



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN REAL
DEL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL PROCESO
JUDICIAL EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Autor: Ana Araújo Martínez

5º E-3 A

Derecho Procesal

Tutor: Cristina Carretero González

Madrid

Abril, 2019

Resumen

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos alternativo al proceso judicial. Se trata de una institución que goza de gran tradición jurídica en nuestro país, cuyas ventajas nadie cuestiona, pues permite la resolución de controversias mediante un procedimiento más rápido que el proceso judicial, a través de la intervención de uno o varios árbitros que, si han sido adecuadamente elegidos, dispondrán de conocimientos especializados, y necesitarán menos tiempo que los jueces para dictar un laudo, que es definitivo y únicamente podrá ser anulado judicialmente por motivos tasados. Pero ¿cuál es la aplicación real del arbitraje en España?. A través de este trabajo se analizan, de forma desglosada, los datos de las cuatro principales instituciones arbitrales de nuestro país (Corte de Arbitraje de Madrid -CAM-, Corte Española de Arbitraje -CEA-, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje -CIMA- y Tribunal Arbitral de Barcelona -TAB-), relativos a los procedimientos seguidos ante las mismas entre los años 2014 y 2018. Tales datos reflejan que, a día de hoy, el arbitraje no funciona entre nosotros como una auténtica alternativa al proceso judicial, sino que se trata más bien de una alternativa potencial y deseable, que exige la colaboración de todos los operadores jurídicos para superar una serie de obstáculos que impiden su despegue definitivo.

Palabras clave: arbitraje, instituciones arbitrales, alternativa, aplicación, autonomía de la voluntad, coste

Abstract

Arbitration is a way to solve disputes alternative to the judicial process. It is an institution with a great legal tradition in our country, whose advantages are undisputed, as it allows the resolution of disputes through a faster procedure than that of the judicial process, through the intervention of one or several arbitrators who, if they have been properly chosen, will have specialized knowledge, and will need less time than the judges to issue an award, which is final and can only be judicially annulled on specific grounds. But what is the real application of arbitration in Spain? In this piece of work we analyze, in a disaggregated way, the data of the four main arbitration institutions of our country

(Madrid Arbitration Court -CAM-, Spanish Court of Arbitration -CEA-, Civil and Commercial Court of Arbitration -CIMA- and Arbitral Tribunal of Barcelona -TAB-), regarding the procedures followed before them between the years 2014 and 2018. These data reflect that, as of today, arbitration is not conceived among us as a true alternative to the judicial process, but more as a potential and desirable alternative, which requires the collaboration of all legal practitioners to overcome the series of hindrances that prevent its definitive take-off.

Key words: arbitration, arbitration institutions, alternative, application, freedom of choice, cost

ÍNDICE

I.	LISTADO DE ABREVIATURAS	5
II.	INTRODUCCIÓN	7
III.	EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	9
1.	Concepto de arbitraje.....	9
2.	Fundamento del arbitraje y diferencias con otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.....	10
3.	Naturaleza jurídica del arbitraje	12
3.1.	Teoría jurisdiccional o “procesalista”	12
3.2.	Teoría contractualista	13
3.3.	Teoría mixta.....	13
3.4.	Teoría autónoma	14
3.5.	Doctrina del Tribunal Constitucional	15
4.	Clasificación de los tipos de arbitraje	16
4.1.	Según su administración: arbitraje <i>ad hoc</i> - arbitraje institucional	16
4.2.	Según su modalidad: arbitraje de derecho - arbitraje de equidad.....	17
4.3.	Según su ámbito territorial: arbitraje interno o nacional - arbitraje internacional	18
4.4.	Según el derecho aplicable: arbitraje de Derecho Público -arbitraje Derecho Privado	18
4.5.	Según su régimen: arbitraje formal o ritual y arbitraje informal o “irritual”	19
4.6.	Según la materia y ley por la que se rigen: arbitraje general y arbitraje sectorial o especial	20
4.7.	Según su origen: arbitraje convencional y arbitraje testamentario	21
5.	Marco jurídico del arbitraje.....	21
5.1.	Normativa aplicable	21
5.2.	Breve análisis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje	23
IV.	ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN REAL DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA	27
1.	Delimitación del estudio: arbitraje institucional en España durante los últimos cinco años	27
2.	Instituciones arbitrales españolas más utilizadas	28
3.	Datos estadísticos sobre procedimientos arbitrales	29
3.1.	Cifras de expedientes totales por años.....	30

3.2. Desglose por materias sobre las que versan los procedimientos arbitrales	31
3.3. Desglose según la cuantía de la disputa y repercusión en el coste del arbitraje.....	32
3.4. Desglose en función del número de árbitros intervinientes. La imparcialidad de los árbitros	34
3.5. Duración media de los procedimientos arbitrales.....	36
3.6. Otros datos de interés	36
4. Datos sobre anulación de laudos arbitrales. Especial referencia al orden público.....	38
5. Percepción empresarial sobre el arbitraje según el primer estudio de arbitraje en España	42
5.1. Fortalezas del arbitraje.....	43
5.2. Debilidades del arbitraje	43
5.3. Opinión sobre los resultados del estudio.....	43
V. CONCLUSIONES	44
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
1. Legislación.....	49
2. Jurisprudencia	49
2.1. Tribunal Constitucional.....	49
2.2. Audiencias Provinciales	50
2.3. Tribunales Superiores de Justicia.....	50
3. Obras doctrinales.....	51
3.1. Libros y revistas	51
3.2. Referencias de internet	54

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

- ACC: Association of Corporate Counsel
- AH: Antecedente de hecho
- ADR: Alternative Dispute Resolution
- AENOR: Asociación Española de Normalización y Certificación
- Art: Artículo
- ATC: Auto del Tribunal Constitucional
- CAM: Corte de Arbitraje de Madrid
- CC: Código Civil
- CCI: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
- CE: Constitución Española
- CEA: Corte Española de Arbitraje
- CGAE. Consejo General de la Abogacía Española
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CIMA: Corte Civil y Mercantil de Arbitraje
- CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- E&J: Economist & Jurist
- FJ: Fundamento Jurídico
- IBA: International Bar Association
- LA: Ley de Arbitraje
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley modelo UNCITRAL: Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- LO: Ley Orgánica
- P: Página
- Pp: Páginas
- RACI: Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
- RDP: Revista de Derecho Patrimonial
- RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TAB: Tribunal Arbitral de Barcelona

- TC: Tribunal Constitucional
- TJDC: Revista Jurídica de Cataluña
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia

II. INTRODUCCIÓN

La resolución de las controversias que, inevitablemente, se producen en la vida social, puede llevarse a cabo por las propias partes cuyos respectivos intereses entran en conflicto, acometiendo por sí mismas -o con ayuda de un tercero- la composición de tales intereses, o bien encomendando dicha composición a un tercero independiente¹.

En el primer caso (autocomposición) son las propias partes, exclusivamente, las que, tras la oportuna negociación, llegan a un acuerdo que formalizan ellas mismas (por ejemplo, la transacción que se regula en los artículos 1809 y siguientes del CC), o bien ante un tercero (el juez o secretario judicial) antes o después de iniciado el proceso (conciliación). En otras ocasiones, las partes solicitan a un tercero que les ayude a llegar a un acuerdo (mediación) que, en cualquier caso, no lo impone el colaborador mediador, sino que lo adoptan voluntariamente las partes, antes o después de iniciado un proceso o un arbitraje, e incluso después de concluido, en fase de ejecución, evitando que esta se inicie o poniendo fin a la misma.

A estos sistemas de autocomposición, habituales en otros ordenamientos, se acude cada vez con más frecuencia en el nuestro, introduciéndolo en campos anteriormente inéditos², y que en el caso de la mediación en asuntos civiles y mercantiles han determinado la aprobación de una ley especial (Ley 5/ 2012, de 16 de julio), cuya aplicación efectiva va avanzando paso a paso.

En este sentido, cabe citar el auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia³ el pasado 8 de febrero de 2019, que ha homologado los acuerdos de mediación presentados por las partes para la ejecución de una sentencia que anulaba la licencia otorgada para la construcción de un edificio céntrico de la ciudad de La Coruña -edificio Conde de Fenosa- y obligaba a la demolición de este, poniendo así fin a más de 20 años de litigio.

¹ San Cristóbal Reales S., “*Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*”, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, nº46, 2013, pp. 39-62.

² Han tenido amplia difusión en los medios, y siguen teniéndola, las sanciones tributarias que se han aplicado a deportistas de élite tras los acuerdos alcanzados con la Administración tributaria, evitando otras más graves o, incluso, su tratamiento como delitos fiscales.

³Auto del TSJ de Galicia, de 8 de febrero 76/2019 (disponible en <https://bit.ly/2TNTUHQ>; última consulta 11/03/2019).

Pero existen ocasiones en que las partes, no pueden -o no quieren- alcanzar un acuerdo para solucionar el conflicto entre ellas, decidiendo acudir a un tercero para que lo resuelva (heterocomposición)⁴ mediante una decisión imperativa con efecto de cosa juzgada, tras seguir un proceso judicial (jurisdicción) o, alternativamente, un procedimiento arbitral (arbitraje), en el que un tercero imparcial (juez o árbitro) acaba dictando una resolución (sentencia o laudo) que pone fin al asunto.

La jurisdicción constituye una función estatal que, a través del proceso, conoce de las pretensiones que las partes ejercitan en uso de su derecho constitucional a obtener la tutela de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24 CE).

Cabe también que las partes acuerden que el conflicto se decida por un cauce no jurisdiccional, sometiéndose de antemano a la decisión que adopte el árbitro o árbitros que designen ellos mismos o, en su caso, la institución arbitral a que le encomienden la administración del arbitraje de conformidad con el convenio arbitral que también ellas mismas han establecido. El procedimiento arbitral es de única instancia puesto que contra el auto arbitral no cabe recurso ante otro árbitro en una posible segunda instancia, lo cual constituye una de sus principales ventajas operativas, sin perjuicio de lo que más adelante tendré ocasión de decir al referirme a la posible anulación de laudos arbitrales (sí susceptibles de ser recurridos ante la jurisdicción).

En este estudio, se analizan dos bloques de cuestiones: el primero de ellos es de carácter general y dogmático, mientras que el segundo es concreto y pragmático. A través del primero, simplemente se pretende dejar precisado el marco en el que se encuadra el estudio que se desarrolla en el otro bloque, en el que se expone la aplicación real del arbitraje en España. Este estudio no puede ser de amplio espectro, ni siquiera circunscribiéndolo al arbitraje institucional, interno y privado, puesto que excede de los medios y los fines propios de un trabajo de fin de grado. Por el contrario, sí considero que es significativo el recoger datos reales de cuatro de las principales instituciones arbitrales de España: la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

⁴ De aquí en adelante se entrecomillará esta palabra por no estar aceptada en la RAE <https://dle.rae.es/> (última consulta 4/03/2019).

(CIMA)⁵, la Corte Española de Arbitraje (CEA) y el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), las tres primeras con sede en Madrid y la última en Barcelona.

III. EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Concepto de arbitraje

El arbitraje ha sido definido jurisprudencialmente como “el instrumento jurídico por el que se somete a un tercero la decisión de un conflicto intersubjetivo sobre cuestiones de su libre disposición, configurado como una alternativa a la función judicial, para lograr una decisión que ponga fin al conflicto con los efectos de la cosa juzgada”⁶.

El Tribunal Constitucional lo califica como "... un medio heterónomo de arreglo de las controversias, fundado en la libertad y autonomía de la voluntad de los sujetos privados que eligen el árbitro, limitan y fijan los términos sobre los que aquél ha de pronunciarse..."⁷.

El arbitraje, en suma, es un método de resolución de controversias que nace de un contrato privado entre las partes contrayentes que, de mutuo acuerdo, deciden someter un conflicto jurídicamente relevante a la decisión de terceros (árbitros), comprometiéndose a cumplir la resolución que éstos adopten.

Las notas definitorias del arbitraje podrían sintetizarse en:

1.- La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes-, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, conllevando la exclusión de la vía judicial. En base a ello, el Tribunal Constitucional ha declarado la

⁵ Tengo que agradecer sinceramente a CIMA la ayuda que me ha prestado para realizar el presente trabajo.

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) de 7 de mayo 253/2009 (AH 3º).

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 11 de noviembre 176/1996 (FJ 4º).

inconstitucionalidad de aquellos preceptos que establecían un sistema de arbitraje institucional imperativo⁸.

2.- Tal como también apuntaba en la Introducción, se trata de un sistema “heterocompositivo”, donde la decisión de la controversia se somete a un tercero neutral, que es el árbitro o árbitros.

3.- En lo que al objeto se refiere, “el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley de Arbitraje vigente”⁹.

4.- El laudo arbitral es definitivo y ejecutable. El contenido del laudo que pueda dictarse en un procedimiento arbitral no es revisable en vía judicial ni, por tanto, en sede constitucional. Se limita así el control de los órganos judiciales respecto de un laudo al control del cumplimiento de las garantías formales que deben observarse para dictarlo, sin que la posible acción de anulación que contra un laudo pueda ejercitarse atribuya a los órganos jurisdiccionales la revisión del juicio que el laudo contenga. Con ello, se limita a un juicio externo del mismo¹⁰, aunque tal y como se verá más adelante (IV.4), esta línea tradicional viene siendo cuestionada últimamente por el TSJ de Madrid.

2. Fundamento del arbitraje y diferencias con otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos

2.1. El fundamento de la institución arbitral se encuentra ya en sus remotos orígenes históricos¹¹, para lo cual hay que remontarse a una época previa a la creación de

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 23 de noviembre 174/1995, que a su vez cita sentencia del TC de 16 de marzo 43/1988, declaró que el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un arbitraje obligatorio e imperativo, resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

⁹ Auto del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 20 de julio 259/1993 (FJ 1º).

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 3 de noviembre 436/2004.

¹¹ Fernández de Buján, A., “Los fundamentos históricos del arbitraje moderno”, *El notario del siglo XXI*, n. 20, 2008 (disponible en <https://bit.ly/2ujBEa3>; última consulta 14/02/2019).

la administración de justicia, y por ende a la aparición de las figuras de jueces y magistrados.

El arbitraje fue conocido en Atenas, pero su regulación es un legado del Derecho Romano¹², pues la resolución de controversias entre ciudadanos durante los primeros años de la comunidad política romana se hacía mediante árbitros, que no solo trataban de solucionar conflictos, sino que también eran una suerte de peritos y garantes de los derechos de las partes.

Con los años, el arbitraje se fue perfilando, hasta convertirse en una institución con gran cantidad de similitudes con el proceso jurisdiccional.

No obstante, tras la creación e implantación de los procesos jurisdiccionales para resolver conflictos, el arbitraje se mantuvo debido a las ventajas que éste tenía respecto al proceso ordinario. Entre ellas destacan la rapidez en las resoluciones y la sencillez de los trámites, frente a la lentitud y complejidad jurisdiccionales¹³.

2.2. El arbitraje se diferencia también de otros mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación, pues a pesar de que en ambos casos intervienen terceros para su resolución, su papel es bien distinto en uno y otro caso, como el propio nombre de ese tercero indica inequívocamente: el árbitro, arbitra (resuelve) y el mediador, media (ayuda a resolver).

El mediador, insisto, no resuelve un conflicto que existe entre dos partes, como ocurre en la vía judicial y en el arbitraje. Su función consiste en facilitar las negociaciones y comunicaciones entre las partes, con el objetivo de que éstas alcancen un acuerdo. La principal característica de este tipo de procedimientos es el elevado grado de control que las partes ejercen sobre el mismo, sin que deban existir consecuencias si una de ellas decide terminar la mediación sin acuerdo.

Los mediadores son designados por las partes y únicamente colaboran en aras de facilitar la negociación entre ellas, pues son éstas las que deciden en torno al conflicto, sin que los mediadores tengan ningún tipo de poder decisorio, si bien deben mantener en

¹² Fernández de Buján, A., *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Iustel, Madrid, 2006, p.5.

¹³ Aldama Caso R., “El arbitraje como ventaja competitiva para las empresas y los costes del procedimiento arbitral”, y Temboursy Redondo, M., “Ventajas del arbitraje institucional”, ambos en la obra *Veinticinco años de arbitraje en España*, CIMA, 2015, pp. 105-115.

secreto y proteger toda la información de los procedimientos de negociación en que intervengan.

Por otra parte, los procedimientos de mediación buscan resolver los conflictos sin ningún formalismo y de forma muy rápida, por lo que los costes de éstos son muy inferiores a los de los procedimientos judiciales y de arbitraje.

La fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación, únicamente la obtienen si son elevados a escritura pública. Según *Sánchez-Pedreño*¹⁴, se trata de algo poco frecuente, dado que son acuerdos que, al ser alcanzados de forma voluntaria, tienden a cumplirse siempre.

3. Naturaleza jurídica del arbitraje

La determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje es una cuestión controvertida, discutiéndose si tiene el carácter de una verdadera y propia “jurisdicción”, o bien si realmente el arbitraje es simplemente un cuasi proceso, siendo variadas y discrepantes las teorías en esta materia, tanto en el marco de la doctrina española como extranjera, polémica dogmática ciertamente estéril desde el punto de vista de la práctica arbitral, como ha afirmado *Fernández Rozas*¹⁵, añadiendo que una serie de tópicos han dejado de tener interés.

3.1. Teoría jurisdiccional o “procesalista”

Esta primera teoría jurisdiccional o “procesalista” sostiene que la naturaleza jurídica del arbitraje es equiparable a la de la jurisdicción, debido a las similitudes existentes entre ambos: las funciones del árbitro son muy parecidas a las del juez; existen también ciertos paralelismos entre el procedimiento judicial y el arbitral por la concurrencia de tres elementos: litigio, partes y un tercero (árbitro o juez) que ha de

¹⁴ Sánchez- Pedreño Kennaird, A., “Arbitraje y mediación. Por qué y para qué”, *Elderecho.com*, 2013 (disponible en <https://elderecho.com/arbitraje-y-mediacion-por-que-y-para-que>; última consulta 18/02/2019).

¹⁵ Fernández Rozas, J.C., “Arbitraje *versus* jurisdicción”, en la obra colectiva cit., *Veinticinco años de arbitraje en España*, CIMA, 2015, pp. 65-83.

decidir sobre el mencionado litigio; finalmente, los efectos del laudo arbitral son equiparables a los de la sentencia, pues ambos tienen naturaleza de cosa juzgada.

La teoría “procesalista” se basa en que, dada la similitud con la función jurisdiccional, y ya que ésta corresponde al Estado, los arbitrajes deben estar regulados y supervisados por instituciones controladas por el mismo. Así, es considerada una concesión del Estado a los particulares, sobre la que aquel sigue manteniendo cierto poder de control y reglamentación.

Entre los autores que siguen la teoría procesalista cabe citar a *Fenech*¹⁶, *Silva Melero*¹⁷ y *Serra Domínguez*¹⁸.

3.2. Teoría contractualista

Frente a la teoría anteriormente expuesta, otros autores como *Chiovenda*¹⁹ y *Guasp*²⁰ consideran que la naturaleza jurídica del arbitraje es la de un mero contrato privado, que nace como fruto del poder de libre disposición de las partes. Son éstas las que en el ejercicio del principio de la autonomía de su voluntad deciden someterse al fallo de un tercero sobre una cuestión jurídica concreta.

Así, quienes defienden esta teoría consideran que se trata de una institución completamente ajena al control y a la voluntad del Estado, que no es más que un contrato entre las partes y los árbitros por ellas nombrados deben limitarse a resolver las controversias de aquéllas, en la medida pactada previa y contractualmente por las mismas.

3.3. Teoría mixta

Esta tercera teoría se caracteriza por considerar que el arbitraje tiene una doble naturaleza. Así, se mantiene que nace de un contrato privado y que el consentimiento de

¹⁶ Fenech Navarro, M., “El Arbitraje en el Derecho español”, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, pp. 112-123.

¹⁷ Silva Melero, V., “El compromiso”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 81, n. 161, 1932.

¹⁸ Serra Domínguez, M., *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 174-181.

¹⁹ Chiovenda, J., *Principios de derecho Procesal Civil*, Casais y Santaló, J., Reus SA, Madrid, 1925, pp. 470-473.

²⁰ Guasp Delgado, J., *El Arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.

las partes es necesario para dar comienzo al procedimiento arbitral, pero que una vez que se perfecciona el consentimiento y existe acuerdo en torno a la figura del árbitro, las mencionadas partes dejan de controlarlo, de manera que los árbitros actuarán de la misma forma que lo harían los jueces. Por ello, dependiendo del momento en que ésta se examine, primará una frente a la otra.

El creador de la teoría que se acaba de citar fue *Sauser-Hall*, quien la dio a conocer mediante un informe en 1952²¹. El citado profesor afirmaba que los elementos jurisdiccionales y contractuales de los arbitrajes se encuentran unidos de forma inseparable, de manera que una interpretación independiente de cada teoría resultaría insuficiente. Con ello, predica que el arbitraje no consiste en una concesión o delegación de los poderes del Estado, pero puede llegar a tener valor equivalente al jurisdiccional en el momento de su ejecución.

Entre los autores españoles que se decantan por esta postura, se encuentra *Gómez Colomer*²², que entiende que el arbitraje pertenece al llamado derecho jurisdiccional, pero deja patente ciertos aspectos que han de tenerse en cuenta en todo caso. Entre dichos aspectos, destaca el hecho de que los árbitros no ejecutan el derecho, simplemente lo declaran, haciendo así hincapié en que no deben confundirse las figuras de árbitro y juez. Además, no puede hablarse de “proceso” arbitral, pues éste se rige en primer término por la voluntad de las partes, no necesariamente por el cauce predeterminado por la ley. El arbitraje, finalmente, no cierra las puertas a la intervención jurisdiccional, como así lo dispone el artículo 8 de la LA, en sus apartados 1, 4 y 5, relativos al eventual nombramiento de árbitros, la ejecución forzosa del laudo y su impugnación en caso de nulidad.

3.4. Teoría autónoma

Esta teoría en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, conocida también como teoría supranacional, fue la última en nacer, y cuenta con gran número de detractores. Consiste en entender el arbitraje como un método de resolución de conflictos

²¹ Sauser-Hall, G., “Informe de 1952 al Instituto de Derecho Internacional”, Ann IDI, 1952, Ginebra, pp. 44-47.

²² Flors Maties, J., “El arbitraje”, *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, 2004, Valencia, pp. 4-5.

completamente autónomo y sin ningún tipo de vínculo con cualquier ordenamiento jurídico.

Es una suerte de teoría mixta actualizada, especialmente centrada en arbitrajes internacionales²³.

3.5. Doctrina del Tribunal Constitucional

En sus sentencias iniciales, el Tribunal Constitucional pareció seguir la teoría jurisdiccional al considerar el arbitraje como un “equivalente jurisdiccional”²⁴.

Sin embargo, con posterioridad parece decantarse por la teoría mixta al matizar que se trata de un “equivalente jurisdiccional” únicamente en la medida en que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada, pero subraya que arbitraje y jurisdicción ordinaria no son cauces idénticos para la resolución de los conflictos: el arbitraje se sustenta “en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral” y tiene “naturaleza alternativa a la jurisdicción ordinaria”²⁵.

Ha enfatizado el Tribunal Constitucional²⁶ la diferente configuración del «Juez» y del «árbitro». El primero es titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*. El árbitro, por su parte, está desprovisto de tal carisma o cualidad, y su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. Así, se considera que la función que ejerce el árbitro es “para-jurisdiccional” o “cuasi jurisdiccional”, y en ese «casi» está el quid de la cuestión, pues efectivamente, la

²³ Lew, J., Mistelis, L., “Nature of Arbitration”, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, La Haya, pp.81-82.

²⁴ La STC (Pleno) de 13 de noviembre 196/1997, declara que el arbitraje es “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia”. En el mismo sentido, STC de 11 de febrero 15/1987 (FJ 9,b) y STC de 22 de marzo 62/1991 (FJ 5), entre otras.

²⁵ STC (Pleno) de 11 de enero 1/2018.

²⁶ ATC de 20 de junio 259/1993.

inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder²⁷.

4. Clasificación de los tipos de arbitraje

Existen diversos criterios de clasificación del arbitraje²⁸:

4.1. Según su administración: arbitraje *ad hoc* - arbitraje institucional

Un primer criterio de clasificación del arbitraje, de especial relevancia a efectos del presente trabajo, se refiere a la forma en que se administra, pudiendo diferenciarse entre el arbitraje *ad hoc* o libre, y el arbitraje institucional o administrado²⁹.

El arbitraje *ad hoc* consiste la elección por las partes de una persona física concreta que, una vez aceptado el nombramiento, les sugiere a las partes y estas aceptan (formalizando un acta de misión) las normas por las que se regirá el procedimiento arbitral, sin sujetarse a reglamentos ni normativa de instituciones especializadas.

Por el contrario, en el arbitraje institucional, las partes encargan la tarea de designación de los árbitros y la administración del arbitraje a una institución jurídica especializada, sometiéndose a la normativa propia de ésta.

Las instituciones arbitrales cuentan con los medios humanos y materiales necesarios para la adecuada administración del mismo. Disponen también de reglamentos que facilitan el desarrollo del arbitraje. Tienen listas de árbitros clasificadas según especialidad de cada uno de sus integrantes, que facilitan a las partes del arbitraje la elección de los árbitros que decidirán la controversia. Tales circunstancias, sin duda, son las que han sido tenidas en cuenta por la LA (art. 11.bis.3) para imponer la administración

²⁷ Martínez-Gijón Machuca, P., “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.31/2013, 2013, pp.2-4.

²⁸ Iberley “El arbitraje” (disponible en <https://www.iberley.es/temas/arbitraje-43821> , última consulta 12/02/19).

²⁹ Fernández Rozas, J.C., “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104.

del arbitraje societario por una institución. Además, aplican tarifas preestablecidas que hacen previsible el coste del arbitraje³⁰.

Estas instituciones presentan indudables ventajas³¹, ofrecen las mayores garantías y están llamadas a ser los verdaderos promotores de la cultura arbitral, para lo cual es preciso generar confianza en los posibles usuarios, mostrándose como entidades confiables. El objeto de este estudio es, precisamente, analizar el desarrollo real del arbitraje en España a través de los arbitrajes institucionales llevados a cabo en los últimos años, por cuatro de las principales cortes arbitrales de nuestro país.

4.2. Según su modalidad: arbitraje de derecho - arbitraje de equidad

Atendiendo a la forma y criterios utilizados por el árbitro para resolver el conflicto, procede diferenciar entre el arbitraje de derecho, donde los árbitros resuelven conforme a derecho, y el arbitraje de equidad, en que lo hacen conforme a su leal saber y entender.

Nuestra legislación arbitral recoge la posibilidad de pactar en el convenio arbitral cualquiera de las dos modalidades, si bien a falta de pacto expreso, se presume que el arbitraje es de derecho (art. 34 LA).

El arbitraje de equidad es considerado por muchos la modalidad más emblemática³², pues el árbitro en equidad no tiene que actuar siempre de conformidad con lo dispuesto en las leyes si éstas le llevan a tomar decisiones que no conduzcan a resoluciones puramente equitativas, pero como pone de relieve el presente estudio, en la práctica es mucho menos utilizado que el arbitraje de derecho.

³⁰ Buen ejemplo de ello es el documento publicado por la Corte de Arbitraje de Madrid, en el que se explican tales tarifas <http://www.arbitramadrid.com/web/guest/reglas-de-costes>, permitiendo incluso a los interesados en someterse a los servicios de esta corte, estimar los costes de su proceso en concreto con un simulador que la propia corte pone a su disposición <http://www.arbitramadrid.com/web/guest/calculador-de-costes> (última consulta 4/03/2019).

³¹ Temboursy Redondo, M., “Ventajas del arbitraje institucional”, en el volumen cit. *Veinticinco años de arbitraje en España*, pp. 109-115.

³² Del término equidad (*aequum*), nace el aforismo *aequum et bonum est lex legum* (lo que es equitativo y bueno es la ley de las leyes), con el que se hace referencia a una igualdad ante la ley y justicia ideales.

4.3. Según su ámbito territorial: arbitraje interno o nacional - arbitraje internacional

El objetivo del arbitraje interno, como vengo repitiendo, es ofrecer una alternativa privada al proceso judicial para la resolución de conflictos surgidos entre las partes, regido por nuestro ordenamiento jurídico; en el arbitraje internacional, en cambio, alguno de sus elementos no está sujeto al derecho nacional, teniendo como una de sus principales manifestaciones el llamado arbitraje de inversiones.

Acerca de la internacionalidad del arbitraje, existen teorías monistas y dualistas.

Las teorías dualistas defienden que el arbitraje internacional ha de ser regulado por leyes y preceptos diferentes a los del arbitraje interno. Mientras que, por su parte, los defensores de las teorías monistas se inclinan a pensar que los preceptos de derecho interno del arbitraje son susceptibles de aplicarse también al arbitraje internacional. En otras palabras, que el arbitraje internacional se rija por la misma legislación que el arbitraje interno.

Nuestra ley arbitral parece optar por la teoría monista, aunque no de forma absoluta, pues se recogen ciertos supuestos en los que para el arbitraje internacional se exige una regulación distinta a la del arbitraje interno³³.

Este trabajo se centra en el arbitraje interno.

4.4. Según el derecho aplicable: arbitraje de Derecho Público -arbitraje

Derecho Privado

En función del derecho aplicable, el arbitraje puede ser público o privado.

El Derecho Público se encarga de regular las relaciones entre el Estado, así como todos sus órganos y entidades públicas que a él se circunscriban, con los particulares³⁴.

³³ Buen ejemplo de estos escasos y justificados supuestos, es el apartado 6 del artículo 9 LA, en lo relativo a la validez del convenio arbitral y a la susceptibilidad de sumisión de la controversia a arbitraje. Sobre la materia, Felipe Castresana, L., "Arbitraje doméstico y sistema de fuentes aplicable", *Veinticinco años de arbitraje en España*, pp. 147-161.

³⁴ Pérez Porto, J. y Merino, M., "Definición de Derecho Público", definición de 2009, actualizado en 2012 (disponible en <https://definicion.de/derecho-publico/>, última consulta 11/02/19).

Así, dentro de la esfera del Derecho Público, debemos incluir los arbitrajes laborales y administrativos.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que una cosa es la llamada actividad arbitral de la Administración, que realiza cuando, actuando como árbitro, decide controversias o conflictos surgidos entre los administrados, y otra el arbitraje administrativo, en el que la Administración interviene como parte, cuya admisión se ha ido abriendo paso, no sin dificultades³⁵

Por otro lado, el Derecho Privado es aquel que se encarga de regular las relaciones entre los particulares, planteadas en su propio nombre y beneficio³⁶. Dentro de este grupo debemos incluir el resto de las ramas del derecho, entre las que cabe destacar la civil y mercantil.

Es en este último tipo de arbitrajes (de derecho privado) en los que me he centrado para llevar a cabo mi estudio.

4.5. Según su régimen: arbitraje formal o ritual y arbitraje informal o “irritual”

El primero es el que se desarrolla de acuerdo con lo establecido en la ley, mientras que en el segundo, el árbitro actúa con libertad, “en forma distinta de la prescrita en esta Ley”, tal como admitía explícitamente el art. 3 de la LA/1988, a diferencia de lo que ocurre con la vigente, que no lo contempla, pero al que las partes en conflicto pueden acudir como consecuencia de la autonomía de su voluntad, aunque teniendo únicamente fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1091 CC), pues solo el primero produce los efectos propios del arbitraje (cosa juzgada y fuerza ejecutiva del laudo), mientras que en el segundo sus efectos dependen de que las partes acaten o no el laudo.

³⁵ Cfr. Medina Fernández, E, “El arbitraje administrativo”, en el libro colectivo cit. *Veinticinco años de arbitraje en España*”, pp. 307-321.

³⁶ Pérez Porto, J. y Gardey, A., “Definición de Derecho Privado”, definición de 2009, actualizado en 2013 (disponible en <https://definicion.de/derecho-privado/> , última consulta 11/02/19).

4.6. Según la materia y ley por la que se rigen: arbitraje general y arbitraje sectorial o especial

Según el tipo de ley a la que se somete el arbitraje, hay que distinguir entre arbitraje general, sobre el que versa el presente trabajo, que se caracteriza por el sometimiento directo a la LA, y el arbitraje sectorial o especial, que se regula de forma prioritaria por leyes especiales o sectoriales y de forma supletoria por la LA, tal como establece su art. 1.3.

Los arbitrajes especiales que contempla la legislación sectorial se refieren a las siguientes materias:

- Seguros privados³⁷ (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).
- Consumidores y usuarios³⁸ (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).
- Transportes³⁹ (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres).
- Propiedad intelectual⁴⁰ (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de Propiedad Intelectual).
- Propiedad industrial⁴¹ (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; Ley 20/2003, de 20 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).
- Cooperativas⁴² (Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).
- Arrendamientos urbanos⁴³ (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) y rústicos⁴⁴ (Ley 49/2003, de 26 de noviembre).
- Deportivo⁴⁵ (Ley 10/1990, de 15 de diciembre, del Deporte).

³⁷ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE 9 de noviembre de 1995).

³⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 1 de diciembre de 2007).

³⁹ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 1 de agosto de 1987).

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE 23 de abril de 1996).

⁴¹ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; Ley 20/2003, de 20 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE 9 de julio de 2003. Revisión 5 de julio de 2018).

⁴² Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE 6 de agosto de 1999).

⁴³ Ley 29/1994, de 24 de noviembre (BOE 1 de enero de 1995).

⁴⁴ Ley 49/2003, de 26 de noviembre (BOE 27 de mayo de 2004).

⁴⁵ Ley 10/1990, de 15 de diciembre, del Deporte (BOE 6 de noviembre de 1990).

Además de lo previsto en otros sectores⁴⁶, como arbitraje especial por razón de la materia puede considerarse también el arbitraje societario, con la particularidad de que el régimen especial de este no se contiene en la legislación sectorial, sino en la propia LA (art. 11.bis, introducido tras la reforma de 2011)⁴⁷.

4.7. Según su origen: arbitraje convencional y arbitraje testamentario

Otra forma de clasificar el arbitraje deriva también de lo dispuesto en el artículo 10 de la LA, que consagra el llamado arbitraje testamentario, esto es, un “arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

Por su parte, el arbitraje convencional, convenido por las partes en conflicto, es el arbitraje más habitual y sobre el que se centra el presente trabajo.

5. Marco jurídico del arbitraje

5.1. Normativa aplicable

Constitucionalmente, la institución del arbitraje tuvo explícito reconocimiento en la Constitución de 1812⁴⁸.

⁴⁶ Sobre la posibilidad del arbitraje en otros sectores pueden consultarse los estudios incluidos en el citado volumen *Veinticinco años de arbitraje en España*, editado por CIMA, que incluye, entre otros: “Arbitraje y Derecho de la competencia”, “El arbitraje entre entidades financieras”, “El arbitraje financiero: puntos a considerar para favorecer su desarrollo”, “El arbitraje en la construcción”, “El arbitraje como fórmula contra la litigiosidad tributaria”, “Noticia sobre un intento de establecer una ADR en el ámbito tributario” y “El arbitraje en el sector de las telecomunicaciones”, de los que son autores, respectivamente, Martínez Lage, S., Sainz de Vicuña Barroso, A., Prol Pérez, F. G., Foncillas Casaus, S., Martínez Lafuente, A., Garzón Herrero, M. V., y Ramón y Cajal Agüeras, P.R.

⁴⁷ Mateu de Ros Cerezo, R., “Problemas jurídicos actuales del arbitraje societario en España; en la obra colectiva *Veinticinco años de arbitraje en España*, cit., pp. 275-288.

⁴⁸ Artículo 280: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” Art. 281: “La sentencia que requieren los árbitros, se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelarla”.

La vigente Constitución española de 1978, aunque no se refiere expresamente al arbitraje, contiene varios preceptos relacionados con el mismo. Destacan entre ellos el artículo 1, que conecta con la libertad y la justicia; el artículo 10, que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, y el artículo 38 que consagra la libertad de empresa. Con él se relacionan también el artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y los artículos 117.3 y 123 en lo que se refiere a la potestad jurisdiccional exclusiva de Jueces y Tribunales, así como los artículos 149.1. 6º y 149.1. 8º sobre competencia exclusiva del Estado en las materias de legislación procesal y civil⁴⁹.

El fundamento constitucional del arbitraje no deriva pues del artículo 24 CE, sino de los artículos 1 y 10, en relación con el 38, que se refieren a la libertad, dignidad y autonomía de la voluntad de las partes. Esta relación viene reconociéndose jurisprudencialmente desde tiempo atrás, dejando patente que “no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos”⁵⁰.

La regulación arbitral en España en la legislación ordinaria se contiene ya, de una manera incipiente, en el CC y en la LEC.

El CC se limita a hacer referencia a la posibilidad de acudir al arbitraje para la división de la cosa común (art. 402) y a la necesidad de que el tutor obtenga autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviera interesado (art. 271.3º), regulando entre los contratos (Título XIII del Libro IV) las transacciones y compromisos. A pesar de ello, como he dicho (*supra* II), la transacción es un sistema de autocomposición de intereses, y en cuanto a los compromisos, los dos artículos que el Código les dedica (1820 y 1821) poco aportan al tema, al limitarse el primero de ellos a

⁴⁹ Sobre la cuestión, entre otros, pueden consultarse los estudios “El arbitraje en la Constitución”, y “El silencio constitucional sobre el arbitraje y algunas de sus implicaciones con relación a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales”, de Xiol Rios, J, y García Torres, J., respectivamente, publicados en la obra colectiva *Veinticinco años de arbitraje en España*, cit. También Pascual Sala: “La evolución del arbitraje en España”, incorporado como Anexo I del estudio: *Encuesta sobre arbitraje en España*, elaborado por Roca Junyent, con el auspicio de ICAI-ICADE y ACC, Madrid 2018 (disponible en <https://www.rocajunyent.com/actualidad-publicaciones/primer-estudio-de-arbitraje-en-espana-2/>; última consulta 28/02/19).

⁵⁰ STC (Pleno) de 11 de noviembre 176/1996 (FJ 4º). Asimismo, Méndez Arias, M. J. y González-Bueno, C., y Fidalgo, J.M., “Eficiencia y proceso debido en el arbitraje”, *Anuario de Arbitraje*, 2018.

la capacidad para celebrarlo (las mismas personas que pueden transigir), y el segundo, al modo de proceder, extensión y efectos, remitiéndose a la LEC de 1881⁵¹.

La LEC de 1881 contenía (Título V del Libro II) la regulación del arbitraje y la amigable composición, siguiendo un criterio formalista que no se compaginaba con el del CC, con cuya normativa coexistía, estableciendo finalmente un sistema generalizado de recursos, incluido el de casación, que privaban a la institución de una de sus principales ventajas.

No es de extrañar, por tanto, que ambas normativas fuesen derogadas por la LA/1988.

El arbitraje intenta reforzarse a mitad del siglo pasado, pasando al regularse por una legislación especial de arbitraje (la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953) que, aún sin derogarla en ese momento, hacía inoperativa la anterior legislación codificada, pero la LA/1953 tampoco logró los frutos que pretendía puesto que, por una parte, la formalización judicial del compromiso se convirtió en el primer obstáculo serio del arbitraje, y por otra, era excesivamente formalista, excluía el arbitraje internacional y el institucional interno, etc.

Para salvar las deficiencias y lagunas de la LA/1953, se aprobó, veinticinco años después, la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, que por inspiración de los Convenios internacionales y en especial el Reglamento UNCITRAL, se basa en principios antiformalistas y unificadores, en el apoyo jurisdiccional a la conservación y validez del convenio arbitral, la incorporación del arbitraje corporativo e institucional, la simplificación del régimen de recursos contra el laudo y el reconocimiento y ejecución en España de los laudos extranjeros.

5.2. Breve análisis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje

El régimen vigente del arbitraje se caracteriza por contar con una ley principal (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), si bien, además, existen algunas leyes

⁵¹ Real Decreto 813/1881, de 3 de febrero de 1881, de reforma de la Ley Enjuiciamiento Civil (Gaceta de Madrid n.36, de 5 de febrero de 1881).

especiales⁵² que regulan materias concretas, a las que, en virtud del artículo 1.3 LA, se les aplica la LA de forma supletoria, siempre que las partes lo acuerden.

La actual LA ha tratado de adaptar la LA/1988 a las nuevas necesidades existentes en España, derivadas del aumento de relaciones jurídicas -nacionales e internacionales- y del tipo de arbitrajes, entre otros motivos.

Se trataba de aprobar una ley que siguiera las directrices establecidas por la llamada Ley Modelo, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, también conocida como Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL. Esta se creó en aras de facilitar las relaciones comerciales internacionales, de manera que seguir la orientación establecida en dicha ley, daría mayor certidumbre al contenido de la normativa arbitral española, e impulsaría la actividad arbitral internacional entre personas físicas y jurídicas españolas y extranjeras⁵³.

En otras palabras, aunque la LA/1988 supuso en su momento un proyecto innovador, con indudables ventajas y avances beneficiosos para la efectividad del arbitraje en España (pues fue la primera Ley en regular específicamente un verdadero arbitraje), una nueva ley resultaba necesaria para evitar que el arbitraje español quedase desfasado en relación con la rápida evolución de la legislación internacional en torno a la cuestión.

La LA vigente se articula en nueve títulos. El primero de ellos, recoge las disposiciones generales en torno al arbitraje y el Título II regula el convenio arbitral, requisito previo exigido para llevar a cabo un procedimiento arbitral, así como sus efectos.

Por su parte, los Títulos III, IV y V se dedican a los árbitros -únicos o colegiados-, a su competencia y a las actuaciones arbitrales, basadas en los principios de igualdad, audiencia, contradicción y respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y establecen una serie de normas que salvaguardan y garantizan el procedimiento. Los Títulos VI, VII y VIII se refieren a la terminación del procedimiento, dando especial importancia al laudo,

⁵² Cit. *supra* 4.6.

⁵³ Naciones Unidas, “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Resolución de la Asamblea General 65/22 y Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2011 (disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>; última consulta 5/03/2019).

la posibilidad de su revisión y anulación, así como la ejecución forzosa del mismo. Finalmente, el Título IX regula el exequatur de los laudos extranjeros.

La LA vigente ha merecido una favorable acogida por la generalidad de los operadores jurídicos, en cuanto que, como exponen *Merino Merchán y Chillón Medina*⁵⁴, merecen una valoración positiva su:

- Carácter general unificador y supletorio del arbitraje común respecto a los arbitrajes especiales.
- Reconocimiento y definición del arbitraje internacional.
- Presunción favorable para la disponibilidad arbitral.
- Reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos.
- Profundización en el criterio antiformalista.
- Límites judiciales en la designación del árbitro.
- Competencia del árbitro sobre su propia competencia. (Principio de *Kompetenz-Kompetenz*).
- Mínima intervención de los tribunales judiciales y máxima autonomía del propio arbitraje.
- Posibilidad de medidas cautelares (si bien necesitan la intervención y apoyo de la autoridad judicial).
- Prevalencia del arbitraje de derecho.
- Relativización de la responsabilidad del árbitro.
- Posibilidad de dictar laudos parciales.
- Id. de utilizar soportes electrónicos.
- Plazo para emitir el laudo.
- Supresión de la obligatoriedad de su protocolización.
- Clarificación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

⁵⁴ Merino Merchán, J.F. y Chillón Medina, J.M., “Tratado de Derecho Arbitral”, *Cívitas*, 3ª Edición, 2006.

Desde su aprobación, dicha Ley ha sido objeto de tres reformas: la primera, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre⁵⁵; la segunda mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo⁵⁶; y la última, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre⁵⁷.

La más trascendente ha sido la reforma operada en el año 2011, destacando entre sus principales novedades las siguientes: la supresión de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, con reasignación de funciones judiciales; la competencia territorial para conocer de la acción de nulación, se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, y se vincula al lugar en el que se hubiera dictado el laudo; se introducen importantes reformas en el arbitraje societario; la obligación de que los árbitros que actúen en derecho (y no en equidad) tengan la condición de “jurista” (anteriormente debían ser abogados en ejercicio); y exige la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente por los árbitros o las instituciones arbitrales.

Un sector de la doctrina más próxima al arbitraje, a pesar de valorarla positivamente ha criticado la reforma, pues considera que fomentará que se lleven a cabo nuevas reformas, y censura que se haya centrado más en puntos controvertidos y cuestiones secundarias⁵⁸.

En suma, como también se ha destacado, no necesariamente toda reforma es positiva y no se debe caer en el exceso de reformismo, pues la realidad es que en poco más de sesenta años, se han promulgado tres Leyes de arbitraje (las de 1953, 1988 y 2003) y tres reformas de la última, mientras que en el proceso civil, desde la LEC de 1881 hasta que se dictó la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, han transcurrido nada menos que 120 años.

⁵⁵ La reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (BOE 4 noviembre 2009), se limitaba a referenciar al secretario judicial ciertas funciones no esenciales.

⁵⁶ De reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE 21 de mayo de 2011).

⁵⁷ La Ley 42/2015, de 5 de octubre (BOE 6 de octubre de 2015), modificó el artículo 11.1 de la Ley (“Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”).

⁵⁸ Especialmente crítico se muestra Olivencia Ruiz, en su estudio “El Arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº4, 2012, para el cual una reforma tan profunda como la realizada por la Ley 60/2003, se emborrona con medidas “ortopédicas”, parches o brochazos que desentonan del conjunto armónico inspirado en el “modelo” de UNCITRAL”, p.3.

IV. ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN REAL DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA

1. Delimitación del estudio: arbitraje institucional en España durante los últimos cinco años

Un Trabajo de Fin de Grado (TFG) difícilmente puede abarcar una visión total de la aplicación del arbitraje en España.

En primer lugar, porque los arbitrajes “*ad hoc*” o libres (*supra* III.4.1.) raramente trascienden del ámbito de los sujetos intervinientes en el mismo y, desde luego, no existe ninguna fuente que permita conocer su número y circunstancias.

Pero aún limitado el estudio al arbitraje institucional, las dificultades siguen siendo enormes, pues el universo de instituciones españolas de arbitraje es grandísimo⁵⁹. Ello se debe a que las 51 Cámaras de Comercio, Industria y Navegación que existen en España, al igual que algunos Colegios de Abogados, y también los Colegios de otras profesiones⁶⁰ cuentan con órganos arbitrales. No he encontrado ningún dato relativo a los arbitrajes que dichas Cámaras o Colegios realizan, que, por otra parte, no se consideran significativos⁶¹.

Y en cuanto al ámbito temporal, aun siendo relativamente recientes las instituciones arbitrales españolas (recordemos que el arbitraje institucional lo introduce la LA/1988, pues estaba vetado en la LA/1953), sobrepasaría con mucho los objetivos de este trabajo el estudio histórico de su actividad desde su creación o durante un período dilatado de tiempo, razón por la cual se ha limitado temporalmente el presente análisis a los últimos cinco años, es decir, de 2014 a 2018, ambos años incluidos.

⁵⁹ Santos, C., “¿Demasiadas instituciones arbitrales en España?”, *Diariojurídico.com*, Garrigues opina, 2012 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/demasiadas-instituciones-arbitrales-en-espana; última consulta 28/02/19).

⁶⁰ En las Hojas de Encargo que los profesionales suscriben con sus clientes, no son infrecuentes las cláusulas de sometimiento al arbitraje del Colegio al que aquellos pertenecen, por las controversias que surjan entre los firmantes con ocasión de la realización del encargo.

⁶¹ Por poner un ejemplo, el Colegio de Abogados de La Coruña no tiene siquiera un registro de arbitrajes, según la información proporcionada por el propio Colegio.

2. Instituciones arbitrales españolas más utilizadas

Las principales instituciones arbitrales españolas se encuentran en Madrid y Barcelona.

En Madrid tienen su sede: la Corte Española de Arbitraje (CEA), que es la Decana de las Instituciones arbitrales españolas, creada en 1981, la cual opera como servicio independiente adscrito a la Cámara de Comercio de España, que sustituye al Consejo Superior de Cámaras; la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) fue creada por la Cámara de Comercio de Madrid en 1989; y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), que no está no vinculada a ningún organismo o entidad y se constituyó en 1989.

El presente trabajo limita su ámbito a los datos obtenidos de estas tres instituciones arbitrales madrileñas, así como del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), creado también en 1989, a iniciativa de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, el Ilustre Colegio Notarial de Cataluña y el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña, cuyas corporaciones fundaron la Asociación Catalana para el Arbitraje, a la que más tarde se incorporaron el Decanato Autonómico de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de Cataluña (2009) y la Asociación intercolegial de Colegios Profesionales de Cataluña (2012).

No obstante, la relevancia del TAB ha disminuido sensiblemente desde julio de 2015, fecha en que se creó la Corte Arbitral de Cataluña, patrocinada por la Generalitat (a la que se sumaron los Colegios de Notarios y Registradores y la Cámara de Comercio de Barcelona, que a la vez forman parte del TAB), la cual, si bien inicialmente pretendía aglutinar todas las entidades arbitrales de Cataluña, lo que finalmente consiguió fue generar división y recelo, sobre todo tras un acuerdo de la Generalitat con el compromiso de que la contratación pública con empresas en Cataluña incorporase una cláusula de sumisión al arbitraje, para el que solo reconocía a la Corte Arbitral⁶², lo que obligó a dicho Tribunal a refundarse para hacer frente a la competencia de la Corte⁶³. De hecho, las

⁶² Sala, A. “El Govern genera crispación al avalar un único ente de mediación privada”, *El Periódico*, 9 de noviembre de 2015 (disponible en <https://www.elperiodico.com/es/economia/20151108/govern-ente-mediacion-privada-cort-arbitral-4655234>; última consulta 14/03/2019).

⁶³ Sala, A., “El Tribunal Arbitral de Barcelona se refunda para dar entrada a patronales”, *El Periódico*, 22 de diciembre de 2015 (disponible en <https://www.elperiodico.com/es/economia/20151220/tribunal-arbitral-barcelona-refunda-dar-entrada-patronales-4760238> ; última consulta 05/03/2019).

últimas estadísticas publicadas por el TAB en su página web se refieren al año 2014, sin que existan datos de años posteriores⁶⁴.

Aunque no se trata de una institución arbitral propiamente dicha, pues no administra arbitrajes, creo que resulta interesante mencionar al Club Español del Arbitraje⁶⁵, que es la principal asociación española dedicada al estudio y desarrollo del arbitraje, fundada en 2005, con objeto de fomentar el arbitraje como método de resolución de conflictos, en el que participan diversas empresas, despachos de abogados, árbitros y expertos.

3. Datos estadísticos sobre procedimientos arbitrales

Como señala *Merino Merchán*⁶⁶, España ocupa una de las últimas posiciones en la utilización del arbitraje, lo que a su juicio obedece a tres tipos de razones: legislativas, profesionales y judiciales.

A las de orden legislativo, ya hemos tenido ocasión de referirnos con anterioridad (III.5), en cuanto que hasta la aprobación de la LA/2003, la normativa anterior no propiciaba el desarrollo de la institución.

La segunda razón, a su entender, derivaba inicialmente del desconocimiento de la institución entre los abogados y profesionales del derecho, factor que hoy ya está superado. Sin embargo, no ocurre lo mismo con otro hecho que también concurre, como es la desconfianza hacia el arbitraje.

Finalmente, considera que el tercer factor que ha lastrado el desarrollo del arbitraje ha sido la doctrina adoptada por los órganos jurisdiccionales respecto a dos cuestiones. La primera de ellas consistente en entender que la atribución imperativa de la jurisdicción implicaba la exclusión del convenio arbitral, lo cual, por ejemplo, impidió durante muchos años la validez del pacto arbitral societario. Por su parte, la segunda de las cuestiones se basa en considerar que no era susceptible de arbitraje el derecho necesario,

⁶⁴ Disponible en <http://www.tab.es/index.php?lang=es>; última consulta 21/03/2019.

⁶⁵ Disponible en www.clubarbitraje.com; última consulta 28/02/19.

⁶⁶ Merino Merchán, J.F., “El arbitraje en España”, *El Notario del Siglo XXI* (Revista del Colegio Notarial de Madrid), n.37, 2011.

tendencia también superada en tanto en cuanto el arbitraje sea de derecho y el árbitro aplique las normas de *ius cogens*.

Concluía diciendo *Merino Merchán*: “Con todo, el arbitraje en España tiene un brillante porvenir si los propios operadores se acaban convenciendo de su utilidad y si se supera la barrera hasta hoy infranqueable de su exclusivismo y elitismo, para que se ofrezca como una institución creada por el legislador, respaldada judicialmente y que, a bajo coste, con plenas garantías y en breve plazo, constituya una herramienta básica para la resolución de cualquier litigio”⁶⁷.

Por mi parte, considero que ese brillante porvenir aún está por llegar, pues la aplicación real del arbitraje en España no ha alcanzado hasta el momento las cotas de desarrollo que los especialistas le vienen augurando.

3.1. Cifras de expedientes totales por años

La CAM es la institución arbitral española que más laudos ha dictado durante el último lustro. En 2014 alcanzó una cifra récord de 200 laudos, mientras que en los años siguientes fue reduciéndose paulatinamente: 170 laudos en 2016⁶⁸, 145 en 2017⁶⁹ y 111 en 2018⁷⁰.

La CEA tramita más de cien procedimientos anuales⁷¹.

Las cifras de CIMA son inferiores, pero más estables. En los últimos cinco años (2014-15-16-17-18), el número de expedientes ha sido de 43, 38, 49, 48 y 48 respectivamente⁷².

Por el contrario, la trayectoria del TAB ha sido más errática y, en general, sigue una línea descendente, desde los 121 arbitrajes administrados en el año 2004, hasta los 51 expedientes en 2014, cuya cifra, presumiblemente, ha continuado descendiendo como

⁶⁷ “El arbitraje en España”, cit., p.6.

⁶⁸ Corte de Arbitraje de Madrid, “Estadísticas de 2014-2016” (disponible en <https://bit.ly/2U21VrQ> ; última consulta 05/03/2019).

⁶⁹ Corte de Arbitraje de Madrid, “Resultados 2017” (disponible en <http://www.arbitramadrid.com/documents/20181/52883/Resultados+2017>; última consulta 14/03/2019).

⁷⁰ Corte de Arbitraje de Madrid, “Resultados 2018” (disponible en <http://arbitramadrid.com/web/guest/estadisticas-2017> ; última consulta 05/03/2019).

⁷¹ Disponible en <https://www.camara.es/arbitraje-y-mediacion/corte-espanola-de-arbitraje>; última consulta 21/03/2019.

⁷² Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, “Memoria 2013-2016 y 2017”, Madrid, 2018.

consecuencia de la creación de la Corte Arbitral de Cataluña en el año 2015, sin que existan datos publicados relativos a anualidades siguientes.

En suma, a pesar de que las cuatro instituciones arbitrales analizadas llevan funcionando más de 25 años, la media anual total de casos administrados por las mismas es del orden de 350, cifra verdaderamente exigua teniendo en cuenta que, según los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial⁷³, en el año 2017 se registraron, sólo en la jurisdicción civil, más de 2 millones de asuntos nuevos, dictándose más de medio millón de sentencias.

3.2. Desglose por materias sobre las que versan los procedimientos arbitrales

Las principales materias objeto de arbitraje son similares en la CAM, CIMA y el TAB.

Durante los primeros años del estudio, la materia predominante era la bancaria (31%), seguida del derecho societario (16%) y la construcción (14%)⁷⁴. En el TAB también es importante la materia de arrendamiento en sus distintas modalidades (servicios, obras, inmuebles e industria, por este orden)⁷⁵.

En 2018 la materia preponderante ha sido la societaria y supone, tanto en CIMA como en la CAM, un porcentaje aproximado del 25% de total de sus arbitrajes⁷⁶.

Como se ha comentado anteriormente, en la última reforma de la LA operada en el año 2011, el legislador ha apostado por el arbitraje societario como instrumento para resolver las controversias que se puedan suscitar en el marco de las sociedades de capital y los datos analizados confirman que esta materia va cobrando cada vez más protagonismo en las Cortes arbitrales.

Además, durante el periodo estudiado, las tres instituciones arbitrales han tramitado expedientes en los sectores de distribución, energía, tecnología, marítimo y transporte⁷⁷,

⁷³ Consejo General del Poder Judicial, “La Justicia dato a dato año 2017”, p.37 (disponible en <https://bit.ly/2Ub5fB4> ; última consulta 25/03/2019).

⁷⁴ “Estadísticas de 2014-2016”, cit., p.3; “Memoria 2013-2016 y 2017”, cit., p.24.

⁷⁵ Tribunal Arbitral de Barcelona, “Estadísticas 2014” (disponible en <https://bit.ly/2Wq0P6Z>; última consulta 14/03/2019).

⁷⁶ “Estadísticas 2018”, cit., p.1.

⁷⁷ “Primer Estudio de Arbitraje en España”, cit., p.30.

que han sido históricamente materias arbitrales y, por tanto, las instituciones cuentan con árbitros especializados.

La CEA no ofrece información acerca de las materias objeto de arbitraje, pero dirige específicamente sus servicios a grandes empresas (cotizadas y no cotizadas), pymes, entidades público-empresariales, sociedades públicas, fundaciones, aseguradoras, despachos de abogados y colegios profesionales.

Llama la atención que, siendo susceptible de arbitraje cualquier controversia sobre materias de libre disposición, las personas físicas no figuren entre los destinatarios de estos arbitrajes institucionales, los cuales se han dirigido mayoritariamente a la resolución de disputas en materia societaria y conflictos empresariales en sectores económicos importantes de nuestra economía.

3.3. Desglose según la cuantía de la disputa y repercusión en el coste del arbitraje

A pesar de que, como se ha visto anteriormente, el número de arbitrajes no es elevado, la cuantía de los mismos sí que lo es.

En sus memorias anuales, CIMA recoge que, desde el año 2000 hasta 2016, los expedientes tramitados tienen una cuantía total superior a 760 millones de euros, que distribuidos entre el número de arbitrajes tramitados supone una media por arbitraje de más de 4,5 millones de euros⁷⁸.

El TAB, por su parte, proporciona información sobre las cuantías mínima (9.600 euros) y máxima (35,35 millones de euros) de los procedimientos en curso en 2014, así como el importe total de la cuantía litigiosa en dicho año (63,6 millones de euros).

La CAM ofrece los datos relativos a la cuantía media de los casos tramitados cada año, ascendiendo a 6,6 y 9 millones de euros, respectivamente, en los años 2017 y 2018.

Por consiguiente, como decía, aunque la cifra de arbitrajes es muy baja, las controversias que dirimen las instituciones arbitrales revisten considerable importancia

⁷⁸ Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, “Memoria 2013-2016”, cit. p.24.

económica, lo cual explica que, a su vez, los gastos de arbitraje puedan parecer elevados en comparación con los que conlleva un proceso judicial.

Todas las instituciones analizadas incluyen en sus páginas web unas calculadoras que permiten a los interesados estimar los costes de su procedimiento. En ellas se distingue entre el tipo de procedimiento (abreviado o de pronta terminación y ordinario) y se contemplan gastos de apertura y registro del expediente, provisión de fondos para costas⁷⁹, honorarios de los árbitros y derechos de la institución arbitral⁸⁰, calculándose estos últimos en función de las cantidades reclamadas o del interés económico, incentivándose a los árbitros a que resuelvan con la mayor celeridad posible y dentro de los 12 primeros meses⁸¹.

En el caso de que las partes elijan un tribunal arbitral en vez de a un único árbitro, las cuantías resultan más elevadas y de ahí que, como se verá a continuación, predomine la intervención de un árbitro único.

Llegado este punto cabría plantearse si el arbitraje es caro.

A este respecto, coincido con la opinión de *Gonzalo Jiménez-Blanco*⁸², cuando dice que “el coste del arbitraje debe ser puesto en contexto”, teniendo en cuenta que frente a los diez años que se puede tardar en obtener una sentencia judicial firme (el proceso judicial tiene primera instancia, segunda instancia y, en algunos casos, recurso de casación), la duración del arbitraje suele ser inferior a un año, en cuyo plazo se obtiene un laudo definitivo que solo puede ser revisado por razones formales o por razones excepcionales si es contrario al orden público. Por esta razón, el arbitraje puede ser más “*cost efficient*” que la vía judicial.

Pongamos como ejemplo un procedimiento con una cuantía de 1 millón de euros. Según el calculador de costes de las diferentes cortes, los costes de arbitraje de la CAM correspondientes a dicha cuantía, para el supuesto de árbitro único, serían cerca de 41.500 €; los de CIMA ascenderían a casi 40.000 €; los de TAB rondarían los 28.500 €; y los de la CEA serían algo más de 33.000 €. Frente a dichos costes, el importe de las tasas

⁷⁹ Artículo 10 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y art. 46 del Reglamento de CIMA (disponible en <https://bit.ly/2TWzxaL> y <https://bit.ly/2U21VrQ> respectivamente; última consulta 6/03/2019).

⁸⁰ Artículo 74 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (disponible en <http://www.arbitramadrid.com/reglamento1>, última consulta 25/03/2019).

⁸¹ Anexo I del Reglamento de la CEA (disponible en <https://bit.ly/2YITFcU>; última consulta 25/03/2019).

⁸² Jiménez-Blanco, G., *El Confidencial* (disponible en <https://bit.ly/2UTXjBx>; última consulta 25/03/2019).

judiciales que tendría que abonar una persona jurídica por un procedimiento ordinario sería de 300 €. A dicha cantidad habría que sumar los derechos del procurador⁸³, los cuales, para un procedimiento ordinario de 1 millón de euros, apelación y eventual casación, ascenderían a unos 6.500 €.

La diferencia de cuantías entre un proceso judicial y un procedimiento arbitral es ostensible, aunque debe tenerse en cuenta que el tiempo es dinero y que, como ha llegado a declarar el Tribunal Constitucional, “una justicia tardía equivale a una denegación de justicia”⁸⁴.

3.4. Desglose en función del número de árbitros intervinientes. La imparcialidad de los árbitros

En cuanto al número de árbitros, las instituciones estudiadas ofrecen dos alternativas: árbitro único o tribunal arbitral formado por un número impar de miembros (para evitar un posible empate en sus decisiones) y que, según los datos manejados, suelen ser tres árbitros, lo cual es lógico, pues como se acaba de explicar, la intervención de un mayor número de árbitros eleva los costes del procedimiento. Este sobreprecio también explica que la abrumadora mayoría de expedientes se resuelvan por un árbitro único.

En lo que respecta a la CAM, este dato figura únicamente en los años 2011-2013 del periodo estudiado, y mientras los casos de árbitro único representan una media del 81%, los de colegio arbitral suponen tan solo un 19%.

En CIMA, de los cinco años analizados, la diferencia de porcentajes es todavía más significativa, pues el de árbitro único se eleva casi al 88%, y los de tribunal arbitral suponen solo el 12%.

Para el nombramiento de los árbitros prima la autonomía de las partes (estas son libres de elegir de común acuerdo los árbitros) y, en caso de no alcanzar acuerdo, cada corte aplica el sistema de designación que considera conveniente. Por ejemplo, la CEA

⁸³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21104>

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 10 de mayo 83/1989.

ha instaurado un procedimiento especial de designación de árbitros, consistente en que si no existe acuerdo entre las partes para nombramiento de los árbitros, la propias partes aportan una lista de árbitros según la materia objeto de la controversia, sobre la que las mismas partes formulan tachas de aquellos nombres que objetan y manifiestan su preferencia respecto de los restantes, siendo automáticamente designados aquellos árbitros preferidos por las partes, cuyo sistema persigue ofrecer mayores garantías en la designación de los árbitros así como la máxima transparencia en su designación.

Es indudable que la fortaleza del arbitraje reside en la calidad de sus laudos, razón por la cual las instituciones arbitrales se esmeran a la hora de designar árbitros que reúnan las condiciones de experiencia y conocimiento más adecuados en función de la complejidad y relevancia de cada caso concreto. Pero es aún más importante que dichas instituciones generen confianza en la imparcialidad e independencia de sus árbitros.

La jurisprudencia de los Tribunales internacionales, ya recogida por los españoles, en referencia a las causas de independencia e imparcialidad, ha señalado que hasta las “apariencias son importantes”⁸⁵.

La LA previene que todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, prohibiendo mantener con las partes relación personal, profesional o comercial, y obligándole a revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Sin embargo, es difícil establecer el alcance de las obligaciones de revelación de los árbitros. Tal como reconocen las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, “hay una tensión, por una parte, entre el derecho que tienen las partes a conocer hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro con el fin de proteger su derecho a un proceso con las garantías debidas y, por otra, la necesidad de evitar recusaciones innecesarias contra árbitros con el fin de proteger el derecho de las partes a elegir al árbitro libremente”⁸⁶. Por esa razón, con la finalidad de evitar recusaciones infundadas y renunciadas y sustituciones de árbitros, las citadas Directrices listan una serie de situaciones específicas indicando si deben ser reveladas o si justifican la descalificación de un árbitro

⁸⁵ STSJ de Asturias (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 25 de abril 3/2017 (FD 6º).

⁸⁶ Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014, p.1 (disponible en <https://bit.ly/2YITTCU>; última consulta 25.03.2019).

(listados 'Rojo', 'Naranja' y 'Verde'), las cuales, aunque se refieren específicamente al arbitraje comercial internacional y al arbitraje de inversión, resultan trasladables a cualquier arbitraje.

3.5. Duración media de los procedimientos arbitrales

La duración máxima de los procedimientos se encuentra reglamentada por todas las instituciones estudiadas, pues una de las principales ventajas del arbitraje es precisamente su celeridad. Es más, alguna de las cortes incluye en sus reglamentos medidas que fomentan la resolución de los procedimientos arbitrales en un plazo inferior a 12 meses, reduciendo los honorarios de los árbitros.

Entre los años 2014 y 2016, la CAM resolvió el 70% de sus procedimientos en menos de un año. En 2017, el 68% de sus expedientes tuvo con una duración media de 10 meses. El pasado 2018, dicha duración media se redujo a 8 meses, lo que refuerza la idea de rapidez inherente a este tipo de procedimientos.

En lo que respecta a CIMA, la duración media fluctúa entre los 10 y 12 meses, si bien existen casos excepcionales en los que esta duración se ve reducida o aumentada en función de las particularidades y dificultades del caso concreto.

El TAB, por su parte, no presenta mucha información al respecto. Únicamente consta que la duración media de sus procedimientos en el año 2014 era de 12 meses, algo superior a la de los expedientes tramitados por las otras dos Cortes.

La CEA se limita a señalar que la duración de sus procedimientos es, en el caso de los procedimientos abreviados, de tres meses desde la contestación a la demanda, y de cinco meses en los procedimientos ordinarios.

Sin duda, la rapidez es una de las principales fortalezas del arbitraje.

3.6. Otros datos de interés

Atendiendo al ámbito de aplicación territorial del arbitraje (III, 4.3), se aprecia un reducido porcentaje de arbitrajes internacionales en el TAB (4% en el año 2014), más elevado en CIMA (14,50% en un período de cinco años analizados), siendo el mayor el

de la CAM (22% de media en otros cinco años). Con el fin de fomentar los arbitrajes internacionales, en diciembre de 2017, el entonces ministro de Justicia, Rafael Catalá, presidió la firma de un memorando de entendimiento entre la Cámara de Comercio de España, la madrileña y CIMA como primer paso para unificar las tres cortes de arbitraje con sede en Madrid y crear una sola institución de carácter internacional, que pudiera atraer a los procedimientos que históricamente se han desarrollado en ciudades como París, Londres o Nueva York, pero ningún paso más se ha dado desde entonces.

En función de su modalidad o tipología (III, 4.2), es abrumadora la preponderancia de los arbitrajes de derecho sobre los de equidad. En el caso del TAB, la proporción es del 94% y del 6%, respectivamente. En lo que respecta a CAM, los arbitrajes de equidad de los años 2011-2012 (únicos accesibles) son una media del 11,5% que, casi con toda seguridad, se habrá visto reducida en los últimos años. No llegan al 3% los arbitrajes de equidad en el caso de CIMA (en el promedio de cinco anualidades), siendo así que en 2018 no se practicó ninguno.

Por razón de los sujetos intervinientes, superan el 70% los promovidos por personas jurídicas.

Los casos transados dentro del procedimiento arbitral de los que tenemos noticia (año 2013 de la CAM) han sido del 15%, habiéndose formulado reconvencción en un 13% de los casos de ese mismo año, siendo de un 18% (años 2014-2016) los procedimientos “multiparte” y un 82% en los que únicamente litigaban dos partes.

Por razón del sexo de los árbitros, es muy reducido el número de mujeres en la lista de árbitros, así como también lo es el de los laudos dictados por mujeres, si bien el porcentaje de los recaídos en los arbitrajes administrados por la CAM va aumentando año a año, llegando a alcanzar un 42% en los dictados en 2018.

De la ejecución de los laudos solo publica datos el TAB, siendo del 22% el porcentaje de los ejecutados judicialmente en el año 2014.

4. Datos sobre anulación de laudos arbitrales. Especial referencia al orden público

La posibilidad de impugnación de los laudos ha constituido siempre uno de los puntos clave de la institución arbitral.

La LA/1953 distinguía los laudos dictados por árbitros de derecho y por árbitros de equidad. Contra los primeros solo cabía recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante la Sala Primera del TS. Contra los segundos, por su parte, solo podía interponerse recurso de nulidad ante la misma Sala por los motivos indicados en la LEC (haberse dictado fuera de plazo, resolver puntos no sometidos a su decisión, haberse pronunciado sobre cuestiones ajenas a su competencia).

Este sistema de recursos, que prolongaba la adquisición de firmeza del laudo, fue corregido por la LA/1988, estableciendo que el laudo solo podría anularse en los casos de nulidad del convenio arbitral, inobservancia de las formalidades y principios esenciales de la Ley, haberse dictado fuera de plazo, extenderse a puntos no sometidos a su decisión o indisponibles, y en el caso de que fuese contrario al orden público. El conocimiento del recurso de anulación correspondía a la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiese dictado el laudo⁸⁷.

La LA/2003 contempla el ejercicio de la acción de anulación, que ya no se califica de recurso, sino de acción. Esto se debe a que no se trata de un nuevo examen de los hechos y fundamentos del laudo, revisando el fondo del mismo, sino de un control *ex post* del procedimiento arbitral, restringiéndolo, en síntesis (art. 41) a los siguientes motivos: a) Inexistencia o invalidez del convenio arbitral; b) No haberse notificado debidamente la designación del árbitro, las actuaciones arbitrales o no haber podido las partes hacer valer sus derechos; c) y e) Haberse resuelto sobre cuestiones no sometidas a decisión o no ser susceptibles de arbitraje; d) Incorrección en la designación de árbitros o en el procedimiento arbitral; f) Ser el laudo contrario al orden público.

⁸⁷ Sobre la naturaleza de dicho recurso de anulación, los presupuestos, el procedimiento y la decisión del mismo en la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la LA/1988, Martín Brañas, C., “La anulación de laudo en nuestra jurisprudencia”, *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, n.11, 2011, pp. 53-86.

La Ley 11/2011, que reformó la LA/2003, se limitó en este punto a reestructurar los trámites del procedimiento a seguir (art. 42), y a suprimir el término “firme” en la calificación del laudo (art. 43) por estimar que el laudo es firme desde que se dicta⁸⁸.

También a partir de la reforma de 2011, los Tribunales Superiores de Justicia asumieron las competencias que anteriormente correspondían a las Audiencias Provinciales, produciéndose en el TSJ de Madrid a partir del año 2015, un giro radical en la apreciación del concepto de orden público, invocando el fondo de laudos arbitrales y revisándolo.

Con anterioridad, las Audiencias Provinciales habían venido apreciando, con carácter general, la vulneración del orden público ligada a aspectos procesales, que continuó también en la Sala de lo Civil de diversos TSJ, incluido el de Madrid, al apreciar falta de imparcialidad e independencia del árbitro⁸⁹, falta de motivación del laudo⁹⁰, o quebrantamiento del derecho a alegar y proponer prueba⁹¹.

Pero la sentencia de 3 de noviembre de 2015⁹² amplió la interpretación de ese concepto jurídico indeterminado -orden público-, anulando un laudo arbitral que resolvió la controversia entre un banco y una sociedad relativa a la contratación de un *swap*, extendiéndolo al “orden público económico, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”, como serían el principio de libre competencia, el de buena fe en la contratación, o la inaplicación de normas imperativas.

La doctrina sentada por dicha sentencia, que fue seguida por otras del mismo tribunal, contó con los votos particulares de su presidente, y originó un verdadero revuelo en el

⁸⁸ Para Olivencia Ruiz, M., “El Arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº4, 2012, “atribuir la condición de firmeza a todo laudo, aunque se haya ejercitado contra él la acción de nulidad, es sembrar la inseguridad jurídica y desconocer la función de control del arbitraje que compete a los Tribunales de justicia, aunque se trate de un control externo y no de fondo. Otra cosa es que el laudo impugnado en anulación sea ejecutable (art. 45 LA, no modificado); pero el ejecutado puede solicitar la suspensión ofreciendo caución, lo que resulta extraño en una resolución con efectos de “cosa juzgada”. El requisito de la firmeza, en función de la acción de anulación, no sobraba. Su supresión creará más problemas”, p.48.

⁸⁹ STSJ de Asturias (Sala Civil y Penal) de 12 de abril 3/2018; STSJ de Madrid Sala Civil y Penal) de 4 de noviembre 70/2016.

⁹⁰ STSJ de Galicia (Sala Civil y Penal) de 2 de mayo 18/2012; STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal) de 1 de febrero 5/2016; STSJ de País Vasco (Sala Civil y Penal) de 11 de abril 3/2016.

⁹¹ STSJ de Madrid (Sala Civil y Penal) de 18 de enero 5/2017.

⁹² STSJ de Madrid (Sala Civil y Penal) de 3 de noviembre 79/2015 (FJ 5º).

mundo del arbitraje español, provocando de inmediato numerosas críticas⁹³, aunque también algunas opiniones favorables⁹⁴.

El TSJM no parece dispuesto a abandonar esta línea, ya que el 8 de enero de 2018 dictó una nueva sentencia anulando un laudo de equidad en materia societaria, con respaldo también en el orden público económico/societario⁹⁵. Como explica el comentario publicado por CIMA⁹⁶, la sentencia está precedida de un extensísimo y sin duda polémico razonamiento, expresivo de que “tras una minuciosa revisión de la motivación”, considera el Tribunal que el laudo no está suficientemente motivado. Para llevar a cabo dicha afirmación, se basa en que no pondera toda la prueba practicada, no valora la actitud de las demandadas que no impugnaron los acuerdos sociales y añade que “las bases de equidad parten de los hechos, los que evalúan y justifican una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada”. Entiende que todo ello no lo ha llevado a cabo el árbitro, por lo que considera arbitraria la motivación del laudo. Concluye apreciando la infracción del orden público pretendida por la demandante, ya que “la razón última que sustenta el deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE)”⁹⁷.

La cuestión relativa al equilibrio entre eficiencia y procedimiento debido tiene una difícil respuesta, pues depende de los valores o criterios que se pretenden salvaguardar primordialmente en el arbitraje⁹⁸.

⁹³ Jiménez-Blanco, G., “Arbitraje y orden público: no es esto, no es esto”, *El Confidencial*, 27 de marzo de 2015 (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2015-03-27/arbitraje-y-orden-publico-no-es-esto-no-es-esto_742733/; última consulta 6/03/2019).

Conthe Gutierrez, M., “Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015”, *LA LEY*, n.8515, 2015.

Stampa Casas, G., “Comentarios a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 28 de enero de 2015, 6 de abril de 2015 y de 16 de abril de 2015”, *LA LEY*, n.8537, 2015, pp. 1-8.

⁹⁴ Ruiz de Villa, J., “¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público”, *Revista electrónica de la abogacía española*, 2015 (disponible en <https://www.abogacia.es/2015/06/11/efecto-mariposa-nulidad-de-laudo-sobre-un-swap-por-vulneracion-del-orden-publico/#>; última consulta 18 de marzo de 2019).

Pelayo Jiménez, R., “El concepto de orden público y la anulación de laudos arbitrales”, *LA LEY*, n.8568, 2015.

⁹⁵ STSJ de Madrid (Sala Civil y Penal) de 8 de enero 1/2018.

⁹⁶ CIMA “El TSJ de Madrid anula un laudo en equidad por considerar que la motivación del laudo es arbitraria por falta de motivación suficiente y contraria al orden público” 8 de marzo de 2018 (disponible en <https://bit.ly/2U21VrQ>; última consulta 15/03/2019).

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 8 de enero de 2018, nº 1/2018 (FJ 5º).

⁹⁸ Méndez Arias, M.J., González-Bueno C. y Figaredo Álvarez-Sala, J.M., “Eficiencia y proceso debido en el arbitraje”, *Anuario de Arbitraje 2018*, Edit. Aranzadi, enero 2018.

Por una parte, si debe primar la eficiencia, poniéndose punto final al conflicto a la mayor brevedad posible, que es lo que principalmente buscan las partes en el arbitraje, que obedece, no lo olvidemos, a la autonomía de su voluntad.

O bien es preciso tramitar un procedimiento debido con todas las garantías, que es a lo que se muestran proclives las referidas sentencias del TSJ de Madrid.

La relación entre el procedimiento debido y la eficiencia es compleja. Tanto es así, que a punto de concluir la lectura del documentado estudio de *Vega Barrera*⁹⁹, no se llega a adivinar la postura de la autora al respecto, que concluye diciendo que, a su entender, “con esta novedosa línea jurisprudencial iniciada por el TSJ de Madrid, no existe riesgo de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, de socavar las bases del sistema arbitral en general, desnaturalizar su esencia o minar la confianza en la utilización de este mecanismo de resolución de controversias, cuando se elija a España y en especial a Madrid, como sede arbitral”¹⁰⁰, opinión que me temo no comparten nuestros operadores jurídicos ni, desde luego, las instituciones arbitrales¹⁰¹, ni en artículos de opinión¹⁰², habiéndose llegado a afirmar que estas funciones de control por los Tribunales de Justicia “están poniendo en cuarentena al arbitraje en España”.

Sea como fuera, la realidad es que en Madrid se sustancian el 80-90% de las acciones de anulación, y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desde el año 2013, ha estimado casi el 50% de las acciones de anulación que se le han formulado, lo que ha provocado evidente desconfianza, no solo en España, sino también a nivel internacional. Y es que, a la interpretación extensiva del orden público, se ha hecho referencia en algún caso a la parcialidad e independencia de las instituciones arbitrales como sorprendente motivo de anulación¹⁰³.

⁹⁹ Vega Barrera, R., “Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid”, *LA LEY*, Wolters Kluwer, n. 9041, de 2017.

¹⁰⁰ Evelyn Vega Barrera, “Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid”, diario *La Ley* n° 9041, Sección Tribuna 14 de septiembre de 2017, editorial Wolters Kluwer, p.12.

¹⁰¹ En las estadísticas del TAB de 2014, última de la que disponemos, como dije, se enfatiza que el total de laudos anulados en la historia del Tribunal (1989-2014), ha sido únicamente del 2%. No publican estos datos las Cortes de Madrid, y aunque las anulaciones de laudos suponen también un porcentaje reducido, respecto del total de laudos emitidos, la sentencia anulatoria de laudos sí ha tenido gran difusión, como como también dije.

¹⁰² Íscar de Hoyos, J., “El arbitraje en España. Luces y sombras”, *Revista Buen Gobierno y RSC*, n.2, 2017, pp. 28-29 (disponible en <http://www.iscarabogados.com/arbitraje-en-espana-luces-sombras/> ; última consulta 6/03/2019).

¹⁰³ “El arbitraje en España. Luces y sombras”, cit. p.29.

5. Percepción empresarial sobre el arbitraje según el primer estudio de arbitraje en España

El 26 de septiembre de 2018 se presentó en la sede del CGAE el “Primer Estudio de Arbitraje en España”¹⁰⁴, elaborado por el despacho Roca Junyent, con participación de ICAI-ICADE (Comillas) y la ACC, tras la encuesta realizada a 82 empresas que operan en el mercado nacional, de las cuales un 45% habían sido usuarias del arbitraje, haciéndolo en su mayoría en el marco de controversias internacionales.

Según dicho estudio, la primera conclusión que se obtiene respecto al uso del arbitraje por las empresas es que la mayoría de ellas (53%) prefiere acudir a la jurisdicción ordinaria, mientras que el 47% se decanta por el arbitraje, bien como único instrumento (27%) o bien junto con la negociación o la mediación (20%), siendo los principales usuarios del arbitraje las grandes empresas (con un volumen de facturación superior a 5.000 millones de euros) y las pertenecientes al sector energético.

Otras conclusiones del informe son:

- La elección entre arbitraje institucional o *ad hoc*, según la mayor parte de los encuestados (54%) depende de las circunstancias del caso. Con carácter general, solo un 5% (principalmente aseguradoras) acuden al arbitraje *ad hoc*.
- La institución arbitral utilizada por mayor frecuencia entre las encuestadas es la CAM, entre las nacionales, y la CCI entre las internacionales.
- Los principales motivos de elección de la institución arbitral son la experiencia de la institución, la imparcialidad e independencia en el nombramiento de los árbitros y la especialización de la institución en el tipo de disputa en particular.
- Las tres características más importantes y valoradas por las empresas que debe tener el árbitro son: el conocimiento del derecho aplicable, el conocimiento de las cuestiones técnicas y el prestigio. Por esta razón, son verdaderamente excepcionales los casos en que se ha producido la recusación

¹⁰⁴ Roca Junyent, “Primer estudio de arbitraje en España”, Madrid, 2018 (disponible en <https://www.rocajunyent.com/actualidad-publicaciones/primer-estudio-de-arbitraje-en-espana-2/>; última consulta 28/02/19).

del árbitro y más aún (menos de un 10%) los casos en que han prosperado las recusaciones.

5.1. Fortalezas del arbitraje

Las tres principales ventajas del arbitraje, según las empresas encuestadas en el estudio referido, son:

- La especialización y el conocimiento técnico sobre la materia objeto del arbitraje.
- Cualificación del árbitro.
- Rapidez del procedimiento.

5.2. Debilidades del arbitraje

Las tres principales desventajas las refieren las empresas a:

- Los costes del procedimiento.
- Tendencia del árbitro a alcanzar una decisión salomónica.
- Inexistencia de jurisprudencia que pueda usarse en otros casos.

5.3. Opinión sobre los resultados del estudio

He de reconocer que los resultados de este estudio me han producido cierto desconcierto.

Coincido con la opinión de las empresas encuestadas en que las principales fortalezas del arbitraje son la rapidez del procedimiento y la cualificación de los árbitros, aunque echo en falta otras ventajas que también considero importantes, como la confidencialidad, la flexibilidad del procedimiento y el hecho de que el arbitraje supone un menor deterioro en las relaciones comerciales que un proceso judicial.

Me sorprende, sin embargo, la percepción de las empresas sobre las debilidades del arbitraje.

Como reconoce *Gonzalo Jiménez-Blanco*¹⁰⁵, es cierto que el arbitraje puede tener fama -y quizás fue así en otros tiempos- de consistir en "repartir", es decir en no dar a una parte toda la razón y en dar algo a cada parte como para que se queden las dos suficientemente contentas, pero hoy en día tal concepción del arbitraje se encuentra superada, y dada la gran cualificación de los árbitros, que las empresas les reconocen, no resulta cuestionable que sus decisiones se guían únicamente por la justicia. Tampoco debería suponer un obstáculo la inexistencia de jurisprudencia, pues la especialización y conocimiento técnico del árbitro sobre la cuestión sometida a arbitraje en cada caso debería ser suficiente para garantizar un laudo justo. Y en cuanto a los costes, ya he razonado anteriormente (*supra* IV, 3.3) que, aunque son ciertamente elevados, el arbitraje debe medirse en términos de eficiencia.

Por último, no parece que la falta de independencia o parcialidad de los árbitros constituya un motivo de preocupación para las empresas, lo cual contrasta con la realidad, pues dicha causa es frecuentemente invocada por las partes para conseguir la anulación de los laudos.

V. CONCLUSIONES

El título del presente trabajo, que se refiere a "consideraciones" sobre la aplicación real del arbitraje, ya anticipaba mi propósito de hacer una reflexión tras analizar la utilización efectiva y práctica de la institución arbitral en España, cuya situación desconocía al iniciarlo.

Una vez finalizado, llega el momento de plasmar tales consideraciones en forma de las conclusiones alcanzadas tras dicho estudio, que inicié sin otros conocimientos que los que me proporcionó el tema correspondiente de la asignatura de Derecho Procesal y la curiosidad que desde entonces me despertó la institución.

Las conclusiones a las que he llegado me han dejado sensaciones contrapuestas, pues considero que el arbitraje tiene una utilidad indudable, pero su aplicación práctica me ha producido cierta decepción, pues creo que dicha institución no acaba de consolidarse en

¹⁰⁵ Jiménez-Blanco, G. "Arbitraje y justicia salomónica", *El Confidencial*, (disponible en internet https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2015-09-19/arbitraje-y-justicia-salomonica_1024939/9; última consulta 25.03.2019).

nuestro país como una verdadera alternativa al proceso judicial de resolución de conflictos.

El arbitraje ha gozado de una generalizada aprobación del legislador y de los estudiosos de la materia. Prueba irrefutable de la utilidad del arbitraje es su utilización efectiva no solo en los países anglosajones, especialmente en los Estados Unidos¹⁰⁶ (pragmático siempre en la existencia y utilización de sus instituciones), sino también en los diversos países de la Unión Europea¹⁰⁷.

El procedimiento arbitral es rápido y muy ágil. La figura del árbitro de emergencia da buena cuenta de ello al permitir la inmediata adopción de las medidas cautelares, incluso antes de la constitución del tribunal arbitral. Su flexibilidad permite adaptar el procedimiento a las características de cada concreta disputa, contemplándose la tramitación de procedimientos abreviados. La inmediatez del arbitraje evita demoras innecesarias y supone para las partes una fórmula que les ayuda a resolver un conflicto puntual, evitando que se rompan sus relaciones comerciales. El coste es elevado, pero debe medirse en términos de eficiencia teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el arbitraje es un procedimiento de una sola instancia que permite una solución rápida del conflicto (al fin y al cabo, el tiempo es dinero) y que la impugnación del laudo arbitral queda limitada a los cauces de la acción de anulación.

En definitiva, ofrece un razonable equilibrio entre coste, tiempo y calidad. Tiene otras ventajas como la confidencialidad, cuya característica cobra especial valor teniendo en cuenta que, por desgracia, es bastante habitual que muchas decisiones judiciales se filtren a la prensa incluso antes de que las conozcan los propios abogados de las partes.

Los árbitros son profesionales especialistas en la materia jurídica que es objeto de arbitraje y conocedores del sector de negocio en el que se desarrolla la actividad, lo que, en principio, garantiza la calidad de los laudos.

Por otra parte, el arbitraje también supone una cierta garantía de la eficacia de los laudos, pues la mayoría se cumplen voluntariamente, sin que sea necesaria su ejecución

¹⁰⁶ No es casual, por ejemplo, que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados Unidos y nacionales de otros Estados se haya firmado en Washington (18 de marzo de 1965), y suscrito en Nueva York (10 de junio de 1958) la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

¹⁰⁷ “El Arbitraje en el Derecho Comparado de la Unión Europea”, en *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de Conflictos en España*.

judicial. La LA también está abierta a todas las tecnologías digitales para la comunicación de las partes y los árbitros entre sí, lo cual supone también una indudable ventaja.

Por todo ello, no es de extrañar que hayan surgido numerosas instituciones en su defensa y, sobre todo, para su aplicación efectiva, que acarrearía consigo la hoy tan necesaria descongestión de los juzgados y tribunales.

Sin embargo, a pesar de todas estas ventajas, a día de hoy, el arbitraje todavía no ha llegado a alcanzar el éxito que se le auguraba, y de ahí mi decepción.

Es obvio que ello no se debe al recelo que frecuentemente producen las instituciones novedosas, puesto que como hemos tenido ocasión de exponer (*supra* III.5), el arbitraje cuenta con gran tradición en España.

Existen, además, diversas asociaciones en nuestro país (Club Español de Arbitraje, Asociación Española de Arbitraje, etc.), que promueven la difusión del arbitraje y organizan numerosos Congresos, Simposios. A ello se suma la ininterrumpida publicación de libros, monografías y revistas sobre la materia arbitral, así como su presencia habitual en los medios y en numerosos blogs.

Pero acudiendo nuevamente al título del presente trabajo, los decepcionantes datos estadísticos apuntados (*supra* IV.3), contrastan con el ingente e imparable número de procesos judiciales en España¹⁰⁸.

Siendo sinceros, no puede decirse que el arbitraje funcione entre nosotros como una alternativa real al proceso judicial de resolución de conflictos, sino simplemente como alternativa potencial y deseable, pero que no acaba de despegar.

A esta situación han contribuido, en mi opinión, una serie de circunstancias.

Por lo que se refiere a los poderes del Estado, el Legislativo ha ido mejorando la regulación del arbitraje, pero no acaba de solucionar algunos aspectos importantes que dificultan el desarrollo del mismo, como es, por ejemplo, la falta de concreción de la noción de orden público que contempla el artículo 41.1.f) de la LA, como motivo de anulación del laudo. Por su parte, el Poder Judicial debería mantener una interpretación

¹⁰⁸ Consejo General del Poder Judicial, “Actividad de los Órganos Judiciales”, 2017 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Series-estadisticas-de-actividad-de-los-organos/> ; última consulta 6/03/2019).

uniforme del concepto de orden público que favorezca la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, respete el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje. Es cierto que un control riguroso de los tribunales ofrece seguridad y favorece el arbitraje, pero dicho control tiene que ser previsible, pues de lo contrario se crea incertidumbre y desconfianza hacia la institución. Los jueces y tribunales deben contribuir a que el arbitraje se perciba como una sede segura, pues la anulación de un laudo no deja de ser un fracaso para el arbitraje. Y el Poder Ejecutivo se toma con calma la promoción y el desarrollo de los arbitrajes en materia administrativa y laboral.

Los operadores jurídicos, y muy especialmente los abogados que ejercen libremente la profesión tampoco parecen muy convencidos de las ventajas del arbitraje, como lo demuestra el hecho que significa el Estudio de Arbitraje en España, elaborado por el despacho Roca Junyent. Este estudio refleja que en los arbitrajes en que intervienen sociedades, una gran mayoría (80%) considera que la redacción de una cláusula arbitral es esencial y determinante a la hora de negociar un contrato y que es el director de la Asesoría Jurídica interna el que toma la decisión al respecto, de todo lo cual cabe deducir que los abogados que no son internos de las empresas son poco proclives a la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos. De hecho, la cláusula arbitral suele figurar siempre al final de los contratos, cuando en realidad podría decirse que es la cláusula más importante del mismo, pues prevalece, aunque el contrato se anule.

Además, no deja de ser también paradójico, que considerando los abogados como principal ventaja del arbitraje la rapidez en la resolución definitiva del conflicto, en la que se subsume la aceptación del laudo que recaiga, se afanen luego en tratar de anularlo, si el resultado no les fuera favorable.

Con respecto a las instituciones arbitrales, es cierto que toman iniciativas para hacer más atractivos los arbitrajes, tales como la introducción en sus reglamentos de procedimientos abreviados, el nombramiento de árbitro de emergencia, la impugnación opcional del laudo ante la propia corte, etc.

Sin embargo, creo que estas instituciones deberían poner mayor empeño en la elaboración de protocolos o directrices que garanticen la independencia e imparcialidad de sus árbitros, evitando que los procedimientos arbitrales se vean dificultados por recusaciones infundadas contra los árbitros. A tal fin sería conveniente que estableciesen unos criterios claros y estrictos a la hora de decidir sobre el nombramiento de los árbitros

y el alcance de sus obligaciones de revelación. Existe la percepción equivocada de que el hecho de que un árbitro considere que debe revelar un hecho o circunstancia supone una presunción en favor de la descalificación del mismo, cuando sucede precisamente al contrario, ya que el árbitro que efectúa alguna revelación es porque se considera a sí mismo imparcial e independiente, pues en otro caso habría rechazado su designación.

Las instituciones arbitrales también deberían tratar de popularizar el arbitraje, por ejemplo, haciéndolo atractivo para las personas físicas, y no solo para grandes empresas. En este sentido, considero que sería necesaria una rebaja de sus actuales tarifas. Las cortes arbitrales también podrían tomar iniciativas para incorporar más mujeres a sus listados de árbitros, pues ya hemos visto que las listas actuales están conformadas mayoritariamente por hombres. Y, en fin, creo que tampoco contribuyen al prestigio de dichas instituciones las injerencias políticas, como ha pasado con el TAB. Ello, en mi opinión, refuerza la importancia de las cortes privadas de arbitraje.

Por último, existen demasiadas instituciones arbitrales en España que apenas tienen actividad (*supra* IV.1), lo que les impide alcanzar el grado de experiencia y profesionalización deseable. Por ello, sobre la base de una competencia eficaz, creo que deberían potenciarse las instituciones arbitrales más sólidas y consolidadas en España, buscando fórmulas de integración en las mismas de otras cortes de arbitraje actualmente existentes, particularmente las que están vinculadas a las Cámaras de Comercio de las diferentes providencias españolas.

En fin, aunque todavía no se ha alcanzado el “brillante provenir” que Merino Merchán auguraba al arbitraje en el año 2011 (*supra* IV.3), creo que esta institución, cuya utilidad nadie pone en duda, podría por fin despegar si todos contribuimos, con nuestro granito de arena, a remover los obstáculos que dificultan su desarrollo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Legislación

- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE 9 de noviembre de 1995).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 1 de diciembre de 2007).
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 1 de agosto de 1987).
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE 23 de abril de 1996).
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; Ley 20/2003, de 20 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE 9 de julio de 2003. Revisión 5 de julio de 2018).
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE 6 de agosto de 1999).
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre (BOE 1 de enero de 1995).
- Ley 49/2003, de 26 de noviembre (BOE 27 de mayo de 2004).
- Ley 10/1990, de 15 de diciembre, del Deporte (BOE 6 de noviembre de 1990).
- Real Decreto 813/1881, de 3 de febrero de 1881, de reforma de la Ley Enjuiciamiento Civil (Gaceta de Madrid n.36, de 5 de febrero de 1881).
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE 21 de mayo de 2011).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 21 de mayo de 2011).

2. Jurisprudencia

2.1. Tribunal Constitucional

Pleno:

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2018, núm. 1/2018, recurso nº 2578/2015 (Aranzadi RTC 2018\1).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1997, núm. 196/1997, recursos núm. 256/1988 y núm. 264/1988 (Aranzadi RTC 1997\196).

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1996, núm. 176/1996, recurso de amparo núm. 1360/1994 (Aranzadi RTC 1996\176).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995, núm. 174/1995, recursos 2112/91 y 2368/1995 (Aranzadi RTC 1995\174).
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 22 de marzo de 1991, núm. 62/1991, recursos núm. 376/1985 y núm. 763/1985 (Aranzadi RTC 1991\62).

Sala Primera:

- Auto del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1993, núm. 259/1993, recurso de amparo núm. 395/1993 (Aranzadi RTC 1993\259).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989, recurso de amparo núm. 83/1989 (Aranzadi RTC 1998\83).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 1987, núm. 15/1987, recurso amparo núm. 465/1986 (Aranzadi RTC 1987\15).

Sala Segunda:

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988, núm. 43/1988, recurso de amparo núm. 508/1987 (Aranzadi RTC 1988\43).

2.2. Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) de 7 de mayo de 2009, núm. 253/2009, recurso de apelación núm. 924/2008 (Aranzadi JUR 2009/332073).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 3 de noviembre de 2004, núm. 436/2004, recurso núm. 42/2004 (Aranzadi JUR 2005/36365).

2.3. Tribunales Superiores de Justicia

Sala Civil y Penal:

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sección 1ª) de 12 de abril de 2018, núm. 3/2018, recurso anulación núm. 6/2017 (Aranzadi AC 2018/792).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sección 1ª) de 25 de abril de 2017, número 3/2017 (Aranzadi AC 2017/481).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) de 18 de enero de 2017, núm. 5/2017, recurso anulación núm. 46/2016 (Aranzadi AC 2017/224).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) de 8 de enero de 2018, nº 1/2018 (Aranzadi AC 2018/102).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) de 4 de noviembre de 2016, núm. 70/2016, recurso núm. 79/2015 (Aranzadi AC 2016/1803).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 1ª) de 11 de abril de 2016, núm. 3/2016, recurso núm. 21/2015 (Aranzadi RJ 2016/1627).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2016, núm. 5/2016, recurso núm. 3/2015 (Aranzadi RJ 2016/1623).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2015, núm. 79/2015 recurso anulación núm. 7/2015 (Aranzadi JUR 2016/203480).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 1ª) de 2 de mayo de 2012, núm. 18/2012, recurso de anulación núm. 3/2012 (Aranzadi RJ 2012/6364).

Sala de lo Contencioso-Administrativo:

- Auto Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 2, Pleno) de 8 de febrero de 2019, núm. 76/2019.

3. Obras doctrinales

3.1. Libros y revistas

- Aldama Caso R., “El arbitraje como ventaja competitiva para las empresas y los costes del procedimiento arbitral”, y Temboury Redondo, M., “Ventajas del arbitraje institucional”, ambos en la obra *Veinticinco años de arbitraje en España*, CIMA, 2015, pp. 105-115.
- Chioventa, J., Principios de derecho Procesal Civil, Casais y Santaló, J., Reus SA, Madrid, 1925, pp. 470-473.
- Conthe Gutierrez, M., “Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015”, *LA LEY*, n.8515, 2015.

- Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, “*Memoria 2013-2016 y 2017*”, Madrid, 2018.
- de Felipe Castresana, L., “Arbitraje doméstico y sistema de fuentes aplicable”, vol. cit. *Veinticinco años de arbitraje en España*, pp. 147-161.
- Fenech Navarro, M., “El Arbitraje en el Derecho español”, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, Bosch, 1962, pp. 112-123.
- Fernández de Buján, A., *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Iustel, Madrid, 2006, p.5.
- Fernández Rozas, J.C., “Arbitraje versus jurisdicción”, en la obra colectiva cit., *Veinticinco años de arbitraje en España*, CIMA, 2015, pp. 65-83.
- Fernández Rozas, J.C., “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104.
- Flors Maties, J., “El arbitraje”, Tratado de proceso de ejecución civil, Tirant lo Blanch, 2004, Valencia, pp. 4-5.
- Guasp Delgado, J., *El Arbitraje en el Derecho español*. Bosch, Barcelona, 1956.
- Hinojosa Segovia, R., “La nueva ley de arbitraje”, *E&J*, julio-agosto 2011, pp. 16-27.
- Íscar de Hoyos, J., “El arbitraje en España. Luces y sombras”, *Revista Buen Gobierno y RSC*, n.2, 2017, pp. 28-29.
- Lew, J., Mistelis, L., “Nature of Arbitration”, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, La Haya, pp.81-82.
- Martín Brañas, C., “La anulación de laudo en nuestra jurisprudencia”, *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, n.11, 2011, pp. 53-86.
- Martínez-Gijón Machuca, P., “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.31/2013, 2013, pp.2-4.
- Mateu de Ros Cerezo, R., “Problemas jurídicos actuales del arbitraje societario en España; en la obra colectiva *Veinticinco años de arbitraje en España*, cit., pp. 275-288.
- Medina Fernández, E., “El arbitraje administrativo”, en el libro colectivo cit. *Veinticinco años de arbitraje en España*, pp. 307-321.
- Méndez Arias, M. J. y González-Bueno, C., y Fidalgo, J.M., “Eficiencia y proceso debido en el arbitraje”, *Anuario de Arbitraje*, 2018.

- Merino Merchán, J.F. y Chillón Medina, J.M., “Tratado de Derecho Arbitral”, *Cívitas*, 3ª Edición, 2006.
- Merino Merchán, J.F., “El arbitraje en España”, *El Notario del Siglo XXI* (Revista del Colegio Notarial de Madrid), n.37, 2011.
- Olivencia Ruiz, M., “El Arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº4, 2012.
- Pelayo Jiménez, R., “El concepto de orden público y la anulación de laudos arbitrales”, *LA LEY*, n.8568, 2015.
- Roca Junyent e ICADE, “Primer Estudio de Arbitraje en España”, *Informe de Roca Junyent Digital*, Madrid, 2018, pp. 25-29.
- Sala Sánchez, P., “La evolución del arbitraje en España”, *Encuesta sobre arbitraje en España*, Anexo I, Madrid, 2018.
- San Cristóbal Reales S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº46, 2013, pp. 39-62.
- Sauser-Hall, G., “Informe de 1952 al Instituto de Derecho Internacional”, *Ann IDI*, 1952, Ginebra, pp. 44-47.
- Serra Domínguez, M., *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 174-181.
- Silva Melero, V., “El compromiso”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 81, n. 161, 1932.
- Stampa Casas, G., “Comentarios a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 28 de enero de 2015, 6 de abril de 2015 y de 16 de abril de 2015”, *LA LEY*, n.8537, 2015, pp. 1-8.
- Tembours Redondo, M., “Ventajas del arbitraje institucional”, en el volumen cit. *Veinticinco años de arbitraje en España*, pp. 109-115.
- Vega Barrera, R., “Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid”, *LA LEY*, Wolters Kluwer, n. 9041, de 2017.
- Xiol Rios, J. y García Torres, J., “El arbitraje en la Constitución”, y “El silencio constitucional sobre el arbitraje y algunas de sus implicaciones con relación a los

principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales”, *Veinticinco años de arbitraje en España*, cit.

3.2. Referencias de internet

- Fernández de Buján, A., “Los fundamentos históricos del arbitraje moderno”, *El notario del siglo XXI*, n. 20, 2008 (disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1921-los-fundamentos-historicos-del-arbitraje-moderno-0-49617876531200367>; última consulta 14/02/2019).
- Fernández Rozas, J.C., “La anulación no es una segunda instancia en que se pueda examinar la valoración en la apreciación de la prueba, pues ello queda fuera del orden público basado en la patente arbitrariedad o irracionalidad”, *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 1 de marzo de 2018 (disponible en <https://fernandezrozas.com/2018/03/01/la-accion-de-anulacion-no-es-una-segunda-instancia-en-que-se-pueda-examinar-la-valoracion-en-la-apreciacion-de-la-prueba-pues-ello-queda-fuera-del-orden-publico-basado-en-la-patente-arbitrariedad-o-i/> ; última consulta 6/03/2019).
- Iberley, “El arbitraje” (disponible en <https://www.iberley.es/temas/arbitraje-43821>, última consulta 12/02/19).
- Jiménez-Blanco, G., “Arbitraje y orden público: no es esto, no es esto”, *El Confidencial*, 27 de marzo de 2015 (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2015-03-27/arbitraje-y-orden-publico-no-es-esto-no-es-esto_742733/ ; última consulta 6/03/2019)
- Jiménez-Blanco, G., “Las costas en el arbitraje”, *El Confidencial*, 8 de abril de 2016 (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2016-04-08/las-costas-en-el-arbitraje_1180372/ ; última consulta 6/03/2019).
- Naciones Unidas, “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Resolución de la Asamblea General 65/22 y Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2011 (disponible en

- <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>; última consulta 5/03/2019).
- Pérez Porto, J. y Gardey, A., “Definición de Derecho Privado”, definición de 2009, actualizado en 2013 (disponible en <https://definicion.de/derecho-privado/> , última consulta 11/02/19).
 - Pérez Porto, J. y Merino, M., “Definición de Derecho Público”, definición de 2009, actualizado en 2012 (disponible en <https://definicion.de/derecho-publico/> , última consulta 11/02/19).
 - Ruiz de Villa, J., “¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público”, *Revista electrónica de la abogacía española*, 2015 (disponible en <https://www.abogacia.es/2015/06/11/efecto-mariposa-nulidad-de-laudo-sobre-un-swap-por-vulneracion-del-orden-publico/#> ; última consulta 18 de marzo de 2019).
 - Sánchez- Pedreño Kennaird, A., “Arbitraje y mediación. Por qué y para qué” *ELDERECHO.com*, 2013 (disponible en <https://elderecho.com/arbitraje-y-mediacion-por-que-y-para-que>; última consulta 18/02/2019).
 - Santos, C., “¿Demasiadas instituciones arbitrales en España?”, *Diariojurídico.com (Garrigues opina)*, 2012 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/demasiadas-instituciones-arbitrales-en-espana; última consulta 28/02/19).
 - Jimenez-Blanco, G., El Confidencial (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2015-10-14/es-caro-el-arbitraje_1058483/ ; última consulta 25/03/2019).