



FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS (ICAIDE)

PROYECCIÓN DEL ARBITRAJE A PARTIR DEL DERECHO ROMANO

Autor: Marta Saavedra Bolaños
Tutor: Eduardo Reigadas Lavandero

Madrid
Abril 2014

PROYECCIÓN DEL ARBITRAJE A PARTIR DEL DERECHO ROMANO

Marta Saavedra Bolaños

RESUMEN

1 de Abril de 2014

Este trabajo estudia las cuestiones que giran en torno a la evolución del arbitraje tomando como punto de partida el Derecho Romano hasta nuestro tráfico jurídico actual. La intención del trabajo es dar a conocer la evolución del arbitraje como alternativa a los tribunales, así como las ventajas e inconvenientes que trae consigo la elección de este método de resolver controversias. Además, permite obtener una visión global de la evolución del arbitraje desde la época romana, tanto desde una perspectiva nacional como en el ámbito internacional. Tomará como base la Ley de Arbitraje de 2003 y la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Todo ello, con el respaldo de los criterios interpretativos de la Doctrina y la Jurisprudencia que han dado solución a las cuestiones suscitadas a lo largo del tiempo y que han permitido la consolidación del arbitraje como alternativa extra-jurisdiccional a la Administración de Justicia.

ABSTRACT

The target of this article is to analyze the main issues related with the evolution of Arbitration, more specifically, from the Roman system until our current stage. The objective of this essay is to present the development of Arbitration as an alternative to Courts, as well as the advantages and disadvantages of it.

Moreover, this piece of work allows to obtain an overview of the evolution of Arbitration since Roman age, both, from a national and international perspective. The fundamental support of this paper is Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (The Spanish Arbitration Act 2003) and UNCITRAL Model Law.

All this, with the assistance of the Spanish Doctrine and Jurisprudence that have resolved the issues risen over the time and have enabled the consolidation of Arbitration as an extra-judicial alternative to the Justice Administration.

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES.**
- 2. CONCEPTO DE ARBITRAJE:**
 - 2.1. DIFERENCIA CON LA MEDIACIÓN
 - 2.2. LEGISLACIÓN APLICABLE
- 3. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE**
- 4. ARBITRAJE NO FORMAL Y ARBITRAJE DE IUS GENTIUM. EL PAPEL DE LA BONA FIDES Y DE LA EQUIDAD EN EL ARBITRAJE**
- 5. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE**
- 6. CLÁUSULA ARBITRAL**
- 7. TIPOS DE ARBITRAJE:**
 - 7.1. ARBITRAJE DE DERECHO O DE EQUIDAD
 - 7.2. AD HOC E INSTITUCIÓN
 - 7.3. ARBITRAJE LEGAL
 - 7.4. ARBITRAJE COMPROMISORIO
- 8. ARBITRO: INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD**
- 9. PROCEDIMIENTO**
- 10. LAUDO ARBITRAL:**
 - 10.1. CARACTERÍSTICAS
 - 10.2. EJECUCIÓN
 - 10.3. ANULACIÓN Y REVISIÓN
- 11. CONCLUSIONES**
- 12. BIBLIOGRAFÍA**

LISTADO DE SIGLAS, CONCEPTOS Y ABREVIATURAS LATINAS

1. SIGLAS

BOE: Boletín Oficial de Estado

CCI: Cámara de Comercio Internacional.

CNUMDI: Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

IBA: “International Bar Association”. Asociación Internacional de Abogados.

LA: Ley 60/2003, Ley de Arbitraje Española.

LEC: Ley 1/2000, Ley de Enjuiciamiento Civil.

MF: Ministerio Fiscal.

Reforma LA: Ley 11/2011, de 20 de Mayo, la reforma de la Ley de Arbitraje.

OMPI: Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

TC: Tribunal Constitucional.

2. CONCEPTOS Y ABREVIATURAS LATINAS.

Aequum: Colonia Romana.

Aestimatio: Evaluación.

Arbitrer: Arbitrar.

Arbitri: Árbitros.

Arbitrum: Árbitro.

Bonae Fidei: Buena fe.

Bonum: Bueno.

Commercium: Comercio.

Compromissum: Compromiso.

Conventio: Convenio.

De pactis: De pacto.

DI: Digesto Italiano.

Exceptio: Fórmula.

Fides: Lealtad. Fe.

Foedus Cassianum: Tratado por el cual se formó una alianza entre la República Romana y la Liga Latina.

Ibid.: *Ibidem*. La referencia es la misma que la nota inmediata anterior; se usa cuando autor, título, edición, pie de imprenta, son los mismos a excepción de la página.

Iudicia bonae fidei: Buenas decisiones.

Iurisdictio: Jurisdicción.

Ius: Derecho.

Ius Gentium: Derecho de gentes.

Leges: Leyes.

Lex fori: Ley del foro.

Merum arbitrium: Derecho Compromisario.

Mores Maiorum: La costumbre de los ancestros.

Op. Cit.: *Opere Citato*, “obra citada”.

Pacta Conventa: Acuerdos.

Receptum Arbitrii: Aceptación por parte del arbitro de proceder al arbitraje.

Reciperatio: Recuperación.

Res judicata: Cosa Juzgada.

Vid.: *Viden*, “véase”.

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la evolución del arbitraje tomando como punto de partida el Derecho Romano hasta nuestro tráfico jurídico actual. La intención del trabajo es dar una visión global de la evolución del arbitraje como alternativa a los tribunales, así como las ventajas e inconvenientes que trae consigo la elección de este método de resolver controversia. A través del mismo, se tomarán distintas perspectivas: tanto temporarias, distinguiendo entre la formulación del arbitraje en el ámbito del comercio internacional de la Roma primitiva y qué postura ha ido adoptando a lo largo del tiempo; como territoriales, aclarando las diferencias que suscitan entre un laudo nacional y uno internacional. En esta línea, se ha intentado realizar un análisis de la evolución de esta fórmula extra-jurisdiccional cada vez más afianzada en los Estados.

La exposición comprenderá de una descripción de los inicios del arbitraje. La recepción del arbitraje desde la época romana, con alguna breve mención de la etapa griega y prerromana. Habrá alguna comparación quizás demasiado moderna debido a, como dice ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹, “*la tensión de escribir sobre el pasado viviendo en el presente*”², y se incluirá la interpretación que se ha dado sobre textos romanos que no han quedado enclaustrados en arcas sino que se han ido interpretando y desarrollando de forma que ha llegado a nuestras manos. Se hará especial mención de la *bona fides* y *equidad* entendidas por el respeto a la palabra del otro, en la diligencia del reconocimiento recíproco de las partes, y en la igualdad e imparcialidad de quien tomara partido en la solución de la disputa. El concepto de buena fe no se ha detenido en la evolución. Por el contrario, ha llegado a ser, incluso, un Principio General en los ordenamientos jurídicos.

El contenido de la exposición no se centrará únicamente en la descripción del procedimiento arbitral. Ésta irá acompañada por el desarrollo de las fases, propias de

¹ ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, licenciado y doctor por la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Cádiz desde 1983, y de la Universidad Autónoma de Madrid desde 1991. Autor de distintas obras de Derecho Romano (algunas serán tratadas en este Trabajo).

² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Duodécima edición 2009. Thomsom Reuters. Civitas. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 20.

este método de solución de disputas, además de breves apuntes sobre las diferencias que presentan en la actualidad las distintas fases con respecto a las que se practicaban antiguamente. Se complementan con los aspectos que caracterizan a cada una de las fases con el fin de que al lector le quede una idea clara de los diversos conceptos que giran en torno al arbitraje.

El trabajo será el resultado de la investigación de distintos autores los cuales, también impulsados por su espíritu crítico, han realizado obras sobre esta cuestión y su evolución en el tiempo. Adicionalmente, su contenido está respaldado por la jurisprudencia y doctrina, tanto española como europea, que se ha emitido al efecto de interpretar cuestiones que condicionaban la consolidación de este método de solución de conflictos. Igualmente, como se podrá comprobar a lo largo del trabajo, se fundamentará en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, su aplicación nacional que podemos apreciar con la Ley de Arbitraje, así como en numerosos convenios y pactos internacionales.

Mi elección en desarrollar la temática relativa al arbitraje está basada en mi interés por su actualidad y repercusión en distintos ámbitos del derecho. Más aún si su análisis se puede realizar desde la perspectiva de esta figura arraigada desde tiempos romanos. Es importante, para conocer y tener dominio sobre un tema, averiguar de dónde proviene y qué ha provocado que llegue a constituirse en la actualidad. Este trabajo da la oportunidad de indagar a fondo de dónde proviene el arbitraje y cómo las personas se han ido adaptando a él, hasta que se configure como una alternativa más a nuestros bien afianzados Tribunales de Justicia.

En las conclusiones se realizará una valoración de la importancia y efectividad de los cambios que han ido teniendo lugar a lo largo del tiempo. Además de valorar los beneficios o dificultades que presenta el arbitraje como fórmula alternativa al procedimiento ordinario en la resolución de controversias y los efectos que despliegan los laudos una vez son dictados por el correspondiente árbitro o tribunal.

2. CONCEPTO DE ARBITRAJE

El arbitraje es una fórmula extra-jurisdiccional de resolución de conflictos. Se trata de un procedimiento, privado e informal, elegido voluntariamente por las partes

protagonistas del litigio que consienten que uno o varios terceros e independientes, denominados “árbitros”, resuelvan una determinada disputa surgida entre ellos y, dicten una resolución definitiva³, conocida en este ámbito con el término “laudo”, que tendrá efectos de *res judicata*⁴ y, será de obligatoria ejecución.

Con este procedimiento se excluye el recurso de acudir ante los Tribunales, es decir, es una alternativa a la jurisdicción ordinaria, que es excluida voluntariamente por las partes. Por este motivo es imprescindible que exista consentimiento para acudir a arbitraje y que, por tanto, las partes se hayan puesto de acuerdo a la hora de someterse a esta alternativa. Se requiere, también, que sea acorde al artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje (LA)⁵, el cual especifica qué asuntos podrán ser resueltos por las partes, siendo de conformidad con la ley, objeto de arbitraje. El convenio arbitral podrá constar como cláusula de un contrato, denominado entonces “cláusula arbitral”, con el fin de solventar una disputa futura, o bien una puede pactarse ex post una vez confluye el conflicto. El convenio arbitral será desarrollado con mayor detalle más adelante.

Esta alternativa a la justicia ordinaria conlleva una serie de ventajas e inconvenientes⁶. En el ámbito de los aspectos positivos de este procedimiento caben destacar los siguientes: a) La solución de las disputas se obtiene en un periodo de tiempo mucho más corto que las sentencias dictadas por la Administración de Justicia; ello es así dado que el laudo arbitral no es apelable, y por lo tanto el arbitraje es un sistema de instancia única. Además las cortes de arbitraje suelen ser más ágiles⁷ que los juzgados para administrar arbitrajes. Finalmente, la emisión del laudo está sometida a plazo (generalmente 6 meses desde contestación a la demanda) cosa que

³ Concepto de arbitraje, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala Primera, *Sentencia de 4 de octubre de 1993*, RTC: 1993/288. Aranzadi-Westlaw. Define: “*equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada*”.

⁴ Cosa Juzgada, TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1995*. “Los laudo arbitrales firmes sólo son susceptibles de ejecución judicial por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencias”. Aranzadi-Westlaw.

⁵ *Vid.* LEY 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁶ *Vid.* Texto, CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, “El arbitraje: ¿qué es y cuáles son sus ventajas e inconvenientes?”. (p.1 conforme a la enumeración del documento).

⁷ *Vid.* Celeridad de los laudos. CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID. “La mayor parte de los laudos emitidos en esta Corte son dictados por los árbitros menos de un año después del inicio del procedimiento[...]”. Página web: www.arbitramadrid.com

no ocurre con las Sentencias judiciales, b) Foro neutral: permite el arbitraje que, en el supuesto de concurrir elementos internacionales, pueda someterse la resolución a cualquier jurisdicción relacionada con el conflicto evitando, de este modo, que se vea influenciada por los Tribunales del país donde se originó el conflicto; c) Especialización de los árbitros: pueden las partes elegir árbitros expertos en la materia objeto del litigio. Adicionalmente, los árbitros tendrán más tiempo para el conocimiento y examen del conflicto, a diferencia de los jueces que tendrán una mayor acumulación de casos de materias variadas; d) Confidencialidad: la existencia misma del arbitraje es confidencial y la resolución de las disputas (el laudo) no será publicada. Quedará en la privacidad de las partes permitiendo un menor enfrentamiento y favoreciendo la continuación de los negocios; e) Flexibilidad: las partes podrán no solo proceder a la elección del idioma sino que, también, podrán diseñar un procedimiento que se adapte a las condiciones ante las que se encuentren como, por ejemplo, el control del tiempo y de los costes; f) Ejecutabilidad: debido al amplio número de países que han ratificado la Convención de Nueva York de 1958, los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados más fácilmente y en más países que las sentencias judiciales emitidas por tribunales Españoles⁸.

Como aspectos negativos⁹ de este procedimiento cabría señalar, entre otros: a) Costes: podría entenderse que se incurre en un mayor coste por cuanto se paga por el procedimiento y por los honorarios de los árbitros y los derechos de administración de la Corte de Arbitraje, en caso de haberla. Ahora bien, considerando un plazo más amplio, quizás resulte más económico debido a la celeridad con la que se obtiene la resolución en comparación a lo que supondría, en un procedimiento judicial, el transcurso de un largo periodo de tiempo y su correspondiente incremento en las costas; b) Constitución del tribunal arbitral: en ocasiones, una de las partes, normalmente la demandada, puede adoptar una postura reticente ante el nombramiento de árbitros y constitución del tribunal. Este hecho implicaría retrasos y mayores costes en casos de arbitraje ad hoc, en el que no existe una corte de arbitraje que actuará en defecto de las partes; c) Instituciones o cortes arbitrales, sobre las cuales las partes deberán acudir para que lleven a cabo sus asuntos, pueden no ser las

⁸ 149: países han ratificado la Convención de Nueva York de 1958.

⁹ *Vid.* Texto, CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, *Op. cit* [...], pág. 1 (p. 4 conforme a la enumeración del documento).

más adecuadas. En algunos supuestos, muchas de ellas no cuentan con suficiente experiencia, profesionalidad o independencia, pudiendo estar estrechamente vinculadas a intereses de un determinado sector; d) Más de dos partes implicadas en el litigio: el arbitraje puede complicarse si no todas las partes se han puesto de acuerdo en el sometimiento a arbitraje. En ocasiones también acontece que, debido a la variedad de asuntos, no puede resolverse en un solo arbitraje. Este último apunte está siendo estudiado en la actualidad de forma que se prevea expresamente en las cláusulas este tipo de situaciones.

2.1. DIFERENCIA CON LA MEDIACIÓN

En primer lugar, ¿qué entendemos por mediación?. Sobre este término, utilizado indistintamente con el de arbitraje, conviene hacer una breve distinción. La mediación es un procedimiento voluntario, informal y confidencial donde un tercero imparcial asiste a las partes, con el fin que estas logren un acuerdo satisfactorio para ambas. Contemplado en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁰.

Consiste en un procedimiento a través del cual las partes acercan sus posturas gracias al asesoramiento de terceros, en este caso conocidos como mediadores, que tratarán de solventar las controversias por medio de acuerdos¹¹. En este medio de solución de controversias, debe estar estrechamente vinculada la decisión del mediador con la voluntariedad de las partes, de modo que satisfaga las pretensiones solicitadas por estas. Las partes siempre conservan el control del procedimiento, esto provoca un resultado conocido como *win-win*¹², y favorece las relaciones comerciales a largo plazo.

¹⁰ Vid. LEY 5/2012, de 6 de julio, de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles. Disposición 9112 del BOE núm.162. Sábado 7 de julio de 2012.- BOE.es.

¹¹ Vid. CECA MAGÁN, “Mediación y Arbitraje: Diferencias y características”. Artículo publicado en *Informativo Jurídico*, 18 de marzo de 2013. Página web: www.informativojuridico.com

¹² Expresión anglosajona que significa “ganar-ganar” o “doble victoria”.

Equivale a lo que antiguamente se conocía como arbitraje del *bonus vir*¹³. En este supuesto, el árbitro no dicta sentencia del mismo modo que ocurría con el árbitro primitivo. Se reservaría a la aplicación de criterios de equidad, clarificación, precisión de cuestiones conflictivas entre las partes.

El papel del mediador es esencial en este proceso porque es el que ayuda a que la solución se logre de forma dialogada y voluntaria. La mediación no se da a un solo sector específico sino que puede tener lugar en distintos ámbitos, por lo que habrá mediadores especializados en distintos sectores.

Esta alternativa a los Tribunales es más demandada en situaciones donde las partes exigen un alto grado de confidencialidad y desean obtener una pronta resolución del conflicto. A modo de ejemplo, suele acontecer en situaciones donde las partes son parientes, miembros de una misma sociedad o grupos de empresas.

En relación a los aspectos positivos con los que cuenta la mediación podemos señalar los siguientes: a) Grado de implicación de las partes en el proceso: serán ellas mismas las que, por medio del dialogo, conocerán tanto los intereses como el límite hasta el que desean llegar las partes ya que el objeto de la mediación no es otro que el acercamiento de las posturas, b) Solución rápida, c) Se precisa de una solución creativa, d) Preserva una relación comercial subyacente entre las partes de la controversia. Se diferencia de otros métodos alternativos a la resolución de conflictos por cuanto las partes no ceden el conflicto a un tercero ajeno a la controversia, sino que son las partes las que son responsables de sus decisiones, del alcance y los efectos sobre los cuales se verán obligados a respetar y cumplir. En cuanto a los aspectos negativos: no hay una gran seguridad de acuerdo, y puede producirse un abuso por la contraparte.

La Ley sostiene un régimen basado en los principios de flexibilidad y autonomía de las partes¹⁴. Adicionalmente, las partes pueden optar por elevar la resolución ante escritura pública frente a Notario convirtiéndola en título ejecutivo. La normativa no

¹³ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A, *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*. Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L., En Madrid a 20 de enero de 2014. p.53.

¹⁴ Vid. Preámbulo IV y artículo 10 de la Ley de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles. *Op. cit.* [...], Disposición 9112 del BOE núm. 162. Sábado 7 de julio de 2012.- BOE.es.

exige que se eleve obligatoriamente. Por ello, si no se pública, su incumplimiento implica la interposición de un recurso ordinario frente al Órgano judicial competente con la finalidad de lograr la ejecución del acuerdo.

En segundo lugar, ¿cuáles son las principales diferencias con el arbitraje?: a) El árbitro, es similar a un juez, tiene la obligación de dictar un laudo que obligará a las partes. El mediador, es un facilitador, se limita a aproximar posturas con el objetivo que firmen un acuerdo que satisfaga a ambas partes; b) En el arbitraje, las partes deben aceptar y acatar la resolución emitida por el árbitro. En la mediación, son las partes las que, voluntariamente, constituyen el acuerdo y se someten a él. Los efectos son dispares: en el arbitraje, el laudo tiene efectos como cualquier sentencia dictada por un órgano judicial. En la mediación, el efecto dependerá si las partes elevan el acuerdo a escritura pública atribuyéndole eficacia ejecutiva o no; c) Los incumplimientos del laudo y del acuerdo pactado en la mediación tendrán efectos completamente opuestos. En el arbitraje, al incumplimiento del laudo le sigue la interposición de un procedimiento ejecutivo para obligar, por medio de tribunales, de su cumplimiento. Sin embargo, en la mediación deberá una de las partes protagonistas del acuerdo interponer un procedimiento ordinario para su ejecución.

2.2. LEGISLACIÓN APLICABLE

La regulación del arbitraje está desarrollada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA). Regula el ámbito de aplicación, el alcance, los sujetos y los efectos que alcanza dicha institución en el sistema jurídico español; Convenios de Nueva York de 1958; Convenio de Ginebra de 1961; Convenios de Protección de Inversiones Suscritos por España, sobre arbitraje de inversiones; Convenio de Washington de 1965, sobre arbitraje de inversión.

La LA, se inspiró en el derecho contenido en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁵, con modificaciones en el 2006. A pesar de estar basada en regulaciones internacionales, esta ley puede aplicarse al margen del ámbito internacional a través de la figura

¹⁵ Vid. LEY Modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas 2008. Publicación de las Naciones Unidas. Nº de venta: S.08.V.4. ISBN 978-92-2-333392-1. Página web: www.uncitral.org

conocida como “arbitraje doméstico”. Cabe aquí hacer una breve reseña, aunque se desarrollará con detenimiento en el apartado *Tipos de arbitraje*. El arbitraje doméstico difiere del internacional en cuanto a que, en este último, una de las partes o las dos, tienen al menos un elemento fuera del Estado donde tiene lugar el arbitraje, o todos los puntos de conexión se dirigen hacia otro Estado.

A nivel internacional destacar el Convenio de Nueva York de 1958¹⁶ y, además, una serie de convenciones y textos registrados en Naciones Unidas en lo referente al arbitraje, entre las cuales cabe mencionar los Convenios¹⁷: de Ginebra de 1961, sobre arbitraje comercial internacional y de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985, y Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹⁸ el cual favorece el establecimiento de un marco jurídico unificado que solucione las controversias de una manera justa y eficaz, y contribuya a lograr una armonía en las relaciones comerciales.

El Convenio de Nueva York de 1958, como dijo ROBERT BRINER¹⁹ :“algunas esferas que se podrían mejorar a fin de facilitar aún más el intercambio internacional de bienes y servicios, que fue el objetivo que se persiguió en 1953-1958²⁰”. Pues se esfuerza la Convención en establecer una normativa legislativa que sea común para el reconocimiento de los acuerdos o pactos y del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la búsqueda de un procedimiento de ejecución universal y eficiente. Que hoy en día, se basa en reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en aquellos territorios de países que forman parte del convenio, cifra que

¹⁶ Vid. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Página web: www.uncitral.org

¹⁷ Vid. Registro de textos de CONVENCIONES y OTROS INSTRUMENTOS RELATIVOS AL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Volumen II. Naciones Unidas, Nueva York, 1973. Publicación de las Naciones Unidas. N° de venta: S.73.V.3. (páginas 34 y 47 conforme a la enumeración del documento). Página web: www.uncitral.org

¹⁸ Vid. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010. Nueva York 2011. Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena. Página web: www.uncitral.org

¹⁹ ROBERT BRINER: ex presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

²⁰ Vid. Coloquio celebrado en la Sala del Consejo de Administración Fiduciaria de la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, el 10 de junio de 1998 para celebrar el 40.º Aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Página web: www.uncitral.org

actualmente se eleva a 149. Su finalidad es evitar que las sentencias arbitrales sean discriminadas.

Añade ROBERT BRINER: “La mundialización y la privatización han producido un número permanentemente creciente de partes en las transacciones internacionales, con todas las controversias y los litigios que entraña ese fenómeno”. Por eso, el arbitraje toma un mayor protagonismo pasados catorce años desde estas palabras. A pesar que otra de sus opiniones como es “[...] otro problema reside en el mal funcionamiento y la asfixia que afecta a los sistemas de justicia de muchas partes del mundo”, problema que persiste en la actualidad. Por ello, cabe resaltar que un segundo objetivo²¹ de la Convención es exigir a los Estados que sus tribunales den pleno efecto a los laudos, y que denieguen la admisión de demandas donde el demandante esté incumpliendo el acuerdo de remitir el asunto a un tribunal arbitral.

3. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

En tiempos de las comunidades romanas ya se practicaba el arbitraje. Se asignarían a uno o varios árbitros por parte de los particulares para que les solucionara sus controversias.

La expansión de Roma y las relaciones con las ciudades vecinas provocaron la creación de la Liga Latina²², aquellas regiones con cultura y lingüística similar, que con su renovación por medio del tratado *Foedus Cassianum*, se recogerán disposiciones reguladoras de los litigios que hubieran surgido en el desarrollo de esas relaciones comerciales entre los miembros de las comunidades. A partir de este tratado conoceremos la figura del árbitro, cuya descripción es desarrollada en la normativa conocida como *reciperatio*. Estos árbitros, que desarrollarían su actividad en los mercados de los comienzos de Roma, antes de toda organización de

²¹ Vid. Objetivos *Op. cit* [...]. Convención de Nueva York de 1958.

²² LIGA LATINA, Federación de la época monárquica y que se habría renovado por Spurio Casio en la República, el año 493 a.C., por medio del *Foedus Casianum*, en consonancia con el testimonio de Dionisio de Halicarnaso. confederación de aproximadamente 30 aldeas y tribus latinas, cerca de la antigua Roma, organizada para asegurar su mutua defensa. Liderada por ALBA LONGA.

administración de justicia²³, son a su vez garantes y peritos con el fin de dar soluciones equitativas a los conflictos del tráfico mercantil²⁴.

Por consiguiente, el arbitraje cumple en los primeros siglos de Roma un importante papel, reflejado en el protagonismo que toma en los textos jurídicos y literarios. Adicionalmente, con anterioridad ya resalta su importancia en las Doce Tablas²⁵, conteniendo ésta, disposiciones relativas a la función de los árbitros, como por ejemplo en la tabla IX-III imponía la pena de muerte al árbitro que hubiera recibido dinero cuando se tuviera que pronunciar en el laudo.

En el Derecho Romano, no son materias objeto de arbitraje, a diferencia de hoy donde salvo escasas excepciones todo²⁶ puede ser arbitrado²⁷, las siguientes causas: el conocimiento de delitos públicos, los relacionados con la infamia, la libertad de las personas, ni aquellos casos que sean perseguidos por acciones populares.

Cabe resaltar la autonomía de la voluntad que supone una gran distinción con el arbitraje de nuestros tiempos. Pues en el derecho romano, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad es mayor, adicional a la discrecionalidad con la que cuenta la actuación arbitral. Esto se debe a que, en el arbitraje moderno, tanto el árbitro como la voluntad de las partes están sometidos a una serie de normas imperativas que garanticen una mayor seguridad jurídica.

Otro elemento que podemos ver en la evolución del arbitraje es el apoyo de la jurisdicción ordinaria. La función de respaldo, en el que las partes puedan dirigirse al juez para obligar al árbitro a que resuelva la controversia, no era posible en el Derecho Romano hasta la tipificación del Edicto Pretorio ya que, hasta ese momento,

²³ Vid. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Op. cit. [...]*Duodécima edición, Thomsom Reuters, Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 429.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ LEY DE LAS XII TABLAS, texto legal que regulaba la convivencia romana.

²⁶ Vid. Artículo 2 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

²⁷ Vid. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Op. cit. [...]*Duodécima edición, Thomsom Reuters, Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 430.

en lo relativo a las funciones de apoyo y control de arbitraje²⁸, las partes no podían dirigirse directamente a un magistrado para obtener su resolución.

En cuanto se tipificó el Edicto del Pretor, la intervención de éste se veía en acciones como la prohibición del árbitro a dictar sentencia, o ejecutar la que hubiera dictado. Además en caso que el árbitro se negara, injustificadamente, a resolver sobre el asunto podía recibir una sanción en forma de multa o embargo de bienes.

Digesto 4.8.3.: aunque el pretor no obligará a nadie asumir la función de árbitro, porque la asunción de tal condición es libre e independiente y está fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto como se acepta el arbitraje, el pretor procurará que la función de árbitro se desempeñe con cuidado y solicitud.

En cuanto a acciones como la designación de árbitro que en el arbitraje moderno corresponde exclusivamente a la voluntad de las partes, en el Derecho Romano el magistrado también tenía potestad no sólo para la elección del árbitro sino que también tiene potestad para concederle acciones y determinados poderes para su actuación arbitral.

Por todo ello, en la evolución del arbitraje vemos que su labor se podría haber aproximado más al procedimiento ordinario de los tribunales. Sin embargo, paulatinamente se ha ido consolidando la figura del arbitraje moderno, el que conocemos en nuestros tiempos, que dista de otras figuras alternativas al procedimiento ordinario como son la mediación o la transacción con la que apareció conjuntamente el arbitraje primitivo.

Finalmente, se ha formado la institución arbitral como alternativa a los tribunales para la resolución de conflictos. Desde el Derecho Romano, el arbitraje primitivo se ha ido consolidado en los siglos posteriores, entre otros motivos, por la celeridad, eficacia, sencillez en el procedimiento y especialización del árbitro en la materia. Por el contrario, los procesos oficiales de los Estados eran más lentos y lleno de formalismos.

²⁸ Vid. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Op. cit.* [...] Duodécima edición, Thomsom Reuters, Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 429.

La normativa arbitral ha evolucionado a pasos agigantados. La falta de legislación creaba numerosos conflictos entre partes y, en especial, a nivel internacional, entre los pueblos donde cada uno reconocía y ejecutaba los laudos extranjeros: unos más desarrollados en este aspecto con sus propias normas y, otros, basados en su mejor saber y entender. Este escenario provocaba que las resoluciones se perdieran de una ciudad a otra necesitando, fervientemente, una legislación que fuera unánime y uniera a todas las naciones que fuera posible. Hoy en día lo apreciamos con las convenciones internacionales o la Ley Modelo CNMUDMI.

El arbitraje ha sido comúnmente aceptado por el ámbito mercantil como medio preferente para la solución de controversias internacionales. Por tanto, podemos concluir que, desde sus inicios, el arbitraje supone una alternativa a los tribunales nacionales y normas establecidas por los Estados.

4. ARBITRAJE NO FORMAL Y ARBITRAJE DE IUS GENTIUM. EL PAPEL DE LA BONA FIDES Y DE LA EQUIDAD EN EL ARBITRAJE

Si nos remontamos al arbitraje no formal es curioso ver, en este apartado, como el pretor²⁹ no concede una tutela efectiva a la convención, es decir, al acuerdo por el cual dos partes concedían determinados derechos a otra persona de confianza para que ésta resolviera su controversia de forma extrajudicial. Independientemente que el pretor no concediera tutela, esta práctica totalmente lícita se expandió entre la gente de negocios basándose cada parte, para su ejecución, en la *fides* de la otra.

Esta forma de arbitraje no formal termina por desaparecer debido al protagonismo que cobra el arbitraje de *ius gentium*, el cuál sí que se reconocerá en el marco de la jurisdicción pretoria³⁰. Este arbitraje *ius gentium* es esencial y la clave del desarrollo de este documento, pues es el que ha terminado constituyendo el arbitraje como institución en nuestro derecho.

²⁹ Vid. MARRONE, “Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana”. *Diritto Romano Comune*. p.58

³⁰ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A, *Op cit.* [...]. Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L. En Madrid a 20 de enero de 2014, p.58

Como discute ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ³¹, hoy en día la doctrina mantiene un debate abierto en torno a la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe que pertenecen a un contexto en el que es protagonista en el comercio con extranjeros y convenios internacionales, con los juicios de buena fe de un momento posterior. Las posturas que difieren en opinión son: por un lado, los que opinan que su origen se debe a la *fides* primitiva o los *mores maiorum* y, por otro lado, autores que defienden que se trata de la función del pretor, la jurisprudencia, las *leges e ius*. Pese al problema que supone no existe una conclusión unánime por la falta de fuentes concluyentes.

Sin embargo, concluye el autor antes mencionado que los arbitrajes primitivos, que surgieron en el mercado de Roma basados en el acuerdo entre partes³², habrían evolucionado, y quedado bajo la regulación y protección de los pretores, estando relacionados con el tráfico comercial y del *ius Gentium*, basados en una *fides* desarrollada como pudiera ser la *bonae fidei*.

El papel de la *iurisdictio* del pretor peregrino surge gracias al progreso de las relaciones comerciales de Roma con los demás pueblos itálicos, además de otras comunidades políticas. El desarrollo del *commercium* que provoca el *ius Gentium* trae consigo, también, la aparición de la moneda acuñada³³, la cuál va a facilitar las transacciones económicas entre los distintos pueblos.

Los pactos que hacían los pueblos entre sí se sometían a la cláusula genérica “*de pactis*”, ésta ya aparecía en el Edicto pretorio, por la que se reconocían y protegían los pactos. El Edicto los protegía por medio de mecanismos como son la *exceptio exceptio* y la *denegatio actiones*³⁴ y con la concesión de *arbitria honoraria* para supuestos de interpretación.

³¹ *Vid. Ibid.*

³² *Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. Op. cit. [...]Duodécima edición 2009. Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi. Pamplona, 2009, p. 435*

³³ *d. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. Op. cit. [...]Duodécima edición 2009. Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi. Pamplona, 2009, p. 434*

³⁴ *d. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. Op. cit. [...]Duodécima edición 2009. Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi. Pamplona, 2009, p. 435*

Autores como BROGGINI³⁵, respaldados por la mayoría de la doctrina, defienden que los arbitrajes privados que se han introducido en la jurisdicción pretoria gracias a la buena fe y al *aequum et bonum*, conlleva que se derive en *iudicia bonae fidei*. A pesar de que existen posiciones contrapuestas como los que sostienen que el *iudicia bonae fidei* deriva de la jurisprudencia porque apoyan que la base proviene del *ius, fides* contractual o *mores maiorum*.

Conviene señalar, con relación a lo recién mencionado, las controversias que se suscitaran en el marco de *pacta conventa* de buena fe y del *ius Gentium*, que se resolverán por medio del arbitraje privado, siendo el pretor peregrino el encargado de poner fin a la disputa mediante un *arbitrum* o *aestimatio*³⁶. Se ve una clara evolución desde la falta de tutela que da el pretor hacia su posterior reconocimiento, protección y capacidad de sanción.

Esta evolución se produce gracias a los *pacta conventa*, pues las discrepancias de interpretación o en la ejecución del pacto llevaran al nombramiento de un *arbitrer*, el cual resolverá siguiendo fielmente los criterios de equidad y buena fe. Por lo tanto, concluimos que la *bona fides* y *aequitas*³⁷ constituyen unos elementos esenciales en la interpretación y aplicación de los pactos reconocidos por el *ius pretorium*. Permite la aplicación de analogía en la interpretación y aplicación de la ley y negocios, así como la incorporación de criterios de ponderación que se irán afianzando a lo largo del tiempo.

5. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE

El arbitraje se fundamenta en una serie de principios a través de los cuales se consolida este método de solución de conflictos, como alternativa a los procesos judiciales ordinarios, llegando a superar el número de litigios resueltos por este último método.

³⁵ d. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *Op. cit.* [...] Duodécima edición 2009. Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi. Pamplona, 2009, p. 440

³⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A *Op. cit.*[...] Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L. En Madrid a 20 de enero de 2014, p. 90

³⁷ Vid. PRINGSHEIM, *Aequitas una bona fides*. Heidelberg, 1961, p.165

En la LA encontramos enumerados los siguientes principios: igualdad, audiencia y contradicción.

Describe el artículo 24, de la Ley 60/2003: Principios de igualdad, audiencia y contradicción. 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Del tenor literal se desprenden tres principios determinantes en la figura del arbitraje en España:

- **Principio de igualdad**, entendemos el trato equitativo de las partes en obligaciones y derechos.
- **Principio de audiencia**, las partes deberán exponer sus alegaciones, por escrito u oralmente, ante las personas encargadas del proceso.
- **Principio de contradicción**, la parte demandada tiene derecho a conocer las pretensiones con las que se le acusan y defenderse de las mismas. Ambas partes del litigio deberán ser escuchadas y presentar las pruebas que se estimen oportunas para evitar situaciones de indefensión.

Otros principios³⁸ que giran en torno al arbitraje son: libertad de configuración en el procedimiento, confidencialidad, buena fe procesal, principio de autonomía de la voluntad, conservación.

- **Principio de libertad de configuración en el procedimiento**, las partes pueden diseñar el procedimiento al que se someterán acordando sus límites y condiciones.
- **Principio de confidencialidad**, salvo que se acordara previamente por las partes. No podrá ninguna parte legitimada del proceso hacer público el contenido de los datos que hayan surgido a lo largo del arbitraje, ni del laudo resultante.
- **Principio de buena fe procesal**, las partes deberán basarse en la honradez y no hacer determinadas actuaciones que tengan como finalidad dilatar el proceso.

³⁸ Vid. Exposición de motivos III, Artículo 8 y 24 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

- **Principio de autonomía de la voluntad**, permite este principio que las partes establezcan sus propias relaciones privadas y realizar todo aquello que no vaya en contra del orden público o de terceros.
- **Principio de conservación** o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. El convenio arbitral deberá ser válido con uno de los tres regímenes jurídicos que establece la LA en el apartado seis del artículo 9: *“las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español”*.

6. CLÁUSULA ARBITRAL

El arbitraje requiere de forma imprescindible un acuerdo entre las partes. Este acuerdo establecerá bajo qué condiciones y hasta qué límites están las partes dispuestas a someterse.

Como hemos mencionado en el apartado primero de este trabajo, el “Convenio Arbitral” es un pacto por el cual las partes someten a arbitraje algunas o todas las posibles disputas que surgieran de una relación jurídica concreta. La forma más común de establecer los convenios arbitrales es por medio de la **cláusula arbitral** que se incluirá en los contratos o anexos con referencia a un contrato previo. Pueden las partes someterse a arbitraje antes o después de surgir la disputa.

De conformidad con los siguientes artículos:

- **Artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI** : El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (...).
- **Artículo 9 de la Ley Española de Arbitraje**: El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...).

Añade el párrafo tercero del artículo 9 LA, que deberá *“(…)constar por escrito, en*

un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo(...)”. Además, un segundo apunte en cuanto este mismo párrafo especifica otros medios electrónicos “(...)Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”, con la finalidad que pueda acomodarse el requisito de “constar por escrito” al desarrollo de las nuevas tecnologías³⁹.

Toda cláusula arbitral deberá establecer su alcance pues, una vez se va desarrollando el procedimiento, los árbitros no pueden conocer cuestiones que no se encuentren estipuladas en ellas⁴⁰. Este es el motivo por el cual siempre encontraremos cláusulas redactadas de forma sencilla y con carácter amplio, de forma que no se entre en especificaciones que dejen fuera algunas materias que serían útiles de surgir el conflicto y limiten el arbitraje.

Teniendo en consideración el requisito de dejar constancia por escrito podemos distinguir entre cláusulas integradas o en documento aparte.

En relación a las cláusulas integradas son conocidas como cláusulas compromisorias. Cláusulas que tienen su origen en el *arbitraje compromisorio* que será explicado más adelante.

Suelen partir de una serie de cláusulas tipo, sin perjuicio que las partes quieran diseñar otras con sus propios requisitos. Estas cláusulas tipo tienden a utilizarse más cuando se opta por un arbitraje institucional.

Por otro lado, las cláusulas independientes⁴¹ que entrarían dentro de los “mecanismos de incorporación por referencia”. Las partes harán referencia a estas cláusulas en el contrato o en donde establezcan el intercambio de declaraciones. Continuando con el análisis del artículo 9 LA hace mención a este hecho en su párrafo cuarto: “*Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral*

³⁹ Vid. VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, segunda edición, Thomsom, Civitas, Aranzadi, Madrid, 2007, p.327

⁴⁰ Vid. Texto, CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, “Aspectos a Tener en Cuenta en la Redacción de Cláusulas Arbitrales”. (pág.1 conforme a la enumeración del documento).

⁴¹ Vid. VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Op. cit [...]*, segunda edición, Thomsom, Civitas, Aranzadi, Madrid, 2007, p.385

que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior”. No hace falta que las partes señalen la cláusula directamente. Bastará con la simple mención del documento que las contiene. En cambio, sí que se exige que en el documento, en el que constan, haga referencia al contrato o documento principal y, además, que sea en uno de los medios señalados anteriormente en el párrafo tercero. Cabe decir que estos hechos equivaldrían a un intercambio de escritos de demanda y contestación en un proceso judicial ordinario.

Es de destacar, en este apartado, que la utilización de cláusulas arbitrales hace que las partes queden obligadas a cumplir lo que hubieran estipulado y recurrir al arbitraje. Hecho que trae consigo dos aspectos: uno positivo y otro negativo. Positivo en cuanto a los árbitros se les atribuye competencia para conocer de los casos, y negativo porque se excluye de someterlo a los Tribunales⁴².

Siguiendo con el desarrollo de los aspectos positivos. Los árbitros, una vez se les ha atribuido competencia para llevar a cabo el asunto, podrán decidir sobre el fondo de los convenios arbitrales en base al **Principio Kompetenz-Kompetenz**, (en español conocido como “principio de competencia sobre la competencia”, que está recogido en el artículo 22 LA). A partir de esta competencia, los árbitros pueden decidir sobre el fondo del asunto así como excepciones sobre la validez del convenio que le atribuye competencia.

El principio de competencia es completado con otro principio como es el **Principio de Separabilidad** del convenio arbitral, recogido en el mismo artículo 22 LA, que permite a los árbitros declarar la nulidad del contrato y, adicionalmente, decidir sobre la nulidad del convenio inserto en el contrato.

En contraposición, los efectos negativos se refieren a que realmente no se hace una exclusión completa de los Tribunales, porque los jueces si bien no tendrá competencia sobre el fondo, sí que decide sobre la validez del convenio arbitral. En especial, en aquellas situaciones en las que una de las partes hubiere presentado una demanda ante los tribunales tendrá que valorarse en función de la *lex fori* y demás requisitos de temporalidad si se hubiera presentado antes o después de invocar la otra

⁴² Vid. VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Op. cit* [...], segunda edición, Thomsom, Civitas, Aranzadi, Madrid, 2007, p.331

parte su intención de someterlo a arbitraje. Por lo tanto, los jueces tendrán competencia para decidir. Es, por tanto, importante ver como en algunos países para evitar este tipo de conflictos han desarrollado algunas ideas. Por ejemplo, en el modelo francés optan por eliminar el *fórum shopping*⁴³:

Fórum shopping: quien tema una demanda de arbitraje por incumplimiento contractual le basta iniciar un proceso judicial sobre el fondo ante los tribunales nacionales y, si la otra parte invoca la sumisión a arbitraje, alegar la invalidez del convenio arbitral; de este modo la parte que había confiado en el arbitraje se encontrará atrapada, discutiendo sobre la validez del convenio arbitral, en una jurisdicción nacional cuya competencia había acordado excluir.

Por tanto, el árbitro decide sobre la validez del convenio arbitral, y el juez queda en un segundo plano en el que solo hace un examen *prima facie* de ese convenio. Salvo que en la documentación no se incluya ninguna cláusula o que sea manifiestamente nula. Aun así, en este modelo sigue habiendo una función del juez aunque sería *ex post*. El juez puede interceder en el proceso en dos situaciones, dependiendo si es en el ámbito nacional, es decir, tiene competencia en el foro, en la fase de interposición de la acción de anulación del laudo; o si corresponde al ámbito internacional, será la acción de anulación del *exequator*⁴⁴. Por este motivo, el papel del juez quedará en un segundo plano y deja el protagonismo a los árbitros que decidirán sobre la validez del convenio y dictarán laudo.

En cuanto a los efectos del convenio arbitral, recurriremos al artículo 11 LA. Si la parte que esté interesada emplea una declinatoria, que no impide la iniciación o desarrollo de las actuaciones arbitrales, los tribunales se verán impedidos de conocer las controversias sometidas a arbitraje. Se obliga a las partes a cumplir lo estipulado previamente. Adicionalmente, no impide a ninguna de las partes que soliciten a un tribunal la adopción de medidas cautelares.

Por último, y a modo de conclusión, mencionar qué elementos se deberán añadir en la redacción de una cláusula arbitral. Si se trata de arbitraje de derecho o equidad; si la elección del árbitro será ad hoc o una institución arbitral, en cuyo caso deberá señalarse en la cláusula el nombre correcto de la institución; se deberá especificar con

⁴³ Vid. VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Op. cit* [...], segunda edición, Thomson, Civitas, Aranzadi, Madrid, 2007, p.332

⁴⁴ Exequátur: son el conjuntos de reglas de un ordenamiento jurídico a través del cual un Estado verifica el reconocimiento y ejecutabilidad de una sentencia de un Tribunal de otro Estado.

exactitud el ámbito objetivo de la cláusula para evitar problemas en la validez, interpretación o eficacia del contrato; el número de árbitros, describiendo las cualidades mínimas que se exigen; la elección del lugar del arbitraje, siendo este un lugar neutral; el idioma; y las reglas específicas que deberán seguirse en cada caso en concreto, por ejemplo: si se eligiera una institución, el reglamento de la Corte seleccionada.

Si por el contrario, algún elemento estuviera mal expresado o se hubiera omitido, da lugar a lo que se conoce como cláusulas patológicas, catalogadas por D. Frédéric Eisemann. Considera el ex Secretario General de la Corte de Arbitraje de la CCI, que una cláusula es patológica cuando no cumple alguna de las cuatro funciones esenciales que debería englobar todo convenio arbitral. Las funciones⁴⁵ son las siguientes:

- Debe tener efecto vinculante y para las partes.
- Debe tener el poder de excluir la intervención de los tribunales en la resolución de la disputa en cuestión.
- Debe dotar al Tribunal Arbitral de las facultades necesarias para resolver la disputa que surjan entre las partes.
- Debe crear un procedimiento que bajo condiciones de máxima eficiencia y rapidez lleve a la emisión de un laudo arbitral que sea susceptible de ejecución.

7. TIPOS DE ARBITRAJE

En este apartado distinguiremos entre cuatro criterios de tipología de arbitrajes.

7.1. ARBITRAJE DE DERECHO O ARBITRAJE DE EQUIDAD

El arbitraje puede resolverse en derecho o en equidad, en función de la materia del conflicto y el objeto a resolver. El tipo que se elija va a condicionar la actuación arbitral en concreto en la adopción de acuerdos y solución de la controversia. La tipología del arbitraje lo elegirán las partes, pero en defecto de pacto la ley dispone que será siempre de derecho.

⁴⁵ Vid. Documento explicatorio de la Corte de Arbitraje de Madrid. *El convenio arbitral*.

Conviene definir brevemente en que consisten estos dos tipos⁴⁶. Comenzando por el **Arbitraje de derecho**, corresponde a aquel modelo en el que árbitro resuelve la controversia basándose exclusivamente en la norma jurídica acorde al caso, y además deberá dictar un laudo motivado conforme al derecho⁴⁷.

A continuación, el **Arbitraje de equidad**, el árbitro resuelve en función de su más leal saber y entender, siguiendo lo que él entienda por justicia. Es beneficioso esta modalidad porque permite al árbitro amoldar la solución a las circunstancias y condiciones del caso, y no tanto a lo que estrictamente establezca la norma jurídica. Teniendo en cuenta que esta libertad con la que cuenta el árbitro, no significa que el laudo se dicte sin considerar lo que establece el ordenamiento jurídico o las cláusulas o contratos que hubieran acordado las partes, y deberá al igual que en el arbitraje de derecho motivar el laudo que dictara⁴⁸.

7.2. ARBITRAJE AD HOC Y ARBITRAJE INSITITUCIONAL

En primer lugar haremos una distinción entre el **Arbitraje Ad hoc** y **Arbitraje institucional**. El arbitraje Ad hoc se rige por una cláusula a favor de un determinado árbitro o tribunal arbitral que se ha elegido voluntariamente por las partes. En cambio, el arbitraje institucional se encarga a una corte o entidad de arbitraje para que lo administre en conformidad con sus propios reglamentos.

El primero tiene relevancia en los arbitrajes internacionales. Las partes, junto con el árbitro o tribunal, podrán pactar qué procedimiento seguir. En cambio, el arbitraje institucional es más habitual en los arbitrajes domésticos y el proceso estará regido por una ordenanza procesal, sin perjuicio que las partes puedan modificarlo⁴⁹. Reguladas las instituciones por su propio reglamento, las normas se aplicarán al procedimiento arbitral, estando las partes vinculadas a ellas por medio del convenio arbitral.

El reglamento de las instituciones va a gestionar el procedimiento, los requisitos

⁴⁶Vid. Tribunal Arbitral de Barcelona. *¿Qué es el Arbitraje?*. Página web: www.tab.es

⁴⁷Arbitraje de derecho: tipo de arbitraje idóneo para la aplicación de normas de derecho imperativo e interpretación de cláusulas contractuales.

⁴⁸Arbitraje de equidad: tipo de arbitraje propio de asuntos sobre materia de construcción, reclamaciones de daños y perjuicios o herencias.

⁴⁹ Vid. "Conceptos de arbitraje (IV): arbitraje ad hoc y arbitraje institucional". Artículo publicado en el *Blog de Actualidad Universitaria*, de 28 de septiembre de 2011. Universidad de Navarra. Página web: www.actualidaduniversitaria.com

para los actos de presentar demanda y su correspondiente contestación, el nombramiento de árbitros, plazos: como el de la práctica de la prueba, las conclusiones o el tiempo para dictaminar laudo⁵⁰.

Define la Ley de Arbitraje en su artículo 14:

Arbitraje institucional.1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

Los reglamentos también regulan la petición de pruebas, medidas cautelares y otras cuestiones de relevancia .

Una gran diferencia entre estos dos tipos se suscita en los costes. Mientras que en el arbitraje institucional los costes corresponden a unas tarifas y honorarios prefijados que son publicados en las páginas web. En el arbitraje Ad hoc, son los propios jueces y tribunales los que se fijan sus honorarios.

En cuanto al arbitraje institucional cabe hacer una breve reseña de las instituciones más relevantes a nivel internacional y nacional. En el ámbito internacional, destacan las siguientes instituciones⁵¹: Asociación Americana de Arbitraje (AAA); Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD); Cámara de Comercio Internacional de París (CCI); Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI); Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA en inglés); Corte Permanente de Arbitraje.

Corresponde un apunte en el ámbito nacional donde es importante saber que no existe una institución por provincia o ciudad sino que puede, en una misma ciudad, haber más de una corte o entidad de arbitraje. Así las más relevantes en la capital son⁵²: Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (CAM); Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA); Corte de Arbitraje del ICAM;

⁵⁰ Vid. "Arbitraje Institucional". Artículo publicado por la Universidad Complutense de Madrid, de 1 de septiembre de 2012. Página web: www.pendientedemigración.ucm.es

⁵¹ Vid. Organización de Estados Americanos. "Instituciones Internacionales de Arbitraje Comercial". Página web: www.oas.org

⁵² Vid. Club Español de Arbitraje. "Principales Cortes Arbitrales". Página web: www.clubarbitraje.com

Cortes de Arbitraje en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.

Sin embargo, en relación a las entidades españolas de arbitraje, cabe destacar una breve crítica que se suscita debido a que en los últimos años se ha incrementado el número de instituciones arbitrales. Por ello, actualmente existe el debate⁵³ si la existencia de numerosas entidades es bueno para el desarrollo de esta alternativa a los Tribunales, en nuestro país.

7.3. ARBITRAJE LEGAL

Otro tipo de arbitraje es el **arbitraje legal**⁵⁴, caracterizado por estar así previsto en las XII Tablas y leyes posteriores a esta.

Cede al árbitro una amplia libertad a la hora de decidir. Opina ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN que este tipo de arbitraje, se “conformó como arbitraje de equidad”. Y en función de esta equidad, el árbitro decide siguiendo su saber y entender, aunque a medida que avanzan las décadas se establece una serie de pautas o comportamientos concretos para unas determinadas soluciones. A su vez, el avance temporal también provoca que en materias de actuaciones y garantías, se produzca un acercamiento de las modalidades de arbitraje legal, *ius Gentium* y compromisario.

Este tipo legal de arbitraje como acabamos de mencionar surge de la XII Tablas, texto en el que se remonta la primera mención del término *arbiter*, en concreto en relación a la partición de la herencia, en cuya división se designará un árbitro. Conocida esta actuación del árbitro como “*legis actio per iudicium arbitrive postulationem*”.

En cuanto a las leyes posteriores a las XII Tablas, haremos mención de la Ley Licinia de 210 a.C. Nombrará al *arbiter*, en materia de división de copropiedades, donde las partes estuvieran en desacuerdo⁵⁵.

Un claro ejemplo de arbitraje legal son aquellos en los que se nombrara a un

⁵³ Vid. GARRIGUES. “¿Demasiadas instituciones arbitrales en España?”. Artículo publicado en *diariojuridico.com*, el 26 de junio de 2012. Página web: www.garrigues.com

⁵⁴ Vid. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Op. cit.* [...] Duodécima edición, Thomsom Reuters, Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 340.

⁵⁵ A estos supuestos de división de herencia o casa común se hace referencia en las Instituciones de Gayo.

árbitro si se encontraban ante un deuda indeterminada⁵⁶.

7.4. ARBITRAJE COMPROMISARIO

Continuando al hilo del arbitraje se encuentra el **arbitraje compromisario**, (también conocido como *merum arbitrium*), importante en este tipo de arbitraje el carácter contractual con el que estaba fuertemente marcado el Derecho romano de esta fecha. Pues consistía éste en el compromiso, por el cual se va a someter una controversia entre las partes a la decisión de un árbitro. Teniendo por objeto este pacto cualquier cuestión litigiosa que estuvieran consideradas a la libre disposición de las partes. Siendo los asuntos más frecuentes los relativos a tutela, propiedad, linderos entre fincas, préstamos entre otros.

A este compromiso, tenía naturaleza de pacto, *nudum pactum*, con protección de pacto no contrario a la ley. Se añadían disposiciones recíprocas, pudiendo las partes elegir entre someterse a las disposiciones pactadas o bien a la cláusula penal, donde en caso de elegir por esta última se rompería el vínculo con el árbitro⁵⁷. Además estas disposiciones contaban con carácter accesorio, de forma que si quedaba ineficaz el pacto, por capacidad de las partes o cualquier otro motivo, el pacto devenía ineficaz.

Se contiene este arbitraje en D.48. “ Sobre los casos de responsabilidad sumida. Que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia”. Se trata del arbitraje que más ha influido en nuestro derecho actual, según se estableció en la Ley de Arbitraje e 1953, derogada por la LA de 1998, derogada por nuestra ley actual de 2003.

8. ÁRBITRO

El árbitro es un figura importante en el proceso siendo el protagonista que resolverá la controversia. Son las partes, las encargadas de fijar con libertad el número de árbitros, a condición que sea un número impar⁵⁸. Evitando así, que se produzcan situaciones de bloqueo y se logre decisiones arbitrales adoptadas por la mayoría. Cuando se elige al árbitro este tiene un plazo de 15 días para notificar la declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad.

⁵⁶ Vid. Artículo 4. 11. CICERÓN. “pro roscio”.

⁵⁷ Vid. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Op. cit. [...]* Duodécima edición, Thomsom Reuters, Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 430.

⁵⁸ Vid. Artículo 12 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es. Puede consultarse: DÍGESTO: 4.8.17.

Los árbitros antiguamente, igual que los magistrados y testigos, realizaban un juramento en el que se comprometían a cumplir su misión con justicia y de acuerdo a las leyes vigentes en ese momento y se realizaba ante la piedra sacra. Piedra situada en la ciudad en la que tenían lugar los sacrificios⁵⁹.

Hoy en día, la aceptación de los árbitros se ha modernizado y está contenida en la LA:

Artículo 16. Aceptación de los árbitros. Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Puede ocurrir que en el momento de elección de árbitro, las partes no se pusieran de acuerdo. La Ley Modelo CNMUDMI, base de nuestra Ley de Arbitraje, defiende una idea opuesta la que dispone nuestra ley. Debido a que la Ley Modelo CNMUDMI defiende que en caso de discordancia en la elección de árbitros se fijará un Tribunal de árbitros, mientras que la LA, argumenta en su artículo 12, la opción de un solo árbitro. Diferencia respaldada por la mayoría de países, además de los Reglamentos de las Cortes de Arbitraje más conocidas.

En caso que las partes se silenciaran al respecto, serán las Cortes de Arbitraje las que decidirán el número de árbitros que conocerán el litigio.

Difiere de épocas pasadas en las que los árbitros únicamente podrían llevar el caso si éste no estaba reservado al Tribunal de los Cuarenta Magistrados. Este Tribunal decidía ejerciendo jurisdicción, sin posibilidad de recurso, sobre todas aquellas causas civiles de cuantía superior a diez dracmas⁶⁰.

En cuanto a la capacidad para ser árbitro, antiguamente no podían los menores de veinte años, estando establecido en la *Lex Iulia*⁶¹ que no se podía, es más, de ser un menor árbitro este “incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia”, aunque es

⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A *Op. cit.[...]* Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L. En Madrid a 20 de enero de 2014, p. 44

⁶⁰ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A *Op. cit.[...]* Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L. En Madrid a 20 de enero de 2014, p. 45

⁶¹ LEX IULIA, antigua ley romana, en la época de Augustus.

curioso señalar que sí podrían los hijos mayores de veinte años sometidos a patria potestad. Aunque encuentra una excepción en caso de un árbitro menor de edad, siempre que fuera mayor de dieciocho años y previo acuerdo de las partes. Otro requisito que afectada a la capacidad será el *status libertatis*⁶², lo que si pudiera ocurrir es que arbitrara sin tener libertad y después se le concediera, las partes si que podían dar su conformidad a la actuación arbitral.

También se podía elegir como establece el Digesto 4.8.7. pr: “*Escriben Pendio y Pomponio que no tiene relevancia que el árbitro elegido sea persona de buena fama o de reputación dudosa*”.

Conviene señalar que los requisitos para ser árbitro en España, en la actualidad, están señalados en el artículo 13 LA:

- Persona física.
- Intacta capacidad general para obrar en Derecho.
- Que no tenga incompatibilidad legal por virtud del ejercicio de una profesión o cargo.

Además, los requisitos de independencia e imparcialidad⁶³ son los dos requisitos generales más relevantes y dependerán de la relación que guardan los árbitros con la controversia o las partes. Así como la imposibilidad de actuar como árbitros, en caso de haber actuado con mediadores en el mismo conflicto en el que se le solicitara.

A la hora de elegir qué árbitro queremos que lleve nuestro litigio, debemos valorar que sea imparcial y que tenga los conocimientos suficientes para conocer del caso. Durante todo el proceso no podrá tener relaciones personales, profesionales o comerciales. Y si se viera en una situación donde se viera comprometida su imparcialidad, será responsabilidad del árbitro informar sin dilación a las partes.

Existen distintos mecanismos, como hemos explicado con anterioridad dependiendo si se trata de Arbitraje Ad hoc o Arbitraje Institucional. En relación al primero, en el arbitraje Ad hoc podemos diferenciar a su vez entre: árbitro único

⁶² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A *Op. cit.*[...] Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L. En Madrid a 20 de enero de 2014, p. 150

⁶³ Vid. Artículo 17 y ss de la LA. *Op. cit.* [...], Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

elegido por las partes; y tribunal arbitral, donde cada parte nombra a uno y el Presidente lo nombran entre aquellos árbitros designados por las partes. En ambos casos si no hubiera un acuerdo a la hora de designarlos, entonces la elección recaerá en una autoridad nominadora o se procederá al nombramiento judicial del árbitro. Por otro lado, en el arbitraje institucional, la nominación de árbitros se encargará siempre por la institución arbitral seleccionada con anterioridad, comprueban que los árbitros se ajustan en formación, trayectoria y experiencia.

Las partes elegirán a los árbitros del listado que corresponda a esa institución arbitral, lista que podrá ser abierta, cerrada o en algunos casos sin lista. Sin perjuicio que, en defecto de las partes, será la institución la encargada de la elección. Por ejemplo, en la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid podemos elegir entre 281 árbitros⁶⁴ especializados en diferentes ámbitos e idiomas, así como su disponibilidad.

Si los árbitros cometieran un comportamiento inadecuado, éstos incurrirán en responsabilidad. Volviendo a la LA, en su artículo 21 versa sobre este asunto, la responsabilidad de los árbitros.

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales.
Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

Cuando los árbitros aceptan su cargo, deberán cumplirlo fielmente, pues de no ser así deberán responder por los daños y perjuicios, si concurren en situaciones de mala

⁶⁴ Vid. Corte de Arbitraje de Madrid. Búsqueda de árbitros. Página web: www.arbitramadrid.com

fe, temeridad o dolo. Además, este artículo obliga a que los árbitros vinculados a instituciones arbitrales deban suscribirse a un seguro de responsabilidad, y gracias a él cubrirán los daños que surgieran de su actuación arbitral.

En relación al seguro de responsabilidad civil, es importante reseñar que se aplica a todo arbitraje que acontezca en España, independientemente que la institución o entidad arbitral tenga su sede fuere del territorio español⁶⁵. Así como aquel árbitro que se nombre para resolver un litigio con sede en nuestro país, podemos concluir que es un seguro de responsabilidad civil con aplicación extraterritorial. Con la reforma de la LA, por la ley 11/2011, de 20 de Mayo, la reforma de la Ley de Arbitraje, modificó en lo que se percibirá por mala fe, temeridad y dolo, algunos aspectos definidos anteriormente. Aunque los conceptos de dolo y mala fe, tienen apenas algunas diferencias sutiles que en la práctica no se diferencian.

Puede ocurrir que las partes consideren que el árbitro no ha sido fiel a su imparcialidad, en cuyo caso podrán éstas recusarlo. Únicamente será la parte que se viera perjudicada, y que además hubiera nombrado al árbitro, o hubiera participado en la designación, la que tendrá legitimación para recusar. La recusación de un árbitro solo acontece en caso en que concurren circunstancias injustificadas de su imparcialidad o independencia, si hubiera indicios que demuestren que el árbitro tenga una relación personal o profesional con una de las partes, o bien que no posea las cualificaciones que las pactes acordaron⁶⁶. El procedimiento de recusación transcurre en tres periodos: primero, la parte que quiere recusar dispondrá de quince días para exponer sus motivos que le lleven a dudar de la imparcialidad o independencia⁶⁷. Tras estos quince días, la otra parte y el árbitro recusado podrán hacer sus alegaciones. Una vez finalizada las alegaciones de cada una de las partes, decidirán sobre la recusación los árbitros, si se eligió Ad hoc, o bien la Corte Arbitral, si se eligió una institución directamente.

Sin embargo, hay que destacar la existencia de lagunas por parte de la ley en

⁶⁵ Vid. MONTERO,F.J. “Modificación de la Ley de Arbitraje: El nuevo seguro de responsabilidad civil para árbitros e instituciones arbitrales” . Artículo publicado en *diariojuridico.com*, el 15 de septiembre de 2011. PEREZ-LLORCA Página web: www.diariojuridico.com

⁶⁶ Vid. Artículo 17 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁶⁷ Vid. Artículo 18 de la LA, *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

detallar cuales son las causas de abstención y recusación de los árbitros. Es difícil clasificar cuales son las causas en las que una relación personal, profesional o comercial pueda llegar a perjudicar la imparcialidad en el litigio. Ante esta escasez de detalle, muchas instituciones de prestigio se han pronunciado para fomentar que se clarifique esta falta de detalle en los principios éticos.

El IBA ha realizado unas directrices, publicadas en 2004, sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Actualmente están sometidas a revisión. Compuesta por tres categorías que contienen circunstancias que demuestren la falta de imparcialidad e independencia de los árbitros. Son los listados rojo, naranja y verde. A esto se añade lo publicado en 2008, las Recomendaciones del Club Español Del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, las cuales describen las causas que puedan provocar abstenciones o recusaciones de árbitros.

A continuación, describiremos brevemente la composición de los Listados Rojo, Naranja y Verde, realizados por el IBA.

El Listado Rojo especifica que existen algunas situaciones en las que se duda sobre la imparcialidad e independencia. Por ello, este listado cuenta con una recomendación que deberá considerarse en caso de conflicto de intereses. Se divide en dos: un listado rojo No renunciable y otro listado Renunciable. El primero, no renunciable, enumera unas situaciones que si se produjeran tendrá como resultado el rechazo del nombramiento por parte del propio árbitro. Estas situaciones son: la estrecha relación del futuro árbitro con una de las partes; que prestara servicios profesionales en el momento del nombramiento a una de las partes; o que concurra un interés financiero. El segundo listado, listado rojo renunciable, describe entre otras, las siguientes situaciones: la prestación de un servicio profesional en el pasado a alguna de las filiales de la compañía perteneciente a una de las partes; la posesión de acciones de una sociedad de parte; formar parte de la misma firma que el asesor legal de una de las partes. Si aconteciera en el nombramiento alguna de estas situaciones y una de las partes diera explicaciones en su legítimo interés en que ese árbitro desempeñe su correspondiente actividad arbitral, éste podrá continuar haciéndolo.

El Listado Naranja enuncia situaciones en las que se pudiera poner en duda la imparcialidad e independencia del árbitro y éste deberá desvelarla,

independientemente que, una vez desvelado, las partes continuaran queriéndole por árbitro. Algunas situaciones son: haber sido asesor de una de las partes en los últimos tres años; existencia de una relación de amistad con algún miembro de una de las partes, en especial si la amistad es con el asesor de la parte⁶⁸.

El Listado Verde guarda relación con situaciones en las que no pueden albergar dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro⁶⁹, como puede ser el pertenecer a la misma asociación profesional que alguna de las partes, o la publicación de artículos de materia arbitral que coincidiera con el objeto para el cual ha sido nombrado.

9. PROCEDIMIENTO

El procedimiento son las distintas etapas por las que pasará el litigio, desde que las partes deciden someterse a arbitraje hasta que el árbitro o árbitros correspondientes resuelvan dictando el laudo arbitral.

Conforme al artículo 25 LA, las partes pueden pactar libremente el procedimiento, determinarán sus propios ajustes y condiciones. Adicionalmente, los árbitros tendrán que adaptarse a ellos en sus actuaciones estableciendo el límite a esta libertad en el margen que permiten los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Es posible que las partes no se pongan de acuerdo, en cuyo caso, podrán los árbitros con sujeción a la LA establecer el procedimiento que encuentren apropiado. La potestad de los árbitros consistirá: “*decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración*”⁷⁰.

El lugar donde tendrá lugar el arbitraje puede ser donde libremente hayan pactado las partes. Al igual que con el procedimiento, si faltara el acuerdo entre las partes, los árbitros elegirán⁷¹ de acuerdo a las circunstancias: como puede ser el domicilio de las

⁶⁸ Listado Naranja: Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co; Apple v. Jewish Hosp. & Med. Ctr.; Morelite Constr. Corp v. New York City Dist. Council Carpenter Benefits Fund; Applied Indus. Materials Corp.v.Ovalar Makine Ticaret ve Sanayi. Vid. Crips Link. Página web: www.crippslink.com

⁶⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATAÑUÑA, *Sentencia del 10 de mayo de 2012*. RTSJ: 29/2012. Aranzadi-westlaw. Falta de imparcialidad del árbitro.

⁷⁰ Vid. Artículo 25 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁷¹ Vid. Artículo 26 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

partes, donde se haya realizado un servicio, o la localización del bien. Los árbitros además pueden reunirse en cualquier lugar para oír a testigos, peritos, pruebas, siempre y cuando hubiera aprobación por las partes.

En cuanto al idioma del procedimiento serán el que elijan las partes, aunque predomina en España el lenguaje castellano, se dan en nuestro país numerosos casos en inglés, francés y portugués⁷².

El expediente arbitral será confidencial a terceros ajenos a las partes. Únicamente las partes pueden tener un completo acceso al expediente arbitral. Ésta es una de las ventajas que hemos mencionado en el apartado primero de este documento.

A continuación se explicará el procedimiento que se sigue con carácter general, sin perjuicio que luego las partes lo modifiquen en función de su propio interés. Las fases⁷³ son las siguientes: Una primera fase pre-arbitral; posteriormente una de nombramiento de árbitro; a continuación una apertura de alegaciones; sigue una fase decisoria; y la correspondiente a las consecuencias en caso de rebeldía e intervención de la jurisdicción ordinaria.

Comenzando por la **fase pre-arbitral**, ésta consistirá en los siguientes pasos: Se solicitará el arbitraje. Esta solicitud se trasladará al demandado, el cual dará respuesta a la solicitud de arbitraje. En esta fase de iniciación es primordial que el árbitro o institución arbitral coincida *prima facie* que existe un convenio arbitral en función del cual podrán someterse a arbitraje y si tiene competencia por el principio *kompetenz kompetenz*. En el supuesto de que no estén convencidos, el caso se archivará. También cabrá la posibilidad que la otra parte anuncie su intención de reconvenir. En esta fase, además, es cuando tiene lugar el abono de los honorarios a los árbitros o instituciones arbitrales que explicaremos más adelante.

En el **nombramiento de árbitros**⁷⁴ las partes tienen un plazo para ponerse de acuerdo en su elección. Si no se pusieran de acuerdo y, por ejemplo, hubieran elegido

⁷² Vid. Memoria Anual de la Corte de Arbitraje de Madrid 2012. Página web: www.arbitramadrid.com

⁷³ Vid. Texto de Memento de Acceso a la Abogacía. Memento 2013. *Procedimiento arbitral*. Ediciones Grupo Francis Lefèbre, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. Nº 3810-3850.

⁷⁴ Vid. Texto de Memento de Acceso a la Abogacía. *Op. cit. [...] Memento 2013. Procedimiento arbitral*. Ediciones Grupo Francis Lefèbre, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. Nº 3820.

una corte, ésta elegirá al árbitro o árbitros. Se le entregará un solicitud de petición y se esperara su aceptación o rechazo. En caso de aceptación recordar que deberá el árbitro entregar su declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad.

Una vez se conoce que se someterá la controversia a arbitraje y se conoce al árbitro, o bien al tribunal arbitral, se procederá a la **fase de alegaciones**⁷⁵. Los árbitros, habiendo primero pactado con las partes, emitirá un acto de misión. Se trata de una orden procesal en la que fijan, entre otras cuestiones, las fechas, el lugar, el idioma, las normas jurídicas que se emplearan, o un resumen de los hechos de la controversia. Adicionalmente se suman las pretensiones de ambas partes. Depende de cómo se quiera seguir el proceso. En algunas ocasiones se proporcionan alegaciones simultáneas y en otras sucesivas, pero siguiendo el ritmo de demanda y su correspondiente contestación. Si ocurriera que el demandado anunciara reconvencción, también tendrá el demandante su momento de contestación, pues caben en esta fase réplica y dúplica.

Transcurrida la contestación de la demanda, tiene lugar la propuesta de prueba⁷⁶ y su espera a que sea ésta aceptada. Serán los árbitros los que tiene competencia para admitir la prueba en cuyo caso emitirán una resolución en la que cite a las partes para una vista en la que realicen la práctica de la prueba. Las pruebas practicadas en arbitraje son iguales que las que se presentan en procedimientos ante tribunales. Sin embargo, alguna particularidad que tienen las pruebas en el arbitraje son: en la prueba documental los árbitros, e incluso una de las partes, puede solicitar de la otra parte documentos con información que consideran relevante que, salvo determinadas situaciones, deberá la otra parte entregarlos. En caso de abstenerse a la presentación de pruebas, ésto dará una mala imagen para los árbitros que presupondrán que ese documento tiene alto contenido informativo. Es importante porque son ellos los que resuelven el caso. Sobre la prueba pericial destaca en el arbitraje que las partes pueden siempre que quieran prestar testimonio por escrito, independientemente que luego los árbitros puedan citarlos a realizar una declaración presencial. Añadir, que se

⁷⁵ Vid. Texto de Memento de Acceso a la Abogacía. *Op. cit. [...] Memento 2013. Procedimiento arbitral*. Ediciones Grupo Francis Lefèbre, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. Nº 3825-3828.

⁷⁶ Vid. Texto de Memento de Acceso a la Abogacía. *Op. cit. [...] Memento 2013. Procedimiento arbitral*. Ediciones Grupo Francis Lefèbre, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. Nº 3829.

considerará testigo cualquier persona que declare alguna cuestión de hecho en relación al litigio.

Cuando finaliza la práctica de la prueba, los árbitros formulan sus conclusiones (orales o escritas), dando paso al cierre de la instrucción a partir del cual, salvo autorización de los árbitros, no se podrán presentar escritos, alegaciones o pruebas.

Cuando los árbitros han finalizado con el cierre de la instrucción, pasa el proceso arbitral a la **fase decisoria** en la cual se tendrá que consolidar el laudo. Primero con un borrador y tras el escrutinio de la corte, en caso de arbitraje institucional, se comunicará a las partes la resolución del caso.

Mencionar, en esta parte del proceso, la **rebeldía**⁷⁷, consecuencia de la incomparecencia de alguna de las partes. Tenemos la posibilidad que ocurra, por un lado, rebeldía del demandante y, por otro lado, del demandado. La rebeldía del demandante es importante si la parte demandante no presenta su demanda en el plazo acordado. Los árbitros darán fin a las actuaciones arbitrales. Distinto es que la parte demandada no haya anunciado su reconvenición en el plazo fijado y no concurre justa causa. Las actuaciones arbitrales seguirán con demanda inicial y se archiva la reconvenición. En relación a la rebeldía del demandado, si el demandado no presenta su contestación a la demanda en el plazo procesal que se hubiera establecido, el proceso continuará. Distinto es rebeldía en el que no quiera, por interés de la parte, comprometerse a la ejecución de algunas acciones que se le exigieran, que la indefensión ante la cual dispone la jurisprudencia⁷⁸ cuando se trata de cualquier medio que impidiera al demandado presentar medios de defensa.

Por último, la LA permite algunos casos en los que puede tener lugar recurrir a la **jurisdicción ordinaria**⁷⁹: a) En el nombramiento y remoción judicial de árbitros, competente la sala civil y de lo penal del tribunal superior de justicia donde corresponda el lugar del arbitraje; b) Práctica de la prueba, competencia de los juzgados de primera instancia; c) Adopción de medidas cautelares, competencia de

⁷⁷ Vid. Artículo 31 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁷⁸ TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia del 7 de febrero de 1981*. RTS: 9393. Aranzadi-Westlaw.

⁷⁹ Vid. Texto de Memento de Acceso a la Abogacía. *Op. cit. [...]* Memento 2013. *Procedimiento arbitral*. Ediciones Grupo Francis Lefèbre, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. N° 3850.

los juzgados de primera instancia; d) Ejecución del laudo, juzgado de primera instancia donde se hubiera dictado el laudo⁸⁰;

Los costes del procedimiento dependerán, en primer lugar, si se contrata una corte arbitral o directamente con un arbitraje ad hoc. En caso de elegir la corte o entidad arbitral, se abonarán los gastos en concepto de derecho de admisión y administración de la corte, además de los propios honorarios del árbitro. Si por el contrario, se eligiera ad hoc, serían únicamente los costes de los honorarios que suele ser más elevado debido a que las instituciones arbitrales siguen unas franjas entre las que oscilarán los diferentes honorarios; mientras que ad hoc, serán los propios árbitros los que calculen una cifra sin basarse en ningún parámetro. Muchos árbitros o instituciones arbitrales cuentan con un calculador de aranceles on-line⁸¹. Ésto permite que las partes tengan más seguridad y no haya variaciones de precio. Por ejemplo, en la Corte de Arbitraje de Madrid⁸² se determina primero en función de la cuantía y el número de árbitros (puede ser uno o tres); en segundo lugar, se divide la cuantía en los siguientes conceptos: por un lado, el coste de los derechos de admisión y los honorarios de los árbitros y, por otro lado, esa cantidad resultante se divide entre las dos partes: provisión de fondos del demandante y provisión de fondos del demandado.

En línea a lo expuesto anteriormente, es importante resaltar que en procedimientos de cuantía inferior a 100.000 euros, los plazos y trámites de carácter procesal se reducen, constituyendo un procedimiento abreviado. En este procedimiento tiene lugar únicamente una vista para la prueba y las conclusiones. Adicionalmente, los árbitros tendrán menor tiempo que en el procedimiento ordinario para dictar laudo.

El procedimiento arbitral queda totalmente al margen de los Tribunales, es más, los arbitrajes únicamente se rigen por las disposiciones establecidos en la LA, por tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil no será aplicable en este caso, excepto los preceptos a los que se remite específicamente la LA.

10. LAUDO ARBITRAL

⁸⁰ En caso de Madrid se ha dado competencia exclusiva al juzgado de Primera instancia núm 101, para que conozca de todas las causas arbitrales.

⁸¹ Vid. Texto de Memento de Acceso a la Abogacía. *Op. cit.* [...] Memento 2013. *Procedimiento arbitral*. Ediciones Grupo Francis Lefebvre, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. Nº 3850. Puede consultarse: Corte de Arbitraje de Madrid. Página web: www.arbitramadrid.com

⁸² Vid. Corte de Arbitraje de Madrid. Calculador de Costes: aplicable a arbitrajes iniciados a partir de 1 de abril de 2011. Página web: www.arbitramadrid.com

El laudo es la resolución motivada definitiva dictada por los árbitros que tiene efectos de cosa juzgada y que deberá ser aplicada por las partes.

10.1. CARACTERÍSTICAS

La resolución será siempre de derecho, salvo que las partes hubieran anticipado su intención de arbitraje de equidad⁸³. La decisión de los árbitros tendrá que ser conforme a lo estipulado en el convenio arbitral, en los contratos que entren a colación y aquellas normas jurídicas por las que se acordó previamente que se regularía el procedimiento. Si el arbitraje fuera internacional⁸⁴, entonces se resolverá de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes.

La adopción del laudo según estipula el artículo 35 LA:

1. Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente. 2. Salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento.

Puede ocurrir que algún árbitro no este de acuerdo, en cuyo caso podrá expresar su oposición al laudo.

En cuanto a los plazos con los que cuentan los árbitros para dictar laudo serán los siguientes: A partir de la contestación de la demanda, o bien de la contestación a la reconvencción (también puede no haberse contestado), tendrán los árbitros, en los seis meses siguientes, que haber decidido sobre la controversia, a no ser que las partes hubieran señalado específicamente su interés en otros plazos. Los árbitros podrán prorrogar en dos meses más el plazo para dictar laudo siempre y cuando haya una decisión motivada. Por lo tanto, podrán disponer los árbitros de un plazo de hasta ocho meses para resolver. Recordar en este punto, que en casos de cuantía inferior a 100.000 euros, los árbitros disponen de un plazo más reducido para dictar laudo, siendo este de cuatro meses⁸⁵.

En caso que expirara el plazo que tienen los árbitros para dictar laudo, no significa

⁸³ Vid. Artículo 34.1 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁸⁴ Vid. Artículo 34.2 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁸⁵ Vid. Corte de Arbitraje de Madrid. Preguntas frecuentes. Página web: www.arbitramadrid.com

que se vea mermada la eficacia del convenio arbitral ni tampoco la validez del laudo posterior. Pero si que los árbitros incurrirían en causa de responsabilidad, por el incumplimiento de sus funciones.

La eficacia que tiene el laudo, es decir, los efectos que desprende el laudo arbitral son la obligatoriedad de las partes que deberán cumplirlo pues, como hemos mencionado anteriormente, tiene efecto de cosa juzgada equivalente a la sentencia dictada por un tribunal.

Cabe la posibilidad que una vez se haya notificado el laudo a las partes, éstas discrepen y soliciten su revisión. Esta situación conllevaría a lo establecido en el artículo 39 LA : “Corrección, aclaración y complemento del laudo: a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo; c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él”.

Tanto para la corrección, como para la aclaración, dispondrán los árbitros de diez días para satisfacer la petición de las partes. También podrán solicitar que el laudo sea rectificado en orden a limitar su resolución a las cuestiones suscitadas y no a que se hubiera dictado sobre asuntos ajenos al objeto de la controversia, para lo cual contarán con un plazo de veinte días.

10.2. EJECUCIÓN

La ejecución del laudo arbitral se produce cuando no se ha llevado a cabo de forma voluntaria y permite que las partes puedan dirigirse al juez para que tome medidas y se cumpla su ejecución como, por ejemplo, puede ser el embargo de los bienes del ejecutado⁸⁶.

En relación a la ejecución del laudo conviene diferenciar entre la ejecución en el ámbito nacional y la ejecución de laudos extranjeros.

La ejecución de laudos emitidos en España está regulada por la LEC⁸⁷ en los

⁸⁶ Vid. Ejecución del laudo arbitral. Diccionario de Consumo. Ayuntamiento de MADRID. Página web: www.madrid.es

⁸⁷ LEY 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil. Disposición 323 del BOE núm. 7. Sábado 8 de enero de 2000.- BOE.es.

artículos 538 en adelante y en el Título VIII de la LA⁸⁸.

En caso de haberse presentado acción de anulación, el laudo sigue siendo ejecutable aunque el afectado de la ejecución puede solicitar que se suspenda la ejecución si éste garantiza⁸⁹ su cumplimiento y además asume la responsabilidad por todos los daños y perjuicios que pudieran acontecer con motivo del retraso en su ejecución.

Corresponde al juzgado de Primera Instancia, del lugar donde se hubiera dictado el laudo, emitir su autorización o su oposición a la ejecución.

Puede ocurrir que se produzca la demanda a la ejecución, en cuyo caso se deberá entregar junto al laudo, el convenio arbitral y documentos que acrediten que se ha notificado previamente el laudo a las partes.

La parte ejecutada puede, en los diez días siguientes a la notificación de la ejecución del laudo, oponerse a ella en base a los siguientes motivos:

- Cumplimiento o pago de lo exigido por el laudo.
- Caducidad de la acción ejecutiva.
- Transacción.

Adicionalmente, no se podrán despachar laudos en los veinte días siguientes a la entrega de notificación del laudo al ejecutado.

Por otro lado, la LEC en su artículo 724 hace referencia a la competencia en casos especiales:

Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

⁸⁸ Vid. Título VIII LA. *La ejecución forzosa del laudo*. Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- [BOE.es](#).

⁸⁹ Vid. Artículo 45.1 LA, “[...]la caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno”. Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- [BOE.es](#).

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados.

Con relación a la ejecución de los laudos extranjeros, aquellos que se han dictado fuera del territorio español, hay que referirse a lo regulado en el Título IX de la LA⁹⁰ formado por un único artículo:

Artículo 46: 1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español. 2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

También se recoge, como hace referencia el artículo antes mencionado, en el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, en Nueva York, del 10 de junio de 1958. Además, este convenio se apoya en otros convenios internacionales que resulten más favorable para el exequátur del laudo y se someterá al ordenamiento procesal civil donde se tenga que ejecutar.

Similar a lo que ocurre con la ejecución de laudos pronunciados en España, la competencia para autorizar o denegar la ejecución corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar de a quién recae la ejecución.

En cuanto al reconocimiento de laudos extranjeros, la competencia recae sobre la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio de la parte a quién se solicita el reconocimiento.

10.3. ANULACIÓN Y REVISIÓN

Cuando los árbitros ya se han pronunciado sobre el laudo definitivo, será cuando tiene cabida la acción de anulación⁹¹. Aparece regulada esta acción en el Título VII de la LA⁹². Los casos en los que la jurisdicción ordinaria permite la anulación de un

⁹⁰ Vid. Título IX LA. *Del exequátur de laudos extranjeros*. Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

⁹¹ La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, cambió la nomenclatura que conocía a la acción de anulación con el término recurso. Pues no estaba correctamente empleada, en cuanto los motivos no corresponden con los de la jurisdicción ordinaria.

⁹² Vid. Título VII LA. *De la anulación y la revisión del laudo*. Artículos 40-43. Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

laudo arbitral son limitados⁹³ debido, también, a que es una alternativa a la que se someten voluntariamente las partes.

Antiguamente cabía el recurso de apelación⁹⁴. Tras notificar a las partes la decisión del laudo, éstas podían decidir, en el momento, si lo aceptaban o recurrían al Tribunal de los Dicasterios⁹⁵ cuya resolución ya sería definitiva. Los hechos han demostrado que este recurso era de frecuente uso y que llevaba a que, una vez se recurría el laudo, se introduciría en dos cajas: la del recurrente y la del recurrido. Si ya se había terminado, el árbitro lo entregaba a los cuatro jueces del Tribunal de los Cuarenta Magistrados, que previamente habrían supervisado, para que dieran archivo a las actuaciones. Si por el contrario se quería recurrir, el Tribunal de los Cuarenta, que fuera de la tribu del demandado, la entregaría a los Dicasterios. Es más, y similar a lo que ocurre hoy en día como se ha señalado anteriormente, ARISTÓTELES⁹⁶ señala que estos últimos, encargados de resolver el recurso, no podrían emplear información ni pruebas que no se hubieran presentado durante el proceso.

En la actualidad, la impugnación de laudos españoles garantiza⁹⁷ que se cumplan los objetivos fundamentales, la jurisdicción controle tanto los aspectos formales y que se ajuste el arbitraje al orden público respetando los derechos de las partes.

El artículo 41 LA, dispone que el laudo únicamente puede ser anulado cuando la parte interesada en su anulación alegue y pruebe las siguientes causas tasadas:

- El convenio arbitral no existe o no es válido.
- No haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos⁹⁸.

⁹³ Vid. FORTÚN, A Y ÁLVAREZ- GARCILLÁN, G. “La impugnación de los laudos Arbitrales”. Junio de 2013. CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. Página web: www.cuatrecasas.com

⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A *Op. cit.*[...] Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L. En Madrid a 20 de enero de 2014, p. 48

⁹⁵ Dicasterios, son diez secciones el Tribunal de Justicia de los Heliastas de Atenas.

⁹⁶ ARISTÓTELES, filósofo, pensador y científico de la antigua Grecia.

⁹⁷ Vid. FORTÚN, A Y ÁLVAREZ- GARCILLÁN, G. “La impugnación de los laudos Arbitrales”. Junio de 2013. CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. Página web: www.cuatrecasas.com p.2

⁹⁸ Vid. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA. *Sentencia del 30 de enero de 2012*. RTSJ: 1/2012. Aranzadi-Westlaw. La única sentencia que estimó anulación por esta causa.

- Los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión⁹⁹.
- La designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- Los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- Laudo contrario al orden público¹⁰⁰.

Las causas¹⁰¹ que se refieren a la indebida notificación de la designación de árbitros; aquellas relativas a que los árbitros hayan resuelto cuestiones en arbitraje que no correspondiera;¹⁰² o aquellas en que el laudo sea contrario al orden público, podrán ser presentadas de oficio por el tribunal que lleva la acción de anulación o a instancia del Ministerio Fiscal, pues se trata de causas por las cuales, el MF está legitimado para defender.

Por otro lado, los laudos extranjeros tienen las mismas causas, salvo las siguientes distinciones recogidas en el artículo 34 párrafo segundo de la Ley Modelo CNMUDMI, así como en el primer párrafo del artículo 5 de CNY:

- Las partes estuvieron sujetas a alguna incapacidad o que el convenio arbitral no es válido¹⁰³.
- La resolución por los árbitros de materias no previstas en la cláusula arbitral¹⁰⁴.

⁹⁹ Vid. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA. *Sentencia del 23 de abril de 2012*. RTSJ: 15/2012. Aranzadi-Westlaw.

¹⁰⁰ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978. Sección Primera, Capítulo Segundo, Título Primero y artículo 24. Disposición 31229 del BOE núm. 311. 29 de diciembre de 1978.- [BOE.es](#)

¹⁰¹ Vid. Artículo 41.2. de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- [BOE.es](#).

¹⁰² Vid. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTRAMADURA. *Sentencia del 19 de junio de 2012*. RTJS: 717/2013. Aranzadi-Westlaw. Excepción a las materias objeto de arbitraje.

¹⁰³ Artículo 5.1.a) “Que las partes en el acuerdo al que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”. *Op. cit [...]*. Convención de Nueva York de 1958.

¹⁰⁴ Artículo 5.1.c) “Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido

- Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje¹⁰⁵.
- Respecto del laudo, que no sea aún obligatorio para las partes o que haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado¹⁰⁶.

El plazo para ejercer la acción de anulación es de dos meses desde la notificación, o en caso de haber corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación¹⁰⁷ “*de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla*”.

Tienen competencia para conocer de la acción de anulación del laudo la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia¹⁰⁸ de la Comunidad Autónoma donde se hubiera dictado. Se sustanciará la acción de anulación por los cauces del juicio verbal¹⁰⁹, y se deberá presentar la demanda siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 399 LEC.

A modo de conclusión, es importante reseñar que sobre la sentencia que se dicte no cabrá ningún recurso¹¹⁰. Del laudo firme sólo cabe la revisión, pues produce efectos de cosa juzgada. Sin embargo, no consta en nuestra jurisprudencia, desde la entrada en vigor de la LA, que se haya estimado un recurso de revisión.

11. CONCLUSIÓN

sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”. *Op. cit. [...]*. Convención de Nueva York de 1958.

¹⁰⁵ Artículo 5.1.d) “Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”. *Op. cit. [...]*. Convención de Nueva York de 1958.

¹⁰⁶ Artículo 5.1.e) “Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”. *Op. cit. [...]*. Convención de Nueva York de 1958.

¹⁰⁷ *Vid.* Artículo 41.4. de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

¹⁰⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. *Sentencia del 6 de junio de 2012*. RSTJ: 20/2012. Aranzadi-Westlaw.

¹⁰⁹ *Vid.* Artículo 42. de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

¹¹⁰ *Vid.* Artículo 43 de la LA. *Op. cit. [...]*, Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- BOE.es.

El presente trabajo, “Proyección del Arbitraje a partir del Derecho Romano”, proporciona concluir a propósito de la relevancia que ha adquirido el arbitraje en el paso del tiempo.

Como se observa en su contenido, el arbitraje, aunque posiblemente pueda entenderse que su origen está en Grecia, como concepto en sí y como institución, no se constituyó hasta la época Romana siendo, incluso, anterior a la formación de la impartición de justicia y la correspondiente competencia de los magistrados de dictar sentencias. Por tanto, la finalidad del trabajo es desarrollar el progreso desde el arbitraje primitivo hasta el concepto de arbitraje en la actualidad.

Paralelamente, la evolución de la figura del *arbiter o arbitri* que era, a su vez, garante y perito, además del protagonista en la resolución de los conflictos entre las partes en los comercios de la época romana, hasta el árbitro de reconocido prestigio a nivel nacional y/o internacional.

El arbitraje y la evolución de sus características, las técnicas empleadas en el procedimiento, el respeto a los derechos fundamentales o el mero concepto de imparcialidad, se han ido actualizando en cada período desde su aparición.

Toma una perspectiva nacional e internacional. En cuanto a la nacional vemos como su aplicación, si bien no se recoge en la Constitución Española, se fundamenta en la autonomía de la voluntad que si viene destacado en ella. La codificación del arbitraje lo percibimos claramente en la Ley de Arbitraje, la cual ha servido de esqueleto para el desarrollo de esta exposición. Legislación basada en la Ley Modelo de CNUDMI a nivel internacional. En lo referente a este aspecto internacional conviene concluir, junto con la importancia de la institución arbitral, sobre la, cada vez mayor, aplicación del Convenio de Nueva York, aumentando el número de Estados que lo ratifican formando parte del mismo. Este hecho ha permitido que se establezcan normas legislativas comunes cuyo fin es el reconocimiento de los pactos arbitrales y de los laudos provenientes de los distintos estados y, por tanto, evitando que cada Estado resuelva la misma controversia conforme a su propia legislación.

Gracias a la globalización, en más frecuentes ocasiones, las partes enfrentadas se someten a esta alternativa extra-judiccional. Las materias objeto de arbitraje crecen en número. Los arbitrajes van sucediendo a medida que se consolida esta institución, se caracterizan por ser plurilingües y los árbitros se especializan en temas de muy diversa naturaleza.

Tras la lectura del presente trabajo se puede hacer una valoración de las ventajas que suscita el arbitraje frente a los Tribunales de Justicia. Se valoran positivamente por su celeridad, imparcialidad o especialización de los árbitros en el objeto de la controversia, frente a la lentitud y formalismo que presentan los tribunales. Adicionalmente, en cuanto a la resolución de las controversias, en forma de laudo arbitral, ofrece tanto seguridad jurídica como efectividad en su cumplimiento. El laudo, en la etapa Justiniana, cobrará naturaleza de título ejecutivo y se le dota de efectos constituyéndose en *res judicata*, ante la cual podrá solicitarse su revisión o anulación ante los tribunales. Este hecho también procede de épocas romanas con el arbitraje compromisario por el que se permitía, en casos *mala fides* del *arbitrator*, presentar recurso ante los magistrados por medio de la fórmula *exceptio doli*.

Todo ello ha permitido el mantenimiento de esta institución no sólo en la evolución del Derecho Romano sino en todas las que le han sucedido. Esta permanencia en el tiempo se ve reflejado como hemos visto a lo largo de la exposición en numerosos elementos.

El arbitraje primitivo tiene por tanto una serie de características que fundamentan la práctica que realizamos hoy en día. Los pactos o acuerdos entre las partes, *conventio* o *compromissum*; o entre las partes y el árbitro, *receptum arbitrii*. Pactos que vemos reflejados en el arbitraje de nuestros tiempos por el acuerdo entre las partes, convenio arbitral, o entre las partes y el árbitro en la declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad. Por consiguiente, es conveniente para afianzar conocimientos sobre una institución el estudio de la historia ya que proporciona la explicación del porqué de una metodología y no otra.

La elaboración de este Trabajo de Fin de Grado me ha permitido tener una visión amplia del concepto de arbitraje a la vez que profundizar en sus antecedentes y raíces

de nuestro Derecho. Confío en haber logrado mi objetivo de, con su contenido, haber mostrado de forma clara aquellos aspectos necesarios para proporcionar los fundamentos de este método actual de solución de controversias entre partes.

12. BIBLIOGRAFÍA

A) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

a) LIBROS:

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A, *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*. Discurso en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dykinson S.L., Madrid, 20 de enero de 2014.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Duodécima edición 2009. Thomsom Reuters. Civitas. Aranzadi, Pamplona, 2009.

PASQUALE FIORE, L.L, *Digesto Italiano*. Unión Tipográfico-editrice. Torino, 1899.

PRINGSHEIM, *Aequitas una bona fides*. Heidelberg, 1961.

VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, segunda edición, Thomsom, Civitas, Aranzadi, Madrid, 2007.

b) CAPÍTULOS DE LIBROS O COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

Coloquio celebrado en la Sala del Consejo de Administración Fiduciaria de la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, el 10 de junio de 1998 para celebrar el

40.º Aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Memento de Acceso a la Abogacía. Memento 2013. *Procedimiento arbitral*. Ediciones *Grupo Francis Lefèbre*, 2013. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS. Nº 3810-3850.

Memoria Anual de la Corte de Arbitraje de Madrid 2012.

Organización de Estados Americanos. “Instituciones Internacionales de Arbitraje Comercial”.

Registro de textos de CONVENCIONES y OTROS INSTRUMENTOS RELATIVOS AL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Volumen II. Naciones Unidas, Nueva York, 1973. Publicación de las Naciones Unidas. Nº de venta: S.73.V.3.

c) REVISTAS:

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, “El arbitraje: ¿qué es y cuáles son sus ventajas e inconvenientes?”.

CECA MAGÁN, “Mediación y Arbitraje: Diferencias y características”. Artículo publicado en *Informativo Jurídico*, 18 de marzo de 2013.

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, “Aspectos a Tener en Cuenta en la Redacción de Cláusulas Arbitrales”.

FORTÚN,A Y ÁLVAREZ- GARCILLÁN,G. “La impugnación de los laudos Arbitrales”. Junio de 2013. CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA.

GARRIGUES. “¿Demasiadas instituciones arbitrales en España?”. Artículo publicado en *diariojurídico.com*, el 26 de junio de 2012.

MARRONE, “Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana”. *Diritto Romano Comune*.

MONTERO,F.J. “Modificación de la Ley de Arbitraje: El nuevo seguro de responsabilidad civil para árbitros e instituciones arbitrales” . Artículo publicado en *diariojuridico.com*, el 15 de septiembre de 2011. PEREZ-LLORCA

UNIVERSIDAD DE NAVARRA, “Conceptos de arbitraje (IV): arbitraje ad hoc y arbitraje institucional”. Artículo publicado en el *Blog de Actualidad Universitaria*, de 28 de septiembre de 2011.

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, “Arbitraje Institucional”. Artículo publicado EN *Pendiente de Migración*, 1 de septiembre de 2012.

B) OTROS RECURSOS:

a) LEGISLACIÓN:

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978. Sección Primera, Capítulo Segundo, Título Primero y artículo 24. Disposición 31229 del BOE núm. 311. 29 de diciembre de 1978.- BOE.es

LEX IULIA.

LEY DE LAS XII TABLAS.

LEY Modelo de la CNMUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas 2008. Publicación de las Naciones Unidas. Nº de venta: S.08.V.4. ISBN 978-92-2-333392-1.

LEY 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

LEY 10/1999, de 16 de abril, por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación.

LEY 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil. Disposición 323 del BOE núm. 7. Sábado 8 de enero de 2000.- [BOE.es](#).

LEY 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Disposición 23646 del BOE núm. 309. Viernes 23 de diciembre de 2003.- [BOE.es](#).

LEY 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

LEY 5/2012, de 6 de julio, de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles. Disposición 9112 del BOE núm.162. Sábado 7 de julio de 2012.- [BOE.es](#).

REGLAMENTO de la Corte de Arbitraje de Madrid de 2009.

REGLAMENTO de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010. Nueva York 2011. Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

b) JURISPRUDENCIA:

TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA. *¿Qué es el Arbitraje?*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala Primera, *Sentencia de 4 de octubre de 1993*, [RTC: 1993/288](#). Aranzadi-Westlaw.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATAÑUÑA, *Sentencia del 10 de mayo de 2012*. [RTSJ: 29/2012](#). Aranzadi-westlaw.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA. *Sentencia del 30 de enero de 2012*. [RTSJ: 1/2012](#). Aranzadi-Westlaw.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA. *Sentencia del 19 de junio de 2012*. RTJS: 717/2013. Aranzadi-Westlaw.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA. *Sentencia del 23 de abril de 2012*. RTSJ: 15/2012. Aranzadi-Westlaw.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. *Sentencia del 6 de junio de 2012*. RSTJ: 20/2012. Aranzadi-Westlaw.

TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1995*. Aranzadi-Westlaw.

TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia del 7 de febrero de 1981*. RTS: 9393. Aranzadi-Westlaw.

c) RECURSOS DE INTERNET:

ARTÍCULOS UNIVERSITARIOS. Páginas web:

- www.actualidaduniversitaria.com [14-01-2014]
- www.pendientedemigracion.ucm.es [16-01-2014]

BASES DE DATOS:

- www.aranzadi.es Jurisprudencia. [26-01-2014]
- www.upcomillas.es Memento. [02-02-2014]

CÁMARA DE CÁDIZ. Página web: www.camaracadiz.com [08-03-2014]

CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE. Página web: www.clubarbitraje.com [10-02-2014]

CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID. Página web: www.arbitramadrid.com
[26-01-2014]

CRIPS LINK. Página web: www.crippslink.com [09-03-2014]

DICCIONARIO DE CONSUMO. Ayuntamiento de MADRID. Página web:
www.madrid.es [05-03-2014]

INFORMATIVO JURÍDICO. Página web: www.informativojuridico.com [08-03-
2014]

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: www.oas.org [23-03-2014]

PUBLICACIONES:

- GARRIGUES. Página web: www.garrigues.com [21-02-2014]
- CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. Página web:
www.cuatrecasas.com [21-02-2014]
- CECA MAGÁN. Página web: www.cecamagan.com [24-04-2014]

UNIVERSIDAD DE CHILE: www.derecho.uchile.cl [24-03-2014]