

---

# Introducción al arbitraje como fórmula alternativa de resolución de conflictos

---

PID\_00259228

Javier Íscar de Hoyos

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas

---



**Javier Íscar de Hoyos**

# Índice

<b>1. Introducción al arbitraje como fórmula alternativa de resolución de conflictos.....</b>	<b>5</b>
1.1. Introducción al arbitraje. Los sistemas alternativos de conflictos (ADR) .....	5
1.2. Clasificación de las ADR .....	7
1.3. Características de las ADR .....	8
1.4. Sistemas excluidos de las ADR .....	9
1.5. El arbitraje: concepto y características .....	9
1.5.1. Características generales del arbitraje .....	11
1.6. Clases de arbitraje .....	12
1.6.1. Arbitraje interno y arbitraje internacional .....	13
1.6.2. Arbitraje institucional y arbitraje libre (o <i>ad hoc</i> ) .....	14
1.6.3. Diferencias entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc .....	15
1.7. Normativa aplicable al arbitraje .....	16
1.7.1. Análisis de la Ley 60/2003, modificada por la Ley 11/2011 de arbitraje .....	17
1.7.2. Los logros de la Ley de arbitraje .....	18
<b>2. La figura del árbitro en el arbitraje.....</b>	<b>20</b>
2.1. Definición y requisitos .....	20
2.2. Designación del árbitro .....	21
2.3. Aceptación de la designación por parte del árbitro .....	24
2.4. Designación del árbitro por el tribunal .....	24
2.5. Deberes y obligaciones de los árbitros .....	25
2.6. La confidencialidad de los árbitros .....	26
2.7. Recusación de árbitros .....	27
2.8. Facultades y competencia de los árbitros. La potestad para adoptar medidas cautelares .....	27
2.8.1. Potestad para decidir sobre su competencia .....	28
2.8.2. Facultad para nombrar peritos y la práctica de pruebas .....	28
2.8.3. La potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares .....	29
2.8.4. La responsabilidad de los árbitros .....	29
<b>3. El convenio arbitral.....</b>	<b>32</b>
3.1. Naturaleza del convenio arbitral .....	32
3.2. Efectos del convenio arbitral .....	32
3.3. La forma del convenio arbitral .....	34
3.4. El contenido del convenio arbitral .....	35
3.5. El idioma del convenio arbitral .....	35

3.6.	La importancia del lugar o la sede del arbitraje .....	35
3.7.	El convenio arbitral en los casos de arbitraje internacional .....	36
3.8.	El convenio arbitral en los contratos de adhesión .....	37
3.9.	Convenio arbitral y declinatoria .....	38
3.10.	La importancia de una cláusula arbitral bien redactada. El riesgo de las cláusulas patológicas .....	38
3.10.1.	Ejemplos de cláusulas patológicas .....	39
3.11.	Ventajas del establecimiento de una cláusula arbitral en un contrato .....	40

# 1. Introducción al arbitraje como fórmula alternativa de resolución de conflictos

## 1.1. Introducción al arbitraje. Los sistemas alternativos de conflictos (ADR)

Las *alternative dispute resolution* (ADR) o soluciones alternativas de los conflictos diferentes de la vía judicial son consecuencia de un movimiento social que aparece a finales de 1930 en Estados Unidos. Era un movimiento típicamente anglosajón denominado «movimiento de libre acceso a la justicia» que pretendía garantizar para todos los ciudadanos un acceso efectivo, rápido y poco costoso para poder hacer efectiva la tutela y el derecho a la justicia con fórmulas alternativas a los tribunales. En años sucesivos su protagonismo fue en aumento, hasta lograr el éxito actual, a pesar de que se estima que aún estas soluciones tengan un largo recorrido.

En la actualidad, estas nuevas fórmulas coexisten con la vía judicial y la complementan.

En cuanto al arbitraje (en esta asignatura trataremos de profundizar un poco más en esta fórmula, para cumplir el objetivo de diferenciarla suficientemente de la mediación), la esencia está en que las partes enfrentadas se someten de común acuerdo, mediante el convenio arbitral, a la decisión que adopte el árbitro, o sea, al laudo.

El arbitraje presenta particularidades interesantes que le hacen muy atractivo frente a la rigurosidad del proceso judicial. En este sentido, cabe destacar la gran autonomía de la que gozan las partes para determinar los diferentes aspectos que pueden quedar sometidos a arbitraje, la designación del o de los árbitros, la duración del arbitraje, etc. La economía procesal que conlleva, así como la más que factible menor duración del arbitraje frente al procedimiento ordinario, determina un menor coste y por tanto un mayor atractivo para las partes. No obstante, presenta inconvenientes que no deben desdeñarse; el principal es la ausencia de una segunda instancia, lo que implica una importante limitación de actuación frente a una decisión adversa.

Fuera de los Estados Unidos, el movimiento de las ADR ha cobrado cada vez un mayor protagonismo, cuyo ejemplo más relevante es la Directiva 2008/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008.

En conclusión, las ADR están cobrando también en nuestro entorno una potente fuerza en los últimos años.

Y ello, especialmente, porque las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales han venido suscitando un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos, que resultan más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro.

Como vemos, en la Unión Europea también se han desplegado esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, especialmente en el ámbito de la sociedad de la información, con miras a incrementar la confianza del consumidor y de la pequeña y mediana empresa en el comercio electrónico.

El mayor conocimiento e interés que están suscitando las ADR con el paso del tiempo procede de que las mayores cuestiones en esta materia que se plantea la sociedad sean de orden jurídico y se refieran, principalmente, a los elementos determinantes de los procesos de ADR, como son las cláusulas de recurso a las ADR, los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados de ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso y su acreditación y su régimen de responsabilidad, entre otros.

Las diferentes modalidades alternativas de solución de conflictos, en el ámbito del derecho civil y mercantil, han tomado un importante auge en los últimos años en la Unión Europea por tres motivos principales:

- Primero, se ha tomado conciencia del impulso de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello.
- Segundo, hay que tener en cuenta que las ADR son objeto de especial atención por parte de los estados miembros; atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo.
- Tercero, las ADR representan una prioridad política confirmada en varias ocasiones para las instituciones de la Unión Europea, a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad.

También ha hecho especial hincapié esta fórmula en el ámbito de la sociedad de la información, en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos (ODR, por *online dispute resolution*), especialmente en materia de solución de litigios transfronterizos de forma electrónica, a través de internet.

## 1.2. Clasificación de las ADR

Aun a riesgo de repetir algunos conceptos ya estudiados y con el ánimo de clarificarlos, hemos de señalar que las modalidades alternativas de solución de conflictos relacionadas con el derecho civil y mercantil pueden incluirse en distintas categorías, que a su vez pueden obedecer a otros tantos regímenes jurídicos.

- Una primera distinción se impone entre las ADR aplicadas por un juez o confiadas por este a un tercero («ADR en el marco de procedimientos judiciales») y las ADR a las que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial («ADR convencionales»).
- Procede también hacer una segunda distinción en las ADR convencionales, sobre el aspecto de que los terceros pueden verse obligados a tomar una decisión vinculante para una de las partes, o a hacer una recomendación a las partes, que estas pueden decidir aplicar o no.

En otros procesos de ADR, los terceros no se pronuncian de manera formal sobre la solución que podría aportarse al litigio, limitándose a ayudar a las partes a encontrar un acuerdo.

Vamos a centrarnos en esta distinción para clasificar los métodos extrajudiciales de solución de controversias en varias categorías, dependiendo de si la decisión que emite el tercero **es o no vinculante** para las partes, entendiendo esta vinculación como de obligado cumplimiento desde que el compromiso tiene carácter formal, sin necesidad de una validación ejecutiva posterior.

1) **Vinculantes.** Son principalmente el arbitraje y la adjudicación.

a) **El arbitraje.** En el arbitraje, las partes interesadas se someten voluntariamente a la decisión de un tercero o terceros. La decisión del árbitro (laudo) es vinculante y con fuerza de cosa juzgada, gozando de ejecutividad.

b) **La adjudicación.** En este método, la decisión es adoptada por un tercero, tras escuchar a las partes y sin estar sujeto a un procedimiento arbitral estricto. Su principal ámbito es el sector de la construcción.

2) **No vinculantes.** Son dos métodos principales: la mediación y la conciliación.

a) **La mediación.** En la mediación interviene un tercero neutral que asiste a las partes implicadas para alcanzar soluciones negociadas de su conflicto.

Ya lo hemos visto más en detalle a lo largo de este programa. No vamos a insistir mucho más en ello.

**b) La conciliación.** En la conciliación, de manera similar a la mediación, el tercero asiste a las partes en su negociación; sin embargo, en este caso el conciliador ofrece a cada una de las partes su opinión sobre las propuestas de la otra, siendo por tanto su participación más activa.

**3) Otros métodos no vinculantes.** Hay también dos opciones:

**a) Mini-juicio (*mini-trial*).** Las partes, asistidas por un abogado, celebran una especie de juicio, con presentación de alegaciones y documentos en el que un tercero imparcial, con la condición de abogado, ordena el procedimiento y presenta un informe final, que no tiene carácter vinculante sino que únicamente expresa su opinión respecto a lo que podría ocurrir en un juicio posterior.

**b) Evaluación neutral.** El tercero, independiente de las partes, se limita a emitir su opinión en atención a los argumentos fácticos y jurídicos de las partes y emite un sumario de recomendaciones que pueda ayudar a las partes a resolver su controversia.

Este método no culmina habitualmente con una solución impuesta (si bien en ocasiones las partes sí confieren a ese tercero el encargo expreso de adoptar una decisión vinculante).

### **1.3. Características de las ADR**

Las principales características de las ADR son:

- Las ADR pueden permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible entablar, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales. Y ello porque las ADR se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia. Así, las ADR desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios.
- Hay que destacar el papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social. En efecto, en las formas de ADR en que los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.
- Las ADR se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a una ADR, de decidir qué organización



o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento.

- El coste de las ADR es otro factor esencial que hay que tener en cuenta. Por regla general, este coste es sufragado por las partes.

Sin embargo, es posible que las partes no tengan que sufragar los gastos vinculados a la ADR. Puede ser, en efecto, que los terceros responsables de una ADR no perciban remuneración alguna, como también es posible que las autoridades públicas o las organizaciones profesionales tomen a su cargo los gastos de funcionamiento de los órganos responsables de la ADR o, también, que una de las partes, o ambas, disfrute del beneficio de justicia gratuita.

#### **1.4. Sistemas excluidos de las ADR**

Si bien no hay una doctrina fija y única que determine cuáles son todas las fórmulas ADR, sí hay un gran consenso en la doctrina acerca de qué casos quedan excluidos conceptualmente del ámbito de los denominados ADR. Estos casos son:

- El peritaje, que no es un sistema de resolución de conflictos, sino un procedimiento consistente en recurrir a un perito para apoyar un procedimiento judicial o de arbitraje, por ejemplo.
- Los sistemas de procesamiento de demandas, puesto a la disposición de los consumidores por los profesionales. En tales procedimientos no intervienen terceros, sino que se encarga de ellos una de las partes del conflicto.
- Los «sistemas de negociación automática» sin intervención humana, propuestos por los prestatarios de servicios de la sociedad de la información. Tales sistemas no son procedimientos de solución de conflictos con intervención de un tercero imparcial, sino instrumentos técnicos destinados a facilitar la negociación directa entre las partes del conflicto.

#### **1.5. El arbitraje: concepto y características**

No encontramos en la ley una definición delimitadora de esta institución. No obstante, podemos establecer que el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas, en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de la justicia.

En primer lugar, debemos señalar que el arbitraje es un contrato por el que las partes deciden someter las controversias o litigios que surgen de una determinada relación jurídica a la decisión de uno o varios árbitros.

Mediante el arbitraje se sustituye la tutela de los jueces ordinarios por la de los árbitros, desde el momento en que estos últimos deciden aceptar el encargo del arbitraje y la facultad de emitir el laudo.

Mediante el arbitraje, las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil; esto es, la obtención de una decisión sobre el conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.

El arbitraje se regula tanto en los estados miembros como a escala internacional, por el Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras o, en el marco del Consejo de Europa, por el Convenio Europeo de 1966 por el que se establece una ley uniforme en materia de arbitraje.

En el arbitraje no se necesita abogado y procurador, ya que la Ley vigente de arbitraje lo suprime, si bien la asistencia técnica en muchos casos es recomendable.

Para utilizar el arbitraje en caso de conflicto, es necesario incorporar una cláusula en el contrato, con el objetivo de que el procedimiento arbitral sea rápido, económico y eficaz, y ofrezca seguridad jurídica a las partes intervinientes.

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias de índole jurídica mediante el que el árbitro, investido de tal facultad por acuerdo de las propias partes y tras la tramitación del oportuno procedimiento contradictorio, dicta lo que se denomina una **resolución vinculante** para las mismas, aunque sin poder ejecutarla por sí mismo, lo que corresponde exclusivamente, en defecto de cumplimiento voluntario, a los órganos jurisdiccionales competentes.

El sistema arbitral consiste en un procedimiento sencillo por el cual las partes enfrentadas someten su problema a un árbitro experto en la materia. Él será el encargado de emitir la decisión final sobre el problema planteado.

Cabe señalar que la sumisión al arbitraje debe ser pactada expresamente, y que produce dos tipos de efectos:

- Un **efecto positivo**: la sumisión de las partes al arbitraje.
- Un **efecto negativo**, impidiendo que el litigio generado pueda plantearse ante el juez, como consecuencia de la sumisión previa de las partes al arbitraje.

Este efecto negativo provocará que el juez de instancia al que se le presente una demanda sobre un conflicto sometido a arbitraje proceda a decretar su inadmisión a trámite (a no ser que ambas partes en litigio renuncien de manera expresa al arbitraje), o que si iniciado el procedimiento y la excepción es alegada por una de las partes, el juez procederá de igual modo, se abstendrá de dictar sentencia y remitirá a las partes al arbitraje pactado.

Para aplicar el arbitraje, tanto en una relación inter-partes (contratos de compraventa, de arrendamiento...) como en relaciones con terceros, en comunidades de propietarios, en la construcción e incluso herencias, testamentos (y en cualquier otro ámbito, contrato o relación de libre disposición), debe existir y constar el sometimiento expreso a dicho procedimiento arbitral, ya que de lo contrario será difícil que pueda emplearse el sistema del arbitraje en una futura controversia. En la empresa, el arbitraje puede aplicarse tanto en el ámbito interno (normas de la sociedad, estatutos y relaciones societarias) como externo (relaciones comerciales con terceros).

Las maneras más usuales de sometimiento al arbitraje consisten en la utilización de cláusulas y/o convenios arbitrales firmados por las partes, por los que someten cualquier litigio futuro al arbitraje de uno o más árbitros (número impar) que ellos puedan determinar, o bien, según establece el artículo 10 de la Ley de arbitraje, encomendando la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

- a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

También puede ocurrir que ya existan contratos previos sin arbitraje. En este caso, la firma de un documento anexo al contrato producirá los efectos de sumisión, así como que las controversias ya surgidas puedan solucionarse mediante el arbitraje, siendo requisito imprescindible el acuerdo expreso e inequívoco entre las partes.

### **1.5.1. Características generales del arbitraje**

De la propia definición que hemos dado del arbitraje, podemos señalar las siguientes características básicas:

- Es un sistema alternativo y equivalente a la jurisdicción de los tribunales estatales, de carácter convencional, objetivo, temporal y determinado subjetivamente.
- Es un mecanismo de solución de controversias de índole jurídica.
- Para someterse al arbitraje, se requiere que haya existido un pacto previo de las partes que así lo permita y que le otorgue al árbitro la facultad de intervenir.

- La controversia objeto de arbitraje puede ser ya existente en el momento de concluir el convenio arbitral o no haber nacido todavía.
- El arbitraje requiere la tramitación de un procedimiento contradictorio en el que las partes efectúan sus alegaciones sobre el fondo de la controversia y se practican en su caso las pruebas pertinentes.
- La resolución (el laudo) es vinculante para las partes y pone fin a la controversia de manera definitiva, pues tiene fuerza de cosa juzgada.
- En defecto de cumplimiento voluntario, la ejecución del laudo le corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales competentes.
- El laudo no puede ser objeto de recurso jurisdiccional, sino tan solo de la acción de anulación por los motivos tasados previstos en el artículo 41 de la Ley de arbitraje.

Asimismo, con carácter intrínseco, el arbitraje:

- Implica celeridad en la resolución del conflicto.
- Es económico por la reducción de gastos y costes en comparación con la carestía de la vía judicial.
- Es una vía eficaz de resolución de controversias.
- Se desarrolla por la actuación de profesionales y expertos en la materia que sea objeto de arbitraje.
- Permite satisfacer intereses personales y económicos.
- Evita litigios futuros.

## 1.6. Clases de arbitraje

Las clases de arbitraje son fundamentalmente dos: arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

1) En el **arbitraje de derecho**, el árbitro debe resolver teniendo en cuenta únicamente las normas y disposiciones legales, y la decisión que adopte (laudo) debe fundamentarse en un razonamiento jurídico.

En el arbitraje de derecho, el árbitro debe asimismo resolver el conflicto razonando su decisión jurídicamente y aplicando estrictamente la norma jurídica aplicable al caso, hasta sus últimas consecuencias. De igual manera, en este tipo de arbitraje, el laudo conforme a derecho debe ser motivado.

Este es el tipo de arbitraje que se aplica por defecto, es decir, a falta de otro acuerdo expreso de las partes en conflicto. Resulta idóneo para resolver conflictos sobre interpretación de cláusulas contractuales y todos aquellos otros conflictos relativos a materias reguladas por normas de derecho imperativo.

2) El **arbitraje de equidad** es aquel en el cual el árbitro resuelve el conflicto a través de un laudo que emite de conformidad con su más leal saber y entender, según su sentido natural de lo justo.

Este tipo de arbitraje da más margen de maniobra al árbitro, ya que este puede tener en cuenta circunstancias que le permitan moderar la aplicación estricta de la norma jurídica en busca de aquella solución que resulte más justa para el caso concreto, atendidas dichas circunstancias.

Ello no supone que la decisión arbitral (laudo) pueda dictarse arbitrariamente y al margen del ordenamiento jurídico o de los contratos firmados, o que se dicte el laudo sin razonar y motivar la resolución.

Se entiende por equidad la «rectitud» y el «sentido natural de lo justo».

El arbitraje de equidad es idóneo para resolver conflictos relativos a reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios, determinados conflictos de la construcción, división de la cosa común, herencias, etc.

En el arbitraje de equidad se toman las decisiones analizando los hechos y adoptando la solución más razonable, según el leal saber y entender del Colegio Arbitral. No es necesario que los árbitros sean licenciados en Derecho (el presidente sí debe serlo, en todo caso), ni abogados en ejercicio.

La mayoría de los arbitrajes que se realizan son de equidad.

### **1.6.1. Arbitraje interno y arbitraje internacional**

Esta calificación obedece cuando interviene un estado o cuando el arbitraje se vincula con más de uno. Veremos el arbitraje internacional con más detalle más adelante.

Así, el elemento diferenciador entre ambos tipos de arbitraje está exclusivamente en el lugar en el que se desarrolle el procedimiento arbitral.

Sobre la base de ello, cuando se produzca en España, estaríamos ante un **arbitraje interno**, mientras que, cuando no sea así, estableceremos que se tratará de **arbitraje internacional**.

Ahora bien, hay otros factores que determinan que el arbitraje sea internacional. Así, el artículo 3 de la Ley de arbitraje establece que el arbitraje será internacional cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en estados diferentes.
- b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que las partes tengan sus domicilios.
- c) Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

### 1.6.2. Arbitraje institucional y arbitraje libre (o *ad hoc*)

El arbitraje institucional es aquel que se desarrolla en un centro de arbitraje y cuya función es la de administrar el proceso, proveer los servicios necesarios para su realización, proporcionar a las partes una lista de árbitros y establecer las reglas del procedimiento.

El papel de la institución o entidad especializada que interviene en este tipo de arbitraje es muy importante, ya que intermedia entre los árbitros administrando y organizando el trámite y prestando servicios útiles para resolver la controversia.

Se rige por un reglamento al que se someten las partes. Sin embargo, se valen de instrumentos cada vez más ágiles; así, adecuan las reglas en torno a las necesidades de los usuarios con reglamentos de «arbitraje común» u otras variantes como «arbitraje acelerado».

También hay otras formas estándar para pactar el arbitraje, a través de modelos de convenio arbitral y todos los servicios de rutina para posibilitar un arbitraje, tales como recibir y modificar las demandas, fijar los honorarios de los árbitros y los peritos, elegir a los árbitros, resolver recusaciones contra ellos, sustituirlos por vacaciones o renuncia, fijar la sede del arbitraje o el idioma en que se tramitarán las actuaciones y, en general, todo lo relacionado al proceso de arbitraje.

En el arbitraje libre o *ad hoc* no existe ninguna institución que administre el sistema: son las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda.

Así, les proveen de los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, los métodos de coerción en caso de incumplimiento, el plazo para laudar y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo.

La desventaja en este tipo de arbitraje está en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio, administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial. Si las partes no se ponen de acuerdo, sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra un árbitro, se debe reemplazar; si procede, cabe reemplazar al árbitro por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo.

La elección de estos mecanismos debe ser puesta en conocimiento de las partes, advirtiéndoles de sus ventajas y sus desventajas.

### **1.6.3. Diferencias entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc**

Las diferencias más relevantes son las siguientes:

**1) Facilidad y garantía en la designación de los árbitros.** Cuando las partes no han previsto la forma de designación de árbitros, o no se ponen de acuerdo sobre las personas a designar, en el arbitraje *ad hoc* es preciso acudir a los tribunales para que procedan a dicho nombramiento («formalización judicial del arbitraje»).

Ello produce dilaciones y gastos y el procedimiento de designación, generalmente por sorteo o por insaculación, no garantiza la competencia y especialización de la persona designada. Las instituciones arbitrales, por el contrario, disponen de un órgano de decisión para identificar a los árbitros más idóneos por experiencia y especialización e, incluso, para resolver, en su caso, la recusación de los mismos.

**2) Certidumbre en el coste del arbitraje.** En el arbitraje *ad hoc* se requiere el acuerdo de las partes y los árbitros sobre la remuneración de estos últimos (tanto alzado, en proporción al valor de la disputa, tiempo utilizado o fórmulas mixtas).

En el arbitraje institucional, el reglamento de la corte (público) regula los honorarios, generalmente publicando una calculadora, y exige a las partes su pago por anticipado.

**3) Previsión y seguridad jurídica.** El arbitraje administrado por una institución arbitral impide la paralización o retraso del procedimiento por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro. Los reglamentos prevén situaciones en las que la secretaría puede actuar si existe negligencia o incapacidad de las partes o de los árbitros.

**4) Asistencia administrativa.** Las instituciones arbitrales prestan servicios administrativos e incluso de secretaría a los árbitros, tales como recibir los escritos de demanda y las contestaciones de las partes, fijar plazos para el procedimiento arbitral y conceder un plazo para dictar el laudo, entre otras cuestiones.

**5) Asistencia logística a las partes y a los árbitros.** Las instituciones arbitrales suelen poner a disposición de los árbitros, y de las partes locales apropiadas, medios audiovisuales y de reproducción de documentos y personal auxiliar profesionalizado para las audiencias y para la práctica de pruebas.

**6) Asesoría y supervisión de los árbitros.** Algunas instituciones arbitrales participan activamente en la supervisión del arbitraje y de su buen funcionamiento, algo que es de gran ayuda para las partes y en especial para los árbitros. Por ejemplo, el llamado control formal del laudo, donde la institución arbitral, a través de su secretaría, analiza, desde un punto de vista formal, la calidad del laudo y su congruencia.

### **1.7. Normativa aplicable al arbitraje**

El arbitraje está regulado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que ha reformado la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Nos referiremos indistintamente a ambas en este texto.

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que la mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, era tributaria de esta vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real decreto 1094/1981, de 22 de mayo, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que

«el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común».

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje supuso la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. Durante su vigencia, se ha producido una notable expansión del arbitraje en nuestro país; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios



arbitrales; se ha asentado el arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable; y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje.

Sin embargo, las consideraciones hechas anteriormente revelan que, partiendo del acervo descrito, resulta necesario impulsar otro nuevo e importante avance en la regulación de la institución mediante la señalada incorporación de nuestro país al elenco creciente de estados que han adoptado la Ley modelo. Además, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 36/1988 ha permitido detectar en ella lagunas e imperfecciones.

El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada.

La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y para que el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese estado y con arreglo a sus normas.

Por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley modelo hacen necesaria la promulgación de esta ley.

### **1.7.1. Análisis de la Ley 60/2003, modificada por la Ley 11/2011 de arbitraje**

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje supuso un avance cualitativo de entidad en la regulación de esta institución, estableciendo un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional que toma como referencia la Ley modelo de la UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial, aprobada el 21 de junio de 1985.

La UNCITRAL (United Nations Commission for the Unification of International Trade Law), llamada también CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, «para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional».

Es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

Es un órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a escala mundial durante más de cuarenta años.

La función de la UNCITRAL consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. Sus actividades son principalmente las siguientes:

- La elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial.
- La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico.
- La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno.
- La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación.
- La organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

### **1.7.2. Los logros de la Ley de arbitraje**

Sin ánimo de exhaustividad, los logros de la Ley de arbitraje (la 60/2003, modificada por la Ley 11/2011 de arbitraje) pasan por la formulación unitaria del arbitraje, el reconocimiento del arbitraje internacional, el aumento de la disponibilidad arbitral, sus reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos, el apoyo judicial al arbitraje o su antiformalismo.

- En primer lugar, en esta Ley se dejan a salvo las disposiciones contenidas en convenios internacionales de los que España sea parte.
- En segundo lugar, en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales, esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley, o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad.
- En tercer lugar, en lo que se refiere a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos.
- La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.
- Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino

en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

- Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma. En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta con que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español.
- La ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Respecto de este último, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y, específicamente, por el demandado a través de la declinatoria. Además, se precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje.
- Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiere subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de enjuiciamiento civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje.
- Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.

## 2. La figura del árbitro en el arbitraje

### 2.1. Definición y requisitos

El árbitro es la persona neutral (aunque pueden ser varias las personas que como árbitros intervienen en un procedimiento arbitral) encargada de resolver el conflicto al que las partes le han sometido.

Los árbitros son profesionales de reconocido prestigio y experiencia profesional demostrada en la especialidad de derecho de la que deben conocer.

Los árbitros deben disponer de una experiencia profesional y someterse a los códigos éticos y de buenas prácticas que se les marquen en cada caso.

En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena.

La ley prefiere las expresiones *árbitro* o *árbitros* a la de *tribunal arbitral*, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos, la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único.

Así, según establece el artículo 13 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (se sobreentiende la aceptación expresa de las partes):

«Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión».

A la vista de esta definición, podemos destacar que son tres los requisitos básicos de capacidad para ser árbitro:

1) **La condición de persona física.** Como efecto de este requisito, se puede afirmar que hay imposibilidad de desempeñar el cargo de árbitro por las personas jurídicas, lo que no cabe confundir, en el marco del arbitraje institucional, con la función atribuida a las cortes en cuestión, por cuanto las mismas no realizan propiamente las funciones arbitrales, sino que se dedican únicamente a la administración del procedimiento.

**2) La inexistencia de limitaciones a la capacidad de obrar y tener el pleno ejercicio de los derechos civiles.** Hay que referirse a las normas que puedan incidir en dicha capacidad, esencialmente a lo dispuesto en el Código civil, sobre todo a los artículos 314 y siguientes, así como al artículo 200 del mismo, pudiendo, en su caso, entrar en juego su artículo 9.1, que en materia de capacidad de personas físicas extranjeras determina que la legislación que les será aplicable es la correspondiente a su nacionalidad.

**3) No hallarse impedido por la legislación a la que pueda estar sometido en el ejercicio de su profesión.** Hay que acudir a la normativa sectorial de cada profesión para analizar si existe o no tal prohibición, como sí podemos encontrar en el caso de los jueces o magistrados (art. 389 LOPJ) y de los fiscales (art. 57.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), como supuestos característicos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

## **2.2. Designación del árbitro**

Las partes pueden en conjunto elegir libremente el árbitro que deseen; y pueden, por lo tanto, acordar previamente el nombre de un profesional de su mutua confianza a quien quieran designar como su árbitro para resolver el conflicto surgido. Cualidad general de este árbitro es que debe ser independiente.

El método de nombramiento de los árbitros se somete a la discreción de las partes, ya que estas pueden pactar libremente el que consideren apropiado, siempre que no se vulnere el principio de igualdad entre ellas y que, en ningún caso, genere una situación de privilegio de una parte frente a la otra.

En el caso del arbitraje *ad hoc* cobra especial relevancia que las partes definan con claridad en la cláusula el sistema de nombramiento de los árbitros.

Es recomendable no establecer muchos requisitos o muy específicos de las condiciones que deben reunir los árbitros, para no dificultar en exceso el nombramiento y la constitución del tribunal arbitral.

En el proceso de nombramiento hay que tener en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones:

- Tal y como establece el artículo 17.4: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas».
- Se considerará nulo todo pacto por el que una parte nombra a un árbitro y la otra nombra a dos.

Teniendo en cuenta que en caso de que se nombren varios árbitros, ese número deberá ser impar, lo habitual es que cada parte nombre a un árbitro, y estos dos árbitros, de común acuerdo, nombren al tercero, que será el presidente del tribunal. La Ley 60/2003 establece que, cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

Asimismo, en el caso de que el arbitraje tenga más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Las partes también han de reflejar en la cláusula todos los aspectos relativos a los árbitros, tales como su nacionalidad, los idiomas en los que han de ser capaces de conducir el procedimiento, las áreas en las que deben tener conocimientos específicos, etc.

Aunque la Ley española de arbitraje determina como regla general que, a falta de acuerdo, por pacto entre las partes o por remisión a un reglamento de procedimiento, se designará un árbitro único, no obstante y como ya hemos visto, el tribunal arbitral puede estar constituido también por varios árbitros.

Ya hemos señalado que, en el caso de que sean varios, su número siempre debe ser impar. Así, lo normal es que, cuando intervienen varios árbitros, el tribunal arbitral esté compuesto por un mínimo de tres miembros, ejerciendo uno de ellos funciones de presidente.

Aunque cuando se están sometiendo controversias futuras, de las que aún no se conoce su naturaleza y magnitud, puede ser difícil prever que número de árbitros es el que resulta más adecuado, sin embargo, es recomendable que la determinación del número de árbitros se haga en función de la cuantía y complejidad de la controversia.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el número de árbitros tiene un efecto directo en los costes del arbitraje, ya que, a más árbitros, más coste de honorarios, por lo que, últimamente, la tendencia es a nombrar árbitros únicos, si bien los tribunales arbitrales con varios miembros pueden ofrecer ventajas para resolver disputas complejas.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, estos nombrarán un árbitro y aquellos, otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

En caso de que intervengan varios árbitros y que las partes deban nombrar un árbitro en sustitución de otro, una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si se han de repetir actuaciones ya practicadas.

No obstante, como establece el artículo 14.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a:

- a) Corporaciones de derecho público y entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

En ambos casos, caben a su vez dos posibilidades:

1) Que la administración del procedimiento sea asumida por la institución en cuestión desde el inicio. Esta opción, que en definitiva es la más frecuente, debe sujetarse al posible acuerdo de las partes al respecto y, en su defecto, siendo designados por dicha institución, siendo habitual que tales cortes arbitrales cuenten con listados o censos de árbitros, ya tengan estos carácter abierto o cerrado, ya se realice la designación de manera rotatoria o a consideración de los órganos competentes de dicha institución, según el caso.

2) La otra opción, mucho menos corriente, sería que la institución interviniera únicamente como autoridad nominadora del árbitro, agotándose su función con tal cometido, salvo que las partes de mutuo acuerdo decidan encomendarle la administración del arbitraje.

Una vez designados, salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje.

A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales.

Si, dentro del plazo, alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijasen.

### **2.3. Aceptación de la designación por parte del árbitro**

En cualquier caso, y salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, los árbitros deberán comunicar su aceptación a quien lo designó dentro del plazo de quince días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Ahora bien, cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción.

Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción. Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.
- En el arbitraje con pluralidad de árbitros, los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.

En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.

### **2.4. Designación del árbitro por el tribunal**

Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes.

Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde la última aceptación.



Si no fuera posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

El órgano jurisdiccional dotado de competencia para efectuar el nombramiento viene establecido en el artículo 8 de la Ley de arbitraje<sup>1</sup>, conforme al cual será:

«La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección».

<sup>(1)</sup>Redacción actualmente vigente, tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, toda vez que, con anterioridad a la misma, esa competencia venía atribuida a los juzgados de primera instancia.

En estos casos, la intervención del juez tiene limitaciones, ya que este no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la «arbitrabilidad» (la viabilidad) de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia.

El juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral.

Si procede la designación de árbitros por el tribunal, este confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista, el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

## 2.5. Deberes y obligaciones de los árbitros

Entre las obligaciones y deberes de los árbitros, podemos señalar los siguientes:

- Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, al margen de quien le haya designado. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

- Deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. Asimismo, en cualquier momento del arbitraje, cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.
- Los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
- Todo árbitro actuará de manera justa y evitará crear una apariencia de deshonestidad o de parcialidad.
- Ningún árbitro podrá ser influenciado por intereses propios, presiones externas, consideraciones políticas, presión pública, lealtad a una parte o temor a la crítica.
- Los árbitros (al igual que las partes y las instituciones arbitrales) están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.
- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas.
- Se exigirá a los árbitros, o a las instituciones arbitrales en su nombre, la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas.

## **2.6. La confidencialidad de los árbitros**

Los árbitros nunca revelarán ni utilizarán información relacionada con el procedimiento o adquirida durante el mismo, que no sea del dominio público, excepto para propósitos del procedimiento. En ningún caso, los árbitros revelarán o utilizarán dicha información para beneficiarse, para beneficiar a otros o para afectar desfavorablemente los intereses de otros.

Ningún árbitro revelará la identidad de los árbitros asociados con las opiniones de la mayoría o la minoría en un procedimiento en el que intervengan, y tampoco revelarán las deliberaciones o votaciones de un panel arbitral o comité, o cualquier opinión de un árbitro, excepto cuando una ley lo requiera.

## 2.7. Recusación de árbitros

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes.

Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo, o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre esta.

En caso de que no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

## 2.8. Facultades y competencia de los árbitros. La potestad para adoptar medidas cautelares

Bajo el término genérico de *competencia* han de entenderse incluidas no solo las cuestiones que estrictamente son tales, sino también aquellas que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio).

Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

### 2.8.1. Potestad para decidir sobre su competencia

En el arbitraje existe la regla básica de que «los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia», de manera que si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia.

Esta regla abarca lo que se conoce como *separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal*, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal, y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral.

A estos efectos, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo, o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

El hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de estos.

### 2.8.2. Facultad para nombrar peritos y la práctica de pruebas

Otra de las competencias y facultades de los árbitros es que, salvo acuerdo en contrario de las partes, estos podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos.

Asimismo, los árbitros (o cualquiera de las partes con su aprobación) tienen competencia para solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por este de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

### **2.8.3. La potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares**

Por otro lado, dentro de sus competencias, la Ley 60/2003, en su artículo 23, incorpora una de las principales novedades de la ley: **la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares**, incluso pudiendo llegar a exigir caución suficiente al solicitante.

Los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las *medidas cautelares* será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.

La potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral, pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Sin embargo, no se deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de la Ley 60/2003 y en la Ley de enjuiciamiento civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares.

Los árbitros solo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

### **2.8.4. La responsabilidad de los árbitros**

El segundo párrafo del artículo 21.1 de la Ley 60/2003 de arbitraje<sup>2</sup> establece que:

«Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca.

Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas».

Por otro lado, el artículo 21.1 de la Ley 60/2003 establece que:

«La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo».

<sup>(2)</sup>Párrafo añadido por la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 mayo.

Mientras que la anterior Ley 36/1988 exigía la concurrencia de dolo o culpa, la redacción actual, manteniendo el dolo, sustituye el concepto de culpa por el de mala fe y temeridad, lo cual supone una negligencia más cualificada que el concepto tan genérico de culpa y que vendría a eliminar tanto la culpa levisima como la leve, según opinión generalizada.

Cabe reseñar que los árbitros, asimismo, podrían incurrir en:

- Un ilícito criminal y, en ese sentido, hay que referirse al artículo 422 del Código penal, que regula el cohecho.
- Negociaciones prohibidas.
- Responsabilidad disciplinaria, en el supuesto de que el árbitro, debido a su condición profesional, se hallare vinculado a una institución o corporación que cuente con un código deontológico que, eventualmente, pudiera ser violado por dicho árbitro, cuyo prototipo pueden constituirlo los colegios de abogados.

Asimismo, el artículo 21.1 de la Ley 60/2003 establece que:

«En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros».

A la vista de esto, podemos entender que en la intención del legislador está trasladar la responsabilidad de los árbitros a las instituciones arbitrales.

Dentro de las coberturas, que incluye un seguro de responsabilidad civil profesional de árbitros completo, podemos encontrar las siguientes:

**1) La cobertura propia de la responsabilidad civil profesional.** La compañía aseguradora garantiza al asegurado el pago de las indemnizaciones de las que pueda resultar civilmente responsable por daños patrimoniales primarios ocasionados a clientes o terceros legitimados, debidos a errores o faltas profesionales, bien sea cometido el error o falta por él, o por personas de las que tenga que responder, en el ejercicio de la actividad profesional de arbitraje.

Se entiende por daños patrimoniales primarios aquellos menoscabos o perjuicios que sufran clientes o terceros en su patrimonio, distintos de un daño personal, material o consecuencia de ellos, producidos con motivo de los mencionados errores o faltas profesionales.

**2) La cobertura de daños a expedientes y documentos confiados.** Se refiere a las reclamaciones por los daños materiales que puedan sufrir los expedientes y documentos que se encuentren en poder del árbitro (asegurado) para el desarrollo de la gestión encomendada.

**3) La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la LOPD.** La responsabilidad civil del árbitro (asegurado) derivada del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, y otras leyes complementarias que regulen la misma materia.

En este sentido, un seguro de RC de árbitros completo con esta cobertura garantizará el pago de:

- Perjuicios económicos evaluables ocasionados a terceros.
- Sanciones administrativas, que sean asegurables, impuestas al asegurado por la Agencia Española de Protección de Datos.

**4) La responsabilidad civil de explotación.** Incluye la cobertura de:

- Los daños causados por el local vinculado a la actividad y que resulte del funcionamiento de sus instalaciones fijas, de su mobiliario, incluso por rótulos o carteles, por las deficiencias, negligencias u omisiones observadas en el mantenimiento, cuidado y vigilancia de los mismos.
- La realización de obras de mantenimiento, ampliación o reforma de los inmuebles, edificios o locales propiedad del
- Daños materiales causados a terceros por incendio y/o explosión, ocurridos dentro del local o instalaciones al servicio del asegurado.

**5) Responsabilidad civil locativa, por daños al inmueble arrendado.** Esta cobertura garantiza la responsabilidad civil del árbitro (asegurado) por actos y omisiones propios, y de las personas de quienes deba responder, derivada de los daños causados a los inmuebles alquilados por él para el servicio y desarrollo de la actividad de la empresa por agua, incendio y explosión.

Asimismo, el seguro de responsabilidad civil de árbitros incluye la cobertura de **gastos de defensa jurídica y fianzas**, de manera que le garantizará también el pago de los gastos judiciales ocasionados con motivo de la celebración de procesos seguidos contra el árbitro (el asegurado) o sus empleados derivados de la actividad de arbitraje.

Esta cobertura se limita a los gastos derivados de:

- La defensa jurídica del asegurado o de sus empleados.
- Las restantes costas procesales.
- La constitución de las fianzas que les fueran exigidas para asegurar sus posibles responsabilidades civiles declaradas en el posterior juicio.

### 3. El convenio arbitral

Con carácter general, el convenio arbitral, también denominado acuerdo de arbitraje o acuerdo arbitral (*arbitration agreement*), es el acuerdo de dos o más partes en virtud del cual se someten a arbitraje la resolución de determinadas controversias presentes o futuras entre ellas.

El convenio arbitral se erige como pieza clave para la posibilidad de tramitar un procedimiento arbitral, cuando exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

#### 3.1. Naturaleza del convenio arbitral

Todo convenio arbitral tiene un doble carácter o naturaleza: material o contractual por un lado, y procesal por otro. Y ello porque al convenio arbitral, al ser un contrato, le son de aplicación las reglas sobre los contratos (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.), pero a su vez, se trata de un contrato cuyo objeto es procesal y que confiere competencia a los árbitros.

En conclusión, inicialmente, podemos quedarnos con la siguiente definición de convenio arbitral:

«Es el acuerdo por escrito conforme al cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o controversias concretas que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

#### 3.2. Efectos del convenio arbitral

El título II de la Ley 60/2003 de arbitraje (en adelante, LA) regula los requisitos y efectos del convenio arbitral y, en líneas generales, la ley trata de perfeccionar la legislación anterior precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos. Así, esta Ley de 2003 vino a introducir algunas novedades respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral.

La ley refuerza el criterio antiformalista, de manera que aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.



Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.

Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma.

En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral.

De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9 de la LA:

- Las normas elegidas por las partes.
- Las aplicables al fondo de la controversia.
- El derecho español.

En cuanto a los efectos del convenio arbitral, se mantienen los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral, de los que ya hemos hablado en la unidad didáctica anterior:

- Efecto positivo en tanto en cuanto las partes quedan obligadas a someter la controversia a arbitraje.
- Efecto negativo porque las partes no podrán acudir a los tribunales ordinarios en búsqueda de solución a sus controversias. Además, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado a través de la declinatoria. La pendency de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje.

La solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone, en modo alguno, renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado.

Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de enjuiciamiento civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.

### **3.3. La forma del convenio arbitral**

El convenio arbitral puede adoptar bien la forma de cláusula incorporada a un contrato determinado o bien de acuerdo independiente. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que estas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

Ahora bien, el artículo 22 de la LA establece la separabilidad entre el contrato y el convenio arbitral, aunque este se integre en el aquel al decir que

«el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

Ante esto, debemos tener en cuenta que esta separabilidad implica un reconocimiento más a la autonomía de la voluntad, y que esta tiene como efecto mantener la validez del acuerdo arbitral aun cuando el contrato principal donde esté inserto nunca se acabó de formar (es inexistente) o fue declarado nulo.

Todo convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes. También servirá un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo entre las partes. También se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Asimismo, tal y como recoge el artículo 9.5 de la LA, se tendrá en consideración que existe convenio arbitral cuando, en un intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia sea afirmada por una parte y no haya sido negada por la otra.

Para que el sometimiento a arbitraje funcione bien y se eviten dudas, es aconsejable que las cláusulas arbitrales se redacten de manera sencilla y con carácter amplio, sin necesidad de introducir detalles y especificaciones que puedan dar lugar a limitaciones o a que la materia sometida a arbitraje quede fraccionada.

### **3.4. El contenido del convenio arbitral**

En cuanto al contenido de las cláusulas arbitrales, toda cláusula de sometimiento a arbitraje debe establecer claramente cuál es su alcance, ya que en un procedimiento arbitral los árbitros no pueden entrar a conocer de ninguna cuestión a la que no se les haya sometido.

Además, de la referencia al idioma, al número de árbitros y a la sede o lugar del arbitraje, existen también otras menciones que pueden incluirse en la cláusula arbitral y ser de utilidad, si bien no son imprescindibles para la validez de la cláusula.

Aunque en algunos casos puedan resultar innecesarias por tratarse de cuestiones ya reguladas en el reglamento de procedimiento de la institución arbitral, o en la Ley de arbitraje del país de la sede del arbitraje, sin embargo, en otros casos, pueden ser de gran trascendencia para el procedimiento arbitral. Pueden ser las siguientes:

- La referencia a la confidencialidad del procedimiento.
- La referencia a la competencia para la adopción de medidas cautelares.
- El establecimiento de normas de reparto de las costas del arbitraje.
- La renuncia expresa a la impugnación del laudo, en su caso.

### **3.5. El idioma del convenio arbitral**

Es aconsejable (y así ocurre en la práctica habitual) que la cláusula arbitral especifique, clara y expresamente, el idioma en el que ha de conducirse el arbitraje, idioma que los árbitros habrán de dominar. Es habitual que se elija el mismo idioma en el que se redacta el contrato y en el que se desarrollan las comunicaciones entre las partes.

Un error frecuente es determinar que el laudo se realice en un idioma diferente al nativo de una o de ambas partes y no haber previsto el coste que podrán derivarse de la necesidad de traducciones e intérpretes.

Distinto es que las partes acepten incluir pactos expresos que permitan la aportación de documentos al arbitraje redactados en distintas lenguas sin necesidad de traducción. Esto exige que los árbitros conozcan varias lenguas, pero en todo caso, debe fijarse claramente cuál es la lengua del procedimiento, y que será la lengua en la que debe redactarse el laudo.

### **3.6. La importancia del lugar o la sede del arbitraje**

La determinación del lugar del arbitraje no es un aspecto sin importancia. Es aconsejable que toda cláusula arbitral prevea claramente cuál es el lugar o sede del arbitraje, señalando no solamente un país, sino una ciudad en concreto.

Aunque nada impide que las partes puedan pactar libremente que el lugar o sede del arbitraje sea en cualquier sitio del mundo, así, el lugar del arbitraje es totalmente independiente del lugar donde radica la corte que las partes puedan elegir para administrar el arbitraje.

No debe confundirse el lugar o la sede del arbitraje con el lugar donde tiene sus oficinas la institución arbitral que pueda administrar el arbitraje.

Ahora bien, el aspecto de cuál vaya a ser la sede del arbitraje es muy importante, ya que el procedimiento arbitral se rige, en primer lugar, por lo pactado expresamente por las partes, subsidiariamente por el reglamento de procedimiento al que se hayan remitido, y subsidiariamente, por la Ley de arbitraje de la sede o lugar donde se desarrolle el arbitraje.

Esto implica que el lugar que se haya decidido vaya a determinar asimismo cuál será la ley aplicable a dicho arbitraje en todo aquello que no regule el reglamento o las normas de procedimiento que las partes hayan acordado, así como para otras posibles cuestiones relacionadas con el arbitraje.

Además, la sede del arbitraje determinará a buen seguro que los tribunales del país de la sede del arbitraje sean los competentes para conocer de la posible acción de anulación frente al laudo que se dicte, así como para una posible formalización judicial del arbitraje en su caso.

**1) La relevancia de la elección de la *lex arbitri*.** Toda cláusula debe prever claramente la sede del arbitraje (no solamente un país, sino una ciudad en concreto).

No hay que confundir la sede del arbitraje con:

- La sede de la institución arbitral que pueda administrar el arbitraje.
- El lugar donde puedan celebrarse las vistas.

**2) La sede jurídica del arbitraje: *lex arbitri*.**

- Regula subsidiariamente el procedimiento.
- Determina la «nacionalidad» del laudo (reconocimiento, anulación).
- Determina los jueces competentes para funciones jurisdiccionales en apoyo del arbitraje.

### **3.7. El convenio arbitral en los casos de arbitraje internacional**

El convenio arbitral será válido en arbitraje internacional y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español. Pero, además, en el marco del arbitraje internacional, el artículo 2.2 de la LA

establece una obligatoriedad del convenio arbitral que va más allá de las prerrogativas que ostentan los estados, de manera tal que aun cuando una de las partes de un convenio arbitral sea un estado, este convenio sigue desplegando sus efectos al señalar que:

«Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

En los contratos internacionales, se hace más importante si cabe el sometimiento de las posibles controversias que pudieran surgir en el arbitraje y ello, entre otras causas, por el factor de la «predictibilidad».

Y ello porque, en estas situaciones de internacionalidad, con elemento extranjero, el sometimiento a arbitraje ayuda a simplificar el método de resolución de disputas, que es conocido de antemano por las partes, sin necesidad de estudiar las particularidades del sistema judicial del concreto país al que las partes tendrían que dirigirse en ausencia del sometimiento a arbitraje.

Hay que tener en cuenta, además, que los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia, y no solo en el país en que se dictan. Gracias al amplísimo número de estados que son miembros de la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el laudo que se dicte podrá ser reconocido y ejecutado en cualquiera de estos estados.

### **3.8. El convenio arbitral en los contratos de adhesión**

En el caso de que el convenio arbitral esté contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. No obstante lo dicho, es interesante conocer la jurisprudencia al respecto.

En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) de 17 de octubre de 2003, que a su vez cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) de 4 de junio de 2002, señala que:

«La cláusula arbitral en la medida que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores [...] es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta [...] Las anteriores consideraciones y aplicación de la normativa en protección de los consumidores y usuarios deben ser realizadas de oficio por jueces y tribunales...».

### 3.9. Convenio arbitral y declinatoria

Tal y como establece la Ley, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado (e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje) siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante una acción **declinatoria**, un procedimiento que se presenta como excepción previa, a través del cual se pide al juez que deje de conocer el caso porque se cree que no tiene la competencia.

El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal.

Ahora bien, la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares, ni a este concederlas.

### 3.10. La importancia de una cláusula arbitral bien redactada. El riesgo de las cláusulas patológicas

Las cláusulas arbitrales «patológicas» o mal redactadas pueden acarrear muchos problemas, por lo que toda cláusula debe ser negociada y redactada con atención.

La «patología» del convenio arbitral se produce tanto en convenios arbitrales de reducido contenido como en aquellos de contenido extenso y que incluyen una regulación más detallada del arbitraje, siendo más habituales estos últimos.

Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (*pathological clauses*) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.

Para evitar esto, las instituciones arbitrales suelen contar con cláusulas tipo o cláusulas modelo en sus portales de internet y suelen facilitar los procedimientos arbitrales en general, si bien es sugerente que antes de asumir una

determinada cláusula modelo se tenga presente el reglamento de la institución arbitral en cuestión y conocer las particularidades sobre cómo se desarrollaría un eventual procedimiento arbitral. Debe tenerse en cuenta que copiar y pegar una cláusula arbitral de un procedimiento puede acarrear la inclusión en el procedimiento de una cláusula arbitral patológica, con consecuencias negativas graves para su desarrollo posterior.

### 3.10.1. Ejemplos de cláusulas patológicas

Hay varios ejemplos a considerar:

1) Cláusula que se remite a una Ley de arbitraje no vigente en el momento de su aplicación.

«Las partes expresan su conformidad a someter cualquier diferencia que pudiera existir en la interpretación de este contrato a la Ley de arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre. Las partes designarán cada una a un árbitro, los que, de común acuerdo, designarán un tercero».

2) Cláusula que se remite a una Ley de arbitraje no vigente en el momento de su aplicación y a la jurisdicción ordinaria.

«Las partes expresan su conformidad a someter cualquier diferencia que pudiera existir en la interpretación de este contrato a la Ley de arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre. Las partes designarán cada una a un árbitro, los que, de común acuerdo, designarán un tercero. A falta de acuerdo, este último será nombrado por el decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, donde tendrá lugar el arbitraje.

Igualmente, se someten las partes a la jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales de Madrid, para solucionar cualquier cuestión judicial que pudiera plantearse entre las mismas».

3) Cláusula que establece que el árbitro o los árbitros los designe una persona inexistente en el momento de su aplicación.

«Las partes acuerdan que el árbitro o los árbitros los designe el presidente de la Cámara de Comercio de Madrid».

4) Cláusulas que remiten a una institución inexistente o identificada erróneamente (muy habitual).

«Toda controversia que haya surgido o pueda surgir respecto del presente contrato o de un acuerdo, se resolverá definitivamente, mediante arbitraje administrado por el Instituto Español de Arbitraje, de acuerdo con su Reglamento y Estatuto, al que se encomienda la administración del arbitraje y el nombramiento de árbitro o árbitros».

O también,

«se someterá a arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de La Haya».

O, asimismo,

«según las normas de la Arbitration Center, antes Portland Arbitration Center».

### 5) Falta de lenguaje imperativo para referir a las partes a arbitraje.

«In case of arbitration, the dispute may be referred to the ICC».

### 6) Alcance limitado de las cláusulas arbitrales.

Todas las disputas y desavenencias relacionadas con la interpretación del presente contrato serán resueltas definitivamente por medio de arbitraje de la CCI.

### 7) Requisitos excesivos de los árbitros, lo que complica la selección del árbitro.

«El presidente del tribunal arbitral deberá tener dominio del inglés y el portugués, ser experto en la regulación del sector eléctrico en Brasil y no podrá ser ni estadounidense ni brasileño».

### 8) Sujeción del arbitraje a disposiciones de procedimientos civiles nacionales.

«El arbitraje será conducido conforme a las normas del juicio ordinario de mayor cuantía regulado por el Código de Procedimiento Civil de la Nación (Argentina)».

### 10) Modificaciones al Reglamento no susceptibles de ser aceptadas por la institución arbitral.

«Los árbitros serán pagados conforme a su tarifa horaria habitual».

O también:

«Las partes acuerdan que el laudo arbitral podrá ser notificado a las partes sin necesidad de examen previo por parte de la Corte conforme a su Reglamento».

### 11) Otras cláusulas patológicas.

a) «En caso de controversia, las partes se comprometen a someterse a arbitraje, pero en caso de litigio, el Tribunal de la Seine tendrá jurisdicción exclusiva».

b) «En caso de cualquier disputa sin resolver, el asunto será remitido a la Cámara Internacional de Comercio».

c) «Arbitraje: todas las controversias se resolverán amistosamente».

d) «Las partes litigarán ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París con sede en Zúrich».

e) «El árbitro será italiano angloparlante, con una licenciatura francesa en Derecho y familiarizado con los contratos de construcción del Oriente Medio».

## **3.11. Ventajas del establecimiento de una cláusula arbitral en un contrato**

La inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato entre partes va a otorgar al mismo las siguientes ventajas:



- Neutralidad en la resolución de las posibles disputas y controversias.
- La especialización de los árbitros, ya que las partes pueden nombrar árbitros especialistas en la materia objeto de la disputa (construcción, seguros, energía, etc.), asegurándose así una resolución de alta calidad técnica.
- Los árbitros tienen más disponibilidad para estudiar y conocer del asunto que les es sometido que los tribunales ordinarios de justicia.
- La celeridad: el arbitraje conduce generalmente a una resolución de la disputa en un periodo más breve que los procesos judiciales.
- La confidencialidad: frente al principio general de publicidad de los procesos judiciales, en arbitraje las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el procedimiento, por lo que la resolución de la disputa no tiene ninguna repercusión pública.
- Flexibilidad: las partes tienen amplias facultades para diseñar el tipo de procedimiento que más se adapte a sus necesidades en función de las características de la disputa, lo que permite controlar los costes y la duración del mismo. Esta flexibilidad incluye libertad de elección del idioma del procedimiento.
- Libertad de elección del número de árbitros: las partes pueden pactar un árbitro único o un tribunal arbitral compuesto por varios árbitros (habitualmente, en número de tres) en función de la complejidad de la controversia.
- El mantenimiento de las relaciones comerciales: un proceso rápido y confidencial suele minimizar el enfrentamiento entre las partes, facilitando así el mantenimiento de presentes y futuras relaciones comerciales. Este efecto puede verse reforzado si se consigue una salida negociada de la controversia mediante una fase previa de negociación o mediación.
- Los laudos no pueden ser objeto de recurso. Contra ellos solo cabe una demanda de anulación por motivos formales y tasados, y los jueces españoles, con carácter general, no revisarán la decisión que sobre el fondo de la disputa hayan tomado los árbitros.
- Los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia, y no solo en el país en que se dictan.

