

TEMA 17.- EL ARBITRAJE

I.- Introducci3n.

El arbitraje constituye un medio de resoluci3n de conflictos cuyo origen hist3rico es anterior al proceso.

El arbitraje se contempla desde muy diversos puntos de vista, especialmente ahora como parte de los llamados m3todos alternativos a la resoluci3n de situaciones de conflicto.

La alternancia respecto a la jurisdicci3n en el arbitraje ofrece alcance muy diferente en otros m3todos alternativos, por ejemplo, en la conciliaci3n o la mediaci3n. Entre otros aspectos, los componentes jurisdiccionales del arbitraje son muy superiores y de singular relevancia.

Esta diferencia entre estos m3todos alternativos a la jurisdicci3n y el arbitraje opera tambi3n en la diversa valoraci3n que se hace del mismo y de aqu3llos desde la perspectiva de las ventajas e inconvenientes en relaci3n con el proceso. Se suele argumentar, como valor de los repetidos m3todos alternativos, su rapidez, su naturaleza reservada, la flexibilidad de su procedimiento, as3- como propiciar la especialidad de quien resuelve, lo que redundar en una mayor confianza. En el lado de los inconvenientes opera el alto costo, la falta de publicidad y la p3rdida de contrapesos frente a la desigualdad de las partes.

En lo que al arbitraje se refiere, la suma de las valoraciones a favor y en contra ha conducido a que en la realidad pr3ctica el arbitraje se haya asentado, sobre todo en el marco de las relaciones comerciales y, dentro de 3stas, en el marco internacional.

Estas consideraciones se confirman en el contenido y orientaci3n de la reciente reforma de la Ley de Arbitraje. Tal como se 3ala la Exposici3n de Motivos de la Ley 36/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la regulaci3n precedente por Ley 36/1998, de 5 de diciembre, contribuy3 a un desarrollo de la instituci3n, incorporando el arbitraje institucional y consolidando las pr3cticas uniformes sobre todo en el arbitraje internacional.

II. Concepto y Naturaleza del arbitraje.

1. El arbitraje constituye el acuerdo entre dos o m3s personas para que una tercera dirima una controversia existente entre ellas.

La materia ha de ser de libre disposici3n para aquellos que acuden al arbitraje, lo que, de un lado, excluye algunas cuestiones de su 3mbito objetivo de aplicaci3n, como las penales, por ejemplo.

2. La *naturaleza jur3dica* del arbitraje ha sido objeto de tres posiciones cuya diversidad obedece al enfoque y prioridad con que se observe cada una de las diferentes fases del mismo, como inmediatamente se ver3.

a) *Teor3a contractualista*: sustentada por quienes ven en el arbitraje un contrato, el convenio, en virtud del cual someten su controversia a la decisi3n de uno o m3s 3rbitros.

b) *Teor3a jurisdiccionalista*: defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje al centrar la atenci3n en los efectos que la ley deriva del laudo arbitral: su fuerza ejecutiva y producir efectos id3nticos a la cosa juzgada.

c) *teor3a mixta*: simbiosis de las anteriores, postula que el arbitraje presenta una naturaleza contractual en su inicio y jurisdiccional en su desenlace y efectos.

Con la carga de indefinición que conlleva toda tesis ecléctica, parece irrefutable admitir la existencia de actividades reguladas por normas sustantivas de Derecho civil, pero, asimismo, de otras cuya naturaleza es inequívocamente procesal. Entre las primeras, el art. 9 LA dedicado al convenio arbitral; muestra de las segundas, los arts. 7, 34 ss. 41 y 44, todos de la LA. Referentes a la intervención judicial en el arbitraje, el laudo o la ejecución forzosa de este último.

III. Ámbito de aplicación del arbitraje.

Conviene diferenciar en este aspecto A) por un lado, las materias objeto de arbitraje; y B) por otro, lo que la Ley de Arbitraje denomina su ámbito de aplicación, referido a diversas cuestiones: a) la distinción entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales; b) el arbitraje nacional e internacional; c) las eventuales especificidades que derivan de los convenios internacionales en que España sea parte, y d) su marco territorial de aplicación.

1. Como ya hiciera la Ley de Arbitraje de 1988, se consagra la libre disposición como elemento clave de las materias objeto de arbitraje. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles (art. 2.1 LA).

2. En cuanto al primer criterio, arbitrajes ordinarios y especiales, el art. 1.3 y 4 LA excluye de su aplicación a los arbitrajes laborales y reconoce similar efecto a las leyes que contengan menciones específicas con semejante efecto. Paralelamente, se establece la aplicación supletoria de la LA a todos los arbitrajes, incluidos los especiales, en todo aquello en que no resulte contradictorio con su contenido (art. 1.3 y 4 LA).

3. En lo que respecta a la contraposición *arbitraje interno y arbitraje internacional*, la nueva regulación opta por una unitaria de ambos.

Como la propia Exposición de Motivos señaala, se parte de que son pocas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta del arbitraje interno.

El art. 3 LA establece por primera vez en nuestro ordenamiento en qué casos un arbitraje es internacional siguiendo los criterios de la Ley Modelo.

4. Se salvaguarda expresamente lo dispuesto en convenios internacionales suscritos por España como consecuencia obligada del respeto a la prelación normativa.

5. Finalmente, la delimitación del ámbito de aplicación de la LA siguiéndole criterio de territorialidad, esto es, la aplicación a los arbitrajes realizados en España con independencia de su carácter nacional o internacional (art. 1 LA). Véase por ejemplo, el art. 8 la, que señaala los tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje, refiriéndose a órganos jurisdiccionales españoles.

IV: Clases de Arbitraje.

1. Con arreglo a las normas que regula el arbitraje se distingue entre *arbitraje ordinario y arbitrajes especiales*.

Junto al arbitraje laboral, ejemplo recurrente del arbitraje especial, existen diversos ámbitos (transportes, seguros, consumidores y usuarios), que, sin constituir arbitrajes de tal carácter, se presentan determinadas especialidades normativas, resultando de aplicación en lo restante las normas de la Ley de Arbitraje:

Si la sentencia es un acto de voluntad, es evidente que no es sólo eso. La sentencia es fundamentalmente también un acto de pensamiento. En definitiva, nadie ha considerado a la sentencia como una orden de validez sin afirmar al mismo tiempo que es manifestación de pensamiento.

Pueden distinguirse aquí dos sub apartados.

1.º. Atendiendo a las normas que regulan la resolución del fondo del asunto (arbitraje de derecho y arbitraje de equidad). El arbitraje de derecho opera como regla general, salvo manifestación de las partes autorizando expresamente el arbitraje de equidad (art. 34.1 LA).

Esta regla se excepciona para el arbitraje de consumo, que en sus normas podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho (Disposición Adicional única LA).

2.º. Según rijan el arbitraje normas extranjeras o no (arbitraje nacional o arbitraje extranjero). La condición de arbitraje internacional deriva de incluirse en alguno de los tres casos contemplados en el art. 3.1 LA. Unido a ello, y como se ha señalado, le son de aplicación por igual la Ley de Arbitraje, con algunas especificidades.

El arbitraje extranjero, por el contrario, será el pronunciado fuera del territorio español, y precisará del exequatur, a tenor del art. 46.2 LA.

2. Por su origen, *arbitraje contractual* y *arbitraje testamentario*.

Siendo el convenio arbitral la forma ordinaria de institución del arbitraje, el art. 10 LA reconoce validez al establecido en disposiciones testamentarias para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

3. En función de la designación de los árbitros y de la administración del arbitraje, *arbitraje ad hoc* y *arbitraje institucional*.

Se habla de arbitraje ad hoc cuando las partes designan a los árbitros o encargan su designación a una persona física o jurídica. El arbitraje institucional, en términos del propio art. 14 LA, surge cuando las partes encomiendan la administración del arbitraje y la designación de árbitros a corporaciones de Derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, y en particular al tribunal de Defensa de la Competencia, o a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Las funciones arbitrales se desarrollan, en este último caso, conforme a sus propios estatutos (art. 14.2 LA).

V. El convenio Arbitral.

El arbitraje tiene como origen un contrato: el convenio arbitral, con la única excepción de la citada disposición testamentaria ya citada.

Se rige por lo dispuesto en el art. 9 LA, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no previsto específicamente en la Ley de Arbitraje.

• Requisitos del convenio arbitral.

Como requisito general, al convenio le son de aplicación los de capacidad, consentimiento, objeto y causa propios de todo contrato.

Además, se requiere la concurrencia de *requisitos de contenido* y *requisitos formales*. Entre los primeros, en el convenio debe expresarse la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una situación jurídica contractual o no (art. 9.1 LA).

Desde la perspectiva de los requisitos de forma del convenio, se parte de un criterio anti formalista, sin perjuicio de que se exija que el convenio conste por escrito en documento firmado por las partes. (Art. 9.3 LA). Puede figurar como cláusula incorporada a un contrato o como acuerdo independiente (cláusula arbitral por referencia).

- Efectos del convenio arbitral.

A partir de la validez del convenio se predicen del mismo dos efectos: el efecto positivo y el negativo.

El efecto positivo consiste en la obligación de cumplir lo estipulado, es decir, que cualquiera de las partes esté facultada para instar el arbitraje, quedando sometidas a lo resuelto en el correspondiente laudo (art. 11.1 LA).

El efecto negativo o excluyente impide que la controversia se someta al conocimiento jurisdiccional. Este efecto debe ser invocado mediante la interposición de declinatoria, que no impide, por otro lado, el inicio o prosecución de las actuaciones arbitrales (art. 11.1 y 2 LA).

La falta de interposición de la declinatoria en el proceso sobre la cuestión sometida a arbitraje se entenderá como renuncia del demandado al arbitraje.

Ahora bien, la solicitud de medidas cautelares, tanto ante un tribunal español como extranjero, no supone en modo alguno renuncia a acudir al arbitraje. El convenio arbitral no impide, que con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, se soliciten y se adopten medidas cautelares (art. 11.3 LA).

VI. Los Árbitros.

1. Capacidad, designación, aceptación, derechos y deberes, cese y sustitución.

La capacidad para ser árbitro se reconoce en el art. 13 LA a toda persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, salvo obstáculo derivado de las normas que regulen el ejercicio de su profesión.

Se requerirá la condición de abogado en ejercicio, si no se trata de arbitraje de equidad y salvo pacto expreso en contrario (art. 15.1 LA).

El número de árbitros será impar, reduciéndose a uno en caso de falta de acuerdo por razones de economía (art. 12).

1.1. *La designación de los árbitros* se deja al acuerdo de las partes, sujetándola tan sólo al principio de igualdad. Asínicamente, si no se llega a tal punto, el art. 15.2 LA establece algunas reglas para su determinación según se trate de uno o más árbitros y haya o no pluralidad de demandantes o demandados.

Si no resulta posible la designación a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera puede solicitar al tribunal competente el nombramiento o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias (art. 15.3 LA).

1.2. *Aceptación de los árbitros.* Tras la designación, se comunicará ésta a los árbitros, quienes disponen de quince días, a contar desde el siguiente a la notificación del nombramiento, para comunicar su aceptación. De no hacerlo así, se entenderá que no acepta el nombramiento (art. 16 LA).

1.3. *Deberes y derechos de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación. Responsabilidad de los*

Arbitros y de las instituciones arbitrales y provisión de fondos.

Los Arbitros deben guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes. Como garantía se articulan dos instrumentos: por una parte, la obligación de revelar cualquier hecho o circunstancia que permita poner en duda dichos deberes (art. 17.1 y 2 LA); y, por otra, el mecanismo de la recusación del Arbitro si concurren circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 17.3 y 18 LA y salvo previa abstención del propio Arbitro.

La aceptación obliga a los Arbitros y a la institución arbitral, en su caso, a cumplir su encargo, incurriendo, de no hacerlo, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo (art. 21.1 LA).

Si se trata de arbitraje institucional, el perjudicado tendrá acción directa contra la institución, independientemente de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los Arbitros (art. 21.1 i.f.LA).

Los Arbitros o la institución arbitral, en su caso, podrán exigir a las partes las provisiones de fondos necesarias para atender a los honorarios y gastos de los Arbitros y de la administración del arbitraje. Cabe establecer pacto excluyendo esta exigencia.

1.4. *Cese, falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones, nombramiento de Arbitro sustituto.* Se regula la eventualidad de que, por prosperar la recusación u otra causa, el Arbitro no pueda ejercer sus funciones o no lo haga en plazo razonable, provocando su cese o remoción conforme a lo previsto por las partes (art. 19.1 LA).

2. Competencia de los Arbitros.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 resalta el Título dedicado a las competencias de los Arbitros en dos materias específicas y significativas: la decisión sobre su propia competencia y la potestad para adoptar medidas cautelares.

A) Se consagra la separación del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal, otorgando a los Arbitros que puedan juzgar sobre la validez del convenio arbitral.

Implica el enjuiciamiento sobre todas las cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia, excepción hecha, claro, a las relativas a las personas de los propios Arbitros.

B) La facultad de adoptar medidas cautelares se reconoce salvo pacto en contrario de las partes (art. 23.1 LA).

Previo instancia de parte y sujetas eventualmente a caución pueden encontrar dificultades a la hora de su ejecución del laudo, precisar de la intervención judicial.

En todo caso, tales medidas no son incompatibles con la adopción judicial de medidas similares. La Exposición de Motivos menciona el carácter alternativo y concurrente de tales medidas, sin perjuicio –indica– de la vigencia del principio de buena fe procesal.

VII. Procedimiento Arbitral.

Aunque el procedimiento al que deben ajustarse los Arbitros en sus actuaciones lo señalarán las partes (art. 25.1 LA), la Ley de Arbitraje establece una serie de principios y reglas generales.

- Principios informadores.

Deberá tratarse a las partes con igualdad y ofrecerse garantías de audiencia y contradicción.

Se establece, asimismo, el deber de confidencialidad para los árbitros, partes e instituciones arbitrales de las informaciones a las que tengan acceso a través de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA).

- Contenido mínimo de las actividades arbitrales.

a) No es preceptiva la asistencia letrada, de forma que las partes pueden comparecer por sí mismas o por medio de sus representantes (art. 30.2 LA).

La falta de comparecencia se establece legalmente, salvo pacto en contra, cuando a juicio de los árbitros el demandante no presente su demanda en plazo, y para el demandado, cuando no haga lo propio con la contestación. En el primer caso, se darán por terminadas las actuaciones, salvo que oído el demandado, manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. Tratándose del demandado, los árbitros continuarán sus actuaciones, sin que se considere allanamiento o admisión de hechos alegados en la demanda.

b) El lugar será fijado por los árbitros, salvo que las partes lo hubieran determinado previamente.

c) El inicio del arbitraje se establece, salvo pacto en contra, cuando el demandado haya recibido el requerimiento de someter la cuestión a arbitraje (art. 27 LA).

d) La demanda y contestación se ajustarán a lo dispuesto en el art. 2 LA, salvo acuerdo de las partes en otro sentido.

e) Las formas de las actuaciones arbitrales, así como el idioma, se deja también a la libre determinación de las partes. En su defecto, el art. 28 LA establece que el idioma lo establecerán los arbitrajes atendidas las circunstancias del caso. La celebración de audiencia o vistas o la tramitación escrita se deja al criterio de los árbitros, salvo que lo inste alguna de las partes (art. 30.1 LA). Se exige garantía de convocar con antelación suficiente, así como el traslado de todas las actuaciones a las otras partes (art. 30.2 y 3 LA).

f) La materia probatoria se regula la asistencia judicial en el art. 33 LA y el nombramiento de peritos por los árbitros (art. 32 LA).

VIII. El laudo Arbitral.

Constituye el objetivo al que se encamina la actividad arbitral, salvo terminación anormal.

De no haber acuerdo expreso diferente, la decisión deberá constar en un solo laudo o en tantos parciales como se estime necesario.

- Requisitos del laudo: plazo, forma, contenido y notificación.

1.1 Si no se dispuso otra cosa, el laudo deberá emitirse en un plazo de seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de expirar el plazo para presentarla. Dicho plazo puede prorrogarse por un plazo no superior a dos meses mediante decisión motivada de los árbitros (art. 37.2 LA).

Si el plazo expira sin dictarse el laudo, las actuaciones terminan y los árbitros cesan. Sin embargo, el convenio arbitral no pierde su eficacia.

1.2 En cuanto a la *forma del laudo*, constará por escrito y estará firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante.

Se exige su motivación. También deberá contener pronunciamiento sobre las *costas*, que incluirán los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes y otros gastos (art. 37.6 LA).

1.3 Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y plazo que éstas acordaran o, en su defecto, mediante entrega a cada una de un ejemplar firmado (art. 37.7 LA).

No se exige la protocolización del laudo, que podrá efectuarse voluntariamente a costa de quien la inste (art. 37.8 LA). Cabe, finalmente, la corrección, aclaración y complemento del laudo en los términos del art. 39 LA.

- Efectos del laudo.

El laudo firme produce efecto de cosa juzgada (art. 43. LA) y constituye título ejecutivo (art. 44 LA y 517.1.2º LEC). Contra el mismo sólo cabrá solicitar la revisión con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes (art. 43 LA).

IX. Anulación y revisión del Laudo

Contra el laudo definitivo puede ejercitarse la acción de nulidad en los términos previstos en los arts. 41a 43 LA. Se inicia un proceso de impugnación de la validez del laudo, para lo que se señalarán los motivos tasados que pueden conducir a tal anulación. (art.41.1 LA).

- que el convenio arbitral no exista o no resulte válido;
- que no ha sido debidamente notificada la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales o no se ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión;
- que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de la Ley de Arbitraje, o, a falta de dicho acuerdo, que no se hubieran ajustado a esta ley;
- que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, y finalmente,
- que el laudo resulte contrario al orden público.

El ejercicio de la acción de nulidad se somete a un plazo de dos meses a partir de su notificación, o desde la notificación de la resolución sobre la solicitud de corrección, aclaración o complemento del laudo, en su caso (art. 41.2 LA).

Los motivos 2), 5) y 6) pueden ser apreciados de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación o ejercitarse a instancias del Ministerio Fiscal (art. 41.2 LA).

La sustanciación se realiza por los trámites del juicio verbal con las especificidades que se contienen en el art. 42 LA: redacción de la demanda a tenor del art. 399 LEC (juicio ordinario); acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y en su caso, de la proposición de los medios de prueba; traslado de la demanda en veinte días; contestación en la que también constará en su caso los medios de prueba del demandado; citación a las partes para la vista

Contra la sentencia que resuelve la acción de nulidad no cabe recurso (art. 42.2 LA).

X. Ejecución forzosa del laudo arbitral.

Equiparado el laudo a la sentencia firme de condena, su ejecución se rige por la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dicho tipo de resolución (art. 44 LA).

La Ley de Arbitraje se ocupa tan sólo de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendency del procedimiento en que se ejercite la acción de nulidad. Se opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación, si bien la falta de firmeza se ve contrapesada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución prestando caución para responder de lo debido, más costas y daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución (art. 45.1 LA).

XI. Exequatur de laudos extranjeros

Un precepto único, el art. 46 LA, remite a lo dispuesto en los convenios internacionales en los que España sea parte, y, especialmente, al Convenio de Nueva York de 1958, sin perjuicio, claro está, de la eventual aplicación de otros convenios aplicables que resulten más favorables.

Exequatur: Es el conjunto de reglas conforme al cual el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si un laudo arbitral extranjero reúne o no los requisitos que permiten su homologación en tal Estado.

– 7 –

– 1 –