

PROFESIONALES

NOTARIOS

El arbitraje en el ámbito notarial

El arbitraje, como técnica de resolución de conflictos sin la intervención exclusiva del Estado, se ha contemplado durante tiempo con ciertas reservas por nuestra doctrina y jurisprudencia. La dinámica

globalizadora y los requerimientos de la coyuntura social, política y económica propios de la sociedad de la información, junto con el idóneo instrumento jurídico que supone la vigente Ley de Arbitraje

60/2003, de 23 de diciembre, nos encaminan a una apreciable recuperación y revalorización de la fórmula arbitral para solventar las discrepancias entre quienes negocian y operan en su seno.

La intervención del Notario en el arbitraje se enmarca dentro de la actuación notarial en la solución de conflictos, tanto en la prevención de los mismos mediante sus funciones de asesoramiento y control de legalidad, como en la solución de las controversias ya surgidas mediante la actividad llamada "resolución alternativa de conflictos", a la que se adscribe la figura del arbitraje.

En líneas generales, destacan dos grandes vertientes en la actuación del Notario en sede arbitral:

- 1) El Notario como árbitro
- 2) El Notario como profesional ante el arbitraje

El Notario como árbitro

Legislativamente, al Notario se le han atribuido ciertas actuaciones de naturaleza decisoria: actas de notoriedad, declaraciones de herederos, ejecuciones hipotecarias extrajudiciales, albaceas y contadores partidores; destacando, asimismo, la tendencia expansiva de tales actuaciones en el marco de la jurisdicción voluntaria y su intervención como eficaz mediador en su cotidiana función asesora.

No obstante, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, en su artículo 12.4, verba para el cargo de árbitros a "quien ejerza funciones públicas retribuidas por arancel". La vigente Ley 60/2003, de Arbitraje, reconoce que, entre otros Profesionales oficiales, el Notario pueda ser árbitro, y se han extendido las materias que pueden sujetarse a arbitraje, algunas típicamente notariales. Así, se abre paso el Arbitraje en materia testamentaria, en una multiplicidad de contratos formalizados mediante escritura pública, en sede de Derecho societario a través de los Estatutos Sociales, en el régimen de Propiedad Horizontal, en materia de arrendamientos urbanos, en aspectos patrimoniales del Derecho de Familia, en el sector inmobiliario, en sede de contratación mercantil, etc.

Frente a otros sectores del ordenamiento jurídico en los que las pretensiones que pueden plantearse, dada la preponderancia del interés común, deben dirigirse necesariamente a un órgano jurisdiccional y ser resueltas por medio de sentencia (por excelencia, en el ámbito del derecho privado, así ocurre en gran medida en el derecho de familia con las controversias relativas al estado civil, filiación, alimentos,...), en la esfera de lo mercantil, y en concreto

en materia societaria, están en juego fundamentalmente intereses de tipo patrimonial.

El convenio arbitral en materia societaria se recogerá normalmente en la escritura de constitución de la sociedad como cláusula incluida en los estatutos sociales, pero también pueden recogerse en los reglamentos de los que se doten la Junta General o el Consejo de Administración de la sociedad, en pactos parasociales o incluso en pactos supraestatutarios, tales como el protocolo empresarial familiar, frecuentemente formalizados en un instrumento público notarial.

En materia de Derecho Mercantil societario existe una tendencia jurisprudencial creciente a favor de la resolución de conflictos vía arbitraje. La Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante Resolución de 1 de octubre de 2001, ha aprobado una cláusula modelo tipo de arbitraje societario, elaborada por acuerdo de las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el



Por José María Nebot Gómez de Salazar
Notario y miembro de Arbitral

premio de 18 de abril de 1998 ya admitió la posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos sociales, admitiendo, asimismo, la aplicabilidad del arbitraje a la impugnación de los acuerdos sociales.

Por otra parte, la intervención notarial presenta una estrecha relación con el arbitraje testamentario. El artículo 10 de la vigente Ley de Arbitraje determina que "será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia". La limitación del arbitraje testamentario respecto a los herederos forzosos se vincula a la protección cuantitativa y cualitativa de los derechos legítimos, ante el carácter unilateral y no convencional de este arbitraje, que se les impone por el causante en lugar de ser convenido entre ellos. Este procedimiento puede suponer un ahorro de costes para herederos y legatarios,

sobre todo cuando los procesos judiciales entablados suelen ser largos y costosos, al unirse a las cuestiones monetarias los conflictos personales y familiares cuando llega la cuestión debatida a los Juzgados.

En el ámbito de los derechos forales existen aún menos limitaciones para la aplicación del arbitraje; así ocurre en sistemas legitimarios menos rígidos que el que establece nuestro Derecho Común, como es el caso de la legítima formal Navarra o la legítima configurada como menor derecho de crédito catalana.

El Notario como profesional del Derecho ante el Arbitraje

En el ejercicio de su propia función, el Notario puede intervenir en dos momentos relevantes del arbitraje -inicial y final-: en el convenio arbitral y en la protocolización del laudo.

En el convenio arbitral el Notario participa configurándolo jurídica y formalmente, en su función asesora, de control de la legalidad, de redacción y do-

En materia de Derecho Mercantil Societario existe una tendencia creciente a favor de la resolución de conflictos vía arbitraje

cumentadora, especialmente cuando el convenio arbitral se instala en la constitución de las sociedades mercantiles bajo la forma de cláusulas estatutarias de suscripción arbitral.

En la protocolización del laudo el Notario, además de proporcionar autenticidad y forma pública al laudo, puede y debe prestar oportuno asesoramiento,

El pacto arbitral constituye la primera pieza del arbitraje: excluir a los tribunales ordinarios del conocimiento de las cuestiones objeto de la discusión (efecto negativo) y fundar la competencia de los árbitros a los que se someten para que éstos resuelvan la cuestión (efecto positivo). No obstante el principio de libertad de forma que impera en la Ley de Arbitraje para el convenio arbitral, en materia inmobiliaria y societaria destaca la necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, o en el Registro Mercantil para los estatutos sociales, lo que hace necesaria la constancia de la cláusula compromisoria en la escritura notarial.

El Notario, como profesional del Derecho, interviene en la redacción y documentación de los convenios y cláusulas estatutarias de suscripción arbitral, cuya virtualidad se extenderá a los terceros que los hayan consentido o sean sucesores de la relación jurídica principal. En aquella misión se asegurará el Notario de que las cuestiones objeto del convenio arbitral sean concretas y de libre disposición, característica ésta que no queda excluida por la normativa imperativa ni por el orden público. En la redacción de la cláusula arbitral el Notario integrará la relación jurídica, cuidando especialmente, para el caso concreto, la clase de arbitraje, el número de árbitros y su forma de designación.

La intervención notarial en la protocolización del laudo arbitral deviene potestativa. La actual Ley de Arbitraje ha cambiado la tradición histórica que consideró necesaria y solemne la forma notarial en la protocolización del laudo.

Según su artículo 37.8, cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de su notificación, que el laudo sea protocolizado notarialmente.

No obstante su carácter potestativo, la protocolización notarial del laudo conferirá a éste certeza de su fecha, de su contenido y de su autoridad, además de dotarle del carácter de documento público, lo que permitiría asegurar la inscripción del laudo en los Registros de la Propiedad y Mercantiles. Asimismo, una vez que ha adquirido firmeza el laudo constituye título ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria, pese a lo cual, sin la protocolización notarial, el ejecutado podría oponerse a la ejecución alegando la falta de autenticidad de éste, al amparo del artículo 559.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. □

