entre dos comptables. El conflicte estava bastant centrat en ells dos, però sovint arribaven a acords que es dissolien entre sessions. A través d'una conversa individual amb ells vam descobrir que quan sortia de la mediació, un dels dos anava a dinar amb una companya de feina que li retreia que cedís tan fàcilment. La solució que vam trobar els mediadors va ser tenir un parell de converses amb aquella companya de feina.

8.6.2. Construir confiança i credibilitat

La mediació sovint és la gran desconeguda. Tot i que avui en dia la paraula és molt més familiar a Andorra del que ho era fa deu anys, i que periòdicament apareixen notícies sobre mediació als mitjans de comunicació, el gruix de la població encara continua sense saber ben bé en què consisteix.

Aquesta fase és clau per promoure la credibilitat en el procés. En concret, cal pensar en diferents tipus de credibilitat:

- Personal: En els professionals que desenvoluparan el procediment de mediació.
- Institucional: En la institució per a la qual treballin els mediadors o que hagi derivat el cas.
- Procedimental: En el procediment de mediació com una intervenció estructurada que ajudarà les parts a millorar la comunicació, entendre el conflicte i negociar acords que satisfacin les seves necessitats i interessos.

- Temàtica: En la capacitat dels mediadors per treballar el tema específic que les parts porten a la taula de mediació.¹⁰

Aquest moment també és idoni per començar a construir confiança de les parts en la figura del mediador i en el procediment.

8.6.3. Obtenir el compromís de les parts

Com hem vist, abans d'iniciar un procés de mediació se signa entre les parts i el mediador una acta inicial o un Acord per Mediar. Però tan important com aquest és el contracte “informal” que acorden tots els participants en una mediació per decidir obrir aquesta via.

Una manera d'obtenir aquest “contracte implícit” és ajudar els participants en una mediació a entendre:

- Quin serà el rol del mediador;
- Quin serà el procediment de treball;
- La possibilitat de treballar en sessions conjuntes, però també individuals;
- El fet que el mediador estarà disponible per acompanyar-los en aquest camí;
- Les possibles formes que pot tenir un acord, i quines seran les seves conseqüències;
- Quin serà el rol i el paper de terceres persones (com els advocats) en el procediment de mediació.

8.6.4. El diagnòstic de mediabilitat

No tots els conflictes són aptes per ser gestionats amb la mediació. Aquest és el moment de veure si el conflicte que ens ha arribat a la taula ho pot ser.

Una primera pregunta que ens hem de fer és si es pot mediar. En aquest sentit, cal tenir en compte quins són els límits de la mediació. Aquests límits es poden trobar:

- En el conflicte: Per exemple, alguns temes que no estan a disposició de les parts no es poden mediar. És força conegut que en situacions de violència domèstica no és possible fer una mediació.

¹⁰ En aquest punt és on pot ser de gran ajuda la comediació. És important que els mediadors treballin en xarxa i incloguin professionals (mediadors) d'especialitats diferents. Per exemple, com a mediador de la Societat Catalana de Mediació en Salut (SCMS) treballa amb casos d'àmbit sanitari i és de molt suport que pugui recórrer a mediadors que provenen de l'àmbit de la medicina o la infermeria.

- En les parts: Pot passar que les parts no tinguin prou poder de decisió per tancar els acords que requereix aquest conflicte. O, per exemple, pot ser que una de les parts estigui passant per processos psicològics (com una depressió) que no li donen un control total sobre la seva vida i les decisions preses que porta a mediació.
- En el mediador: A vegades poden arribar conflictes que, per la temàtica o la intensitat emocional, un mediador no es vegi capacitat per gestionar. Aquí també cal preguntar-se si el mediador podrà ser neutral. Per exemple, una mediació que recordi problemes personals al mediador o en què una de les parts li faci reviure dificultats personals serà força difícil per al mediador, que tindrà dificultats per mantenir la imparcialitat. Aquest límit també pot venir donat per l'experiència o el coneixement sobre un tema concret del mediador.
- Externs: Sovint es parlava de temes relatius a la distància entre les parts, tot i que després de la covid els mediadors ens hem acostumat a treballar amb mitjans electrònics. Però també podem pensar en temes relatius als tempos de les parts. Per exemple, ens pot arribar una situació que hagi d'estar resolta en pocs dies però que, com a mediadors, veiem que no és possible gestionar en tan poc temps.

Una segona pregunta que ens hem de fer és si la mediació és la millor estratègia per a les parts. Per exemple, pot passar que ens arribin assumptes molt tècnics i massa complexos, on sigui molt més adequada l'actuació d'un pèrit extrajudicial. També pot ser que en alguns conflictes les parts vulguin una "decisió d'expert" o un precedent legal i que, per tant, pugui ser molt més adequat un arbitratge o una resolució judicial.

8.6.5. Quin poder tenen les parts?

I quin és l'equilibri entre elles? Com a mediadors hem d'assegurar l'equilibri entre les parts en el procediment de mediació. Per això, si detectem que una part és més feble, caldrà ser curosos a l'hora d'empoderar-la perquè aquesta diferència no afecti el procediment. Per exemple, ens podem trobar que una part no té tants recursos comunicatius a l'hora d'argumentar o explicar allò que vol. En aquest cas, haurem de pensar que caldrà dedicar un temps o una atenció superiors a aquesta part.

Cal estar atents a l'hora d'analitzar els equilibris de poder entre les parts. En un cas que vam gestionar, les aparences mostraven que qui tenia més poder era l'empresa. Però els treballadors tenien la possibilitat, en qualsevol moment, de no anar a treballar (com deien, "ens podem posar malalts

tots el mateix dia”) i aturar l’activitat empresarial. Per tant, en aquest cas el desequilibri no era tan gran com podia semblar a primer cop d’ull.

8.6.6. Habilitats de comunicació, emocional i de negociació

Un darrer element que ens ajudarà a planificar l’estratègia és conèixer les habilitats comunicatives, emocionals i negociadores de les parts.

Hi ha persones que tenen habilitats ben desenvolupades a l’hora de gestionar les seves emocions (recordeu que en un conflicte les emocions sempre apareixen), i poden encarar un procés de mediació de manera més sòlida. Per contra, també ens trobarem amb persones que tenen dificultats a l’hora de fer-ho (per exemple, cridant o discutint de seguida). Caldrà tenir especial cura amb aquestes persones, i potser caldrà planificar la mediació per dedicar-los algun temps addicional.

De la mateixa manera, hi ha persones que tenen facilitat a l’hora d’explicar i articular allò que necessiten. Per tant ens serà fàcil traduir la seva posició en interessos, i aquests en possibles opcions durant la mediació. A l’altre extrem, ens trobarem aquelles persones a qui els costa explicar bé el que els passa i el que necessiten. Com en el cas anterior, caldrà preveure més temps per a aquestes persones, especialment dedicat a ajudar-les a treballar allò que necessiten.

Finalment, caldrà avaluar també quin costum i quines habilitats tenen les parts a l’hora de negociar. Hi ha persones molt acostumades a negociar o a ser força dialogants. A l’altre extrem ens podem trobar amb persones molt intransigents o acostumades que es faci allò que volen. Si veiem que aquestes persones no tenen voluntat o possibilitat de canviar la seva actitud, caldrà plantejar des de l’inici que potser la mediació no és la millor estratègia.

Tota aquesta informació ens ajudarà a dissenyar una estratègia de mediació que caldrà anar adaptant a mesura que avanci el cas. A tall de conclusió, caldrà donar resposta a alguns d’aquests condicionants:

- Amb qui començarem? Dedicarem el mateix temps a totes les parts?
- Necessitem comediadors?
- Com plantejarem una eventual mediació?
- Necessitarem un equip de mediació? Amb quins perfils professionals?
- On farem la mediació?
- Quant de temps pot durar, aproximadament?
- Les sessions es podran concentrar o farem sessions més espaiades?

- Treballarem en sessions individuals o conjunes?
- Necessitarem altres coneixements professionals?

8.7. Reunió inicial o sessió informativa

El que anomenem *reunió inicial* és la reunió en què les parts fan la primera entrada més “oficial” en el procediment de mediació. Per entendre l’ordre que hem anat seguint, un cop hem rebut el primer encàrrec de mediació, hem anat tenint contactes amb les parts (i els seus advocats) per obtenir tota una sèrie d’informacions preliminars i anar construint confiança en el procediment.

La reunió oficial és el moment en què asseiem les parts (de manera individual o conjunta) per:

- Explicar què és la mediació i com funciona;
- Informar que caldrà signar un Acord per mediar;
- Resoldre els dubtes de les parts.

Serà la pràctica del mediador la que haurà de fer decidir si les reunions són individuals o col·lectives. En reunions individuals hi ha més possibilitat de generar confiança i escoltar informació que les parts difícilment compartien davant de l’altra part. Però també cal tenir en compte que comporten més feina per als mediadors i que el fet de no veure les parts juntes pot fer que ens perdem informació sobre les reaccions que tenen quan són a la mateixa sala.

Personalment, prefereixo fer reunions conjunes, ja que en aquest moment no es tracta tant d’obtenir informació específica de les parts, sinó que escoltin què és la mediació i entenguin com s’implementarà en el seu cas. Després de la reunió conjunta, el que sí que faig és una breu trucada de telèfon a cada part per tenir l’oportunitat que em diguin el que potser no han volgut compartir en la reunió conjunta.

Cal tenir en compte que, en aquest moment, les parts encara no han entrat oficialment en la mediació,¹¹ sinó que el que estem fent és donar-los informació perquè –de manera conjunta amb els seus advocats– puguin decidir quina via de gestió del conflicte volen fer servir.

11 En els darrers anys s’ha estès en diferents legislacions europees la idea de fer la mediació “obligatòria”. Cal ser molt curosos en aquest punt, ja que l’obligatorietat que es planteja és precisament la de tenir una sessió informativa, però no de fer tot el procediment obligatori.

En casos senzills, aquesta reunió informativa pot anar seguida immediatament de la signatura de l'Acord per mediar. Però en casos més complexos o amb moltes parts, pot ser necessari deixar passar un temps entre la reunió informativa i l'inici de la mediació.

Aquesta presentació hauria d'incloure com a mínim els elements següents:

- Benvinguda;
- Felicitar les parts per haver optat pel diàleg com a mesura per gestionar la seva disputa;
- Explicar com funciona un procés de mediació i quin serà el rol del mediador;
- Explicar el rol de l'advocat i/o altres professionals que hi intervinguin;
- Explicar que es treballarà en sessions conjuntes i individuals, tant a petició del mediador com de les parts;
- Compartir quins són els principis bàsics (voluntarietat, neutralitat, imparcialitat, flexibilitat...);
- Explicar com funcionarà la confidencialitat;¹²
- Informar de quines són les normes mínimes a respectar durant la mediació;
- Assegurar-se que les parts tenen tota la capacitat de decisió, o fins on arriba. I en cas que hagin de consultar abans de prendre una decisió (per exemple si són representants de col·lectius), pactar un sistema àgil;¹³
- Assegurar un espai per aclarir els dubtes de les parts;
- Reforçar el compromís per mediar.

8.8. Disseny del procés

El disseny d'un procediment de mediació, així com les diferents etapes de què es compon, és un d'aquells aspectes que depenen de l'enfocament de la mediació.

¹² L'Acord per mediar, que s'explicarà en detall en el capítol 11, hauria d'incloure referències generals a la confidencialitat i la impossibilitat de cridar com a testimonis o pèrits els mediadors. Però, depenent de la temàtica, pot ser necessari redactar un Acord de Confidencialitat més extens i detallat. Per exemple, en un assumpte familiar potser no cal ser molt detallat, però en temes comercials, societaris, laborals o relatius a marques i patents sí que seria recomanable.

¹³ En cas de fer una mediació amb representants de col·lectius (associacions de veïns, sindicats, ONGs...), és important que durant la fase de premediació s'asseguri quin serà el mandat de les persones que s'asseguin a la taula de negociació i com es ratificaran les decisions preses a la taula per part de tot el col·lectiu.

Alguns manuals, com el conegut *Mediation Process* de Christopher Moore, divideixen el procediment de mediació en fins a dotze passos o etapes diferents. D'altres com Tony Whatling el redueixen a cinc. Finalment, el que és important com a mediadors és que tinguem en compte quins elements és necessari que inclogui tota mediació i que els ordenem seguint un ordre lògic.

A mesura que avanceu en experiència en mediació ja anireu veient que aquest ordre es pot modificar per adaptar-se a les circumstàncies, però per motius de caràcter pedagògic us presentem un model de mediació que consisteix en cinc etapes. Cal tenir en compte que aquestes etapes aniran precedides per totes les converses que tinguem amb les parts per preparar la mediació: el que es coneix com a premediació, o *talks about talks*, les converses sobre les converses.

Finalment, cal ser flexible en el disseny d'aquestes fases. És important no identificar una fase amb una sola reunió de mediació, ja que en una trobada es poden avançar dues o tres fases seguides per després treballar-ne una altra durant tres reunions diferents.

Tal com us presentem, aquest procediment és el que s'inicia un cop s'ha signat l'Acord per mediar.

8.8.1. Etapa 1. Què veniu a fer? La presentació de la mediació

Aquesta primera etapa és l'entrada oficial de les parts en el procediment de mediació. És el moment en què el mediador dona la benvinguda a l'espai de mediació¹⁴ i recorda els principis bàsics i la mecànica de tot el procediment. Durant la reunió informativa ja haureu explicat a les parts en què consisteix el procediment, però sempre és positiu que ambdues parts escoltin la mateixa introducció feta pel mediador.

En cas que s'hagi fet una sessió informativa, aquesta etapa pot ser relativament ràpida, però sí que serà important reforçar alguns elements com ara felicitar les parts per haver escollit el diàleg com a forma de gestionar el seu conflicte, establir plegats unes normes mínimes per al procés de mediació,¹⁵ acordar mesures per transmetre decisions als representats (en

14 Entenem aquí "espai" tant l'espai físic on es desenvoluparan les sessions com un espai psicològic o emocional on es desenvoluparà un procediment totalment nou respecte al que les parts han estat fent fins al moment.

15 És important abordar aquest tema de manera sensible i no caure en condescendències o paternalismes. Es tracta de proposar a les parts unes normes mínimes de conducta. Les pot proposar el mediador, o pot demanar a les parts què seria important per a elles perquè la mediació funcioni.

casos en què les parts actuïn amb representants) i reforçar el compromís per iniciar la mediació.

Una pregunta que els mediadors ens fem sovint és la conveniència que l'inici de la mediació sigui individual o conjunt. Independentment de com hagi de seguir la resta de la mediació, és positiu que, com a mínim en aquesta fase i les següents, les parts puguin estar juntes.¹⁶

És important tenir present que la presentació de la mediació és la porta d'entrada i sovint les primeres impressions marquen la resta del procediment. Per tant, cal incidir en què les parts se sentin còmodes i acollides en el moment de començar.

Els objectius d'aquesta fase són:

- Transmetre informació bàsica a les parts;
- Establir un to positiu;
- Crear un clima de confiança i de professionalitat;
- Reforçar el compromís amb la mediació.

En el punt 8.7 ja hem avançat quins són els elements que ha d'incloure una presentació de la mediació. A continuació, i a efectes pràctics, us proposarem una possible introducció a la mediació, que també podeu fer servir per a la reunió informativa. És una presentació força completa, però depenent de la situació es pot fer menys detallada. És important que adapteu aquesta presentació a les necessitats de cada cas. En primer lloc, cal que us la feu vostra i feu servir el vostre estil personal. Una recomanació que faig als mediadors novells és que portin un full amb els elements que hagin de compartir; de fet, es pot ser molt transparent amb les parts i mencionar que es porta aquest full amb la intenció de no oblidar cap element important. En casos de comediació, aquest full el pot controlar un dels dos mediadors i, acabada la presentació, donar-li la paraula en cas que us hagueu oblidat alguna cosa

En segon lloc, és imprescindible que adapteu aquesta presentació a les parts. No parlarem de la mateixa manera a un adolescent que a una persona gran, un soci d'una empresa, un treballador de la construcció, una persona amb estudis superiors o un jove que hagi fet només l'educació bàsica.

16 Cal tenir en compte que al llarg de la nostra feina com a mediadors ens podem trobar amb casos en què no sigui aconsellable que les parts estiguin en cap moment a la mateixa sala, per exemple en aquelles situacions en què un cara a cara podria derivar en situacions violentes. Tot i així, aquests casos són força minoritaris.

Adaptar el nostre llenguatge a cada part és un dels elements essencials per generar la confiança tan necessària en la mediació.

Benvinguda

Bon dia, benvinguts al vostre espai de mediació, on treballarem perquè us escolteu i pugueu arribar a acords que us ajudin a resoldre aquest tema. Em dic Ramon i seré el vostre mediador. El primer que vull fer és felicitar-vos per la decisió de venir aquí per aconseguir una solució dialogada.

Principis i rol del mediador

La mediació és una forma voluntària i confidencial de solució de conflictes. El meu paper serà acostar posicions, ajudar-vos a fer que la comunicació sigui eficient, a concretar quins són els interessos en disputa i a identificar possibles opcions per arribar a un acord. Però que quedi clar que les decisions les prendreu vosaltres.

Jo no soc aquí per jutjar-vos o per decidir qui dels dos té raó. Tampoc us oferiré consell legal o teràpia. El meu paper és ajudar-vos a acostar posicions i a negociar per arribar a acords que resolguin aquest tema.

Actuaré de manera imparcial i neutral. En cas que en algun moment penseu que no és així, us agrairia que poséssiu el tema sobre la taula o me'l comenteu. Com us deia, aquest és un procediment voluntari: avui comencem, però si en algun moment vosaltres o jo mateix pensem que no respon més als vostres interessos, ho podem deixar a favor d'altres vies per resoldre aquesta diferència, inclosa la legal.

Rol de l'advocat

Com us he dit en reunions prèvies, els vostres advocats són més que benvinguts a la mediació. Caldrà valorar si és necessari que assisteixin personalment a totes les sessions de mediació, però en tot cas això és una decisió que heu de prendre vosaltres amb els vostres lletrats.

En cas que no hi assisteixin, sí que és important mantenir-los al corrent de com avança la mediació. Els mediadors, amb el vostre permís, els anirem contactant també per mantenir aquesta línia de comunicació oberta.

Confidencialitat

Com sabeu, tot el que es digui aquí serà confidencial i per part meua no ho comentaré amb terceres parts. Veureu que prenc notes, però són notes internes per fer un seguiment de la sessió. Un cop acabada la mediació, seran destruïdes. En la majoria de casos, la mediació acaba amb acords, però en cas que anéssiu a judici, no em podeu cridar com a testimoni.

Com funciona la mediació?

La forma de procedir serà a través de sessions conjuntes i individuals. En principi, la conversa serà de tots tres junts, però si en algun moment voleu parlar individualment amb mi, m'ho podeu sol·licitar. Potser en algun moment de la conversa, jo també us demanaré de fer-ho amb vosaltres. En tot cas, si tinc una reunió amb un de vosaltres, també donaré l'oportunitat a l'altre de tenir aquest espai.

Normes

Veieu que teniu davant vostre un paper. Us demanaré que si teniu alguna cosa a dir, no us interrompeu, sinó que anoteu allò que vulgueu dir. En tot cas, us vull assegurar que en aquest espai tindreu oportunitat de dir i de comentar tot allò que vulgueu.

Dubtes i compromís per mediar

Teniu alguna pregunta sobre el que us he comentat? Esteu d'acord a iniciar aquest procediment de mediació? Molt bé. El que us demanaré ara és que em comenteu què és el que us porta a mediació i què voldríeu aconseguir d'aquest espai. Qui dels dos vol començar?

8.8.2. Etapa 2. Què passa? La presentació de les parts

Un cop explicada la mediació és el torn de les parts. En aquest moment són les protagonistes en el conflicte les que explicaran què les porta a mediació i què en voldrien treure. En aquest punt és important que les parts puguin expressar-se, però acotant els temps inicials, ja que el risc és que sentin que és “el seu moment” per expressar tot allò que volen que escolti l'altra part i ho facin sense mesura, incomodant massa l'altra part o fins i tot perdent el fil del conflicte sotmès a mediació.

També és un bon moment per començar a reformular frases i fer servir un llenguatge més constructiu, menys acusador i orientat cap al futur. A tall d'exemple, a la frase: “Vinc a mediació perquè el meu exmarit és un pare irresponsable que no s'ocupa prou dels nens”, podeu reformular-ho dient, per exemple, “pel que comentés, una bona atenció als nens és important i aquest és un dels punts que voldries tractar en mediació”.

Els objectius d'aquesta etapa són:

- Obtenir informació del conflicte;
- Començar a promoure en les parts un exercici d'escolta de l'altre.

Per començar, cal donar la paraula a una de les parts i demanar que expliqui quin és el tema que els porta a mediació. En aquest moment pot ser d'ajuda evitar paraules com “conflicte”, “disputa”, “baralla” o “desacord” i fer servir paraules més neutres, com “tema” o “assumpte”. O fins i tot fer preguntes molt neutres com: “Què et porta a mediació”?

Un cop explicat, serà el torn de l'altra part. En el meu cas, jo prefereixo fer resums conjunts. És a dir que primer escolto totes les parts i després faig un resum que inclogui tot el que m'han dit. Això m'ajuda a identificar i fer patent que sovint alguns dels objectius amb què venen a mediació són comuns.

Podem prendre notes?

Una de les preguntes que em fan sovint és si es poden prendre notes, i què se'n fa. Personalment, jo intento prendre el mínim de notes, excepte elements molt específics com poden ser xifres, noms o dates. D'aquesta manera em quedo amb l'essencial. Però si fa falta, tampoc hi ha cap inconvenient a agafar notes. Això sí, és important ser transparent en tot moment i explicar que s'estan prenent notes per no oblidar cap element essencial. Aquest és un dels punts on la mediació pot ser d'ajuda, ja que mentre un mediador escolta i dirigeix la reunió, l'altre pot estar més atent als detalls i prendre notes.

Un cop acabada la mediació, jo destrueixo aquestes notes.

En aquesta fase es pot començar la tasca de promoure un diàleg. Per exemple, a vegades una de les parts està explicant el seu punt de vista i la contrària la interromp per fer algun aclariment. Si aquestes interrupcions són mútues i es fan en el marc d'un diàleg (i no per insultar, criticar o cridar), el mediador pot deixar-les passar.

Així mateix, un detall que pot contribuir a crear aquest clima de diàleg és encoratjar les parts a compartir el seu punt de vista i no a respondre a allò que ha dit l'altra part.

Idealment, aquesta fase hauria d'acabar amb una llista de temes que les parts volen tractar en la mediació. Aquesta llista pot ser genèrica a l'inici i anar-la concretant a mesura que avança el treball amb les parts. D'aquesta manera començareu a tenir els elements que us ajudin a planificar la mediació i valorar per quins temes es pot començar. A continuació podeu trobar un exemple de llista en diferents temàtiques:

- **Veïns:** Descans nocturn, llicències a nous bars, bon veïnatge, neteja de l'escala...

- **Laboral:** Divisió de tasques en el projecte X, comunicació amb els clients, salaris, reconeixement, *feedback*, respecte...
- **Familiar:** Custòdia, visites, ús del domicili familiar, cura dels pares, escola, noves parelles, respecte, valors educatius...
- **Comercial:** reparació del producte, política de devolucions, compensació...

Aquesta fase pot ajudar també els mediadors a completar la informació que hagin anat recopilant durant la premediació amb l'objectiu de dissenyar o adaptar l'estratègia de mediació. En concret, alguns elements importants que cal buscar són:

- A qui afecta més el conflicte?
- Quina és la intensitat emocional?
- Què s'ha intentat abans de venir a mediació?
- Quins són els interessos o necessitats comuns?
- Hi ha alguna persona externa a les parts que pugui ajudar a acostar posicions? I algun sabotejador de la mediació?
- El temps de resolució del conflicte és important?

8.8.3. Etapa 3. Què volen les parts? Identificació d'interessos i necessitats

L'etapa anterior obté com a resultat una llista genèrica de temes que les parts volen tractar. En aquesta etapa el que fem els mediadors és aprofundir en el conflicte i entendre per què aquests temes són importants per a les parts. Es tracta, doncs, d'identificar els interessos, les necessitats i tots els elements subaquàtics del conflicte que hem explicat en l'apartat 8.3.

En concret, els objectius d'aquesta fases són:

- Identificar els elements profunds del conflicte;
- Promoure un diàleg entre les parts;
- Passar d'un focus del conflicte centrat en el passat al futur;
- Obtenir una agenda que ens permeti implementar la resta de la mediació.

En l'etapa anterior hem vist que si les parts començaven a parlar entre elles de manera constructiva, podíem fer un pas al costat i donar-los espai. En aquesta fase, els mediadors hem de ser més actius a l'hora de fomentar aquest diàleg.

En aquesta etapa, algunes de les tècniques que podeu fer servir són les preguntes creuades, els resums creuats i les preguntes apreciatives, que veurem en detall en el capítol següent.

En el desenvolupament d'aquesta fase hi ha alguns elements que caldrà tenir en compte:

a) L'agenda

Com a resultat d'aquesta fase hauríem de redactar, de manera consensuada amb les parts, una agenda que ens ajudi a guiar la resta de la mediació. Aquesta agenda és una evolució de la llista inicial de temes i el que fa és incloure no només les temàtiques generals que les parts volien tractar, sinó una llista de temes molt específica.

A banda d'anotar totes les temàtiques, també cal treballar amb les parts per ordenar-les segons una llista de prioritats. Així mateix, cal identificar (segurament en sessions individuals) quins són els temes “durs”, irrenunciables per als protagonistes, dels que estarien oberts a negociar (amb més o menys flexibilitat).

b) El paper de les emocions

A l'hora de redactar l'agenda, cal tenir en compte quin és el paper de les emocions. Si bé no tenen sempre un paper preponderant en un conflicte, cal ser conscients que tot conflicte genera emocions, i les haurem de tenir presents.

Un parell d'exemples. En una separació, les emocions estan a flor de pell. Són conflictes molt intensos en què les emocions són molt evidents i el mediador les ha de tenir en compte a l'hora d'elaborar l'agenda. Pot ser que l'agenda hagi d'incloure ítems com el respecte (o la manca de respecte), una comunicació que no faci mal o el respecte a la sensació de dolor i esgotament que tenen les parts quan acaben les sessions i que els pot durar uns dies.

Per contra, si estem treballant en una dissolució societària, segurament els temes que inclourem en l'agenda seran exclusivament professionals i tindran més a veure amb la valoració de les accions, els components de negoci que es quedarà cada soci, el repartiment de la cartera de clients... Però això no vol dir que les emocions no existeixin, i d'alguna manera les haureu de gestionar. En aquests casos, el més efectiu sol ser fer-ho en sessions individuals.

En aquells casos en què les emocions formin part de l'agenda serà important gestionar-les amb certa prioritat i trobar acostaments en aquests punts. Altrament, existeix el risc que les emocions actuïn com una àncora

que mantingui les parts en el passat i acabi bloquejant les negociacions. És necessari que abans d'entrar a negociar possibles solucions, el conflicte estigui tan calmat com sigui possible i les parts s'hagin sentit reconegudes i escoltades.

En aquest àmbit de les emocions, alguns dels temes més corrents que us podeu trobar són:

- Expectatives frustrades, sobre l'altra part o sobre temes específics
- Temes del passat que no s'han tancat bé
- Malentesos i altres bloquejos de la comunicació
- Manca de reconeixement
- Sensació de traïció
- Decepció
- Autoestima (o falta d'autoestima)
- Percepcions de violència

8.8.4. Etapa 4. Comencem a negociar: creant opcions

Un cop queda més clara la dimensió del conflicte i, sobretot, què volen les parts i què és allò que realment els importa, és el moment de començar a crear opcions. En aquesta fase, la mediació avançarà combinant sessions individuals i conjunes. En les sessions individuals es poden explorar opcions sense por de quina sigui la reacció de l'altra part. Les sessions conjunes serveixen per posar en comú aquells temes on el mediador identifica que poden existir punts de trobada.

En concret, els objectius d'aquesta fase són:

- Crear el màxim d'opcions
- Identificar aquelles opcions que poden ser més vàlides

En aquest punt, hi ha tres conceptes que s'han de tenir molt clars:

a) MAAN: Millor alternativa a un acord negociat

Aquest terme prové de l'escola de mediació de Harvard. Consisteix a identificar, juntament amb les parts, quina és la seva millor alternativa en cas que la mediació no acabi amb un acord. L'objectiu és assegurar-se que l'acord final sigui millor que el seu MAAN.

b) PAAN: Pitjor alternativa a un acord negociat

Sovint, quan les parts es troben en un conflicte, són conscients d'allò que poden guanyar, però una mica menys de les conseqüències negatives que

el conflicte els pot aportar. Per tant cal també ajudar-les a identificar els pitjors escenaris en cas que una mediació no assoleixi un acord.

c) ZOPA:¹⁷ Zona de possible acord

A mesura que comença el procediment de negociació, el mediador també ha d'identificar els elements que poden formar part d'un eventual acord. A vegades, en converses individuals, el mediador pot sentir ofertes o demandes que l'altra part fàcilment acceptaria o que fins i tot són coincidents.

Pot ser que en una fase inicial de la negociació (quan totes les cartes encara no estan sobre la taula o no s'han identificat bé tots els elements) sigui prematur fer aquestes situacions visibles, però el mediador les haurà d'anar identificant. El que sí que pot fer és compartir amb les parts que després de converses individuals ha estat capaç d'identificar possibilitats d'acord.

Vegem un exemple que ajudarà a entendre millor aquests conceptes:

Imaginem que el Marc i la Marta són socis en una empresa. El Marc vol marxar i estaria disposat a vendre-li la seva part a la Marta. Li demanaria 200.000 € i emportar-se la meitat de la base de dades de clients, i podria ser flexible en la xifra (180.000 €). Alternativament, podria vendre-li la seva part a la Marta per una xifra superior sense emportar-se cap referència de clients. Però si no hi ha acord, el Marc podria vendre la seva part a una empresa de la competència que li ofereix 150.000 €. Necessita vendre amb certa celeritat, ja que deixarà el país al cap de pocs mesos per iniciar un projecte en un altre continent.

La Marta està disposada a comprar l'empresa al Marc per una xifra entre 170.000 € i 210.000 € i el Marc es podria emportar una part dels contactes dels clients (els del Marc), sempre que no suposi un augment de la competència. Menciona que un eventual procediment judicial no li fa cap por. Podria pujar fins als 240.000 € si el Marc no s'emportés cap referència de clients.

En aquest cas, el MAAN del Marc és vendre la seva part a la competència. No rebrà tants diners com hauria volgut, però seran uns diners relativament ràpids. Però també ha de tenir en compte els pitjors escenaris possibles (PAAN), com ara que la Marta pugui iniciar un procediment judicial que s'allargui diversos anys.

Pel que fa a la Marta, el seu MAAN és iniciar un procediment judicial, però també ha de tenir en compte la possibilitat (PAAN) que una part

17 Per les seves sigles en anglès: *Zone Of Possible Agreement*.

de l'empresa o dels clients acabin en mans de la competència, a més de les conseqüències que pot tenir un procés judicial que duri anys.

De la poca informació que tenim, una possibilitat d'arribar a un acord (ZOPA) consisteix en què el Marc pugui endur-se els contactes d'alguns clients (a negociar) i que el preu de venda estigui entre 180.000 i 240.000 €, depenent del que passi amb els clients.

En aquest moment hi ha dues tècniques que poden ajudar les parts: la pluja d'idees i l'agent de la realitat, que es veuran en el capítol següent.

8.8.5. Etapa 5. Redacció de l'acord i tancament de la mediació

La darrera etapa de la mediació consisteix a plasmar els acords assolits en un acord de mediació.¹⁸ En cas que no s'hagi assolit cap acord, o que formalment el final de la mediació no en necessiti cap per escrit, també és aconsellable fer un tancament formal del procés: de la mateixa manera que es va convidar les parts al seu espai de mediació, també cal tancar-lo i extreure'n les lliçons apreses.

Els objectius d'aquesta fase són:

- Concretar i redactar en un acord de mediació els acords assolits
- Identificar elements necessaris per fer-ne el seguiment
- Tancar la mediació destacant-ne els avenços i els punts pendents

En el moment en què els mediadors veuen que la mediació està arribant al final, han de reflexionar sobre alguns punts relatius a l'acord, de manera específica:

- És necessari un acord escrit de mediació?
- En cas que així sigui, qui el redactarà? El mediador farà una primera redacció i la passarà als advocats?
- Quins elements, a banda dels de natura més jurídica, s'inclouran en aquest acord?
- Com s'explicarà als col·lectius, en cas que estiguem en una mediació treballant amb representants de grups més grans?
- Com s'integraran els acords parcials en l'acord final?
- És necessari introduir clàusules de retorn a la mediació?

¹⁸ Per la seva importància, es dedicarà un apartat sencer (l'11.3) a l'acord de mediació, i un capítol sencer (12) a la seva executivitat. En aquest apartat ens centrarem sobretot en els elements que cal tenir en compte en aquesta fase de tancament.

Algunes d'aquestes preguntes es respondran en l'apartat dedicat a l'Acord de Mediació, però, en la fase on estem, un dels elements importants que cal tenir en compte és què passa si no hi ha cap acord de mediació.

Algunes vegades la mediació no arriba a tancar acords. Però fins i tot en aquests casos no es pot dir que l'esforç que hi han esmerçat les parts i els seus advocats no hagi servit per res. Fins i tot en aquests casos la mediació serveix per reduir la intensitat del conflicte, generar un mínim d'empatia o confiança i entendre molt millor què és allò que vol cada part. Sovint, la feina que s'ha fet en mediació serveix de base perquè continuï el treball dels advocats, i moltes vegades ens trobem en què casos en què no s'ha pogut tancar un acord de mediació acaben resultant en transaccions judicials.

a) El tancament

Sigui quin sigui el resultat de la mediació, és important tancar el procediment. Amb independència que les parts hagin arribat a acords o no, la mediació els haurà suposat un esforç i un desgast d'energia força important. Per tant, de la mateixa manera que la mediació té un procediment d'obertura, és necessari tancar el cercle i fer un tancament formal.

D'aquesta manera es reconeix la feina feta i es deixa una porta oberta: a vegades no és el moment d'arribar a acords. Pot passar que el conflicte no sigui prou evident, o que les parts hagin de fer canvis en la seva vida i deixar anar llast abans de poder acordar. Però cal deixar oberta la possibilitat que més endavant puguin tornar a la mediació si les condicions són més adequades.

A tall d'exemple, en aquesta sessió de tancament els temes que el mediador pot destacar són els següents:

- Reconèixer la feina i l'esforç fets
- Recordar el punt de partida i els avenços que hagin fet les parts¹⁹
- Identificar els punts on s'han assolit acords
- Identificar els punts on encara no hi ha acord i què han proposat les parts
- Recordar que el mediador està a disposició

19 En dotze anys d'exercici de la mediació no recordo cap cas en què un procediment no hagi comportat alguna millora en el tema, la relació entre les parts o les mateixes persones que venen al procés. A vegades les ajuda a entendre millor què ha passat en el trencament d'una relació (laboral, familiar, empresarial) i les ajuda a fer el dol; a vegades millora la relació en un departament d'una empresa, encara que no s'assoleixin acords concrets; a vegades, la relació entre les parts passa de ser de total enfrontament a tenir certa cordialitat (tot i que continuïn sense d'acord), i a vegades s'entén millor el conflicte.

9. Estratègies i habilitats del mediador

Fins ara hem vist com dissenyar i implementar un procediment de mediació. En aquest capítol veurem amb més detall algunes de les principals tècniques que fa servir el mediador.

Per tal d'analitzar les habilitats que ha de treballar el mediador, és interessant fer-hi una aproximació des d'una de les definicions del procés de mediació, per exemple: “La mediació és un procés flexible i obert que permet una aproximació a l'anàlisi del conflicte des de diferents perspectives. Així mateix, és un procés que requereix una gran atenció, ja que el mediador ha de comprendre el sentit de les paraules i les seves variants.”

La definició transcrita ens permet intuir que el mediador haurà de ser una persona creativa, perquè l'aproximació al conflicte es farà des de diferents perspectives. Al mateix temps haurà de ser una persona empàtica i atenta a les informacions que faciliten les parts, i haurà de ser capaç de fer-los un retorn positiu que els permeti construir un acord col·laboratiu.

L'anàlisi de les diferents habilitats del mediador permet comprendre com és capaç de transformar una situació de conflicte i confrontació en un treball conjunt de les parts per assolir acords duradors.

9.1. Les sessions individuals o caucús

Alguns mediadors, sobretot de l'escola més transformativa, són partidaris de fer un ús mínim de les sessions individuals i privilegiar les trobades conjuntes.

Personalment, penso que les sessions individuals poden aportar beneficis considerables a la mediació, ja que hi ha moments en què el treball conjunt queda bloquejat. En aquest sentit, cal ser flexible i valorar que, fins i tot durant una sessió que està planificada com a conjunta, es pot demanar a les parts fer trobades individuals de vint minuts per tornar després a la sessió conjunta.

Cal recordar que les sessions individuals es poden convocar a iniciativa del mediador o bé quan les parts ho necessitin. En tot cas, és essencial recordar que tot allò que es digui en una sessió individual és confidencial i no pot ser compartit amb l'altra part llevat que es doni permís.

A vegades ens podem trobar que es dona una informació als mediadors que pot ser útil transmetre. En aquest cas, el mediador hauria de reflexionar juntament amb la part en els beneficis que comportaria per al procediment compartir aquesta informació. Per exemple, en una sessió individual una part pot compartir que la propietat d'una casa no és important per a ella, més enllà del valor econòmic, però nosaltres podem saber que aquesta casa té un valor sentimental molt alt per a l'altra part. Podria ser d'ajuda compartir que no està qüestionat que aquest bé acabi sent reservat a aquella part que realment el vol, i que el que caldrà és trobar un acord de caràcter més aviat econòmic o que es pugui compensar en negociar altres qüestions.

De manera més específica, una sessió individual pot ser útil per treballar els objectius següents:

- Superar bloquejos en la comunicació o la negociació;
- Crear un espai d'alleujament on les parts es puguin desfogar sense estar en presència de l'altre;
- Crear un espai de seguretat;
- Identificar agendes ocultes de les parts;
- Explorar opcions;
- Crear *rapport*²⁰ i confiança en el procés;
- Clarificar malentesos.

En el cas de la comediació, una pregunta que sorgeix sovint és sobre la possibilitat que cada mediador faci una reunió amb cada part. Personalment no soc gaire partidari d'aquesta opció, ja que plantejo la comediació com un treball en equip. Així, jo crec que és útil que l'equip treballi de manera conjunta en aquestes reunions individuals, que a vegades poden ser més difícils de gestionar fins i tot que una reunió conjunta.

Això no treu que en el curs d'una mediació cadascun dels comediadors pugui estar més centrat en una part. Per exemple, sovint entre sessions es necessita comunicar amb elles o amb els seus advocats (per telèfon, e-mail o serveis de missatgeria) i pot ser útil que aquesta comunicació la lideri un mediador diferent per a cada part, depenent del nivell de confiança.

20 Una paraula que m'agrada especialment és la de *rapport*. Aquest és un terme que prové de la disciplina psicològica i que té una difícil traducció directa al català. Es tracta de la connexió que es pugui establir entre dues persones i que inclogui empatia, confiança i obertura a l'hora de comunicar. Com la defineix Moore, es tracta "del grau de llibertat experimentat en la comunicació, el nivell de confort de les parts, el grau de precisió en allò que es comunica i la qualitat del contacte humà" (Moore, 2003, p. 94-95).

9.2. La comediació

Fins ara s'ha presentat la mediació com la tasca d'un sol professional treballant amb les parts en conflicte. Però sovint us trobareu que la complexitat dels casos, o una millor atenció als clients, us portaran a treballar en un equip de mediació. És el que es coneix com a comediació.

Treballar conjuntament amb altres professionals de la mediació comporta grans avantatges. També pot aportar un valor afegit als clients. Els principals avantatges que pot tenir la comediació són els següents:

- **Complementació:** La comediació pot ajudar a complementar les competències dels professionals de la mediació, tant pel que fa a l'experiència com als coneixements específics sobre la matèria. Per exemple, si estem treballant un conflicte en l'àmbit sanitari, pot ser molt útil que un dels mediadors sigui un professional d'aquest sector. Així mateix, la comediació ens pot ajudar a complementar les habilitats en què nosaltres ens sentim més limitats. A tall d'exemple, a vegades treballo amb mediadors advocats amb molt bona comprensió jurídica i anàlisi dels conflictes, però que es poden sentir més incòmodes en la gestió emocional amb les parts.
- **Equilibri:** De la mateixa manera que la comediació permet complementar perfils professionals diferents, també pot ajudar a complementar perfils més personals. Un exemple que potser és dels més clars: en una mediació per separació, sovint és molt útil que l'equip estigui format per un mediador i una mediadora. O si estem treballant en una mediació en què les parts són d'edat avançada, pot ser útil que un dels mediadors també ho sigui.

Això ens pot ajudar a reforçar la connexió amb les parts, així com la sensació que estem treballant d'una manera neutral i imparcial i respectant l'equilibri entre les parts. Aquest aspecte pot ser de molta utilitat tant en les sessions conjuntes com, sobretot, durant les sessions individuals i les comunicacions que tinguem amb les parts i els seus advocats entre sessions.

- **Guany d'experiència:** Un tercer element que ens pot ajudar a treballar la comediació és el de guanyar experiència. Sovint, quan parlem amb mediadors acabats de formar, una de les barreres que ens expliquen és la de "llençar-se a la piscina" per primer cop. Treballar en comediació pot ajudar a viure aquestes primeres experiències amb una sensació de tenir una "xarxa de seguretat" d'un professional que tingui més rodatge en la mediació.

- **Desconnexió:** Com anireu veient a mesura que us aneu introduint en la mediació, es tracta d'intervencions que sovint són exigents en termes de l'energia que s'hi ha de dedicar. La comediació permet que en moments emocionalment molt carregats o en què ens sentim cansats, puguem “desconnectar” durant uns minuts de la mediació.
- **Informació i anàlisi del conflicte:** El treball conjunt de diferents professionals mediadors, sovint amb diferents competències, ens pot ajudar a fer un anàlisi més acurada i completa del conflicte. Per exemple, en alguns casos gestionats en l'àmbit societari ens ha estat molt útil comptar amb professionals amb experiència en àrees com la comptabilitat o la fiscalitat. Així mateix, en mediacions d'àmbit laboral pot ser de molta ajuda tenir la col·laboració de mediadors que tinguin experiència en riscos laborals o gestió de recursos humans.
- **Estils de mediació:** Finalment, la comediació pot permetre desplegar diferents estils de mediació que ens poden ser útils al llarg de les diferents fases del procés. Per exemple, jo tinc un estil més facilitador i que dona molt espai a les parts a expressar-se i tenir la sensació que poden “buidar el pap” durant les sessions. Així mateix, poso molta atenció a la gestió de les emocions de les parts i a ajudar-les a empoderar-se i desenvolupar les seves competències en matèria comunicativa.

Però al llarg de la mediació també hi ha moments en què cal anar per feina i tenir estils molt més directius que ajudin a avançar i a anar tancant acords de manera progressiva a mesura que avança la mediació. També pot ser útil recordar a les parts que cal treballar i responsabilitzar-se d'una part de la gestió del conflicte. És per aquest motiu que sovint trobo de molta utilitat treballar amb advocades i advocats mediadors que solen tenir aquest estil molt més directiu i que ens permet anar adaptant la mediació a les fases per les quals va passant el conflicte.

Si d'una banda hem vist quins poden ser els principals avantatges, també hem de ser conscients que la comediació pot comportar riscos, com una coordinació deficient o que les parts tinguin la sensació que el procediment de mediació no té una estratègia clara. És per això que és important preveure reunions per planificar la comediació i analitzar com evoluciona, tant abans com durant el procés. Així mateix, pot ser útil una reunió després del procediment per avaluar com ha anat i quines són les lliçons que se'n poden aprendre.

En aquestes reunions de preparació i seguiment de la comediació és important tenir en compte elements com:

- **Lideratge:** Un primer element és saber qui serà el mediador que portarà el lideratge de la sessió. Mentre un dels mediadors porta la iniciativa a l'hora de fer preguntes i decidir cap a on dirigir la sessió, l'altre pot estar més atent al llenguatge no verbal, a les reaccions de les parts a les respostes que es van donant o pot fer preguntes de suport. Aquest lideratge pot ser compartit durant la sessió, però és important no trepitjar-se i seguir l'estratègia que marqui el mediador que lideri la sessió.
- **Comunicació:** És clau establir canals de comunicació amb el comediador. Com us passareu els missatges? Si en algun moment penseu que alguna cosa no va bé, com us ho direu sense que ho percebin les parts?
- **Repartiment:** Finalment, també pot ser útil decidir qui dels comediadors dedicarà més atenció a cadascuna de les parts.

9.3. L'ús de l'espai físic

Un dels elements que sovint no es tenen prou en compte durant la mediació és l'ús que podem fer de l'espai. Si bé no és un element determinant, sí que el podem fer servir per organitzar o canviar dinàmiques de comunicació entre les parts. A continuació plantejem tota una sèrie d'elements ideals, però això no significa ni de bon tros que no es pugui dur a terme una mediació de qualitat sense aquests elements.

9.3.1. La sala de mediació

La sala on fem la mediació hauria de transmetre la mateixa impressió que pretenem en una mediació: calma, serenor, diàleg... És per això que idealment una sala dedicada a la mediació hauria de tenir elements com llum natural i uns colors que contribueixin a calmar els ànims. En cas que la sala que es destini a la mediació no tingui llum natural, hauríem de fer pauses durant la mediació o planificar sessions més curtes. També pot ser recomanable que la sala estigui decorada amb peces d'art que ajudin a transmetre una sensació de serenor.

Una pregunta que cal que ens fem és si les sessions s'han de fer al despatx del mediador o al de les parts. Personalment, penso que és més útil que les parts (tant en sessions individuals com conjuntes) es trobin en territori neutre, és a dir, al despatx del mediador. Fer les sessions allà on té lloc el conflicte pot dificultar flexibilitzar punts de vista o veure les coses de manera diferent. Això no treu que la sessió informativa es pugui fer al despatx

de les parts, o que en algun moment determinat sigui útil fer trobades a l'indret físic on té lloc el conflicte. Per exemple, en disputes en comunitats de veïns pot ajudar a fer avançar la mediació i entendre millor quina és la conflictivitat i els punts de vista de les parts si les reunions es fan a la mateixa comunitat.

Cal tenir en compte també que al llarg de la sessió de mediació podem voler fer sessions individuals amb les parts, i per tant hem de pensar a tenir una sala on la part amb qui no estem parlant es pugui esperar. Hem de parar compte que la conversa individual que tinguem no es pugui sentir des de la sala on s'estigui esperant. Una alternativa és demanar a la persona amb qui no parlem que vagi a fer un volt (o fer encàrrecs o prendre un cafè) i torni al cap de l'estona que vulguem dedicar a la sessió individual. Això el pot ajudar a tornar a la sala amb el cap fred i noves idees.

En cas que en tinguem la possibilitat, una pràctica que se seguia al centre de conflictes empresarials on treballava als Estats Units era la d'habilitar tres sales per a les mediacions. Dues estaven destinades a cada part, per poder conversar amb els seus advocats. La tercera sala estava destinada a les reunions conjuntes. Tot i això, es pot treballar perfectament i desenvolupar un procés de mediació eficaç i eficient amb recursos més limitats quant a l'espai físic.

9.3.2. Complements

A la sala també hauríem de pensar a tenir-hi alguns complements com aigua o mocadors de paper. En alguns moments de la mediació la tensió pot ser alta i un got d'aigua pot ajudar, o uns mocadors de paper en cas que una de les parts plori.

Durant la meva pràctica als Estats Units vaig observar que algunes empreses dedicades a la mediació tenien una tauleta auxiliar amb snacks, patates fregides i fruita. Durant moments tensos de la mediació es convidava les parts a aixecar-se i aturar la mediació uns minuts aprofitant per fer un mos.

9.3.3. La taula: formes de seure

Segurament aquest és un dels elements més importants quan comencem una mediació: com hauria de ser la taula de mediació i com haurien de seure les parts?

Començant per la taula, idealment hauria de ser circular, per transmetre la sensació d'equilibri, circularitat i que ningú és més important que un altre.

En tot cas, si no tenim a disposició una taula circular, sí que és important que les parts no seguin una davant de l'altra, ja que això pot contribuir a la sensació d'enfrontament. Per contra, pot ser útil fer seure les parts en conflicte una al costat de l'altra.

Canviant dinàmiques en un consell de família

Durant una mediació en una empresa familiar es va fer una sessió conjunta en què va participar tota la família. Van seure a la sala de juntes de l'empresa, als mateixos llocs on s'asseien durant les reunions del consell de família. Segurament el que més saltava a la vista és que el director general (pare, avi i tiet d'alguns dels integrants) va seure al cap de taula, i en una cadira més alta que els altres.

Com a mediadors, una de les primeres actuacions va ser demanar que la manera de seure fos diferent de com solien fer-ho durant els consells de família per tal d'evitar que es reproduïssin les mateixes dinàmiques. Aquest canvi va permetre que les maneres de comunicar fossin diferents i més constructives.

9.3.4. La pissarra

Aquest és un element que no hauria de faltar en una sala de mediació. Podem fer servir una pissarra de paret o un paperògraf.

La pissarra ens pot ajudar a anar apuntant els elements importants que les parts vagin explicant durant la mediació. Així mateix, pot servir per visualitzar els elements en què les parts no estan tan allunyades com podria semblar d'entrada. A tall d'exemple, sovint en les mediacions per separacions o divorcis ja als inicis de la mediació es veu que les parts no estan tan allunyades en aspectes com preocupar-se per una bona educació dels fills, els valors que els volen donar, el respecte mutu o que el procediment sigui el menys dolorós possible per als menors.

Com diu William Ury, la pissarra ens pot ajudar a passar d'un enfocament del conflicte d'un contra l'altre a un enfocament on les parts col·laboren per enfrontar-se a un problema o una qüestió que totes dues volen solucionar i que està representat a la pissarra.

Finalment, la pissarra ens pot servir per afegir elements de dinamisme a la mediació. Per exemple, en moments de tensió pot ajudar que el mediador s'aixequi de la taula i demani a les parts que es fixin en algun dels elements que s'han apuntat a la pissarra. D'aquesta manera es passa el focus d'atenció (i tensió) de les parts cap a un element extern: la pissarra.

9.3.5. Canvi d'escenari

Un darrer element que cal tenir en compte en aquest apartat és la possibilitat que té el mediador de “canviar d'escenari”. Aquesta idea de canvi d'escenari és el que molts mediadors fem sovint quan demanem a les parts de veure'ns en sessió individual. Però tenim la possibilitat d'anar més enllà i provocar aquests canvis d'escenari d'altres maneres. Per exemple, es pot proposar a les parts continuar la mediació fora del despatx, a l'aire lliure. Potser aquest moviment no té gaire sentit si es tracta només de fer una sessió, però en mediacions que s'allarguen diverses jornades seguides sí que pot ajudar a superar bloquejos i a veure les coses des d'un altre punt de vista.

Una altra manera de canviar d'escenari és fer alguna de les sessions en una sala diferent d'aquella en què ens trobem habitualment. Per exemple, si estem treballant en comediació i veiem que alguna de les parts està bloquejada, se li pot proposar fer una sessió al despatx del mediador on normalment no es fa la mediació.

9.4. Empatia

L'empatia és la capacitat de posar-se en el lloc d'una altra persona i comprendre com se sent. És una habilitat molt important, ja que permet entendre les perspectives i necessitats dels altres. Quan dues o més parts estan confrontades, és molt interessant intentar que cada part empatitzi amb l'altra; això permet entendre millor els diferents posicionaments i, per tant, crear punts d'entesa comuns.

Una actitud empàtica significa estar atent a les necessitats i les emocions dels altres, escoltar-los activament i mostrar interès, tot de manera respectuosa. L'escolta sincera i amb voluntat de comprensió fa que les parts redueixin el grau de conflictivitat verbal i siguin capaces de començar a treballar per arribar a un consens.

Si la persona mediadora és capaç de posar-se al lloc de les parts, pot entendre les seves perspectives i necessitats i per tant les pot ajudar a trobar solucions satisfactòries i justes.

No s'ha de confondre l'empatia amb donar la raó o prendre partit; una cosa és mostrar-se interessat i amb voluntat de comprendre la part i una altra és adoptar un posicionament definit. L'empatia ha d'ajudar a establir una relació de confiança i respecte entre les parts i el mediador, per això és

important gestionar-la adequadament, no mostrar-se a favor d'una o altra part i mantenir sempre la imparcialitat i la neutralitat. El mediador empàtic és capaç d'escoltar les parts, identificar les emocions i els sentiments i reconèixer les preocupacions i els interessos.

Com aconseguir ser empàtic? Tot i no ser senzill, és una qüestió de pràctica. Mantenir una actitud empàtica, neutral i imparcial significa deixar els prejudicis i els estereotips de banda. És clar que la persona mediadora té els seus propis principis, però les parts no els han de percebre i han de copsar únicament l'esforç de comprensió i escolta.

Mai s'ha de relativitzar el problema que se sotmet al procés de mediació, i tampoc se n'han de treure conclusions precipitades o poc reflexives. La persona mediadora ha de conduir el procés de mediació mostrant interès pel que se li exposa, amb respecte a les parts i als seus posicionaments, i deixant de banda els seus propis principis o criteris, per tal d'intentar obrir nous punts de vista.

9.5. Intel·ligència emocional

El concepte d'intel·ligència emocional és molt recent, sorgeix l'any 1983 amb el psicòleg Howard Gardner, que considera que els tests de coeficient intel·lectual són insuficients per valorar la intel·ligència. Actualment, s'ha aprofundit més en el concepte d'intel·ligència i les seves tipologies.

En l'àmbit de la mediació ens interessa fer referència tant a la intel·ligència interpersonal com a la intel·ligència intrapersonal. La primera fa referència a la comprensió de les emocions de tercers, i la segona, al coneixement de les pròpies emocions. La diferenciació, el control i el coneixement d'ambdós tipus d'intel·ligència i, per tant, de les emocions, ens permetran avançar en la construcció d'un espai respectuós on es fomenta la comunicació entre les parts.

En termes generals, es pot definir la intel·ligència emocional com el conjunt d'habilitats que ens permet comprendre, gestionar i expressar emocions, tant pròpies com alienes. És per aquest motiu que la intel·ligència emocional de la persona mediadora serà un element clau en l'efectivitat del procés. Una persona capaç d'identificar i gestionar les emocions de les parts és, sens dubte, un element clau per a l'èxit d'un procés que neix amb posicions enconstrades. No es tracta només d'identificar les emocions de forma genèrica, sinó de ser capaç de detectar barreres emocionals que puguin estar obstaculitzant la resolució del conflicte.

La persona mediadora ha de ser capaç de comprendre les emocions de les parts, cosa que permetrà que se sentin compreses i escoltades, i això facilitarà l'avançament en l'objecte del conflicte. Tot i tenir una intel·ligència emocional desenvolupada, la persona mediadora ha d'estar alerta, perquè les emocions de les parts no sempre es deixen veure, i haurà d'intentar detectar també les emocions que les parts no han manifestat obertament però que tenen un vincle directe amb l'objecte del conflicte.

La capacitat de la persona mediadora per establir un entorn de confiança, comprensió i empatia és essencial, pot ajudar les parts a superar les diferències i a cercar solucions creatives que les beneficiïn.

Tal com s'ha avançat, és important tenir control de la intel·ligència intrapersonal (emocions pròpies), perquè permet a la persona mediadora tenir un posicionament neutre i objectiu durant el procés. Qualsevol desviació del posicionament objectiu podria fer decaure el procediment per falta de confiança de les parts en el mediador.

La persona mediadora ha d'actuar com a model per a les parts del conflicte. El seu control emocional, amb un to de veu lineal, respectuós i atent, ajudarà que les parts s'hi emmirallin i s'aconseguirà una comunicació més fluida.

Un cop descoberta la importància de la intel·ligència emocional en el procés de mediació, és convenient fixar algunes pràctiques que poden ajudar al desenvolupament d'aquesta habilitat. Per exemple:

- Fixar-nos en les emocions pròpies i alienes; és important ser capaç d'identificar emocions i etiquetar-les.
- Practicar l'empatia. Posar-se en el lloc d'un altre i intentar comprendre els seus sentiments.
- Aprendre a controlar les emocions i mantenir la calma en situacions d'estrès.
- Desenvolupar la consciència sobre un mateix, reflexionar sobre les pròpies emocions, necessitats i valors. Treballar l'autoconsciència permet millorar l'autoestima des del coneixement d'un mateix; si ens acceptem com som i som capaços d'identificar les emocions, els vincles, els sentiments i els nostres valors i objectius, ens serà més fàcil harmonitzar les nostres decisions i accions, i això ens farà sentir millor i, per tant, guanyar en autoestima.
- Treballar per una autoestima positiva ajudarà a superar dificultats i incrementarà la responsabilitat, ja que permet adquirir compromisos. També potenciarà la creativitat, ja que atribueix confiança a les capacitats pròpies.

- Treballar la comunicació emocional, intentar expressar les emocions de manera clara i efectiva.
- Treballar el desenvolupament personal, intentant millorar habilitats personals com la resiliència, la paciència o la tolerància. En aquest sentit, és fonamental tenir una valoració de nosaltres mateixos, ser conscients dels punts forts i els febles, i triar la formació més adequada per complementar o desenvolupar les habilitats com a persones mediadores.
- També pot ser interessant assistir a cursos o tallers sobre intel·ligència emocional, ja que permetran l'aprenentatge de tècniques i estratègies pràctiques.

El desenvolupament de la intel·ligència emocional no és una tasca ràpida, però sí que el treball sobre la pràctica dels elements ressenyats pot ajudar en la consciència del seu coneixement i, en conseqüència, en la seva aplicació en l'àmbit de la mediació.

9.6. Autoconeixement

L'autoconeixement és el procés de reflexió sobre un mateix, el primer pas per assolir la comprensió de qui som en termes de valors, creences, emocions, fortaleses i debilitats. És un complement necessari per a un bon desenvolupament de la intel·ligència emocional. En l'àmbit de la mediació, un bon autoconeixement ens permetrà gestionar les nostres emocions per tal de mantenir la neutralitat i la imparcialitat requerides.

Algunes pautes que ajuden a desenvolupar l'autoconeixement són:

- Reflexionar sobre les nostres emocions, necessitats i desitjos. (meditació).
- Identificar els punts forts i febles.
- Aprendre a acceptar les crítiques constructives i utilitzar-les per créixer i millorar.
- Practicar disciplina i autogestió.

Un coneixement aprofundit d'un mateix pot tenir efectes força positius en una mediació. En podem destacar els següents:

- **Més empatia:** La persona medidora amb un elevat nivell d'autoconeixement és més capaç de ser empàtic amb les parts. En comprendre millor les seves emocions i necessitats, és capaç de posar-se més fàcilment al lloc de les parts i comprendre millor les seves perspectives.

- **Comunicació efectiva:** La persona mediadora que coneix el seu propi estil de comunicació i pot adaptar-lo a les necessitats de les parts en conflicte introdueix una capacitat que pot esdevenir clau per a l'èxit de la mediació.
- **Control de l'estrès:** Si la persona mediadora comprèn bé allò que li provoca estrès, pot desenvolupar estratègies efectives per reconduir-lo o evitar-lo.
- **Més objectivitat:** Si la persona mediadora coneix i comprèn les seves pròpies creences i valors, podrà gestionar-los per ser més objectiu en l'anàlisi i l'acostament al conflicte.

L'autoconeixement, com a procés de reflexió, no és només interessant en relació amb la persona mediadora, sinó que pot ser de gran utilitat, en la seva pràctica, per a les parts en conflicte. És possible que les parts no hagin pres el temps suficient per valorar o analitzar les seves pròpies emocions o sentiments. Treballar l'autoconeixement de les parts pot ser fonamental per arribar a una resolució efectiva del conflicte.

A continuació es detallen algunes de les estratègies que poden ser útils:

- **Foment de la reflexió:** Durant el procés de mediació, la persona mediadora pot animar les parts a explorar les seves emocions, interessos i necessitats i a reflexionar-hi. Són l'origen de les posicions que es manifesten i la seva comprensió podria facilitar la trobada de punts en comú amb l'altra part.
- **Tècniques d'autoanàlisi:** Un exemple podria ser escriure un diari, respondre preguntes que ajudin les parts a reflexionar sobre les seves emocions i pensaments.
- **Fomentar una comunicació assertiva:** La comunicació assertiva implica expressar-se de manera clara i directa, però sense atacs ni acusacions. En la comunicació assertiva pot intervenir la persona mediadora ajudant les parts a expressar-se i a sentir-se enteses i escoltades.
- **Fomentar la curiositat i la tolerància:** La persona mediadora, mitjançant el plantejament de preguntes, pot fomentar un diàleg constructiu entre les parts.

A tall de conclusió, podem dir que un bon autoconeixement permetrà una millor gestió de les emocions, i això tindrà una incidència directa en la manera de comunicar-nos i facilitarà tant la gestió del conflicte com la de les parts en conflicte.

9.7. Preguntes obertes

A grans trets, de preguntes en tenim de dos tipus: tancades i obertes. Les preguntes tancades són les que donen lloc a un nombre limitat de respostes, com “sí”, “no” o una dada determinada. Per exemple, imaginem un diàleg en què una persona diu a l'altra que el que està explicant és mentida i el mediador pregunta: “És veritat que estàs dient una mentida”?

També parlem de preguntes tancades en aquells casos en què la pregunta ja inclou la resposta en ella mateixa o un judici de valor. Per exemple, imaginem una situació en què una treballadora es queixa de l'aire condicionat que posa una altra persona del despatx. Una pregunta tancada podria ser: “No penses que sent una mica més tolerant amb l'aire o posant-te un jersei el problema no seria tan greu?”.

Són preguntes que hauríem d'evitar, ja que el seu efecte és que les parts s'allunyin del mediador o que se sentin encara més atrinxerades en les seves posicions. Aquest és un dels punts on els advocats han de fer més atenció a l'hora de valorar que la intervenció professional com a advocat i mediador són diferents: en tant que advocats, se sol defensar la posició del client i, per tant, les preguntes que es puguin fer solen anar enfocades a reforçar la seva posició o debilitar la del rival. En tant que mediadors, en canvi, les preguntes hauran d'anar dirigides a ajudar les parts a reflexionar i generar empatia.

Per això com a mediadors utilitzem molt més les preguntes obertes. Són preguntes que permeten a la persona que les respon reflexionar i poder explicar amb total llibertat allò que vulgui. Sergi Farré en diu *preguntes elitives*. Aquesta paraula prové del verb llatí *elicere*, que significa ‘evocar, servir d'inspiració perquè allò que està latent o com a potencial es realitzi, es desenvolupi o s'exterioritzi’.²¹

Més endavant veurem exemples de preguntes obertes, però per agafar els exemples anteriors, a la persona que es queixa de l'aire condicionat li podríem demanar: “Què és el que et molesta de l'aire?”, o “com penses que es podria fer per tenir una temperatura al despatx que permetés treballar i et fes sentir còmoda?”. En el cas de la persona que es queixa de les mentides, algunes preguntes obertes podrien ser: “Què et fa dir que no és cert el que explica l'altra part”, o se li podria preguntar a l'altra persona: “Podries explicar la teva manera de veure aquest assumpte?”.

21 Sergi Farré, *Gestión de conflictos: taller de mediación*, 2009, p. 58.

Abans d'entrar a explicar de manera més específica les preguntes, volem indicar que és important tenir en compte tres elements:

- **Moment adequat:** Cal fer les preguntes en el moment adequat. Per exemple, demanar a una de les parts com se sentiria si fos ella qui rebés el tracte que està donant a l'altra part pot ser extremament efectiu per generar empatia. Però aquesta pregunta feta abans d'hora (per exemple, quan aquesta part no s'ha sentit escoltada o reconeguda) pot tenir l'efecte contrari i fer que encara es tanqui més en la seva posició.
- **To de veu:** Cal ser curós amb el to de veu que faci servir el mediador, ja que la mateixa pregunta feta amb un to de veu suau o de manera una mica més enèrgica o interrogadora pot tenir efectes totalment diferents. Això passa sovint amb preguntes que fan servir el "per què". Demanar "Per què et va semblar bona idea marxar amb els nens abans d'hora?" amb un to de veu o un altre tindrà efectes totalment diferents.
- **Silenci:** Un dels elements que més incomoda els mediadors novells és el silenci. Hi ha poques situacions més incòmodes que un mediador fent una pregunta que ve seguida d'un silenci de trenta segons o més per part del client. Sovint, la reacció natural és de dir alguna cosa o fer una altra pregunta, però cal tenir en compte que el silenci sempre significa alguna cosa (reflexió, incomoditat, dolor....) i, per tant, és important respectar-lo i deixar que parli.

De manera general, amb les preguntes obertes busquem els avantatges següents:

- **Informació:** Obtenir el màxim d'informació, no només sobre les posicions, sinó sobretot sobre els elements més profunds del conflicte.
- **Reflexió:** Ajudar les parts a reflexionar, inclús sobre aspectes que fins a aquell moment potser no havien valorat.
- **Confiança:** Les preguntes obertes mostren un interès genuí del mediador per entendre millor el conflicte i ajudar les parts a navegar-hi. Això ajuda a generar confiança.
- **Empatia:** També poden tenir l'efecte d'ajudar les parts a empatitzar entre elles, en entendre noves perspectives o desfer-se malentesos;
- **Responsabilitzar/Empoderar:** Aquesta tipologia de preguntes ajuda les parts a valorar que també tenen alguna responsabilitat en la situació conflictiva i en les solucions que s'acabin aplicant;

- Neutralitat/obertura: Demostrar que el mediador no els jutjarà i que, per tant, poden ser oberts a l'hora d'explicar les raons del conflicte i les possibles solucions que valorarien.

Sense ànim de ser exhaustius, a continuació podeu trobar exemples de preguntes obertes:

- Preguntes històriques: Tenen com a objectiu indagar sobre l'historial del conflicte.
 - Quina relació comercial havíeu tingut abans de l'incident?
 - Què va passar perquè sorgissin aquests malentesos?
- Preguntes de nucli: Busquen entendre què volen treure les parts del procediment de mediació.
 - Què us porta a mediació?
 - Què és el més important que s'hauria de solucionar avui?
- Preguntes reflexives: Busquen ajudar les parts a reflexionar.
 - Què hauria de passar perquè et sentissis respectada?
 - Si t'oferís un canvi a un producte d'una altra marca, què passaria?
- Preguntes clarificadores: Busquen clarificar punts i desfer malentesos.
 - Si ho entenc bé, les coses van començar a canviar quan vas obrir una nova franquícia i no podies atendre personalment tots els clients?
 - Exactament, com va anar la teva visita a la botiga?
- Preguntes circulars: Connecten pensament, expressió, emocions i accions. Busquen ajudar les parts a reflexionar.
 - Com penses que reaccionarà quan li diguis això?
 - Com et sentiries si algú hagués actuat d'aquesta manera?
- Pregunta de replanteig: Aquestes preguntes busquen un canvi de dinàmica en el conflicte i fer que les parts passin de pensar en el passat a reflexionar sobre possibles solucions.
 - a. Pel que m'heu comentat, tu Jaume voldries aclarir què ha passat perquè l'ordinador no funcioni un mes després de la compra i tu Maria voldries que se't compensés d'aquesta manera per aquest producte. Què se us acut per poder donar satisfacció a totes dues demandes?

- **Pregunta del miracle:**²² Aquest és un tipus de pregunta molt específica, provinent de l'escola circular-narrativa i de tècniques de teràpia breu sistèmica. El seu objectiu és col·locar les parts en un estat mental i emocional en què el seu problema ja està resolt i a partir d'aquí ajudar-les a veure què ha hagut de canviar per trobar aquesta solució.
 - a. Imaginem que aquesta nit tot canvia i demà us trobeu que el problema s'ha solucionat:
 - Què és diferent respecte a avui?
 - Com ho heu aconseguit?
 - Què heu fet cadascú de vosaltres per promoure aquest canvi?
 - Com us sentiríeu avui?
 - Què heu canviat per arribar a aquesta situació?
- **Preguntes apreciatives:**²³ Sovint tenim tendència a intentar identificar allò que no funciona. En el marc d'una mediació, és molt útil identificar allò que sí que va bé. Aquestes preguntes se centren a demanar a una part què és el que valora en l'altra o en la situació que els relaciona.
 - Què és el que més valora de la teva feina?
 - Quines característiques del teu cap penses que són més positives?
 - Què és el que més t'agrada de l'equip amb qui estàs treballant?
 - Què és el que més valora en l'altra part com a pare/mare?

Com ja hem indicat, aquest tipus de preguntes són molt poderoses a l'hora de generar empatia, però cal ser hàbils i fer-les en el moment adequat, quan el conflicte ja està una mica més calmat i podem tenir una certa seguretat que la resposta serà positiva i no un fred "res".

Per acabar, també volem compartir una tècnica específica per treure el màxim rendiment de les preguntes obertes:

22 Aquesta és una pregunta d'un nivell força avançat. Pot ser extremament efectiva però al mateix temps, si no es fa de la manera o en el moment adequat, pot comportar reaccions molt negatives. Per això s'aconsella que no es facin aquest tipus de preguntes fins que es tingui una pràctica consolidada de mediació. Així mateix, cal redactar-la de manera que surti natural i estigui adaptada a cada part.

23 També hem de pensar quin és l'objectiu de la mediació. Si es tracta de persones que d'alguna manera han de mantenir el contacte, és bo fer aquest tipus de preguntes. Si no s'han de tornar a veure mai més un cop acabada la mediació, potser no seran les que més farem servir.

Preguntes creuades

Es tracta de fer preguntes a una part sobre el que ha dit la contrària. Per exemple, en un conflicte entre un treballador i la seva cap ens podem trobar que el treballador explica que no se sent reconegut a la feina i que mai rep retorn del seu superior. En aquest cas podem demanar a la seva superior quins mecanismes estan planificats al seu lloc de feina per donar retorn als equips de treball.

Aquest tipus de preguntes pot ajudar a fer reflexionar a la cap (potser no hi ha sistemes), ajudar a empatitzar i fer veure a les dues parts que hi ha mecanismes, però que potser es poden fer servir millor.

9.8. Escolta activa

La mediació es basa en gran mesura en el domini d'habilitats comunicatives i de promoció del diàleg. Dues de les tècniques bàsiques dels mediadors són la seva habilitat a l'hora de fer les preguntes adequades a cada moment i saber escoltar més enllà del que puguin dir les paraules. Podem veure-les com dues cares d'una mateixa moneda.

L'escolta activa permet a la persona mediatra introduir nova informació sobre la part i el conflicte, ja que també participa en la conversa, no amb l'esperit de comunicar o defensar idees, sinó per millorar la comprensió del missatge. Col·lateralment, l'escolta activa ajuda a rebaixar el nivell de confrontació, ja que la part que se sent escoltada es calma i es concentra a expressar correctament les seves posicions o interessos i oblida la confrontació directa amb la contrapart. Escoltar atentament les parts dona l'oportunitat de resumir afirmacions parafrasejant-les, fer resums, preguntes, etc.

Fem servir l'adjectiu "activa" (també podríem dir-li empàtica) ja que l'objectiu és captar la totalitat del missatge que ens comparteix l'interlocutor. Tant el llenguatge verbal com el no verbal, tant el que diu com el que no diu, tant els elements més factuais com les emocions que hi associa.

Vegem-ho amb més detall. El primer que cal tenir en compte és que una gran part de la nostra comunicació és no verbal. El psicòleg Albert Mehrabian²⁴ considera que un missatge està format per diversos tipus de comunicació. Mentre que les paraules suposen un 7% del significat, el 38% està

24 A. Mehrabian & M. Wiener (1967). Decoding of inconsistent communications. *Journal of Personality and Social Psychology*, 6(1), 109-114.

format pel to de veu i el 55% pel llenguatge no verbal. Per tant, a l'hora d'entendre què ens vol comunicar una persona que ve a mediació haurem d'estar molt més atents al seu to de veu i al llenguatge no verbal que no al que diu amb paraules. I en cas que veiem inconsistències entre el que diu i el seu llenguatge no verbal, caldrà fer molt més cas a això darrer.

Per posar un exemple molt simple: segur que en algun moment hem tingut discussions en què la nostra parella ens deia “no passa res” o “estic bé”, però ho ha dit amb un to de veu més alt que l'habitual, amb els braços plegats o amb el cos projectat cap endavant.

Per entendre bé com l'escolta activa es pot traslladar a una mediació, hem de tenir en compte aquests cinc elements:

- **Paraules:** Aquest és un primer element, menys profund, de la comunicació. Són les paraules que escoltem o que llegim en un correu electrònic, per exemple.
- **Llenguatge no verbal:** A un nivell més profund, analitzem què ens està dient el llenguatge no verbal i el to de veu amb què les parts estan comunicant. En aquest sentit, el silenci a una pregunta del mediador o al que estigui explicant una de les parts també ens pot estar dient alguna cosa. En cas d'inconsistències entre el que es diu i el llenguatge no verbal, segurament serà aquest darrer el que ens donarà més pistes sobre el que realment aquella part vol comunicar.
- **Emocions:** Per escoltar una persona en tota la seva profunditat cal tenir també en compte i ser conscient de quines són les emocions que ens està traslladant en aquell moment.
- **Focalització:** L'escolta activa implica convertir aquella persona a qui estem escoltant en el centre de tota la nostra atenció. Per això és important que quan som en una mediació apartem tots els objectes que puguin distreure'ns, com telèfons mòbils, ordinadors o agendes. Així mateix, caldrà fer un esforç per tenir la ment neta de qualsevol element que ens pugui distreure.²⁵
- **Esforç:** Finalment, i justament perquè l'escolta implica que tota l'atenció estigui focalitzada, representa un gran esforç. Una sessió de mediació, i no només en aquells casos en què les emocions són més intenses, suposa

25 La mediació és especialment important en aquests dos punts: d'una banda, permet fixar molt més l'atenció en el que ens estan dient les parts (tant la que parla com les que no intervenen); d'altra banda, mediar ens permet repartir l'esforç que comporta una escolta activa continuada.

un important desgast físic i mental. Per això serà important planificar bé les sessions que es puguin tenir al llarg del dia, ja que arriba un moment en què continuar escoltant amb total atenció es fa difícil.

Alguns dels avantatges específics que ens pot generar l'escolta activa en una mediació són els següents:

- **Confiança/sintonia:** El fet que les parts se sentin escoltades de manera genuïna contribueix a crear i reforçar la confiança entre les parts i el professional de la mediació. Si és possible, al llarg de la mediació és interessant promoure l'escolta activa entre les parts a través de tècniques com els resums creuats.
- **Rebaixar la intensitat del conflicte:** Sentir-se escoltat pot actuar com un bàlsam i ajudar que situacions força intenses es vagin calmant. Un element que sovint experimenten les parts en mediació (amb independència de si s'arriba o no a un acord) és que el conflicte baixa molt d'intensitat, i en gran mesura es deu als processos d'escolta que tenen lloc durant el procediment.
- **Obertura:** Quan una persona se sent escoltada està molt més oberta a escoltar. En un primer moment, aquesta obertura a escoltar se centra en el mediador, però a mesura que avança el procés i les parts també se senten escoltades pels altres participants, també estaran més obertes a escoltar les persones amb qui tenen el conflicte.
- **Enfocament a futur:** El fet que una persona se senti escoltada sobre allò que ha sentit o que ha tingut lloc en el passat la pot ajudar a situar-se en escenaris de futur. En altres paraules, ajudar les parts a mirar endavant. El fet que arribin a aquesta situació també pot ajudar les parts a ser molt més creatives i obertes a valorar opcions que fins al moment no s'havien presentat o a les quals fins i tot havien renunciat.

Resums creuats

Es tracta de demanar a una part que escolti la resposta a una pregunta del mediador i que després sigui ella qui faci el resum. La temptació és que la part que està escoltant reaccionï amb un "No és veritat", "està mentint, les coses no van anar així" o "doncs el que ella m'està fent a mi és encara pitjor". En aquest cas hem d'aturar la part que està fent el resum i indicar-li que no ha de respondre sinó dir el que ha sentit.

Per exemple, imaginem que en un conflicte familiar fem una pregunta com: podries compartir què és el que voldries canviar en la comunicació entre vosaltres? La resposta de l'exdona pot ser que no suporta

quan l'exmarit la critica durant els intercanvis, que haurien de deixar de parlar l'un de l'altre davant dels nens i gestionar la comunicació de manera més directa. Ell pot tenir la temptació de respondre que el que fa ella és pitjor o que ella també fa el que està criticant. Aquí cal aturar la part per demanar que ho torni a provar, amb l'objectiu que identifiqui els punts més constructius, com que la comunicació ha de deixar al marge els fills o que no li agrada rebre crítiques durant els intercanvis. Si, després d'un parell d'intents, no ens en sortim seran els mediadors els qui hauran de fer aquesta reformulació.

Aquesta és una tècnica que, quan funciona, és extremament disruptiva, ja que ajuda les parts a veure que s'estan escoltant i que el diàleg ha començat. Així mateix comença a (re)generar confiança i empatia entre les parts.

L'altra cara del mirall de l'escolta és el retorn que fem a les parts del que ens han dit. Es parla de reformulació o retorn positivador. Tot i ser tècniques específiques, en aquest moment les tractarem de manera conjunta en fer referència a les habilitats del mediador per demostrar a l'altra part que l'està escoltant.

La clau de volta perquè aquest retorn funcioni és que el mediador aconseguixi transmetre de manera neutra o positiva els termes i el llenguatge que fan servir les parts, evidentment sense canviar-ne el sentit. Per exemple, imagineu que una part diu: "Ets un estafador, sabies que aquest cotxe havia tingut avaries i que em fallaria a la primera. I tot i així em vas enganyar i me'l vas vendre". Un parafraseig del mediador no eliminarà el sentit que una part se sent enganyada i que pensa que l'altra ho va fer sabent-ho, però sí que eliminarà els termes més ofensius i presentarà els fets, no com una acusació, sinó de manera neutra. Per exemple, la frase que el mediador podria dir a continuació seria: "Així doncs, et sents enganyat i et preocupa que l'altra part tingués informació que no t'havia dit".

Algunes de les maneres més específiques de fer aquest retorn poden prendre les formes següents:

- **Encoratjament:** Consisteix a animar les parts a explicar una mica més un tema o una emoció que és important. Permet explorar els temes de manera més profunda i demostra l'interès del mediador pel seu punt de vista. Per exemple, si una part diu: "M'ho va dir cridant, enmig d'una reunió; no són maneres de dir-se les coses". El mediador li respondria: "Veig que per tu dir les coses bé és important. Me'n podries dir una mica més sobre com hauria de ser aquesta comunicació en el teu equip?"

- **Clarificació:** És un parafraseig que permet que el mediador asseguri que està entenent el que li diu la part. Permet clarificar i evitar possibles malentesos. Per exemple, una persona pot dir: “Estic frustrat que sempre, sempre m’estigui portant la contrària davant dels nens”. El retorn que li faria el mediador seria: “Estàs frustrat perquè penses que davant dels nens no us heu de portar la contrària (o heu de mostrar una posició conjunta), em podries dir quan passen aquestes coses?” (per clarificar què vol dir amb el “sempre”).
- **Identificació de temàtiques:** Els retorns poden ajudar a identificar interessos comuns o àrees on cal treballar. També pot identificar de manera clara els punts on hi ha desacord, establint la base per al procediment de resolució de problemes.

Per exemple, imaginem el diàleg següent:

Part 1: “A mi el que em passa és que m’agradaria poder ser més flexible en la manera que faig la feina, sobretot durant les hores que soc al despatx”.

Part 2: “Sí, això està molt bé, tots volem estar a casa, però a mi em preocupa com afecta tot això a l’equip i la seva cohesió, que després tots van parlant a l’esquena dels altres i queixant-se de privilegis”.

Mediador: “Sembla que aquí hi ha dos temes que us preocupen. D’una banda la cohesió de l’equip i, de l’altra, l’organització de la feina de manera que pugui ser flexible i adaptada a la realitat de cada treballador. Teniu algunes idees per combinar aquests dos neguits? Explorem les possibles solucions que teniu al cap.”²⁶

- **Validació:** Consisteix a validar la manera de viure, les preocupacions o les emocions d’una part, per tal que vegin que el mediador respecta el seu punt de vista i no jutjarà el que li diguin.

Per exemple, una part pot dir-nos: “Estic molt atabalada amb els canvis que s’estan preparant a l’empresa, no sé com m’afectaran i com m’hauré d’organitzar la vida”. El mediador li dirà: “Sembla que els canvis que venen et generen certa ansietat, sobretot per com et pugui tocar reorganitzar la teva vida”.

Un darrer element important és que no hem de tenir por a l’hora de fer aquests retorns. Si les parts no se senten identificades amb allò que heu dit i rebeu com a resposta un “no era això”, no passa res. Podem dir alguna

26 D’aquesta manera, el mediador aconsegueix transformar el problema amb què ve cada part en un problema comú que tots dos han de solucionar.

frase com: “Em sap greu no haver-te entès, si et sembla bé torna-m’ho a explicar perquè em quedi clar”.

Tècnica mirall

La tècnica mirall consisteix a “transformar-nos” en un mirall que retorna exactament el que ha dit la persona que ve a mediació, sense afegir-hi res i sense jutjar. En concret, és important identificar tres elements:

- Què ha passat? Breu resum del que ens ha explicat.
- Com li afecta? Quines són les emocions que van associades al que ens ha explicat?
- Què vol? Quines són les necessitats o interessos que ens ha transmès.

A continuació podeu veure’n dos exemples:

Em sap greu perquè quan em van contractar em van dir que podria aspirar a coordinar alguns dels projectes importants. No he fet res d’això i, a sobre, tampoc tinc retorn sobre la feina que estic fent.

Si t’entenc bé, esperaves fer una feina diferent i tenir més responsabilitat en algun projecte important. Sembles dolgut per com van les coses i una mica decebut. T’agradaria tenir més responsabilitat en els projectes importants i que et donessin algun retorn sobre la feina que estàs fent.

Em costa molt entendre la situació. M’havien contractat per controlar els números i portar uns pressupostos amb rigor. El Pau, de Màrqueting, està patint les mateixes retallades que la resta de departaments, però com que fa tants anys que treballa aquí li estan fent cas i tirant enrere les meves decisions en lloc de les seves. Al final, la que queda malament és la meua credibilitat, sobretot davant de la resta del Departament de Finances. M’esperava una mica més de serietat.

Pel que expliques, se’t va demanar que implementessis una mesura que era reduir un 10% el pressupost de tots els departaments i t’estàs trobant amb una resistència per part de Màrqueting. Se’t veu una mica confosa i dolguda pel fet que s’hagi tirat enrere una decisió que havies pres. Et sembla que t’ha fet perdre credibilitat davant dels teus. Consideres que seria necessari fer les coses a l’empresa amb una mica més de rigor. I que es respectés la teua feina i les decisions que prens.

9.9. Assertivitat

L'assertivitat és la capacitat d'expressar els pensaments, les necessitats i els interessos de manera clara i directa, però alhora respectuosa, sense atacar, ni menystenir, ni violentar els drets i l'autoestima de les altres persones. L'assertivitat permet expressar-se de manera constructiva i prendre decisions i defensar necessitats amb el respecte degut.

El comportament assertiu pot ser “d'aportació” o “d'acceptació”. El primer es caracteritza per donar informació, expressar opinions, necessitats, sentiments, comunicar decisions, fer crítiques; el segon, tot i ser assertiu, és passiu, i això vol dir que es caracteritza per l'escolta activa, l'empatia, la recepció de compliments i crítiques, sempre mantenint una actitud flexible.

Contràriament, la falta d'assertivitat pot dificultar el procés de mediació, perquè pot propiciar que les parts no es comuniquin de manera efectiva i clara i que no expressin les seves preocupacions o necessitats. En aquest cas, un possible acord podria no ser satisfactori, o podria ser que la comunicació entre les parts fos irrespectuosa respecte als punts de vista diferenciats, cosa que sens dubte també és un escull per resoldre el conflicte.

Un cop identificades les virtuts de mantenir una comunicació assertiva i les dificultats de no tenir-la, és interessant aportar algunes recomanacions per millorar l'assertivitat:

- Definir les prioritats. Endreçar les pretensions o la comunicació facilitarà una exposició efectiva i clara.
- Treballar les pròpies emocions per mantenir una comunicació no agressiva sinó constructiva.
- Defensar les posicions o els interessos amb arguments ben definits i endreçats.
- La persona mediadora pot fomentar l'assertivitat mitjançant la formulació de preguntes com ara “Què creu que es podria fer perquè això no torni a passar?”

Per facilitar la comprensió de l'assertivitat de manera pràctica, a continuació es formulen alguns exemples:

- Una resposta assertiva és la que es fa amb una expressió senzilla. És molt interessant en els moments d'alta conflictivitat o agressivitat. Es tracta que les parts no “perdin els papers” i es produeixi una escalada. Podria ser: “Disculpa, a mi també m'agradaria poder expressar-me, i fer-ho

tranquil·lament, amb respecte al torn de paraula, igual que ho faig jo...”. Aquest incís el podria fer tant una part com el mateix mediador.

És a dir, una resposta assertiva davant la submissió o l'agressivitat intenta fer veure a l'altra part com s'està comportant i mostrar-li com podria fer-ho amb assertivitat: “Com més t'enfades, més crides, i en conseqüència no m'escoltes i m'és més difícil expressar-me. Per què no intentes escoltar el que vull dir-te?”.

En aquests exemples, és important que el to de veu de qui manifesta una actitud assertiva sigui l'adequat. S'ha d'evitar que sigui impertinent i que, per tant, acabi sent contraproduent.

- Una comunicació assertiva permet a les parts o a la persona mediadora introduir en la seva comunicació elements de comprensió o sentiment, és a dir, es pot fer un reconeixement cap a l'altra part i després plantejar els drets, interessos o sentiments propis (en el cas de les parts); el mediador ho faria en reflex a la part. Exemple: “Entenc la teva posició.../ entenc que tu facis... / però jo...”, o “quan tu fas... / aleshores jo em sento... / per això em comporto.../ preferiria...”.
- Una comunicació assertiva no significa acceptar el posicionament de l'altra part. Una comunicació assertiva significa recollir el missatge de manera clara i senzilla, buidar-lo de conflictivitat i manifestar el posicionament propi o fer un resum de la part (en el cas de la persona mediadora). Exemple: “Gràcies per convidar-me a l'acte, però prefereixo no anar-hi; en realitat, volia aprofitar aquella estona per descansar”. “El que vols dir és que l'aire condicionat està molt fort i no et permet treballar amb comoditat, és correcte?, però no puc parar-lo perquè al meu lloc de treball fa molta calor”.
- Davant una manifestació determinada, una comunicació assertiva podria recollir un plantejament com ara: “A què et refereixes amb això que acabes de dir?”
- I, finalment, sí, l'assertivitat també pot ser positiva. En aquest supòsit, que potser és el més evident, es tracta de fer un reconeixement a l'altra part, manifestar alguna cosa que sigui positiva, perquè sovint allò positiu s'entén com a normal, però posar-ho de manifest pot ajudar a facilitar la comunicació. Exemple: “M'agrada molt com et comuniqués amb els clients, crec que ets molt eficient amb les vendes.”

En resum, l'assertivitat és una habilitat, tant de les parts com de la persona mediadora, que permet una comunicació efectiva i facilita una expressió

clara que ajudarà a la comunicació durant el procés i, en conseqüència, que les possibles solucions siguin mútuament satisfactòries.

9.10. L'agent de realitat

Aquesta és una tècnica que serveix per ajudar les parts a analitzar les seves propostes i confrontar-les amb les realitats específiques amb què es trobaran per dur-les a terme. En un primer moment, i per evitar la confrontació entre les parts, aquesta tasca l'ha de liderar el mediador.

En aquest punt es tracta de reflexionar de manera conjunta amb els mediats, fent preguntes obertes sobre els recursos que tenen per dur a terme una idea específica, si aquesta idea involucra terceres persones que no estan presents, com serà el seu dia a dia si es pren aquest acord, o les implicacions legals i fiscals que pot tenir una determinada idea.

A tall d'exemple, en situacions de separació i divorci, les parts arriben sovint a un punt de fatiga tal que els faria acordar qualsevol cosa. Les persones estan tan esgotades del conflicte que poden tenir la temptació de tancar a qualsevol preu: pensions inassolibles, règims de visita on un dels progenitors veurà poc els menors, canvis de residència a correu... El paper del mediador consisteix a –sempre en sessions individuals– ajudar-los a reflexionar sobre com serà la seva vida al cap d'un any amb aquestes condicions.

En un dels casos que vaig gestionar, un pare estava disposat a signar un règim de visites en què veuria les seves filles un cap de setmana al mes i passaria amb elles quinze dies de vacances l'any. La pregunta que li vaig fer va ser que s'imaginés la seva vida al cap d'un any, ja més tranquil i possiblement amb la vida refeta i veient les seves filles durant aquests terminis de temps.

En un altre exemple de caràcter laboral, les parts volien acordar un canvi de departament d'una d'elles. La reflexió va ser que la persona que havia de prendre aquesta decisió no era a la mediació i per tant calia consultar abans aquesta possibilitat.

Per acabar, i a tall d'ajuda a l'hora de començar a gestionar casos, algunes de les preguntes més bàsiques quan s'aplica aquesta tècnica són:

- Implica terceres parts?
- Teniu els recursos?

- És legal?
- Satisfà els vostres interessos/necessitats?
- És millor que el MAAN?
- Us imagineu com serà a la pràctica?

Un últim element que cal tenir en compte és que tant la possible generació d'opcions com la feina d'agent de la realitat es poden posar com a “deures” perquè facin les parts entre sessions. Per exemple, se'ls pot demanar que per a una propera sessió vinguin cadascú amb cinc idees per resoldre un problema específic, o que facin números per calcular el cost d'una proposta de l'altra part i els recursos disponibles actualment i els que eventualment es podrien mobilitzar.

9.11. La mediació en línia

És un procés de mediació que es du a terme a través de mitjans electrònics com videoconferències, correu electrònic o plataformes que permeten la tramesa de missatges. Tot i el desavantatge natural que comporta la no presència de les parts, ja que es perd part de la informació que ofereix el llenguatge no verbal, la mediació en línia ofereix avantatges com la flexibilitat d'horaris, la comoditat de no haver de desplaçar-se o l'oportunitat d'interactuar/participar des de qualsevol lloc del món.

Abans d'iniciar un procés de mediació en línia s'haurà de validar que les parts i la persona mediadora tenen una bona connexió a internet, i també que la plataforma que s'utilitzi sigui segura i garanteixi la confidencialitat i la privacitat de la reunió.

Per al desenvolupament adequat de la mediació en línia, la persona mediadora haurà d'haver rebut una formació específica, ja que s'ha de treballar per organitzar una comunicació clara i endreçada. En qualsevol cas, per valorar la idoneïtat del procediment en línia és convenient analitzar-ne els avantatges i els desavantatges.

9.11.1. Avantatges de la mediació en línia

- Accessibilitat: (si hi ha connexió a internet) les parts podran participar en el procés de mediació des de qualsevol lloc del món. És un avantatge que permet que puguin participar en el procés de mediació persones que estan en diferents ciutats o països.

- **Flexibilitat:** com que no és necessari coordinar el desplaçament de les parts a una ubicació física determinada, facilita la conciliació horària i permet ser menys captiu d'una durada determinada de les sessions.
- **Comoditat:** les parts podran participar en el procés des del lloc que més els convingui (casa seva, el lloc de treball, mentre són de vacances, etc.).
- **Estalvi de temps i costos:** Evitar desplaçaments és sens dubte un estalvi de temps i diners.
- **Menys intimidatori:** Algunes parts poden sentir-se més segures i còmodes darrere una pantalla. No cal oblidar que trobar-se personalment amb l'altra part del conflicte pot ser molt incòmode.

9.11.2. Desavantatges de la mediació en línia

- **Falta de contacte físic:** Pot afectar la percepció de les parts quant a la sinceritat o l'empatia de l'altra part.
- **Limitacions tecnològiques:** Requereix una bona connexió a internet i una plataforma de comunicació fiable. La falta d'habilitats tecnològiques o el mal funcionament de la tecnologia poden obstaculitzar el bon funcionament de la mediació.
- **Comunicació limitada:** La comunicació no verbal estarà limitada. Hi haurà gestos o expressions facials que no es percebran, i aquestes mancances poden afectar la comprensió de les parts i l'eficàcia del procés.
- **Dificultat per establir connexions personals:** Això pot conduir a una manca de confiança o de comoditat de les parts.
- **Preocupacions sobre la privacitat i la seguretat.**

És important conèixer els possibles desavantatges de la mediació en línia; això ens ajudarà a decidir si pot ser o no un procediment idoni per a la resolució del conflicte.

Un cop analitzats els punts forts i els febles del procés de mediació en línia, és el moment d'exemplificar en quins casos és més interessant recórrer-hi.

- **Conflictes de llarga distància geogràfica,** ja que s'evita el desplaçament físic.
- **Conflictes amb terminis ajustats,** ja que facilita la celebració de les reunions i permet accelerar el procediment.
- **Situacions en què la seguretat física és una preocupació,** per exemple quan la conflictivitat entre les parts és molt elevada.

- Conflictes al lloc de treball o aquells en què les parts no vulguin interactuar cara a cara.

Així doncs, si bé el procediment de mediació en línia pot ser molt útil segons la tipologia del conflicte, la seva elecció dependrà de les circumstàncies específiques de cada cas.

9.12. Altres tècniques

La llista de competències del professional de la mediació és àmplia. Aquí ens hem centrat en eines de caràcter més aviat comunicatiu i emocional, però la llista podria ser llarga. En aquest apartat en destacarem breument algunes, sobretot lligades a la seva necessitat d'ajudar les parts a ser creatives.

Per donar una breu idea de quin perfil complet hauria de tenir un professional de la mediació, Tom Whatling²⁷ –amb un cert sentit de l'humor– proposa la llista següent:

- | | |
|--------------------------------|-------------------------------------|
| - Sentit de l'humor | - Empatia |
| - Originalitat d'idees | - Autoconeixement |
| - Flexibilitat | - Control sobre les emocions |
| - Prestigi personal | - Entendre dinàmiques del conflicte |
| - Saber fer preguntes | - Resistència física i mental |
| - Escolta activa | - La pell d'un rinoceront |
| - Capacitat d'anàlisi | - La saviesa de Salomó |
| - El mediador: un de nosaltres | - La paciència de Job |

9.12.1. Pluja d'idees

Aquesta tècnica és força coneguda, tot i que sovint s'aplica de manera poc encertada. Consisteix a posar sobre la taula el màxim nombre d'idees per resoldre una problemàtica i, posteriorment, analitzar la viabilitat de cadascuna.

El que sol passar és que es barregen les fases de generació i d'anàlisi d'idees. En aquest sentit, és important no jutjar les idees a mesura que van sortint. Per exemple, pot passar que les parts reaccionin a les idees de l'altre amb

27 Whatling, *Mediation*, p. 27.

frases com “això ja ho vam intentar” o “això és impossible”, o encara “no servirà de res, ja ho sabem”.

Una primera fase consisteix a fer preguntes obertes i proposar el màxim nombre d'idees possible. Aquest procés el pot facilitar el mediador a través de preguntes reflexives o demanant a les parts que pensin en possibilitats sense parar-se a pensar si funcionaran o no (això vindrà després).

En una segona fase, i un cop les parts ja no tinguin més propostes, el que cal és ajudar-les a valorar-les una per una, sense tenir en compte el passat. A tall d'exemple, si una de les parts anuncia una idea però en el moment d'analitzar-la s'explica que no va funcionar, el mediador pot preguntar per què no va funcionar i si en la situació actual podria funcionar.

Un darrer element que cal clarificar des de l'inici és que el fet de plantejar idees o possibles solucions no vol dir que hagin de formar part necessàriament de l'acord final. Això pot ajudar a ser més creatius (evitant el pensament que l'altra part segur que dirà que no) i a minimitzar els possibles judicis que puguin tenir sobre les idees.

10. Mediació civil, mercantil i familiar

10.1. Característiques de cada tipologia

	Mediació civil	Mediació mercantil	Mediació familiar
Àmbit d'aplicació	Se centra en conflictes com disputes de propietat, reclamacions de danys, conflictes comunitaris.	Se centra en conflictes comercials i empresarials, com ara disputes entre empreses, acords contractuals, litigis sobre pagaments i altres conflictes derivats d'activitats empresarials.	Conflictes relacionats amb qüestions familiars, divorcis, custòdies de menors, herències i altres conflictes que afecten les dinàmiques familiars.
Participació	Persones físiques, empreses, organitzacions.	Empreses, institucions financeres, empresaris, etc.	Membres d'una família o persones relacionades amb la família.
Objectiu	Assolir un acord mútuament acceptable que resolgui la disputa de manera eficaç i eficient, evitant el cost i el temps d'un procés judicial.	Assolir un acord que resolgui el conflicte i permeti als negocis continuar funcionant sense retards ni costos associats al litigi.	Facilitar la comunicació i assolir acords que protegeixin els interessos i el benestar dels membres de la família, evitant disputes que siguin emocionalment esgotadores.

L'anàlisi del quadre permet copsar les diferències i similituds entre els tres àmbits. També evidencia que tenen elements en comú, com que totes tres tipologies ofereixen una opció efectiva per resoldre conflictes al marge del sistema judicial tradicional, adaptant-se a les necessitats i particularitats de cada situació. La mediació és una eina versàtil i efectiva per a la resolució de conflictes en una àmplia gamma de situacions.

Les tres tipologies comparteixen els principis bàsics de la mediació: voluntarietat, confidencialitat, imparcialitat i neutralitat, bona fe, flexibilitat i professionalitat. Tot i així, els àmbits civil, mercantil i familiar presenten aspectes únics que requereixen abordatges específics. Comprendre aquestes característiques i diferències és essencial per a l'aplicació correcta de

la mediació en cada context i per poder arribar a resultats satisfactoris per a les parts.

Després d'haver recollit de forma esquemàtica les característiques generals de cada tipologia de mediació, no es pot obviar que tant la mediació civil com la mercantil convergeixen majoritàriament en conflictes que es produeixen en l'àmbit jurídic privat, com poden ser, entre d'altres:

- Conflictes transfronterers: s'haurà d'atendre a tractats internacionals;
- Conflictes de propietat industrial, intel·lectual i patents: en l'àmbit de la propietat industrial normalment les condueix l'OMPI (Organització Mundial de Propietat Intel·lectual);
- Conflictes hipotecaris;
- Conflictes en el marc dels arrendaments;
- Conflictes d'accident de trànsit.

a) La mediació civil

Pot ser interessant quan el conflicte sorgeix d'una relació continuada entre les parts, per exemple entre veïns, en el marc de la propietat horitzontal, comunitat de béns, reclamacions de baixa quantia, o quan existeix un nivell d'incertesa en el resultat econòmic que faci recomanable o preferible un acord a un judici de resultat incert. Cal recordar que l'objectiu en l'àmbit de la mediació civil és assolir un acord eficaç i eficient.

b) La mediació empresarial/mercantil

És la que tracta la gestió de conflictes entre empreses, entre aquestes i clients, proveïdors, etc. La seva estratègia és maximitzar els interessos de les parts i assolir resultats satisfactoris per a ambdues. En aquest sentit, sovint els objectius se centren en dues qüestions: evitar que la situació s'allargui en el temps i pugui produir pèrdues comercials o baixada de rendiments, i evitar el trencament de relacions comercials.

Paral·lelament, en el marc de la mediació empresarial o mercantil també es essencial la confidencialitat, ja que, contràriament als procediments judicials, permet evitar que la controvèrsia sigui coneguda pel públic en general i per tant s'evita el risc de caure en problemes d'imatge de marca o posicionament.

c) La mediació en l'àmbit familiar

Té una dilatada aplicació pràctica, cosa que ha permès copsar-ne la gran efectivitat en casos de trencament de la convivència de les persones (siguin

matrimonis o no), ja que possibilita que les parts puguin explorar i definir les conseqüències econòmiques, patrimonials i personals derivades del trencament. Concretament, abasta preses de decisions tan importants com l'exercici de la pàtria potestat, del règim de guarda i custòdia dels fills, els aliments, l'atribució de l'habitatge familiar o les pensions o compensacions.

La mediació en l'àmbit de la família cerca, entre d'altres, el manteniment dels aspectes relacionals; s'intenten preservar els lligams personals alhora que es construeix un mínim d'entesa entre les parts a fi de facilitar la gestió de possibles conflictes futurs.

Però seria un error fer referència únicament a les virtuts de la mediació en l'àmbit del trencament de la convivència, sigui matrimonial o no. També s'ha mostrat molt eficaç en conflictes hereditaris, per liquidacions de béns en comunitat o fins i tot en el marc de l'empresa familiar. Tots ells són àmbits en què el manteniment dels lligams personals és essencial, per la qual cosa concórrer a un procés de col·laboració, defugint de processos contenciosos com els regulats en l'àmbit de la justícia, els ofereix una gran oportunitat de continuïtat relacional.

11. Documents del procés de mediació

Fins ara hem vist la documentació necessària durant un procediment des del punt de vista jurídic. En aquest capítol veurem alguns dels documents principals de tot procediment de mediació, però més des del punt de vista de la pràctica del mediador.

En aquest capítol podreu trobar exemples de documentació, una explicació del que haurien d'incloure aquests documents i com, en tant que mediadors, els podeu fer servir.

11.1. Acta d'inici de la mediació

L'acta inicial és el document que les parts signen en començar un procediment de mediació i que suposa la seva entrada oficial en el procediment. Es tracta d'un document que fixa la Llei de mediació en el seu article 25. En l'àmbit de la mediació es coneix sobretot com a “acord per mediar”, ja que es tracta del primer acord que les parts en conflicte assoleixen: que volen (re)introduir el diàleg com a forma de gestionar les seves diferències.

A banda d'aquest primer compromís simbòlic, l'acord per mediar serveix per protegir el mediador, ja que sovint les parts d'aquelles mediacions on no s'han assolit acords tenen la temptació de demanar als mediadors que els proporcionin arguments per demostrar que ells van ser col·laboratius i així puguin culpar l'altra part de qualsevol manca d'acord. L'acta inicial clarifica –més enllà del que digui la Llei– que tot el que passa en la mediació, incloses les actituds de les parts, és confidencial i no es pot fer servir en un procediment judicial.

Un darrer aspecte important que cal prendre en consideració és que aquest acord s'hauria d'adaptar al conflicte i a les parts. En conflictes complexos, en què la confidencialitat i els detalls jurídics siguin extremament importants, es poden redactar acords per mediar més complets, fins i tot adjuntant acords específics de confidencialitat. Però en els conflictes més senzills, aquests acords per mediar també poden ser més senzills i fets en un llenguatge més planer.

A continuació podeu trobar dos exemples d'acords per mediar. El primer és força senzill, mentre que el segon recull les complexitats d'un cas més ampli.

11.1.1. Acord per mediar senzill

ACORD PER MEDIAR

Les parts sotasignades acorden el que segueix:

I.- Que les parts estan d'acord a iniciar un procés de mediació, que es va iniciar el dia _____ i que conclourà o bé amb l'acord de les parts o bé quan qualsevol d'elles o la persona mediadora decideixin voluntàriament donar per acabat el procés.

II.- L'objecte de la mediació són els desacords existents en la comunitat de propietaris (nom) en relació amb diverses obres realitzades.

III.- El mediador designat és el Sr _____, major d'edat, amb domicili professional a _____ i inscrit en el Registre de Mediadors del Principat d'Andorra amb el número ____

IV.- Que han estat informades que la mediació és un procés voluntari i confidencial de gestió de desacords. Consisteix en la intervenció d'una tercera persona neutral i imparcial que facilita un procés d'escolta i negociació entre les parts. En particular, del que segueix:

A. Paper del mediador

El paper de la persona mediadora serà d'ajudar les parts a identificar els principals punts de desacord, facilitar la comunicació i el procés de negociació, i ajudar les parts a identificar solucions que puguin satisfer els seus interessos. En cap cas el mediador donarà consells financers o legals ni podrà actuar com a advocat o assessor de les parts.

B. Confidencialitat

Qualsevol informació facilitada o produïda per les parts o el mediador durant el procés de mediació serà confidencial. En cap cas el mediador la podrà revelar a tercers. Això inclou els correus electrònics i els seus documents annexos intercanviats entre les parts, els seus advocats, qualsevol pèrit i el mediador.

El mediador no podrà actuar com a testimoni durant un procés judicial o davant terceres parts i pèrits.

D'acord amb el que s'acaba de dir, les parts es comprometen a mantenir i garantir la confidencialitat i el secret i accepten i s'obliguen explícitament que aquesta informació no pot ser divulgada, aportada o revelada com a prova, ni es pot cedir, vendre o posar en coneixement de qualsevol altra manera, davant de cap tribunal, organisme públic o tercera persona, tant si és física com jurídica.

Les obligacions contingudes en aquest acord, que són de caràcter indefinit, s'han de mantenir en vigor amb posterioritat a la finalització de les negociacions o de les relacions entre les parts, motiu pel qual les parts atorgants garanteixen que, després d'acabar la relació, guardaran el mateix secret professional respecte de la "informació confidencial" a què hagin tingut accés durant el desenvolupament de les negociacions.

C. Procés de mediació

El mediador treballarà amb les parts en sessions conjuntes i sessions individuals. En aquest últim cas, qualsevol informació facilitada pels participants serà considerada confidencial, excepte que la part concernida doni el seu consentiment per compartir-la.

D. Voluntarietat

La mediació és un procés voluntari. Les parts i els mediadors poden abandonar el procés de mediació en qualsevol moment que ho considerin oportú.

E. Despeses

El preu de la mediació està fixat pel pressupost de data _____, i serà assumit en meitats per cadascuna de les parts.

F. Llengua de treball

La mediació es farà en català.

G. Legislació i codi de conducta

El mediador actuarà seguint els principis establerts per la Llei 3/2018 de mediació i pel Codi de Conducta aprovat per decret l'11 de desembre del 2019.

Escaldes-Engordany, ____ de _____ de 20 _____

Nom:

Nom:

El mediador

11.1.2. Acord per mediar amb acord de confidencialitat

ACORD PER MEDIAR

Les parts sotasignades acorden:

I. Que estan d'acord per iniciar un procés de mediació en data _____, i que conclourà o bé amb l'acord de les parts o bé quan qualsevol d'elles o la persona mediadora decideixin voluntàriament donar per acabat el procés.

II. L'objecte de la mediació són els desacords entre les parts, que els oposen en diferents procediments judicials, de referències _____, així com la causa penal (amb les particularitats pròpies que se'n deriven i que han estat comunicades a les parts) i que voldrien resoldre de manera satisfactòria per a totes les parts.

III. El mediador, designat a través de tres autes de cada un dels procediments judicials de dates _____, i havent realitzat una sessió informativa en data _____, és la Sra. _____, amb domicili professional a _____, amb número d'inscripció al Registre de Mediadors _____, que a la vegada treballarà en comediació amb el Sr. _____, amb domicili professional a _____ i inscrit en el Registre de Mediadors del Principat d'Andorra amb el número _____.

IV. Que han estat informades que la mediació és un procés voluntari i confidencial de gestió de desacords. Consisteix en la intervenció d'una tercera persona neutral i imparcial que facilita un procés d'escolta i negociació entre les parts. En particular, del que segueix:

A. Paper del mediador

El paper dels mediadors serà ajudar les parts a identificar els principals punts de desacord, facilitar la comunicació i el procés de negociació, i ajudar les parts a identificar solucions que puguin satisfer els seus interessos. En cap cas el mediador donarà consells financers o legals ni podrà actuar com a advocat o assessor de les parts.

B. Confidencialitat

Qualsevol informació facilitada o produïda per les parts o els mediadors durant el procés de mediació serà confidencial. En cap cas els mediadors la podran revelar a tercers. Això inclou els correus electrònics i els seus documents annexos intercanviats entre les parts, els seus advocats, qualsevol pèrit i els mediadors.

Els mediadors no podran actuar com a testimonis durant un procés judicial o davant terceres parts i pèrits.

Pel degut respecte a aquesta condició, les parts han firmat de manera simultània a l'atorgament d'aquest contracte, un contracte específic de confidencialitat.

C. Procés de mediació

Els mediadors treballaran amb les parts en sessions conjuntes i individuals. En aquest darrer cas, qualsevol informació facilitada pels participants serà considerada confidencial, excepte que la part concernida doni el seu consentiment a compartir la informació.

D. Voluntarietat

La mediació és un procés voluntari. Les parts i els mediadors poden abandonar el procés de mediació en qualsevol moment que ho considerin oportú.

E. Despeses

El preu de la mediació es fixa segons pressupost presentat en data d'avui i firmat per les parts en prova d'acceptació. Les sessions tindran una durada de seixanta minuts, tot i que en cas de necessitat es podran celebrar un nombre il·limitat de sessions en funció de la situació del cas i les posicions de les parts, i sempre amb l'acord de totes elles.

F. Llengua de treball

La mediació es farà en català.

G. Legislació i codi de conducta

Els mediadors actuaran seguint els principis establerts per la Llei 3/2018 de mediació i pel Codi de Conducta aprovat per decret l'11 de desembre del 2019.

Andorra la Vella, _____ de _____ de 20_____

ACORD DE CONFIDENCIALITAT I SECRET PROFESIONAL

Andorra la Vella, _____ de _____ de 20 _____

Reunits

D'una part, el Sr. _____, major d'edat, de nacionalitat _____, titular del passaport núm. _____, veí de _____, amb domicili a _____, actuant en el meu propi nom i interès.

D'altra part, la Sra. _____, major d'edat, de nacionalitat _____, titular del passaport número _____, veïna de _____, amb domicili a _____, actuant també en el meu propi interès.

D'altra part, la societat _____, constituïda per escriptura pública de data _____, atorgada pel notari Sr. _____, amb el número _____ del seu protocol general, inscrita al Registre de Societats en data _____, amb el número _____, llibre Registre _____, i domiciliada a _____, representada en aquest acte per qui figura com a administrador únic, el Sr. _____, i per tant en nom i representació de la societat.

I encara d'altra part, el Sr. _____, major d'edat, de nacionalitat andorrana, titular del passaport _____, veí de _____, amb domicili a _____, actuant en el seu propi nom i interès.

Les parts compareixents es reconeixen recíprocament la capacitat legal necessària per subscriure el present Acord, i

Manifesten

I. Que les parts estan immerses en diversos procediments judicials, i volen sotmetre's a la mediació que s'inicia en data d'avui.

II. L'objecte de mediació és la resolució dels respectius aspectes que oposen les parts en els procediments judicials de referència:

- _____ que oposa el Sr. _____
i la societat _____ per la impugnació d'acords socials de Junta general ordinària _____, sobre la nul·litat de l'acord d'aprovació de comptes _____.

- _____ que oposa _____ i la societat _____, per la impugnació d'acords del consell d'administració del dia _____, de nul·litat de l'acord de destitució del càrrec del Sr. _____ i nomenament d'administrador únic el Sr. _____, per indeguda constitució del mateix, manca de convocatòria formal, si no, anul·lables.

- _____ que oposa _____ i _____ per raó de les condicions en què s'ha de procedir a la liquidació del seu règim econòmic del matrimoni.

- Causa _____, promoguda pel Sr. _____, que es tramitaria actualment contra la societat, contra la Sra. _____ i el Sr. _____, per raó d'administració deslleial, apropiació indeguda i frustració de procediments executius.

I per tant, la finalització de tots els procediments judicials oberts entre les parts i/o els seus representants, arribant a una solució satisfactòria per a totes elles.

III.- Els mediadors designats són la Sra. _____, major d'edat i amb domicili professional a _____, i el Sr. _____, major d'edat i amb domicili professional a _____, que treballaran en comediació a fi de poder oferir més eficàcia a les parts oposades.

Amb la voluntat de les parts de sotmetre's a aquesta mediació als efectes indicats, de lliure i espontània voluntat, atorguen aquest COMPROMÍS DE CONFIDENCIALITAT DEL PROCÉS DE MEDIACIÓ, d'acord amb els següents

Pactes

PRIMER. Les parts es comprometen a no citar els mediadors com a testis ni pèrits en qualsevol procediment judicial o administratiu referent a l'objecte de la negociació, i per tant en relació amb la informació a què hagin tingut accés en el marc del procediment, atès que els mediadors estan sotmesos al secret professional i amb obligació de confidencialitat i no poden revelar el contingut de les converses o acords assolits a terceres persones alienes a la mediació.

SEGON. Les parts entenen com a informació confidencial tota la informació, tant oral com escrita, que sigui lliurada o exhibida o proposada durant les negociacions o sessions de mediació per l'OBJECTE DE LA MEDIACIÓ.

La informació abans esmentada inclou els tipus d'informació següents (tant si consten per escrit com si no), sense que aquesta enumeració exclouï altres classes d'informacions també confidencials: tècniques, programes de formació, idees, conceptes, anotacions, esquemes, dissenys, organigrames, memoràndums, processos, procediments, *know-how*, plans estratègics, dades, programes i aplicacions informàtiques, millores, coneixements de qualsevol classe posats a disposició de les parts o dels mediadors, materials de referència, materials i tècniques de màrqueting, plans de recerca i desenvolupament de nous productes, noms de clients, canals de comercialització, secrets comercials i qualsevol altra informació relacionada amb clients i proveïdors, llistes de preus, polítiques de preus, política de vendes, informació financera, pressupostos, plantilles i mètodes de gestió i comptabilitat.

D'acord amb el que s'acaba de dir, les parts es comprometen a mantenir i garantir la confidencialitat i el secret i accepten i s'obliguen explícitament que aquesta informació no pot ser divulgada, aportada o revelada com a prova, ni es pot cedir, vendre o posar en coneixement de qualsevol altra manera, davant de cap tribunal, organisme públic o tercera persona, tant si és física com jurídica.

TERCER.- Les obligacions contingudes en aquest acord, que són de caràcter indefinit, s'han de mantenir en vigor amb posterioritat a la finalització de la mediació o de les relacions entre les parts, motiu pel qual les parts atorgants garanteixen que, després d'acabar la relació, guardaran el mateix secret i confidencialitat respecte de la "informació confidencial" a què hagin tingut accés durant el desenvolupament de la mediació.

QUART.- La mediació acabarà al moment en què així ho decideixi qualsevol de les parts sotmesa a mediació, els mediadors, o bé quan s'assoleixi l'acord objecte d'aquest conveni.

I perquè consti als efectes oportuns, en prova de conformitat de les parts, signen aquest acord, per duplicat, en el lloc i la data indicats a l'encapçalament.

11.2. Actes de seguiment

Pel que fa a les actes de seguiment, cal recordar que es tracta de documentació confidencial i que en cap cas pot ser compartida.

L'objectiu de les actes o informes de seguiment és:

- Fer el seguiment de l'evolució de la mediació en tots els seus aspectes (materials, relació entre parts, aparició de parts ocultes...).
- Anotar opcions que van apareixent durant la mediació: Pot passar que durant les primeres fases de la mediació apareguin elements que poden formar part d'un eventual acord, però que encara no és el moment de discutir.
- Pensar preguntes que es vulguin fer a les parts en sessions posteriors.
- Apuntar els deures que es posen a les parts per fer entre sessions.
- Fer el seguiment de tots els elements que puguin afectar d'alguna manera la mediació.
- Marcar una línia clara d'actuació amb el(s) comediador(s).

A banda d'aquests temes, també poden ser útils per anar apuntant les lliçons apreses en cada cas, que ens poden servir per preparar i implementar futures mediacions.

A tall d'exemple, compartim un informe de seguiment d'una mediació laboral i d'un possible acord. L'estructura proposada hauria de ser adaptada a les necessitats específiques de cada mediador. Es tracta d'una acta inspirada en un cas real, però en què s'han canviat els noms, el sector d'activitat i el nombre de parts.

MEDIACIÓ 000/20

Sol·licitants: Sra. Laura _____

Sra. Sònia _____

Sr. Xavier _____

Sol·licitats: Sra. Emma _____

Sra. Bàrbara _____

Comediadors: / _____

Altres: Porta el cas la Laura. Arriben a la sessió informativa de mutu acord tots cinc.

Assumpte: Laboral

Data obertura: _____

Data tancament: _____

Acord: Sí / No

Sessions de mediació:

Data: Sessió informativa. Venen els tres treballadors externs (Laura, Sònia i Xavier) i una de les sòcies (Emma). S'informa a les parts dels valors, el procediment i el cost econòmic de la mediació. Tots han acudit a la mediació de mutu acord i els sembla positiva aquesta metodologia per resoldre conflictes. **Tenen pressa per iniciar i que s'acabi aquest conflicte, que els està desgastant molt.**

Propera sessió:

Data: Primera sessió de mediació. Venen la Laura, la Sònia i el Xavier. L'Emma excusa la seva presència per motius de salut.

Tots tres són treballadors externs a La Murga, una escola bressol que funciona en règim de cooperativa. Tenen contracte per obra i servei. Les dues sòcies cooperativistes són la Bàrbara i l'Emma. Fa pocs mesos ha marxat una altra sòcia, la Tànit.

Aquest any hi ha menys famílies apuntades i això ha fet reduir els ingressos. Aproximadament fan falta 25 famílies perquè La Murga sigui sostenible, tot i que amb un nombre menor (16) "es pot anar tirant".

Els temes que porten a mediació són:

a. Canvi en les condicions laborals: Setembre. S'ha rebaixat el preu hora que tenien estipulat en el moment de contractar-los (tot i que no hi ha contracte signat). De 12 €/hora a 10,75 €/hora. També s'ha reduït el nombre d'hores que treballen, i durant el juliol i agost del 20 no se'ls pagarà.

Creuen que estan assumint unes tasques que no els corresponen.

b. Formes: Estan dolguts amb les formes amb què s'ha fet, unilateralment i sense informar-los-en prèviament. Haurien esperat que se'ls reunís, se'ls exposés la situació i, en tot cas, se'ls demanés ajuda.

En aquest sentit, el seu plantejament és que "si l'empresa va malament, això no ho han d'assumir els treballadors". "No es pot negociar un dret".

c. Reconeixement: Tots tres estan **molt implicats i identificats** amb el projecte. Fan més hores de les estipulades en el contracte i **assumeixen més responsabilitats**, però no senten que l'Emma i la Bàrbara els ho reconeguin, ni tampoc la seva professionalitat com a pedagogs.

d. Situació de futur: Volen saber què passarà en un futur i si, en cas que augmenti el nombre de famílies, ells tornaran a tenir les condicions

anterior. També volen saber com es gestionarà si en el futur ocorre una situació similar. Verbalitzen que aquest reconeixement SÍ que el tenen per part de les famílies.

e. Seguretat/Estabilitat: Tots tres estan preocupats per l'estabilitat del projecte i la seva seguretat laboral, especialment la Sònia.

f. Incomoditat: És una situació incòmoda, que pot incidir negativament en l'atenció a les famílies i els menors.

Els preguntem com es plantegen el seu futur immediat, especialment amb relació al projecte de La Murga. **En aquest punt és on sorgeixen diferències entre ells.**

Xavier: No es veu a La Murga més enllà de dos anys. Li agradaria marxar a treballar a Granollers (on viu) i endegar-hi un projecte similar.

Laura: El projecte l'atrau. L'atrau molt el tema de la psicomotricitat. Estaria interessada a quedar-se a La Murga (inclús com a sòcia cooperativista) si les coses canviessin en dos sentits: més organització en la gestió i un enfocament més terapèutic que educatiu.

Sònia: Li agrada el projecte i s'hi veu treballant més temps, **però com a assalariada** i amb estabilitat i seguretat.

Deures: Els demanem que de cara al pròxim dia escriguin quines tasques estan fent actualment a La Murga i quines d'aquestes no els correspondrien. A més, els demanem que reflexionin una mica més sobre les seves expectatives laborals a curt/mitjà termini, sobretot amb relació a La Murga.

Data: Primera sessió de mediació amb la Bàrbara i l'Emma, les sòcies cooperativistes. Els seus fills es diuen () i ().

Ens expliquen que La Murga és un projecte de llarg recorregut (deu anys). Va ser una de les primeres iniciatives d'aquest tipus a la ciutat de (). Per això fins l'any passat no van tenir problemes per atraure famílies. Però des de l'any passat el projecte està en un moment de canvi profund: a la davallada de famílies s'afegeix que els anteriors propietaris/socis cooperativistes han marxat i que elles han passat de tenir un paper educatiu a assumir el paper de gestió (empresàries). L'Emma hi va entrar el 2011 i la Bàrbara, el 2014. El 2016 es va crear la cooperativa.

A això s'afegeix la maternitat d'ambdues, molt recents, i les baixes de maternitat.

Tot plegat ha fet que en el darrer any hagin sorgit un seguit de **malentesos**, un del quals ha estat el canvi en les condicions laborals dels treballadors. En el seu contracte es recollien les condicions inicials, però la gestoria va aconsellar rebaixar sous i pagar menys. Amb les baixes de maternitat, no es va comunicar correctament.

Estan dolgudes amb el fet que no es preocupin pel futur de la Murga, i preocupades per un possible recorregut a la via judicial, sobretot del Xavier. Són **molt conscients i empàtiques amb el fet que se sentin malament, ja que perceben que estan dolguts per la unilateralitat, tot i que ha estat un malentès.**

Comenten que els van oferir tornar a cobrar els 12 € hora, en negre fins al gener i després en nòmina. I cobrar el juliol. Això faria que el dèficit fos de 1.000 €, però no es van fer entendre.

Els preocupa la bretxa que perceben entre el sector educatiu (treballadors externs) i l'equip gestor: mai havia estat així.

Temes:

- **Comunicació:** parlar del malentès, del possible canvi en les condicions laborals i com es lliguen al futur de La Murga.
- **Reconeixement:** Elles reconeixen el paper dels treballadors i creuen que els treballadors també les reconeixen. Comenten que han fet una inversió forta en La Murga i que aquest és un motiu pel qual el sou de gestió no s'ha reduït.²⁸
- **Futur de la relació entre treballadors i La Murga:** El Xavier no es vol quedar, la Sílvia sí però com a assalariada, i la Laura probablement sí, però s'ha fet enrere amb el que ha passat. Les sòcies voldrien gent amb més energia, creuen que és la manera de salvar el projecte. Per exemple, estan dolgudes o estranyades amb el fet que els tres treballadors **“vinguin a cobrar, fer les seves hores i ja està”**. Voldrien més implicació.

ATENCIÓ! PAAN: Al mateix temps són conscients **que les famílies volen que continuï l'equip educatiu actual. Si marxa l'equip educatiu, moltes famílies poden marxar.**

- **Futur de la Murga:** A banda dels nous possibles socis, creuen que aquest és un tema a tractar. La Murga funciona a partir de tres projectes: atenció

²⁸ En fer la cooperativa entre les quatre sòcies de llavors van aportar 38.000 € i les obres se n'han menjat 28.000.

als infants els matins, psicomotricitat a les tardes, i formació, tot i que aquest projecte està molt aturat. En teoria, cada projecte ha de ser autosostenible, però són conscients que els matins són deficitaris. Caldrien com a mínim unes vint famílies, tot i que amb quinze ja fan.

Tal com està tot, creuen que poden aguantar un any, però si no es fa alguna cosa el projecte no serà sostenible. Creuen que amb l'entrada d'energia nova (no necessàriament capital), La Murga podria remuntar, ja que té molt potencial: llicència, sales, material...

Comenten que “no tenim energia per pensar en més”.

ATENCIÓ! La Laura va comentar que ella veu possibilitat d'entrar a la Murga si es dona un tomb al projecte, per exemple fent més atenció a la psicomotricitat. **Possible interès comú.**

Data: Primera sessió conjunta.

Sessió llarga (aproximadament 2,5 hores).

Les parts exposen la seva visió del conflicte. Al llarg de la conversa, les parts parlen de la reducció del preu/hora i la possibilitat de tornar a les condicions anteriors. Aquest retorn implicaria un dèficit per a La Murga que rondaria els 10.000 € a finals de l'any comptable.

Les dues sòcies demanen disculpes pel malentès que hi va haver en el canvi de les condicions i entenen que es puguin sentir molestos pel que han percebut com una unilateralitat. Així mateix, expliquen que elles no s'han tocat el sou, però que imputen a La Murga un nombre d'hores molt baix i que reduir-se el sou significaria una quantitat de menys de 100 € al mes.

Així mateix, expliquen que, tot i que imputen un nombre reduït d'hores a La Murga, la gestió els comporta un nombre molt més elevat d'hores.

Reconeixen també que en el darrer any, amb els canvis successius en les sòcies cooperativistes, s'ha generat una situació difícil que ha creat malentesos. Les famílies també ho han notat.

Durant la sessió **també es reconeixen mútuament** tant les dificultats de la feina que estan fent l'Emma i la Bàrbara com la total confiança professional que tenen en els tres treballadors.

També s'evoca el futur de La Murga. Tot i que el projecte “matins” és deficitari, existeix la possibilitat de complementar-lo amb formacions a les tardes, el lloguer de les sales i buscant subvencions locals i nacionals. La

Bàrbara comenta que ella ja no té energia per buscar més i l'Emma està de baixa per maternitat, però quan torni ho farà amb molta energia. Pel que fa als treballadors, consideren que no se'ls pot demanar més.

Pel que fa a la futura implicació de la Sònia, la Laura i el Xavier, tots tres indiquen que volen acabar el procés d'escolarització amb els infants amb què van començar, però no es veuen més de dos anys en aquest projecte.

La Bàrbara informa que a partir del setembre podran definir un nou preu/hora per al projecte “matins”, en funció del nombre de famílies. Amb 16 famílies, el preu es mantindria en 11 € i no es podrien assumir els contractes el juliol i l'agost; amb 20 es podria apujar a 12 €.

Els tres treballadors es queixen del gran nombre d'hores extra que han de fer, sobretot pel nivell de detall amb què es fan les activitats amb els infants. **L'Emma, que en aquest moment està més despenjada, comunica que el més important és l'amor i l'atenció que donen als infants. Si no es poden fer activitats amb tant detall** (cartes personalitzades, bosses a mà...) no passa res. De fet, no cal que facin hores extra per totes aquestes activitats. Aquesta intervenció desbloqueja la mediació i les parts comencen a comentar possibles solucions de futur.

S'arriba a una sèrie **d'acords parcials**:

1. Acorden que l'important és ser feliç en el dia a dia i que els infants sentin aquesta felicitat.
2. Per tal de treure pressió als treballadors, es farà una llista amb totes les activitats que poden deixar de fer.
3. Quan tinguin clar el nombre de famílies, tornaran a comentar les condicions de cara a l'any vinent.
4. Els treballadors es comprometen a signar les nòmines i els contractes.
5. En una reunió entre ells parlaran del futur de La Murga i dels acords econòmics.

Data: Segona sessió conjunta.

Els integrants de La Murga ens indiquen que havien fet els deures i s'han trobat per parlar d'una reducció de tasques. Tot i així, la reducció no és prou significativa per compensar la reducció dels honoraris.

Els treballadors indiquen que ells han fet un esforç i demanen que la gestió també el faci. Insisteixen en la necessitat de “sentir-se cuidats” i creuen que una manera és cobrar per la feina real que estan fent.

Els treballadors informen dels seus càlculs quant al nombre d'hores que cobren i el nombre real d'hores que treballen. Consideren que s'hauria de fer alguna cosa amb aquestes hores extra, o bé cobrar-les o bé compensar-les amb vacances. Tots cinc estan d'acord que aquesta problemàtica és comuna als projectes de pedagogia lliure i que ha fet fracassar moltes iniciatives d'aquest tipus. Per això creuen que és important resoldre-ho. Insisteixen que **no es tracta només de cobrar uns euros més o menys, sinó de sentir-se cuidats i cobrar per la feina real.**

	Hores cobrades	Hores extra	Total
Laura	31 (29 + 2 gestió)	7,25	38,25
Sònia	23,5	3 - 4	26,5 - 27,5
Xavier	26	3 - 4	29 - 30

La Bàrbara informa que ella també s'ha reduït el sou des del gener. També els informa que juntament amb l'Emma han elaborat una proposta econòmica que voldrien compartir. Informen que La Murga té dues entrades de diners que no esperaven, pel lloguer dels casals d'estiu i dues noves matrícules. Aquestes entrades pugen a **7.430 €**. Pel que fa a les reclamacions dels treballadors, si es paguessin totes les hores (12 €/hora des del setembre i els mesos de juliol i agost), l'import seria de **16.820 €**. La Murga té un coixí econòmic que permet un desequilibri d'uns 6.000 €. Per això proposen els paquets següents:

- A: 2.650 € (12 €/hora durant els mesos de setembre a febrer)
- B: 2.538,20 € (12 €/hora durant els mesos de març a juny)
- C: 6.000 € (12 €/hora durant el mes de juliol)
- D: 6.000 € (12 €/hora durant el mes d'agost)

Dels quatre paquets, proposen que cada treballador en pugui escollir tres (i es prorratejaria la seva part proporcional).

Els treballadors accepten aquesta proposta i es comprometen a signar els contractes i les nòmines endarrerides. Així mateix, valoren els esforços que la Bàrbara està fent per gestionar la situació i els esforços econòmics que ha fet.

Això dona per acabada la mediació. Tot i així, queden una sèrie de temes pendants que tractaran entre ells directament. Són la compensació de les hores extra i el futur de La Murga, sobretot en referència a l'entrada a la cooperativa del Xavier i la Laura, ja que l'any vinent no els podran contractar com a treballadors, d'acord amb el que indica la Llei. Si volen continuar formant part del projecte, hauran d'entrar a la cooperativa, tot i que això no els suposarà un esforç econòmic important (parlen de 700 €).

POSSIBLE CONTINGUT ACORD:

- L'Emma, en un moment de la primera sessió, suggereix que es contracti un gestor professional: les dues sòcies cooperativistes són bones educadores, però no tenen prou capacitat per gestionar i potser això hi ajudaria. Aquest tema es tracta en la sessió individual amb les cooperativistes, però no sembla haver-hi gaire acord.
- La Laura mostra interès a entrar a La Murga si es dona un tomb al projecte. Les cooperativistes són conscients de la necessitat de fer entrar energia nova i repensar La Murga.
- Reducció de les responsabilitats que tenen els treballadors, especialment quant al detall de les activitats que fan amb els nens (cartes individualitzades...).

LLIÇONS APRESES

1. Els treballadors van acceptar un acord molt semblant al que originalment els havien ofert les sòcies cooperativistes. Demostra els canvis que el procediment de mediació pot generar en les parts. I que molt sovint el benefici de la mediació no rau tant en l'acord final sinó en el que pugui passar pel camí: escolta, empatia, humanització.
2. En un moment de bloqueig, qui va fer avançar la mediació va ser una de les sòcies cooperativistes. Important per reflexionar sobre el paper i el protagonisme del mediador. La mediació crea un espai, però una part important del procediment consisteix a empoderar les parts i deixar que siguin elles les que puguin protagonisme.
3. Així mateix, el mediador a voltes ha de tenir un paper secundari en la mediació. Això pot anar bé per reflexionar entorn dels egos que a vegades tenim els mediadors.

ACORD DE MEDIACIÓ

Després d'un procés de mediació, els treballadors i l'equip gestor de La Murga (adreça) arriben als acords següents:

1. L'equip gestor de La Murga proposa 4 paquets econòmics per a l'equip educatiu. Són els següents:
 - A: 26.500 € (12 €/hora durant els mesos de setembre a febrer)
 - B: 2.538,20 € (12 €/hora durant els mesos de març a juny)
 - C: 6.000 € (12 €/hora durant el mes de juliol)
 - D: 6.000 € (12 €/hora durant el mes d'agost)
2. Cada integrant de l'equip educatiu escollirà tres dels quatre paquets.
3. En cas que el projecte de La Murga no tingui continuïtat el curs vinent o que un dels integrants no continuï el curs vinent, no podrà escollir el paquet D.
4. L'equip educatiu signarà els contractes i les nòmines des del mes de setembre, i les properes nòmines.
5. Els integrants de La Murga es trobaran el dia 25 d'abril, a les 16.30 h, per decidir els paquets i per signar els contractes i les nòmines.

_____	_____	_____
Laura	Sònia	Xavier

_____	_____
Emma	Bàrbara

Els mediadors

Barcelona, ____ de _____ de 20 ____

11.3. L'acord de mediació

Una primera pregunta que ens hem de fer és si la mediació requereix un acord de mediació escrit. En la majoria de casos, un acord més o menys formal és necessari, però cal ser prou flexible per no imposar-lo quan les parts no ho necessitin.

A tall d'exemple, si estem fent mediacions amb importants implicacions legals o monetàries, sembla evident que aquest acord farà falta. Per contra, quan estem facilitant acords més intangibles (millorar una relació entre companys de feina, aproximar posicions entre pares i fills adolescents...) no cal un nivell excessiu de formalisme. Tot i així, fins i tot en aquests casos, tenir un acord escrit pot ajudar les parts a responsabilitzar-se del seu compliment.

En tot cas, és important que els acords siguin específics. En anglès s'utilitza l'acrònim SMART²⁹ (intel·ligent) per referir-se als acords que són específics, han passat un control de realitat suficient, tenen objectius mesurables i es poden controlar en el temps. En altres paraules, són aquells acords en què queda clar qui farà què, com ho farà i quan.

a) Qui redacta l'acord?

Normalment, l'acord de mediació el redacten d'entrada els mediadors, que han de ser molt curosos de rebre la validació de les parts als elements que hi inclouen. Aquest acord es passa als advocats perquè li donin la forma jurídica adequada (en cas necessari) i perquè facin les gestions pertinents davant els estaments judicials.

És per aquest motiu que com més implicats estiguin els advocats en un procediment de mediació, més fàcil és que entenguin el perquè d'algunes clàusules.

Per posar-ne un exemple: un dels casos que vaig gestionar va ser el d'un avi que no podia veure els seus nets. En l'acord de mediació l'avi va insistir que quedés per escrit que els avis són molt importants en la vida dels nets. Tot i que es tracta d'un element que no té cap força jurídica, per a aquell avi era extremament important que aparegués per escrit i que ho signessin totes les parts (inclosos els nets). En passar-lo a l'advocat d'una de les parts que no s'havia volgut implicar en el procediment de mediació, es va negar

²⁹ *Specific, Measurable, Attainable, Realistic and Time-bound*: Específic, Mesurable, Assolible, Realista i amb Seguiment.

a fer una transacció judicial en què aparegués aquesta frase, ja que no tenia cap mena de rellevància jurídica en un text d'àmbit legal. Finalment, se li va explicar i va transigir (no té cap rellevància, però tampoc hi fa cap mal), però un detall aparentment poc rellevant com aquest va estar a punt de fer descarrilar una mediació judicial.

b) Acords parcials i clàusules de retorn a la mediació

En el moment de tancar l'acord, hi ha dos elements que cal tenir en compte:

En primer lloc, ens podem trobar que les parts assoleixin un acord en tota una sèrie de temàtiques. però que n'hi hagi d'altres on no puguin trobar l'encaix. En aquests casos és important ser flexibles i ajudar les parts a tenir aquesta flexibilitat que els allunyi del tot o res. És possible tancar acords parcials i identificar temes que calgui resoldre d'altres maneres: a través de la Batllia, amb procediments d'arbitratge, *fact-finding*, etcètera. Aquests acords poden ser al final de tot o es poden anar adoptant al llarg del procediment.

Per exemple, fa poc vam gestionar una mediació familiar molt complexa on pel mig hi havia hagut un segrest internacional dels menors per part de la mare. Tot i que finalment no es va poder arribar a un acord global, sí que durant sis mesos es van anar tancant acords parcials relatius a les visites als menors, una pensió compensatòria, l'escola dels menors, les vacances d'aquell any, el domicili familiar o la venda de béns mobles i immobles de titularitat conjunta entre els dos membres de la parella. Finalment, el que es va deixar a la decisió judicial va ser el règim de custòdia i la residència definitiva dels progenitors.

En segon lloc, és important també pensar a incloure en l'acord clàusules de retorn a la mediació: o bé per revisar l'acord al cap d'uns mesos (especialment en el cas que hi hagi acords parcials) o bé en cas que les parts es trobin amb conflictes que no siguin capaços de solucionar a través d'un diàleg directe. Tot i així, caldrà ser curosos a evitar una manca de responsabilització i que les parts recorrin al mediador per evitar haver de parlar directament entre elles.

c) Explicar l'acord als representats

En les mediacions en què treballem amb representants de col·lectius més grans, haurem de tenir clar com es presentarà i s'explicarà l'acord als grups i la manera com s'inclouran als acords els elements que siguin més importants per a ells.

Aquest és un tema que haurem de tenir present al llarg de tota la mediació i, com a professionals, també haurem de donar suport a les parts a l'hora de facilitar la comunicació entre representat i representants.

També durant la fase d'agent de la realitat caldrà tenir present aquest punt i qüestionar a les parts sobre la manera com l'acord que s'està negociant serà rebut i quines estratègies per explicar-lo poden fer servir.

Cal tenir en compte que una dinàmica que trobem sovint és que la relació entre representants es va fent més fluida a mesura que avança la mediació. Si no som capaços de traslladar aquestes aproximacions als col·lectius que representen, ens podem trobar amb la sorpresa que no aprovin l'acord assolit. I que encara que l'aprovin puguin aparèixer dificultats a l'hora d'implementar-lo.

12. Execució dels acords de mediació

L'inici de la formació del títol executiu es produeix amb el pacte de les parts. L'acord que assoleixen les parts en el procés de mediació és un document inicial que cal dotar de revisió i redacció jurídica per tal que esdevingui plenament eficaç, per després acabar conformant el títol executiu.

Pacte de les parts → acord amb redacció jurídica → Títol executiu.

Les parts signaran tant els pactes assolits en el marc del procés de mediació, a través de la signatura de l'acta final, com aquell altre document que hagi redactat l'advocat o advocats designats a l'efecte.

Els acords assolits durant el procés de mediació són vinculants; de fet, la Llei preveu que es puguin elevar a escriptura pública, sempre que el seu contingut doni compliment a la legislació vigent, o es pot demanar la seva homologació judicial. Mitjançant les dues opcions exposades es configura l'acord com a TÍTOL EXECUTIU.

Malauradament, haver de recórrer al títol executiu suposaria que les parts no han donat compliment voluntari al que van acordar. Sortosament, el més habitual és que no sigui necessari concórrer a l'execució del títol, ja que com que l'adopció de l'acord es produeix en un entorn segur i voluntari, és estrany que les parts decideixin no complir allò que lliurement han acordat.

Pel que fa als títols d'execució, s'ha de distingir entre l'elevació a públic i l'homologació judicial (articles 39 i 40 de la Llei de mediació).

a) Els acords elevats a escriptura pública

Són aquells que són fruit d'una mediació extrajudicial. La funció del notari serà de protocol·litzar l'acord de mediació prèvia validació jurídica de la legalitat del seu contingut. El notari pot requerir tot un seguit de documentació a les parts per tal de validar que el procés de mediació s'ha seguit segons els paràmetres fixats per la Llei.

En qualsevol cas, no serà necessària la presència del mediador a l'hora d'eleva a públic els acords assolits per les parts.

És important destacar que en cas d'incompliment dels acords assolits, serà necessari l'auxili judicial, ja que el "títol" notarial per si mateix no és executiu.

b) Els acords homologats judicialment.

Tot i que la nostra Llei de mediació preveu que les parts puguin adreçar-se a la Batllia a fi d'homologar l'acord assolit, el cert és que el Codi de Procediment Civil no ha previst la fórmula per fer-ho. La manca d'una regulació específica que permeti l'homologació judicial d'acords adoptats al marge d'un procediment judicial fa que realment l'homologació només s'estigui produint en el marc de la mediació intrajudicial.

Si l'acord de mediació s'assoleix després d'haver iniciat un procediment judicial, les parts podran sol·licitar davant d'aquell Tribunal la seva homologació.

La tramitació de l'homologació judicial es du a terme davant el mateix Tribunal que coneix el conflicte sotmès a mediació. En aquest sentit, el Tribunal podrà requerir, a banda de l'acord de mediació, la documentació complementària que sigui necessària per validar que el procés de mediació s'ha seguit d'acord amb la llei i que compleix amb les garanties que preveu. Un cop examinat el contingut de la petició, el batlle, en el termini de tretze dies hàbils, dictarà un aute en què decidirà si homologa o no l'acord.

Si davant de l'assoliment d'un acord en el marc d'un procediment de mediació les parts decideixen no homologar-lo, ni judicialment ni notarialment, han de saber que l'acord serà un mer document privat entre les parts, sense que, per tant, ofereixi la fiabilitat necessària per tenir un accés directe al procés d'execució sense passar per un procediment declaratiu previ.

Bibliografia

- BARUCH BUSH, R.; FOLGER, J. (2005). *The promise of mediation: The Transformative Approach to Conflict*. San Francisco: Jossey Bass.
- CLOKE, K.; Goldsmith, J. (2005). *Resolving Conflicts at Work: Eight Strategies for Everyone on the Job (revised edition)*. San Francisco: Jossey Bass.
- FARRÉ SALVÀ, S. (2004). *Gestión de conflictos: taller de mediación*. Barcelona: Ariel.
- FLOYER ACLAND, A. (1990). *A sudden outbreak of common sense: Managing Conflict Through Mediation*. London: Hutchinson Business Books.
- MEHRABIAN, A.; WIENER, M. (1967). "Decoding of Inconsistent Communications". *Journal of Personality and Social Psychology*, 6(1), 109-114.
- MOORE, C. W. (2003). *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict (3rd edition)*. San Francisco: Jossey-Bass.
- NOVEL MARTÍ, G. (2010). *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*. Madrid: Editorial Reus.
- OHANA, Y.; LYAMOURI-BAJJA, N. (ed.) (2012). *T-Kit 12: Youth Transforming Conflict*. Estrasburg: Council of Europe Publishing.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2018). *Justicia sin jueces: Métodos alternativos a la justicia tradicional*. Barcelona: Ariel.
- SLAIKEU, K. A. (1996). *When push comes to shove*. San Francisco: Jossey Bass.
- URY, W. (1991). *Getting past no: Negotiating with difficult people*. London: Random House.
- VIDAL TEIXIDÓ, A.; LLINÀS SALMERÓN, R. (2016). *Guía para el mediador profesional: Caja de herramientas y apuntes específicos sobre mediación mercantil y en la empresa familiar*. Barcelona: Gedisa.
- VINYAMATA, E. (2014). *Conflictología (5a edición)*. Barcelona: Ariel.
- WHATLING, T. (2012). *Mediation skills and strategies: A practical guide*. Londres: Jessica Kingsley Publishers.



UNIVERSITAT D'ANDORRA

Aquesta publicació té com a finalitat servir de manual per a la docència de l'assignatura "Mètodes alternatius de resolució de conflictes: arbitratge i mediació" i s'estructura en dos mòduls. En el primer mòdul s'aprofundeix en el concepte de l'arbitratge, com a mètode alternatiu de resolució de conflictes, des de les seves fonts, les diferències amb altres mètodes de resolució de conflictes, els principis rectors i les diferents categories. També es detallen les diferents etapes del procediment contradictori, així com les fases prèvies i posteriors.

En el segon mòdul s'analitza la mediació, com a mètode alternatiu de resolució de conflictes, des dels seus fonaments, als diferents tipus de mediació que es poden dur a terme, estudiant el paper de les persones que actuen en un procés de mediació, i tenint en compte els elements i processos que hi interactuen i les estratègies i habilitats que ha de tenir la persona mediadora.



9 789992 035092

ISBN 978-99920-3-509-2