

Estudio acerca del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el derecho español

Almudena Valiño Ces (¹)

^¹ Profesora de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa. Facultad de Derecho. Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España). Correo: almudena.valino@usc.es.

1. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos

1.1. Con carácter general

En EE.UU. las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) aparecieron alrededor de los años treinta del siglo pasado debido a un movimiento típicamente anglosajón: el movimiento de libre acceso a la Justicia. Su fundamento reside en el hecho de que todos tengan la posibilidad de acceder a un sistema, cualquiera que sea, mediante el cual se logre una solución efectiva al conflicto planteado². Por ello, este movimiento se encamina a buscar alternativas a los tribunales, que, en muchas ocasiones, tal como entiende BARONA VILAR, no son conocidas en el sistema jurídico³. Alternativas que, según esta autora, se originan a causa de tres clases de motivos: el colapso producido en los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles; el sentimiento creciente de que faltaban cauces privados de solución de conflictos, sobre todo entre los particulares; y la incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia⁴.

Son diversas las denominaciones que buscan identificar al conjunto de estos mecanismos. A este respecto, cabe destacar, en primer lugar, la referencia “Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos” (MESC) que alude a “*cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes deben o desean mantener su relación después del procedimiento o*

² Para Cappelletti las ADR son “*mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*” (Cappelletti, Mauro, “*Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*”, *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 282).

³ Barona Vilar, Silvia, “*Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación*”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 18 – núm. 1, 2011, pp. 191 y 192.

⁴ Barona Vilar (nota 3), p. 192.

en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico)”⁵.

HUERGO LORA⁶ identifica como “Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos”, a “*aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica, de tal forma que se impida a las partes plantearla en vía judicial o se ponga término a un proceso ya comenzado*”.

Por último, puede destacarse la denominación “Técnicas alternativas de resolución de conflictos” (TARC)⁷.

Habida cuenta de lo expuesto, se relacionan a continuación, algunas de las características más relevantes de las técnicas ADR⁸. Por un lado, la participación de las partes involucradas en el conflicto debe ser absolutamente voluntaria y, por otro, se requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto, cuyo grado de participación variará en función del específico método: bien acercar las posiciones

⁵ Paz Lloveras, Eduardo (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre de 2002, p. 10.

⁶ Huergo Lora, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 15.

⁷ Con todo, la referencia más empleada es, sin duda, ADR. Ésta será el que se maneje a lo largo de este trabajo, pues no solo es el concepto más utilizado en la bibliografía de esta materia, sino también el que se utiliza en la regulación europea.

Fuera de la regulación europea también encontramos alguna referencia como Medios Alternativos de Solución de Diferencias en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, recogida en el Decreto núm. 914 de 2002 de El Salvador. En su artículo 2 señala que se hará uso de estos medios “*cuento en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y aceptan expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato*”.

⁸ Son fruto del análisis de diversas resoluciones de la Comisión y del Parlamento Europeo sobre las ADR. Entre las numerosas resoluciones que existen en este contexto, se pueden citar: la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; el Reglamento “Bruselas II” (CE) núm. 1347/2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental de los hijos comunes; y el Reglamento “Bruselas II bis” COM (2001) 505 final; la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE); el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil” (2003/C85/02) de 8 de abril de 2003; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y mercantiles.

de las partes o bien emitir una decisión. Esta decisión puede consistir en una simple recomendación no obligatoria, en una recomendación forzosa para una sola parte o, por el contrario, preceptiva para ambas partes, como sucede en el arbitraje. Además, este tercero puede ser una autoridad pública, aunque en la mayor parte de los casos, es un órgano privado.

En resumen, se trata de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y de un tercero imparcial o, si se prefiere, de una opción alternativa extrajudicial, fundamentalmente de naturaleza heterocompositiva. Además, se erigen como la consecuencia de la creación del Estado de bienestar, además de un intento de obtener la solución a los problemas que existen de acceso a la Justicia⁹.

En otro orden de cosas, se hacía antes referencia a la diversidad de métodos de las ADR. A grandes rasgos, pueden diferenciarse dos grandes bloques de clasificación¹⁰. En primer lugar, las ADR en sentido estricto – o convencionales –, son aquellas a las que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial. Su origen se encuentra exclusivamente en la voluntad de las partes de resolver su controversia. Por tanto, las ADR convencionales se basan en principios de procedimiento que las partes eligen

⁹ Quedó patente que la Unión Europea viene entendiendo que las ADR constituyen una eventual y factible respuesta a la creciente visión negativa respecto a la solución judicial de los conflictos, en tanto constituyen vías que pueden ofrecer al ciudadano un mejor acceso a la solución de sus disputas. En esta línea se sitúa Azparren Lucas, cuando señala que “dentro de la UE el acceso a la Justicia, que constituye uno de los objetivos clave de la Política de la Unión, incluye en su concepto, la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial” (Tal como se contempla en el prólogo de la obra de Pérez Martell, Rosa, *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15).

¹⁰ Esta distinción ya se contempla en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 8 de abril de 2003 (pp. 16 y 17). Disponible en <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/LexUriServ.pdf>. Este Libro Verde es presentado por la Comisión el 19 de abril de 2002, que se erige como el precursor de la de Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Posteriormente, Pérez Martell también aborda esta cuestión y diferencia las ADR que se desarrollan de forma privada entre las partes – convencionales – y las que tiene lugar en el marco de la Administración de Justicia Pérez Martell (nota 9), p. 24.

libremente, adhiriéndose, por ejemplo, a los reglamentos propuestos por las asociaciones profesionales o corporaciones o bien a través de códigos deontológicos a los que se someten.

Dentro de ellas cabe distinguir tres clases: una, el tercero designado por las partes debe emitir una decisión vinculante para una de las partes; dos, el tercero únicamente aportará una recomendación, que las partes pueden decidir aplicar o no, y tres, el tercero no se pronuncia de modo formal sobre la solución que podría adoptarse al litigio, sino que se limita a aproximar las posturas en conflicto para ayudar a las partes a lograr el acuerdo.

En ausencia de regulación específica, a este tipo de ADR le son de aplicación las disposiciones generales del Derecho contractual o las disposiciones específicas inherentes a los acuerdos transaccionales que las ADR pueden conseguir, que se fundamentan en los principios generales del Derecho contractual, del Derecho procesal civil y del Derecho internacional privado.

En segundo lugar, las ADR en sede judicial o intrajudicial¹¹, son aquellas aplicadas por un juez o derivadas por éste a un tercero. Así, es el juez quien, con cometidos distintos a los habituales, interviene como conciliador o delegando dicha intervención en un tercero.

En cuanto a las primeras, las aplicadas por un juez, cabe comentar que en el seno de los países de la Unión Europea se fija la posibilidad de consultar a un juez a efectos de conciliación¹². Así, por ejemplo, en Italia¹³ y en Grecia¹⁴, es el Juez de Paz

¹¹ Se ha de resaltar que un programa ADR conectado a un tribunal presenta beneficios, según comenta Pérez Martell (nota 9), p. 31 y 32, entre los que se puede destacar el fomento del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos, tales como mediación, conciliación, arbitraje, etc.; la ayuda a la Administración de Justicia, y dentro de ella, la gestión de conflictos; el incremento de la confianza en el sistema judicial; la rapidez en la resolución del conflicto; la reducción de costes; un procedimiento en el que las partes tienen el control sobre la decisión; conseguir acuerdo duraderos, etc.

¹² Vid. Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 8 de abril de 2003 (p. 15).

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002 contiene un régimen uniforme del procedimiento de conciliación que facilitará el recurso de conciliación e impulsará la predecibilidad y certeza jurídica requerida para el mismo. Así, este texto

quién tiene competencia para conciliar con carácter previo al proceso; o en Bélgica, donde se contempla una competencia general que se atribuye a los primeros jueces ante quienes se puede presentar una instancia para que actúen con visos de una conciliación¹⁵. En lo que se refiere a nuestro país, en el orden civil, antes del proceso civil puede acudirse a la conciliación de modo voluntario.

Por el contrario, en otros países se prevé la conciliación como fase obligatoria del procedimiento. En Finlandia, entre otros, el juez está compelido, en cualquier proceso civil, a intentar previamente que se obtenga un acuerdo entre las partes. En Alemania, el tribunal debe tratar de ayudar a la búsqueda de una solución pacífica a lo largo de todo el procedimiento. Incluso, en Francia, la conciliación entre las partes se incluye como parte de las funciones del juez¹⁶.

En España, en el orden civil, la conciliación es un acto facultativo y puede tener lugar antes del inicio de un proceso judicial – conciliación preprocesal – o una vez que el pleito ya ha comenzado – conciliación intraprocesal. Ésta última tendrá lugar en la audiencia previa, si estamos en el proceso ordinario, o en la vista, si estamos en el proceso verbal¹⁷. En ambos casos se celebrará a fin de que se termine el proceso antes del juicio o, si esto no es viable, preparar el juicio eludiendo

aborda los aspectos procesales de esta vía extrajudicial: la designación de los conciliadores; el inicio y la clausura del procedimiento; la tramitación de las actuaciones; la comunicación entre el conciliador y las partes; la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos; así como ciertas cuestiones posteriores a la conciliación, tal y como la actuación del conciliador a título de árbitro y la ejecutoriedad del denominado acuerdo de transacción (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002_Model_conciliation.html).

¹⁵ De conformidad con lo dispuesto en los artículos 183, 320 y 322 del Código de enjuiciamiento civil (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_es.htm).

¹⁶ Con carácter general, en Grecia no se han desarrollado los MASC y la resolución extrajudicial de conflictos es prácticamente desconocida. Por lo que respecta al intento de conciliación que puede preceder a la acción judicial, se regula en los artículos 208 a 214 del Capítulo I del Código Civil griego, empero las ocasiones en las que se utilizan este mecanismo son escasas (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gre_es.htm#102).

¹⁷ *Vid.* el artículo 731 del Código judicial de Bélgica.

¹⁸ *Vid.* Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 8 de abril de 2003 (p. 15).

¹⁹ La conciliación, en el proceso ordinario, podrá tener lugar al inicio de esta fase intermedia – artículo 415.1 LEC – o al final de ésta – artículo 482.2 LEC –. Por su parte, si estamos en el proceso verbal, se celebrará al inicio de la vista – artículo 443.1 LEC.

cualquier posible inconveniente para su válida continuación. Por lo que respecta al orden laboral, se contempla la conciliación como preceptiva antes del proceso y se caracteriza por la participación del juzgador en un doble plano: en el de la advertencia de los derechos y obligaciones de las partes en relación con el proceso iniciado y en el de la aprobación o no del acuerdo alcanzado si es que éste tiene lugar.

En relación a las ADR derivadas por el juez a terceros¹⁸, se destaca que en la mayor parte de los Estados miembros son objeto de una regulación de alcance general. En ella se contempla la posibilidad de que en el marco de un proceso el juez decida que las partes, si lo han solicitado de forma conjunta, asistan a mediación, como sucede en Bélgica y en España. Diferente es Suecia, donde se puede obligar al juez a que haga lo posible para que las partes recurran a otros sistemas de solución de conflictos en aras de resolver pacíficamente el litigio.

Una diferencia relevante entre ambos tipos consiste en que en las de tipo convencional las partes gozan de total libertad, tanto para elegir al tercero imparcial que intervendrá en la resolución del conflicto, como para organizar el procedimiento o configurar la ADR, siempre que no existan unas garantías mínimas preestablecidas. En cambio, estas últimas – las aplicadas por un juez o derivadas por éste a un tercero –, aunque son flexibles, han de limitarse a determinadas normas mínimas de procedimiento, a fin de garantizar el procedimiento mediador, máxime si se encuentran en el seno de los procesos judiciales, toda vez que su regulación depende de las autoridades públicas y su desarrollo se encuentra sometido al control del juez.

¹⁸ Los terceros que designan los jueces pueden ser funcionarios o particulares nombrados por las autoridades judiciales, basándose en determinados criterios, e inscritos en una lista, o seleccionados caso por caso.

1.2. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en España

Para solventar conflictos jurídicos no existe únicamente el proceso, sino que paralelamente coexisten otros instrumentos adecuados para la composición del litigio que separa a dos partes, sin implicar ejercicio de jurisdicción y que, por eso, se denominan como extrajudiciales¹⁹: negociación, conciliación, mediación o arbitraje, entre otros²⁰.

Ahora bien, vaya por delante que no es objetivo de este trabajo analizar en profundidad cada uno de estos sistemas. Con todo, sí nos gustaría poner de relieve algunos de los aspectos que, por diversas razones, estimamos importantes.

1.2.1. Negociación

Por negociación²¹ se entiende el mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, a través del cual las partes voluntariamente alcanzan un acuerdo sin la intervención de un tercero neutral²². En este sentido, PAZ LLOVERAS concibe a la negociación como el mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, a través del cual las partes voluntariamente alcanzan un acuerdo sin la intervención de un tercero neutral²³.

En la línea de la definición expuesta, BARONA VILAR entiende que en la negociación, los sujetos en conflicto, por ellos mismos y sin la necesidad de un tercero, pueden tratar de obtener una solución al asunto suscitado²⁴. Para ello,

¹⁹ Ello no obstante, tanto la conciliación como la mediación también puede ser intrajudiciales.

²⁰ En atención a la distinción entre los métodos autocompositivos y los heterocompositivos, podemos incluir en los primeros: la negociación, la mediación y la conciliación, en cuanto la resolución del conflicto es alcanzada por las partes. En cambio, entre los segundos, están el proceso y el arbitraje, en tanto es un tercero – juez o árbitro respectivamente – quien decide el litigio.

²¹ Una forma de negociación es la transacción definida en el artículo 1809 del Código Civil como el “*contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”. De este modo, las partes acuerdan por sí mismas la solución de la controversia.

²² Paz Lloveras (nota 5), p. 23.

²³ Paz Lloveras (nota 5), p. 23.

²⁴ A este respecto, Fernández-Ballesteros entiende que la negociación no es sólo un medio adecuado para resolver conflictos – presentes o futuros – sino también resulta apropiado para evitar que estos

intentarán comunicarse entre sí “*exponiendo cada uno sus beneficios, asumiendo que en todo caso, va a existir una cesión que implique una renuncia a algo*”²⁵.

Por ello, la negociación constituye un instrumento muy útil en la resolución de conflictos, generalmente voluntario, y que promueve el diálogo entre partes con el objeto de alcanzar un acuerdo con respecto al conflicto²⁶. De hecho, es habitual que las partes, o al menos una de ellas, traten de alcanzar un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que se acude. Incluso, una vez comenzado el proceso judicial, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver el litigio de manera más rápida y económica.

Por otro lado, los elementos que definen a la negociación son los que a continuación se indican²⁷. Primero, que existen dos o más partes implicadas entre las que existe una relación de interdependencia, de la cual dependen las tácticas de comunicación, la posibilidad de metas supraordenadas, la evitación de tácticas irrationales, etc.; segundo, que se trate de una relación motivacionalmente contradictoria, lo que conlleva que las personas y organizaciones tengan intereses contrarios y difíciles de unificar; y tercero, el conflicto y la negociación están mediatizados por las relaciones de poder entre las partes. En este sentido, para llevar a cabo una negociación es preciso determinar un cierto equilibrio de poder

aparezcan (Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel, *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgum, Madrid, 2014, p. 105).

²⁵ Barona Vilar, Silvia, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 70 y 71.

²⁶ La negociación fue comúnmente calificada como un enfrentamiento entre partes, lo que no obstante para que actualmente se identifique como un procedimiento en el que predomina el trabajo en equipo. En otras palabras, se ha redefinido la negociación calificando el conflicto como un problema común de las partes que éstas solucionan trabajando en equipo. De hecho, se entiende que para que exista negociación entre dos más partes es precisa la concurrencia de diversas circunstancias: la interdependencia entre ellas – que haya intereses comunes –; la percepción de conflicto – intereses contrapuestos reales o al menos percibidos –; la interacción estratégica; y la posibilidad de acuerdo (Martínez Martín, Rafael, “La Negociación”, en Orozco Pardo, Guillermo; Monereo Pérez, José Luis (Dirs.); González de Patto, Rosa María y Lozano Martín, Antonio (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 115).

²⁷ Disponible en http://www.ulpgc.es/hege/almacen/download/38/38191/tema_1_estrenguas_de_gestion __la_negociacion.pdf.

entre ambas, minimizando, de ser factible, la posibilidad de que una de ellas pueda imponer su posición a la otra²⁸.

En definitiva, la negociación representa un procedimiento planificado teniendo en cuenta hasta el mínimo detalle y, además, se va a aplicar todo un conjunto de instrumentos con la finalidad de lograr los objetivos previamente delimitados. Para los negociadores profesionales los aspectos más imprevistos pueden ser parte de una estrategia negociadora²⁹. Por ello, la experiencia en estos casos es esencial, pues constituye una ventaja para lograr el éxito en la negociación, en tanto posibilita “*un análisis más preciso y menos sesgado de la situación y del comportamiento del adversario y utilizar estrategias y comportamientos más apropiados a la situación*”³⁰.

1.2.2. Conciliación

La conciliación se configura como un método similar a la mediación, pues se traduce en la intervención de un tercero neutral al conflicto que intenta que las partes lleguen a un acuerdo para sus diferencias. Se trata de la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que puede ser un órgano judicial o no judicial, para la solución del conflicto que las enfrenta evitando, de esta forma, el pleito.

CASTILLEJO MANZANARES la concibe como un acto facultativo de las partes que tienen un conflicto de intereses, quienes comparecen ante una autoridad a fin de resolver su controversia y obtener acuerdos, sin que ésta imponga solución alguna, toda vez que únicamente se pretende aproximar a las partes³¹. En términos similares,

²⁸ En cuanto al poder que preside las relaciones entre las partes, se caracteriza por las siguientes notas: es un poder relacional, que algunas personas, grupos o instituciones tienen con respecto a otras y en determinadas situaciones; surge de la dependencia de recursos; implica libertad para tomar decisiones; y además, es un potencial, de forma que puede existir sin que se utilice.

²⁹ Martínez Martín (nota 26), p. 112.

³⁰ Medina Díaz, Francisco José; Munduate Jaca, Lourdes y Martínez Pecino, Roberto, “La enseñanza de la negociación”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, pp. 183 a 200.

³¹ Castillejo Manzanares, Raquel, *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 168.

SOSPEDRA NAVAS la considera como la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que no tiene una intervención activa y que puede ser un órgano judicial o no, en orden a solucionar una determinada controversia para así evitar el pleito o poner fin al que se ha iniciado³².

La conciliación constituye un mecanismo autocompositivo, en virtud del que las partes, con base en la autonomía de la voluntad y siempre que se trate de una materia disponible, pueden evitar el comienzo de un proceso judicial o poner fin al ya iniciado³³.

La solución de su conflicto se llevará a cabo mediante un acuerdo de las partes alcanzado ante un tercero, ya sea un Juez de Paz o un LAJ – en la conciliación intrajudicial preprocesal³⁴ – o un juez – en la conciliación intrajudicial intraprocesal³⁵. Y podrá tener lugar antes del proceso de declaración o una vez iniciado éste, bien en la audiencia previa del juicio ordinario o bien en la vista del juicio verbal. En estos casos, el tercero no decide nunca, sino que son las partes quienes resuelven sus conflictos. Asimismo, en el marco de una conciliación extrajudicial pueden llevarla a cabo notarios y registradores.

Finalmente, la conciliación se concibe como la actividad realizada, ante un tercero, por las partes en conflicto de intereses, a fin de lograr la composición del mismo. Son las partes quienes ponen término al litigio a través de una dejación,

³² Sospedra Navas, Francisco José, *Proceso Civil. La jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 542 y 543.

³³ Tal como entiende Herce Quemada: “el ordenamiento jurídico toma de la vida corriente la conciliación para hacer de ella una institución jurídica, confiando a un órgano del Estado la función de mediar entre los particulares para encontrar una solución persuasiva a la controversia entre ellos” (Herce Quemada, Vicente, “La conciliación como medio de evitar el proceso civil”, *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo, 1968, p. 58).

³⁴ Este tipo de conciliación se regula en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en concreto, en los artículos 139 a 148. Lo cierto es que hasta la aprobación de esta Ley, la conciliación se contemplaba en los artículos 460 a 480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en virtud del apartado 1.2º de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

³⁵ Esta conciliación viene regulada en los artículos 415 y 428.2 LEC para el juicio ordinario y 443 para el juicio verbal, que realiza el juez de primera instancia.

total o parcial, de las respectivas posiciones iniciales. El conciliador puede hacer sugerencias en relación con las propuestas que cada parte manifieste para la consideración de la otra, pudiendo ofrecer, incluso, diversas posibilidades de solución. El desarrollo del acto de conciliación puede variar en función de las características del conflicto, de la actitud de las partes y de las capacidades y actitudes del conciliador, quien estará condicionado por las diferentes circunstancias³⁶.

1.2.3. La mediación

La mediación puede ser definida como un mecanismo de carácter voluntario en el que un tercero neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más

³⁶ Desde una perspectiva técnica, a juicio de Soleto Muñoz, en la conciliación se puede distinguir las siguientes fases: En primer lugar, la identificación de las partes y sus intereses: el LAJ o el Juez de Paz, en algunos casos, pueden estar condicionados por determinados intereses de las partes de forma previa al acto de conciliación, pues ya en la solicitud se pueden manifestar, y en otros, no los va conocer hasta el momento del acto de conciliación. Por ello, uno u otro deberán identificar los intereses de las partes mediante preguntas e impulsando el diálogo entre ellas. A partir de la identificación de los intereses que mueven a las partes, en segundo lugar, se podrá generar opciones de acuerdo para cada uno de los asuntos pendientes. En tercer lugar, la consecución de acuerdos: generadas las opciones para cada asunto, la conciliación se dirigirá a la consecución de acuerdos relativos a cada cuestión conflictiva. Por último, la instrumentalización del acuerdo se refiere a que una vez que las partes han manifestado su conformidad con un acuerdo, éste debe hacerse eficaz procesalmente. A tal efecto, el artículo 146 LJV precisa que *“las partes podrán solicitar testimonio del acta que ponga fin al acto de conciliación”* y éste *“junto con el del decreto del Secretario judicial o del auto del Juez de Paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución”*.

Al abordar la eficacia, es preciso diferenciar los efectos que produce la presentación de la solicitud y los que derivan del acuerdo alcanzado en la conciliación. En cuanto a la presentación de la solicitud con la posterior admisión, ésta ocasiona la interrupción de la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, tal y como se regula en el artículo 143 LJV. Y respecto al acuerdo obtenido por las partes, se ha de destacar que el artículo 147 de esta Ley le atribuye a éste fuerza ejecutiva y contempla, igualmente, a quien corresponderá conocer de la ejecución, al señalar que lo convenido por las partes en el acto de conciliación se llevará a efecto por *“el mismo Juzgado que tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado”*. Mientras que *“En los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado de Primera Instancia a quien hubiere correspondido conocer de la demanda”* (Vid. Soleto Muñoz, Helena, “La conciliación: una nueva función del secretario judicial”, *Estudios Jurídicos*, Dialnet, 2010, pp. 6 a 9).

personas inmersas en un conflicto a encontrar una solución consensuada que le ponga término³⁷.

En línea semejante, cabe entender que la mediación es un “*proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial y neutral, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto*”³⁸.

En palabras de FOLBERG y TAYLOR, “*la mediación es una alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La forma más útil de observar la mediación es considerarla como una intervención de solución de problemas dirigida a una meta. Tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones [...]. Tanto la*

³⁷ En este sentido, la Directiva 52/2008 define la mediación, en su artículo 3 a), como un “*procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*”. Continúa señalando que “*Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*”.

A juicio de Barona Vilar, la mediación es un procedimiento y no un proceso, porque considera que para poder hablar de proceso tiene que existir una función heterocompositiva. De manera que, si ésta no tiene lugar, lo que existe es una sucesión de actuaciones que revisten la forma de procedimiento. Por consiguiente, técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación y no de proceso (Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 103).

Esta idea se respalda con lo previsto en la Exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al señalar: “*Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales*”.

³⁸ Vinyamata Camp, Eduardo, *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 17.

resolución de desavenencias como el manejo del conflicto son metas complementarias y realistas de la mediación”³⁹.

En definitiva, cabe concluir que, fundamentalmente, la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos en el que un tercero, imparcial y neutral, ayuda a las personas a buscar por sí mismas una solución por la vía del acuerdo mutuo, de forma que se satisfagan las necesidades e intereses de cada una de ellas.

De esta definición se infiere que toda mediación debe contar con tres elementos indispensables: la existencia de un conflicto, las personas que son partes y un tercero que no toma decisiones, pero que facilita los acuerdos.

En puridad, el mediador no es juez ni árbitro, y por tanto, no impone soluciones. Su labor se orienta en el sentido de aproximar a las partes y de dirigir un

³⁹ Jay Folberg, James y Taylor, Alison, *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996. Para Lederach existe mediación “Cuando un tercero, preferiblemente imparcial y neutral, facilita un proceso que posibilita la resolución de un pleito, entre dos o más personas. Siempre es un proceso voluntario, es decir, los querellados por su propia voluntad deciden probarlo y aceptan al tercero en el papel de mediador” (vid. Lederach, Jean Paul, *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992). Por su parte, Moore entiende que la mediación consiste en la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutral, sin poder de decisión, en una disputa o negociación, en orden a ayudar a las partes en conflicto a alcanzar voluntariamente un acuerdo propio, y mutuamente aceptable, alrededor de los puntos en disputa (vid. Moore, Christopher, *El proceso de mediación*, Granica, Barcelona, 1995).

De igual modo Haynes, en relación con el ámbito de familia, entiende que la mediación familiar es una manera de poner término al matrimonio sin convertir a los miembros de la pareja en adversarios. Este marco de trabajo ofrece la posibilidad de negociar su propio acuerdo de separación o divorcio, presuponiendo que la decisión de separarse o divorciarse ya ha sido tomada (vid. Haynes, John Michael, *Fundamentos de la mediación familiar*, Gaia, Madrid, 1995).

Por su parte, Torremorell Boqué afirma que en España la mediación “es un proceso –considerado transformativo – que ordena el fluir dentro de los conflictos, colocando las personas en su centro. No prescribe qué hacer o qué no hacer en un caso u otro. No existe preconcepción y los conflictos se interpretan bajo parámetros de originalidad, individualmente, y de irrepetibilidad. La lógica de la mediación es ternaria y, consecuentemente, abierta, motivo por el cual permite la circulación de variables múltiples. La ausencia de procedimientos sofisticados o de aparatos infalibles capaces de analizar causas y efectos y de establecer un dictamen preciso tiene lugar en un escenario que no es unidimensional, ni bidimensional, sino tridimensional, voluminoso, con multiplicidad de caras, ángulos, superficies y texturas siempre variables bajo la mirada de cada uno de los participantes, sensible al paso del tiempo. El conflicto se interpreta desde el cambio, desde la vida, y la vida es, como cada proceso de mediación, polifacética y fugaz” (vid. Torremorell Boque, María Carme, *Guía de mediación escolar. Programa comprensivo de actividades de 6 a 16 años*, Octaedro, Barcelona, 2002).

proceso de comunicación llamado a alcanzar una solución que sirva para satisfacer sus necesidades.

La mediación proporciona a las partes un contexto, tranquilo y neutral, donde se pueda dialogar acerca del modo de solucionar sus diferencias, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo una vía para que puedan seguir relacionándose en el futuro. Así, no cabe duda de que este procedimiento otorga un gran protagonismo a las partes⁴⁰, lo que acostumbra a implicar un incremento de su satisfacción psicológica, además de aumentar su autoestima e impulsar conductas de ayuda a los demás, elementos todos ellos esenciales para el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria. Por tanto, sin agotar todas las características de la mediación, podemos señalar, *grossó modo*, que esta institución se configura como un procedimiento voluntario, confidencial, recíproco y basado en el diálogo, que además devuelve el poder a las partes para trabajar desde sus propias potencialidades⁴¹.

En los últimos años, el interés por esta institución en España ha aumentado exponencialmente⁴². Este hecho se debe a diferentes motivos, entre los que cabe

⁴⁰ Para lograr dicho protagonismo, los ciudadanos han de aprender una serie de habilidades y destrezas sociales y emocionales que les capaciten para gestionar los conflictos correctamente.

⁴¹ La mediación constituye el escenario para que las partes puedan comprender que participar en un conflicto conlleva que ha existido una implicación en su génesis. De esta forma, se favorece la asunción de responsabilidades, eludiendo hablar de culpas.

En el procedimiento de mediación el poder lo tienen las partes, en tanto son las que controlan las decisiones de su propia vida y el mediador debe de trabajar desde sus posibilidades y deseos. En este sentido, las partes tienen la oportunidad de crear soluciones acordes a sus necesidades.

Todo este conjunto de características conlleva que la mediación sea muy apropiada para la resolución de conflictos que tengan relación con la vulneración de las normas de convivencia, amistades que se han deteriorado, situaciones que parezcan injustas, malos tratos o cualquier otro tipo de problemas entre miembros de la comunidad. A este respecto se pronuncian muchos autores, como López Martín (López Martín, Ramón, *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse...*, Universidad de Valencia, Valencia, 2007, pp. 16 a 19).

⁴² Así se refleja en la normativa. Destaca no solo a nivel nacional, como la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sino también a nivel autonómico. A este respecto, cabe destacar las siguientes leyes autonómicas sobre mediación: la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía es fruto de la experiencia práctica acumulada durante los últimos años y completada por el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 9/2011, de 24

destacar las ventajas que presenta en relación al sistema judicial, bien como método alternativo o bien como complementario. Además, su utilización se ha visto notablemente potenciada no sólo por el deseo de crear una sociedad mejor, más pacífica y basada en el Derecho sino también por su decepción al no ver satisfechos sus intereses ni sus necesidades, así como por su carácter novedoso, que permite revelarse como atractiva y con grandes expectativas de futuro.

1.2.4. El arbitraje

Sin perjuicio de desarrollar esa figura a continuación, podemos adelantar que el arbitraje constituye el sistema de resolución de conflictos en que un tercero, en este caso el árbitro, después de haber escuchado a las partes y practicado las pruebas necesarias, emite un laudo acerca del enfrentamiento de las partes, imponiendo una decisión obligatoria. De este modo, es el árbitro – no las partes – quien decide el conflicto. Esta es la característica esencial de la que deriva su carácter heterocompositivo.

de marzo, de mediación familiar de Aragón; la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias y la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (modificada por la Ley 4/2017, de 19 de abril); la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Catalunya y el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (esta Ley configura la mediación como un recurso complementario o alternativo a la vía judicial para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares) y la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunidad Valenciana, que deroga la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, a excepción de sus artículos 6, 12, 32 y disposición adicional primera, que pasan a tener rango reglamentario; la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; y la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar de País Vasco.

2. El arbitraje: un método heterocompositivo para la resolución de los conflictos

2.1. Con carácter preliminar

El arbitraje, como método para la resolución de conflictos, no es un sistema novedoso. Lo cierto, es que existe una larga tradición de la institución arbitral en nuestro Derecho histórico, siendo el Derecho romano el que configuró sus antecedentes. Así, encontramos dentro del procedimiento formulario, que integraba el *Ordo Iudiciorum Privatorum*, como eran las partes en litigio las que se sometían a un juez único (*unus iudex*) o podían plantear su controversia sobre la base de una *estipulatio* a un *arbiter*, al que FESTO describía como *arbiter dicitu iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*⁴³.

En sentido similar, se contemplaba en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que justificaban un arbitraje forzoso en el seno de una compañía mercantil para evitar “*pleitos largos y costosos capaces d’arruinar a todos, como la experiencia ha demostrado*”.

La Constitución de Cádiz⁴⁴ llegó a elevar directamente a rango constitucional el derecho de los ciudadanos de someter a arbitraje sus conflictos jurídicos intersubjetivos pertenecientes al Derecho privado. No obstante, con la promulgación de la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953 esta figura alcanza autonomía procesal dotándose de una norma propia.

Si bien es cierto que en nuestra Constitución Española de 1978⁴⁵ no existe un reconocimiento explícito y directo del arbitraje, no cabe inferir de ello la ausencia de un fundamento constitucional de la institución arbitral. De hecho, como respaldo

⁴³ Ribón Seisdedos, Eugenio, “Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo”, *Artículos Doctrinales: Derecho Civil, Noticias Jurídicas*, mayo de 2007 (Ponencia presentada en el VIII Congreso de Arbitraje de Consumo).

⁴⁴ Según su artículo 280: “*Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho a terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramiento*”. Y de acuerdo con su artículo 281: “*La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar*”.

⁴⁵ En adelante, CE.

constitucional del arbitraje se pueden destacar los artículos 9.2, 33, 53 o 54. Sin embargo, MONTERO AROCA dudó de la constitucionalidad del sistema arbitral sobre la base de lo preceptuado en el artículo 117.3 y 4 de la CE o el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴⁶, al contemplar el conocido principio de exclusividad jurisdiccional. Concretamente, se refiere a ello manifestando: “puede surgir la sorpresa y con ella la duda sobre la constitucionalidad de toda la Ley de Arbitraje”⁴⁷. Con ello y con todo, el Tribunal Constitucional ha reconocido al arbitraje como un medio heterocompositivo basado en la autonomía de la voluntad y la libertad⁴⁸.

La actual regulación del arbitraje ha venido en muy buena medida motivada por, entre otros instrumentos, la Recomendación 12/86 del Comité de Ministros del Consejo de Europa por la que se solicitaba a los Gobiernos de los países comunitarios que fomentasen la institución adoptando las medidas precisas para que pudiera convertirse en “una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”.

Justamente en la línea apuntada por la Recomendación, el legislador español aprobó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Su Disposición adicional segunda contempla la previsión de eximir de la obligación de protocolización del

⁴⁶ En adelante, LOPJ.

⁴⁷ Montero Aroca, Juan, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, p. 19. En sentido contrario se ha manifestado Lorca Navarrete, quien entiende viciada la tesis anterior por confundir los conceptos de arbitraje y jurisdicción (Lorca Navarrete, Antonio, *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 115 y 116). Otros autores, como Otero Lastres o Merino Merchán y Chillón Medina, fundamentan la constitucionalidad del sistema sobre el reconocimiento de la libertad y la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico español consagrados en los artículos 1.1 y 17.1 CE (Otero Lastres, José Manuel, “El Derecho Fundamental a la tutela «arbitral» efectiva”, *Abogados*, febrero de 2007, p. 52 y Merino Merchán, José Fernando y Chillón Medina, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 147).

⁴⁸ Sobre la constitucionalidad del arbitraje, se pronuncia el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias: núm. 43/1988, de 16 de marzo; núm. 233/1988, de 2 de diciembre; núm. 288/1993, de 4 de octubre; y núm. 174/1995, de 23 de noviembre.

laudo para aquellos arbitrajes celebrados al amparo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁴⁹.

A finales de 2003, se aprobó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje⁵⁰, como consecuencia de una tendencia a fomentar el arbitraje comercial internacional, aun cuando se aplica, tanto al arbitraje comercial, como al de consumo. De hecho, se pretende fundamentar el régimen jurídico español de esta institución en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, conocida como Ley Modelo UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985. De esta forma, a juicio de MORENO CATENA, se pretende “unificar las normas reguladoras de los arbitrajes internacionales y superar las lagunas e imperfecciones de la norma anterior”⁵¹. En este sentido, se han tenido presentes las exigencias de uniformidad procesal en materia arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional.

Por último, el texto inicial de la LA ha sido modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Con ella se pretende contribuir al fomento de los medios alternativos a la solución de conflictos⁵². Una de las reformas llevadas a cabo por esta Ley afecta al reconocimiento de la aptitud para

⁴⁹ A este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de febrero de 2001, apunta como motivo de oposición a la validez del laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de la Consejería de Hacienda y Promoción Económica del Gobierno de La Rioja, la necesidad de protocolización del mismo: “En cuanto a la falta de protocolización del laudo, como se señala en dicho Auto de instancia, conforme al artículo 31 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 1 de la Disposición Adicional de la Ley de Arbitraje, no resulta necesaria dicha protocolización, por proceder el laudo de la Junta Arbitral de Consumo”.

⁵⁰ En adelante, LA.

⁵¹ Cortés Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 347 y 348.

⁵² En el punto 4.2.3 del Plan estratégico de modernización de la Justicia 2009-2010 alude a mecanismos como la mediación, la conciliación, el arbitraje, así como al arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos. Con ello, se procura ofrecer a los justiciables nuevas vías de solucionar sus conflictos y descargar así a los tribunales de parte de su trabajo (Cedeño Hernán, Marina, “La reforma de la Legislación Arbitral por la Ley 11/2011 y la Ley Orgánica 5/2011”, *Foro, Nueva época*, núm. 13/2011, pp. 235-238).

arbitrar en derecho a profesionales preparados para ello y que hasta ahora lo tenían vedado, como los Magistrados jubilados, Profesores de Universidades, Procuradores de los Tribunales, Registradores y Notarios.

Las reformas contenidas en esta Ley 11/2011 afectan directamente al ámbito arbitral, aun cuando no se trata de modificaciones profundas⁵³. Por ejemplo, en relación con los fueros competentes, en un primer momento a través de la LA, se atribuía la función de apoyo judicial del arbitraje a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil. No obstante, a partir de la Ley 11/2011 se prevén una pluralidad de fueros competentes⁵⁴.

2.2. Concepto

En palabras de MORENO CATENA, el arbitraje es “*un método heterocompositivo de solución de conflictos, al que, previo convenio, se someten voluntariamente las partes, por medio del cual un tercero imparcial, designado por los litigantes, pone fin a la controversia de manera definitiva e irrevocable, siempre que la materia sea de libre disposición conforme a derecho*”⁵⁵. Por su parte, LADRÓN DE GUEVARA define a esta

⁵³ Es evidente que las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011 de Arbitraje, tienen su reflejo en los preceptos correspondientes en la LOPJ, para lo cual se dicta precisamente la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, dirigida a recoger los órganos de apoyo jurisdiccional del arbitraje. Para profundizar en el tema: Sánchez Garrido, Joaquín, “El arbitraje y la mediación como medio de solución de conflictos”, documento para el debate, Fundación Ciudadanía y Valores, noviembre de 2012, pp. 10 y 11 (www.funciva.org).

⁵⁴ Merino Merchán, José Fernando, “Comentarios a la Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, *Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Civil*, julio de 2011. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4673-comentarios-a-la-ley-11-2011-de-20-de-mayo-de-reforma-de-la-ley-60-2003-de-23-de-diciembre-de-arbitraje-/>.

⁵⁵ Cortés Domínguez y Moreno Catena (nota 51), p. 347.
En relación con la voluntariedad como elemento esencial del arbitraje, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 174/1995, de 23 de noviembre, en su fundamento jurídico tercero: “[...] Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º, y 62/1991), fundamento jurídico 5º [...]”. Continúa señalando: “[...] La autonomía de la voluntad de las

institución como el “*medio de solución de conflictos sociales mediante la intervención de un tercero –árbitro o árbitros–, a cuya decisión se someten las partes en materia sobre las que libremente pueden disponer*”⁵⁶.

Al hilo de lo señalado *supra*, el arbitraje en el sistema español se encuentra regulado en la LA. Según reza su artículo 2, “*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”. Con ello, se pone de relieve que el fundamento de la institución se encuentra en el ejercicio de la libertad de las partes en relación con lo que para ellas es disponible.

El mecanismo arbitral se articula sobre la idea de que una persona individual – árbitro – o colegiada – colegio arbitral –, e imparcial, va a solucionar la controversia planteada entre las partes a través de una resolución – laudo – con efecto de cosa juzgada. Se trata de un tercero, situado *supra* partes, que impone su decisión.

Se trata, en conclusión, del método ADR con mayor reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico y que ha conseguido mayor aplicación práctica por los ciudadanos.

2.3. Naturaleza

Más allá de lo ya referido, la naturaleza jurídica del arbitraje ha constituido un tema controvertido, en tanto son varias y diferentes las teorías que se han construido en torno a ella.

En primer lugar, las teorías contractualistas. Esta postura defiende que el nacimiento del arbitraje está vinculado a la libertad y a la autonomía de la voluntad, por lo que se concibe como una manifestación del poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas, en cuanto deciden acudir a este mecanismo. Esta circunstancia permite atribuir al arbitraje la naturaleza de un contrato privado.

partes -de todas ellas- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”.

⁵⁶ Ladrón De Guevara, Juan Burgos, “Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVI, enero, núm. 1, 2004, p. 12.

En este sentido, MORENO CATENA⁵⁷ afirma que el árbitro no participa de la misma potestad que el juez, en tanto realiza su función como consecuencia de un contrato – o convenio arbitral –, a través del cual las partes asumen la obligación de someterse a la decisión de ese tercero. Pero, además, existe otro contrato de mandato en virtud del cual el árbitro se obliga a resolver el conflicto.

En segundo lugar, las teorías jurisdiccionalistas. Esta otra postura sostiene que el arbitraje en su esencia, tiene naturaleza jurisdiccional, toda vez que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de las partes principales – árbitro y juez – es similar, y en ocasiones idéntica⁵⁸. El fundamento de esta naturaleza jurisdiccional se encuentra en que en el arbitraje se determina el derecho en los casos concretos y también produce efectos idénticos a la cosa juzgada⁵⁹.

Por último, la postura intermedia⁶⁰. Como en tantos otros temas polémicos, la referida a la naturaleza del arbitraje se ha tratado de explicar desde una postura mixta. Y ello porque ambas teorías expuestas fueron cuestionadas. Los aspectos esenciales de la teoría contractual – el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros como representantes de las partes – fueron objeto de una enérgica crítica⁶¹. Del mismo modo, la postura meramente jurisdiccional parecía

⁵⁷ Cortés Domínguez y Moreno Catena (nota 51), p. 348.

⁵⁸ En este sentido, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 62/1991, de 22 marzo, expone en su fundamento jurídico quinto que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, [...].”

⁵⁹ Cortés Domínguez y Moreno Catena (nota 51), p. 348.

⁶⁰ Esta postura intermedia se sustenta, además, en la configuración que el Tribunal Constitucional ha realizado de la institución, denominándola equivalente jurisdiccional (*vid. auto del Tribunal Constitucional núm. 259/1993 y sentencias del Tribunal Constitucional núm. 288/1993 y núm. 174/1995*).

⁶¹ A modo de ejemplo, puede señalarse que la concepción contractual del arbitraje es útil para iniciar el procedimiento arbitral, sin embargo, una vez comenzado, las partes tienen una autonomía de la voluntad limitada y es el tribunal arbitral quien tiene las facultades para tomar decisiones relevantes

incompleta en varios aspectos⁶². Ante ello se realizaron intentos a fin de conciliar las dos corrientes de pensamiento. No obstante la aparente total oposición de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas, y así surge la teoría mixta⁶³.

Desde esta perspectiva, se entiende que este mecanismo es un equivalente jurisdiccional. De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial – estatal – alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal, por lo que se limitan a resolver, con base en Derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido, en principio, de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida.

A juicio de MORENO CATENA, se puede señalar que jurisdicción y arbitraje presentan elementos comunes, toda vez que ambos aportan la solución definitiva e irrevocable del conflicto y las decisiones – imperativas y obligatorias – producen efectos de cosa juzgada. Ello no obstante, también presentan diferencias. La primera se refiere al ámbito de aplicación: el árbitro conoce de materias de libre disposición y, en cambio, el juez debe decidir sobre todo tipo de conflictos que se deriven de cualesquiera relaciones jurídicas. La segunda, en relación con la persona que resuelve: mientras que en el proceso la decisión viene impuesta por un órgano del

en el procedimiento. Con todo y con ello, cabe destacar que la teoría contractual ha sido importante en el desarrollo del arbitraje moderno.

⁶² Por ejemplo, muchos cuestionan que el arbitraje sea un simple juicio más. Tiene elementos que lo diferencian en forma importante.

⁶³ Esta teoría fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al Institut du Droit International en 1952, en el que argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez del sometimiento al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regular el arbitraje dependen esencialmente del acuerdo de las partes. Por tanto, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisoluble.

Estado, en el arbitraje es un particular quien decide. Por último, en cuanto a la ejecución de esas decisiones: en ambos casos es competencia del juez, pues el árbitro carece de ella, en tanto su potestad se acaba con el laudo⁶⁴.

Expuestas las tres teorías, podemos comentar que la mixta o híbrida es la que domina, dado que el arbitraje contiene elementos tanto jurisdiccionales como contractuales⁶⁵. Así, de acuerdo con esta teoría, el arbitraje es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta, en la cual conviven el origen contractual del mismo y la finalidad jurisdiccional. En definitiva, se considera una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos⁶⁶.

2.4. Clases

2.4.1. De equidad y de derecho

El arbitraje de equidad es aquel caracterizado porque el árbitro, según su leal saber y entender, resuelve el o los asuntos sometidos a su consideración. En este tipo de arbitraje, el árbitro cuenta con mayor poder discrecional, sin perjuicio de cumplir íntegramente con las reglas que, desde el punto de vista legal, regulan el procedimiento. En este tipo de arbitraje el laudo suele no estar motivado.

El hecho de que los árbitros toman su decisión con base en su leal saber y entender, implica que no van a aplicar el Derecho y, por ende, no tienen por qué

⁶⁴ Cortés Domínguez y Moreno Catena (nota 51), pp. 348 y 349.

⁶⁵ En este sentido se pronuncia Castillo Freyre y Vásquez Kunze: “*El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito ad hoc querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito ad hoc. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje*” (Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, “Arbitraje: naturaleza y definición”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006, p. 282).

⁶⁶ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “Nuevas perspectivas del arbitraje comercial internacional en España”, *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 1988, p. 535. Disponible en http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/1988/1988_7.pdf. También señala esta idea: Fernández Rozas, José Carlos, “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 102, 2006, p. 70. Disponible en http://eprints.ucm.es/6558/1/AMBITO_DE_ACTUACION_Y_LIMITES_DEL_JUICIO_DE_ARBITROS.pdf.

tener una formación jurídica, sino que pueden ser ingenieros u otro tipo de técnicos con una formación específica en el objeto de la disputa.

Por otro lado, en el arbitraje de derecho, el árbitro debe resolver teniendo en cuenta solamente las normas y disposiciones legales. La decisión que se adopte debe basarse en un razonamiento jurídico. Al contrario que el de equidad, en el de derecho el árbitro debe ser jurista profesional y así lo prevé la LA en su artículo 15.1⁶⁷.

Según la LA, salvo pacto expreso en contrario, los arbitrajes son de derecho. De esta forma, si las partes quieren que el arbitraje se resuelva en equidad, deben pactarlo así expresamente⁶⁸.

2.4.2. Individual (o *ad hoc*) e institucional

El arbitraje *ad hoc* implica que no existe ninguna institución arbitral que administre formalmente el arbitraje, de modo que las partes tienen que nombrar directamente al tribunal arbitral, sin la ayuda o asistencia de alguna institución. Naturalmente, en este arbitraje no deben sufragarse costes de administración de ninguna institución arbitral. Por otro lado, los honorarios de los árbitros son fijados, normalmente, por los propios árbitros, con referencia a criterios orientadores más generales que los que se dan en el arbitraje institucional.

Si alguna de las partes no colabora en el nombramiento y constitución del tribunal arbitral, posiblemente sólo se pueda recurrir a un órgano judicial para que

⁶⁷ El artículo 15.1 LA dispone: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal*”.

Lo cierto es que hasta la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, el árbitro tenía que ser necesariamente abogado en ejercicio. Sin embargo, a partir de esta reforma se posibilita que otros profesionales pueden actuar como tal, es decir, ya no sólo profesionales del ámbito jurídico, sino también otros no necesariamente pertenecientes a dicho ámbito de conocimiento. Al introducirse el concepto de jurista como requisito para ser árbitro de derecho, no se fija limitación alguna para notarios, registradores, procuradores de los tribunales, exmagistrados, etc.

⁶⁸ Tal y como señala el artículo 34.1 LA: “*los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello*”. De esta forma, la Ley opta por el arbitraje de derecho frente al de equidad.

nombre árbitro. Además, las partes deberán acordar las normas de procedimiento del arbitraje y, si no hubiese acuerdo, serán los árbitros los que decidan las normas que regirán el desarrollo del procedimiento arbitral⁶⁹.

En cuanto al arbitraje institucional, existe cuando las partes se lo encomiendan a una entidad especializada y se ocupa de todo lo necesario para organizar el arbitraje y nombrar a los árbitros. Por tanto, las partes eligen una corte de arbitraje⁷⁰ para que lo administre, de modo que la corte administrará el arbitraje en el sentido de dar traslado de los escritos, ayudar a las partes a nombrar el tribunal arbitral, o nombrarlo ella directamente. Sin embargo, la corte no es nunca la que decide el asunto, sino que la resolución de la controversia corresponde siempre al tribunal arbitral. Además, el arbitraje se tramitará según el reglamento de procedimiento de la corte, pues cada corte tiene uno. De igual modo, la corte ayudará a las partes en el nombramiento de árbitros y se ocupará de la gestión

⁶⁹ Vid. artículo 34.2.II LA: “Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”.

⁷⁰ Corte Arbitral es la denominación que reciben generalmente las instituciones administradoras de arbitrajes. A pesar de su nombre, estas instituciones no realizan funciones jurisdiccionales, sino administrativas y de apoyo al procedimiento arbitral. Las funciones jurisdiccionales las desempeñan personas físicas que no necesariamente guardan relación con las instituciones y que reciben el nombre de “árbitros”. Cuando actúan colegiadamente, los árbitros forman un “Tribunal Arbitral”. La función principal de estas Cortes Arbitrales consiste en vigilar la correcta aplicación de los reglamentos en los arbitrajes que administran. Típicamente, éstas participan en el nombramiento de los árbitros, la determinación de la sede del arbitraje cuando las partes no la hayan designado y en la fijación de honorarios de los árbitros.

En España existen una multiplicidad de Cortes Arbitrales, entre otras, podemos destacar: Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (CAM), Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), Corte Española de Arbitraje, Corte de Arbitraje del ICAM, Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia, European Court of Arbitration - Tribunal Arbitral de Valencia (TAV-ICAV), Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, Corte de Arbitraje de Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Centro Vasco de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Álava, Corte Vasca de Arbitraje, Cortes de Arbitraje en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.

Igualmente, a nivel internacional, destaca el Centro de Arbitragem, Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Associação Comercial de Lisboa (ACL), la London Court of International Arbitration (LCIA) o la Corte Euroamericana de Arbitraje, entre otras.

económica del arbitraje, llegando incluso a fijar los honorarios que pueden cobrar los árbitros⁷¹.

En definitiva, mientras que en el primer tipo de arbitraje las partes organizan el arbitraje y designan al árbitro en atención a las específicas circunstancias del caso, en el segundo lo confían a una institución especializada y permanente que se ocupa, tanto de la organización del arbitraje, como de la designación de los árbitros con arreglo a su reglamento. En este sentido, el artículo 14 LA señala que las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, por un lado, a corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales según sus normas reguladoras⁷² y, por otro, a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

En otro orden de cosas, la citada Ley 11/2011 regula un cauce procedural de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales que constituyan una controversia jurídica relevante, sin que pueda acudirse a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias, tal y como se contempla en la Disposición adicional única⁷³.

⁷¹ A este respecto se puede comentar: “Por estos servicios administrativos las cortes de arbitraje cobran sus correspondientes derechos o aranceles. Para una mejor valoración de las implicaciones económicas del arbitraje institucional, muchas cortes ponen a disposición de sus usuarios sistemas de cálculo aproximado de los costes del procedimiento en función de la cuantía del mismo, en sus respectivas páginas web. Estos cálculos incluyen tanto los costes de administración del arbitraje como una estimación de los honorarios de los árbitros, ya que en el arbitraje institucional los honorarios de los árbitros suelen estar limitados por referencia a una escala, también publicada por la institución arbitral respectiva” (“El arbitraje: ¿qué es y cuáles son sus ventajas e inconvenientes?”, p. 3. Disponible en <http://docplayer.es/3u13555-El-arbitraje-que-es-y-cuales-son-sus-ventajas-e-inconvenientes-resumen-ejecutivo.html>).

⁷² Esta letra a) fue redactada por el número cuatro del artículo único de la Ley 11/2011 de reforma de la LA.

⁷³ La resolución de estos conflictos se atribuye a una Comisión Delegada para la Resolución de Controversias, que estará presidida por el Ministro de la Presidencia, teniendo la consideración de vocales natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, que dictará resolución estableciendo de forma vinculante las medidas que cada una de las partes deberá adoptar para solucionar la controversia, no siendo recurrible dicha resolución ante los Tribunales de Justicia.

Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, a menos que se determinen sistemas internos de resolución de conflictos.

2.4.3. Formal y no formal

Se distingue entre formal y no formal, según se ajuste o no a las prescripciones de la LA. Sólo el primer tipo, el sometido a la Ley y desarrollado conforme a ella, resulta eficaz, por lo que será el verdadero arbitraje. Cuando dos o más personas acuerden la intervención dirimente de un tercero, sin sujetarse a la Ley, se estará ante un convenio cuya fuerza vinculante será la de un contrato, pero lo decidido por el tercero no producirá cosa juzgada ni tendrá fuerza ejecutiva.

2.4.4. General y especial

Según la Ley aplicable, el arbitraje general es el que se somete a la LA y los arbitrajes especiales los que son objeto de regulación singular en otras leyes, siendo en todo caso la LA de aplicación supletoria⁷⁴.

El fundamento de la existencia de los arbitrajes especiales reside en que el legislador es consciente de que determinadas materias requieren de una protección

⁷⁴ Se destacan, entre otros: el arbitraje de consumo, el cual está regulado en la Disposición adicional única de la LA. En virtud de este arbitraje “el consumidor o usuario y el profesional o empresario que le presta bienes o servicios convienen de manera inequívoca someter a la decisión de un colegio arbitral, conforme a la reglas previamente acordadas, una determinada controversia presente u futura comprometiéndose a acatar su resolución”; el arbitraje societario, con el que se procura “resolver las controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse en una sociedad mercantil y que afecten a cuestiones de libre disposición de los contendientes”; el arbitraje cooperativo – regulado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas – es especial por la materia objeto de arbitraje, esto es, la “resolución de conflictos que se planteen entre sociedades cooperativas o entre éstas y sus socios, entre éstos con el Consejo Rector o los apoderados, entre socios con el Comité de Recursos” (Vid. Morales Muñoz, Emilia, “Arbitraje. Concepto. Naturaleza. Fundamento. Clases. Arbitrajes Especiales”, *Actualidad Civil*, núm. 17, Sección A Fondo, quincena del 1 al 15 de octubre de 2007, p. 1985, tomo 2, Editorial La Ley).

muy rápida, pues de otra forma carecería de efectividad la tutela, y también de que su disponibilidad les hacía especialmente susceptibles de beneficiarse de las ventajas del arbitraje. Por ello, aquél contempló, a través de la Disposición adicional primera de la Ley de Arbitraje de 1988, cuatro arbitrajes especiales: para los consumidores, la propiedad intelectual, los transportes terrestres y el seguro privado.

2.4.5. Nacional e internacional

De acuerdo con el artículo 3 LA, el arbitraje tendrá carácter internacional cuando se den ciertas circunstancias: las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes cuando vayan a celebrar el convenio arbitral; cuando el lugar del arbitraje, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, se encuentre fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; o cuando la relación jurídica de la que derive la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

A sensu contrario, el arbitraje interno existirá cuando el domicilio de las partes, el lugar del arbitraje, el del cumplimiento o de la relación se encuentra en España y la controversia no afecta a intereses del comercio internacional.

2.4.6. Convencional y testamentario

Por razón de su origen, el arbitraje puede ser convencional o testamentario, siendo este último el que se instituye por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia, tal y como se prevé en el artículo 10 LA.

2.4.7. Arbitraje estatutario

El artículo 11 bis LA⁷⁵ dispone que las sociedades de capital podrán establecer en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje para resolver los conflictos que en ellas se planteen.

La introducción de esa cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

2.5. Arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc*

Una vez que se ha optado por acudir al arbitraje, resulta necesario tomar una decisión: arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*, es decir, designar a una institución arbitral para que administre el arbitraje conforme a sus reglas o hacerlo fuera del marco institucional mediante un procedimiento administrado por los propios árbitros de acuerdo con las partes.

Para responder a este interrogante, existen no pocos argumentos por las que se debe preferir el arbitraje institucional⁷⁶. Entre los principales, se puede destacar

⁷⁵ Esta clase de arbitraje, regulado en el artículo 11 bis LA, ha sido introducido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

⁷⁶ A este respecto, Sekolec, que fue a lo largo de ocho años director de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) – más conocida por su acrónimo en inglés, UNCITRAL –, manifestó que “el arbitraje *ad hoc* funcionaba bien hace 20 años, cuando existía exclusividad; sin embargo, ahora el panorama es muy distinto debido al crecimiento en el número de empresas y, sobre todo, al comercio electrónico”. Sin embargo, el número de participantes en el arbitraje ha aumentado y, según aquél “Nos encontramos ante un fenómeno en el que tanto abogados, como árbitros y partes carecen de experiencia”, defendiendo el arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc* e incidiendo en el papel de control del procedimiento que lleva a cabo la institución arbitral (Íscar de Hoyos, Javier, “El Arbitraje Institucional”, en Sáez Hidalgo, Ignacio y Dorrego de Carlos, Alberto (Dirs.), *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 4).

los siguientes⁷⁷. En primer lugar, la simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral. Las instituciones arbitrales disponen de reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia. A *sensu contrario*, el convenio de arbitraje debe incluir un conjunto de precisiones, tales como la forma de designación de los árbitros, los plazos para las alegaciones y pruebas, el plazo para dictar el laudo, etc.

En segundo lugar, la facilidad y garantía en la designación de los árbitros. Si las partes no han contemplado el modo de designación de árbitros o no llegan a un acuerdo acerca de las personas a designar, en el arbitraje *ad hoc* es necesario acudir a los tribunales para que lleven a cabo dicho nombramiento. Este hecho genera retrasos y gastos, además de que el procedimiento de designación no garantiza la competencia de la persona designada. Por el contrario, las instituciones arbitrales, en este sentido, cuentan con un órgano de decisión para identificar a los árbitros más apropiados.

En tercer lugar, la certidumbre en el coste del arbitraje. En el arbitraje *ad hoc* es necesario el acuerdo de las partes y los árbitros sobre la remuneración de estos últimos. Y, en cambio, en el arbitraje institucional, el reglamento prevé los honorarios y exige a las partes su pago por anticipado.

En cuarto lugar, la previsión y la seguridad jurídica. El arbitraje realizado por una institución arbitral imposibilita la paralización o retraso del procedimiento por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro. Además, los reglamentos de la institución contemplan situaciones en las que la secretaría de la institución puede actuar si existe negligencia o incapacidad de las partes o de los árbitros.

En quinto lugar, la asistencia administrativa. Las instituciones arbitrales procuran servicios administrativos y de secretaría a los árbitros, tales como recibir los escritos de demanda y las contestaciones de las partes, establecer plazos para el procedimiento arbitral, conceder un plazo para dictar el laudo, etc.

⁷⁷ Vid. Íscar de Hoyos (nota 76), pp. 5 y 6.

En sexto lugar, la asistencia logística a las partes y a los árbitros. En las instituciones arbitrales suelen existir, a disposición de los árbitros y de las partes, locales adecuados, medios audiovisuales y de reproducción de documentos y personal auxiliar profesionalizado para las audiencias y para la práctica de pruebas.

Por último, la asesoría y supervisión de los árbitros. Algunas instituciones arbitrales intervienen de forma activa en la supervisión del arbitraje y de su buen funcionamiento, lo que supone una gran ayuda, tanto para las partes, como para los árbitros.

2.6. El principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje

2.6.1. Aspectos generales

La autonomía de la voluntad puede ser definida como el poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica, siempre que, como señala el artículo 1255 del Código Civil, no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público. De esta forma, constituye el principio en el que se fundamenta la institución del arbitraje. En consecuencia, sin voluntad de las partes no hay arbitraje y tampoco procedimiento, toda vez que son ellas las que fijan y conforman las reglas del procedimiento arbitral y así lo ha manifestado tanto la LA, como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En la propia LA se consagra la autonomía de la voluntad como el principio más importante de este mecanismo, en tanto prevé, en su Exposición de motivos, que “*esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes*” y que “*la ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado*

directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes”.

Asimismo, dicha norma otorga todo el poder a las partes, que tendrán la opción de escoger a los árbitros y que determinarán libremente cómo ha de ejercer el árbitro sus funciones decisorias. A pesar de esta afirmación, tal y como entiende CAZORLA GONZÁLEZ⁷⁸, se ha de precisar que, una vez que las partes han accedido ya al arbitraje institucional, “*las partes tienen un ámbito de autonomía de la voluntad limitada, porque ello supone someterse al reglamento de la institución que lo administra, quedando el ámbito de libertad prácticamente reducido a decidir a qué Junta Arbitral presenta su solicitud de arbitraje de consumo, y sin posibilidad de dejar a las partes la facultad de decidir sobre el asunto (salvo que acepten la mediación previa, pues en esta fase su autonomía de la voluntad es amplia y flexible), ni tendrán facultad para autorizar a un tercero a que adopte una decisión acerca del conflicto que les afecta, como permite la Ley de arbitraje de 2003*”⁷⁹.

Por otra parte, aunque la CE⁸⁰ no haga mención alguna al arbitraje, el Tribunal Constitucional – tal y como se ha mencionado *supra* – ha manifestado el encaje constitucional de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos. A este respecto, este Tribunal señala que el arbitraje es un “*medio heterónomo de arreglo de*

⁷⁸ Cazorla González, María Jesús, “La mediación de consumo en el arbitraje institucional”, 2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. *Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. Disponible en <http://www.uoc.edu/symposia/adr/>.

⁷⁹ Aun cuando Cazorla González se refiere sólo al arbitraje de consumo, ello no obsta para que sus ideas sean aplicables a otros ámbitos del arbitraje.

⁸⁰ En este sentido, Fernández Rozas asegura que “*el arbitraje llega exclusivamente hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el artículo 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad*” (Fernández Rozas, Jose Carlos, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre de 2005, p. 59). De la misma opinión es Merino Merchán, para el que el “*principio de autonomía de la voluntad enlaza con el ámbito de la libertad de cualquier ciudadano, de tal forma que los ciudadanos pueden resolver sus conflictos sin acudir a los órganos judiciales y tribunales*” (Merino Merchán, Fernando, *Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 25).

*controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento*⁸¹. El principio de autonomía de la voluntad es, sin duda alguna, el principio básico en torno al que gira el arbitraje y lo informa durante todo el procedimiento.

HERRERA DE LAS HERAS lo define como “*el poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica, siempre que, como señala el artículo 1255 del Código Civil, no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público*”⁸². De igual modo, MALUQUER MONTES manifiesta que “*siempre ha sido entendido como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos*”⁸³.

⁸¹ Así se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/1996, de 11 de noviembre, en su fundamento jurídico cuarto: “*tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (ss tc 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (artículo 1.1 ce). de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce a todos. una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, ss tc 15/1989, 62/1991 y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del l.a. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (ss tc 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)*”. Posteriormente, lo ha reafirmado la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2005, de 17 enero, en su fundamento jurídico segundo.

⁸² Herrera de las Heras, Ramón, “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Revista de Derecho*, (Valdivia), julio de 2012, vol. 25, núm.1, p. 179.

⁸³ Maluquer Montes, Carlos, “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”, *Estudios sobre consumo*, núm. 59, Madrid, 2001, p. 182.

En una clásica formulación, De Castro la define como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente

El arbitraje, por ende, se fundamenta en la libertad y en la autonomía de la voluntad, de modo que los ciudadanos disponen de esa autonomía – como titulares de verdaderos derechos subjetivos privados – para integrar cualquier relación jurídica que sea de libre disposición e, incluso, modificarla y extinguirla. Por ello, sin duda alguna, este principio está muy unido al derecho dispositivo, uno de los pilares básicos del Derecho civil, y también del arbitraje, pues tal como indica el artículo 2.1 LA: “*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”. A este respecto, cabe señalar el artículo 19.1 LEC en tanto contempla que “*los litigantes estén facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”⁸⁴.

En definitiva, si no existe voluntad por todas las partes implicadas, el arbitraje no tendrá sentido. Esta afirmación viene argumentada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que, de modo reiterado, expresa: “*la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la [...]. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo*”⁸⁵. En esta línea, también se había pronunciado el Tribunal Constitucional con anterioridad en la sentencia de 23 de noviembre de 1995 al tratar el arbitraje

responsabilidad en cuanto actuación en la vida social (De Castro Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1967, p. 11).

⁸⁴ Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional, aunque mediante una afirmación negativa, al indicar que “[...] quedan extramuros del arbitraje aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición [...]”, tal y como se deja constancia en el Auto del Tribunal Constitucional núm. 259/1993.

⁸⁵ Véase a este respecto el fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/1996, de 30 de abril.

obligatorio introducido por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que preveía un arbitraje obligatorio para determinados casos, siempre que no existiese un pacto en contrario expreso.

2.6.2. Límites de la autonomía de la voluntad

A pesar de que son las partes las que determinan y conforman las reglas del procedimiento o, en su defecto, los árbitros o la institución arbitral, existen unos principios de base que deben ser respetados. Así, no es posible contravenir la igualdad de las partes en un proceso arbitral, de manera que siempre se ha de atribuir a las partes, idénticos derechos, posibilidades y cargas, de modo que no existan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas.

En cuanto a la LA y el reglamento de las instituciones arbitrales de referencia en España, se contempla un principio claro: la primacía de la voluntad de las partes en todo, además de los principios que deben velar la sustanciación de las actuaciones arbitrales, que no son otros que igualdad, audiencia y contradicción. Esto significa que a las partes debe concedérseles idéntica y suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Por consiguiente, en el momento de contemplar los distintos elementos del procedimiento arbitral, cabe resaltar estos tres sobre los demás. Es decir, junto con la autonomía de la voluntad de las partes ya comentada, existen la igualdad, la audiencia y la contradicción, que constituyen principios que la voluntad de las partes no puede vulnerar bajo pena de nulidad del procedimiento.

En otro orden de cosas, como quedó reflejado *supra*, el convenio arbitral se erige como el elemento principal del arbitraje, amén de no existir arbitraje sin este convenio, y a su través las partes expresan su voluntad de someter un determinado conflicto al arbitraje, de forma que excluyen la jurisdicción⁸⁶. A este respecto, la autonomía de la voluntad referida adquiere, como asegura FERNÁNDEZ ROZAS, “un papel protagonista y sólo debe ceder ante ciertos preceptos de carácter imperativo o de

⁸⁶ Herrera de las Heras (nota 82), pp. 180 y 181.

obligada observancia por las partes que se contienen en la Ley de Arbitraje, preceptos que cada vez son menores y más reducidos como evidencia la redacción de la LA/2003”⁸⁷.

Por tanto, este principio, a pesar de su importancia, se encuentra limitado. Aunque las partes pretendan resolver sus disputas mediante este procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, no todos podrán ser solucionados a través de él. Sobre la limitación de la autonomía de la voluntad ha afirmado O’CALLAGHAN MUÑOZ que “*el principio de autonomía de la voluntad, sin embargo, no es absoluto, y el propio artículo 1255 enuncia límites, con un sentido muy general. En primer lugar, tiene límites extrínsecos que son a los que hace referencia la citada norma; las leyes, la moral y el orden público. En segundo lugar, tiene límites conceptuales, en el sentido de que las partes no pueden variar la naturaleza de las cosas ni subvertir los conceptos jurídicos; las partes no pueden, en ningún caso, desnaturalizar su concepto; no cabe que pacten una compraventa sin precio, o una donación a cambio de precio, o un comodato que transmita la propiedad, por ejemplo. En tercer lugar, tiene límites intrínsecos que es el caso del abuso del derecho y los derivados de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de la contratación*”⁸⁸.

En este contexto, nos encontraremos con diversas materias indisponibles, como aquéllas que giran en torno a los derechos fundamentales, aquéllas sobre las que ha recaído ya sentencia judicial firme o las que traten sobre la filiación, tutela o incapacitación, entre otras⁸⁹.

⁸⁷ Fernández Rozas (nota 80), p. 59.

⁸⁸ O’Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de derecho civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos)* vol. 1, enero de 1993.

⁸⁹ Siguiendo en esta misma línea, el Convenio de Nueva York, al que España se adhirió en 1977, restringe la autonomía de la voluntad, en tanto determina un control judicial sobre ésta, concretamente sobre la voluntad de las partes de pactar un convenio arbitral, lo añade un plus de seguridad jurídica. De esta forma, el párrafo 3 del artículo II del citado Convenio contempla: “*El tribunal de uno de los estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Es decir, corresponde a la jurisdicción estatal, a nuestros Jueces y Tribunales, comprobar que el convenio arbitral pueda ser nulo, ineficaz o inaplicable*”.

Con todo, la autonomía de la voluntad es un principio esencial del arbitraje y, por ello, nadie nos obliga a acudir al arbitraje. Ahora bien, el Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, convalidado ya por el pleno del Congreso de los Diputados, contempla el arbitraje de modo obligatorio para ambas partes, para los casos en los que los convenios colectivos se bloqueen durante un periodo de tiempo determinado⁹⁰.

A este respecto, cabe manifestar que dicha norma vulnera este principio. La doctrina ha reaccionado frente a esta cuestión. Así, HERRERA DE LAS HERAS no duda que con esta norma se dota de una mayor agilidad a la negociación colectiva, pero considera que no es factible hacerlo a costa de imponer a las partes un arbitraje y violar la doctrina del Tribunal Constitucional, la cual asegura que este principio constituye la esencia del arbitraje⁹¹.

En efecto, si se dispone el arbitraje como obligatorio, se vulnera el principio de la autonomía de la voluntad. Por ello, lo adecuado sería preverlo con carácter voluntario y que sean las partes las que tengan total libertad para decidir acudir o no y, por ende, resolver sus conflictos a través de este método extrajudicial.

2.7. El convenio arbitral

La LA no contempla ninguna definición de convenio arbitral, únicamente el artículo 9 se refiere a la forma y al contenido. Este precepto señala que el convenio puede consistir en una cláusula incorporada a un contrato o en un acuerdo

⁹⁰ El artículo 2.2 del Decreto-ley prevé que “*Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio*”.

⁹¹ Herrera De Las Heras (nota 82), p. 183.

independiente y “*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*”.

Del tenor literal de este artículo podemos extraer que el convenio arbitral es un “*acuerdo de voluntades, pactado de forma expresa, de someter todas o algunas controversias, pasadas, actuales y/o futuras, respecto de una relación jurídica, o varias, contractuales o no, por lo que se deja la puerta abierta a las cuestiones extracontractuales*”⁹².

Por tanto, a través de este convenio, las partes se comprometen a someter a la decisión de un tribunal arbitral las cuestiones litigiosas que surjan entre ellas dentro de las materias de libre disposición. De modo que las partes al someter su resolución a la decisión de un tercero, con los mismos efectos que los de una sentencia firme, excluyen la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de un determinado conflicto⁹³.

Asimismo, el artículo 9.1 LA señala que el convenio arbitral “*deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”. Por tanto, se requiere que las partes posean la capacidad jurídica y de obrar para obligarse y, además, la libre disposición sobre el objeto del arbitraje⁹⁴.

En este precepto también se prevé que el convenio arbitral debe formalizarse por escrito, como una cláusula incorporada a un contrato principal o como un acuerdo independiente del mismo. Ahora bien, junto con la constancia escrita, ex

⁹² Vid. el documento “CAPÍTULO III. El convenio arbitral”. Disponible en <http://www.laley.es/mk/libroslegal/paginasdeElnuevoregimendelarbitraje.pdf>.

⁹³ El contrato al que se hace alusión, de forma genérica, es bilateral. No obstante, excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador para resolver las controversias que puedan surgir entre “*herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*”, tal y como se desprende del artículo 10 LA al regular el arbitraje testamentario.

⁹⁴ Respecto del instituido por voluntad del testador será necesaria la capacidad para testar.

artículo 9.3 LA, también se considera correctamente formalizado cuando resulte de un intercambio de cartas, telegramas, fax, télex u otros medios análogos, esto es, de cualquier otro medio de comunicación que contenga la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Ello no obstante, el legislador ha ampliado las opciones y así, se entiende cumplido el requisito de la escritura cuando el convenio conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo – artículo 9.3.II –; cuando las partes, haciendo uso de los medios de comunicación citado, se remitieran al convenio recogido en un documento, éste se considerará incorporado al acuerdo – artículo 9.4 –; y cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una de las partes y no negada por la otra – artículo 9.5.

Respecto al contenido del convenio arbitral, es preciso que conste la identificación de las partes y la delimitación de la controversia. En este sentido, la Ley admite que se sometan a arbitraje, tanto las cuestiones ya suscitadas, como las que puedan surgir en el futuro. No obstante, para evitar cualquier indeterminación sobre el contenido específico de lo que haya de ser objeto, de acuerdo con el artículo 9.1 LA, el convenio debe referirse a “*una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”. A renglón seguido, se debe hacer dos puntualizaciones: una, que el arbitraje no puede alcanzar a todas las controversias que pudieran surgir en el futuro entre dos personas y, dos, circumscribe su objeto a las que se deriven de una concreta relación jurídica existente entre ellas.

De igual modo, el convenio debe contener la designación del árbitro – o de la institución a la que se atribuye la administración del arbitraje – y las reglas de procedimiento⁹⁵. Las partes tendrán libertad para fijar el número de árbitros, siempre que sea impar, y para determinar el procedimiento de designación, siempre

⁹⁵ Decidido el número de árbitros será preciso determinar quién los designa, para lo cual se estará a lo que hayan acordado las partes. En caso contrario, se procederá a su nombramiento judicial (artículo 15.3 LA). En cuanto la formación del árbitro dependerá del tipo de arbitraje ante el que nos encontremos, esto es, arbitraje de derecho o de equidad.

que no se vulnere el principio de igualdad⁹⁶. Ahora bien, del artículo 14.1 LA se deduce que también las instituciones arbitrales pueden designar a los árbitros.

En dicho convenio las partes pueden determinar libremente las reglas a que haya de someterse el desarrollo del procedimiento arbitral, siempre y cuando se respeten los mencionados principios de audiencia, contradicción e igualdad. Si no hubiese acuerdo, los árbitros podrán dirigir el arbitraje de la manera que consideren adecuada⁹⁷.

Por último, existen otros aspectos que pueden constar en el convenio: los pactos relativos a la elección del arbitraje como de derecho o de equidad; el lugar y el idioma en que hayan de desarrollarse la actuación y el procedimiento arbitral; la forma y plazo para formular alegaciones y practicar pruebas; el plazo para dictar el laudo o la distribución de las costas, entre otros.

En otro orden de cosas, para analizar la eficacia del convenio arbitral, es necesario acudir al artículo 11.1 LA. En puridad, podemos distinguir, por un lado, los efectos materiales, en cuanto el convenio obliga a las partes a cumplir lo acordado y, por otro, los efectos procesales, referidas a que la existencia del convenio impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Así pues, la eficacia del convenio arbitral obedece a la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones contraídas entre las partes y de la aptitud excluyente de la jurisdicción ordinaria⁹⁸.

En efecto, cuando las partes optan por someterse a arbitraje, es porque no quieren recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, de modo que, a juicio de MORENO CATENA, “*resulta lógico que se produzca una situación de bloqueo de la*

⁹⁶ Sin embargo, si las partes no hubieran acordado en el convenio sobre este extremo, pueden hacerlo en cualquier momento posterior, y se designará solo uno, completando, así, el inicial acuerdo.

⁹⁷ Vid. artículos 24 y 25 LA.

⁹⁸ Flors Matías, José, “Tema 54: El arbitraje”, en García Lubén Barthe, Paloma y Tomé García, José Antonio, *Temas de Derecho Procesal Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2016, pp. 6 y 7. Documento disponible en <http://www.tirant.com/actualizaciones/ProcesalCivilITema%2054Completo.pdf>.

*jurisdicción ordinaria, para obligar al cumplimiento del convenio*⁹⁹. Al hilo de esta afirmación, el artículo 7 LA dispone que en los asuntos arbitrales regidos por dicha Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los supuestos en que ésta así lo contemple.

2.8. El procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral se rige por los principios de libertad de forma, de autonomía de la voluntad y dispositivo, con cumplimiento, en todo caso, de los de audiencia, contradicción e igualdad, aludidos expresamente en el artículo 24 LA. De igual modo, en el segundo apartado de este precepto, se dispone que el árbitro, las partes y la institución arbitral deben respetar la confidencialidad de las informaciones a las que tengan acceso.

Por otro lado, durante la tramitación del procedimiento, y también antes de su inicio, la parte a quien interese puede solicitar la adopción de las medidas cautelares conducentes a asegurar la efectividad del laudo¹⁰⁰. Ahora bien, también es posible que las medidas las adopten los árbitros, en cuyo caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 23 LA, según el cual, “*salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio*”, pudiendo exigir caución suficiente al solicitante.

⁹⁹ Cortés Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 352.

¹⁰⁰ Artículo 11 LA: “*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*”. En este punto, la reforma ha consistido en considerar parte legitimada para solicitar medidas cautelares a quien acredeite ser parte de un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. Por otro lado, se ha actualizado la cita que el artículo 722 LEC hacía del artículo 38 de la Ley de Arbitraje de 1988, en el artículo 15 LA. Éste es el precepto que actualmente regula la formalización del arbitraje ante el órgano judicial cuando alguna de las partes no designa al árbitro o no hay acuerdo en el nombramiento del árbitro tercero.

En cuanto al inicio del procedimiento¹⁰¹, conviene señalar que éste se producirá con la presentación de la demanda en el plazo convenido, o en el determinado por los árbitros. Por su parte, el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Así, al formular sus alegaciones, ambas partes tendrán la posibilidad de aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

A este respecto, la regulación de esta Ley en materia probatoria es bastante escasa¹⁰². Se puede comprobar que las partes poseen la facultad de acordar los medios probatorios que se practicarán y la forma de ejecución, pudiendo determinar que las pruebas se lleven a cabo en audiencias o de forma escrita. Por tanto, corresponde en exclusiva a ellas la decisión sobre la forma de las actuaciones arbitrales. Ello no obstante, a falta de esta decisión, el artículo 25.2 LA dispone que los árbitros están facultados para decidir sobre “*admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración*” y también sobre “*si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito*”, tal y como prevé el artículo 30.1 LA¹⁰³.

Por otra parte, el artículo 33 LA prevé que la práctica de las pruebas podrá tener lugar únicamente ante el árbitro o con asistencia de un juez. Respecto a la primera opción, los árbitros pueden realizar actividades probatorias sin la asistencia

¹⁰¹ Vid. artículo 42 LA que regula el procedimiento y se dispone que éste se sustanciará por los cauces del juicio verbal.

¹⁰² En este sentido, compartimos la opinión de Cortés Domínguez y Moreno Catena (nota 99), p. 358. A su juicio, la regulación en materia probatoria es bastante parca, únicamente se encuentran referencias concretas a la prueba pericial y al auxilio jurisdiccional.

¹⁰³ A este respecto Zambrano Franco entiende que los árbitros disponen de dirección formal y de dirección material en el marco del procedimiento arbitral. Ello significa no sólo que pueden llevar el procedimiento hasta su término bajo una dirección de impulso y de orden, garantizando que sean tuteladas todas las garantías inherentes al proceso, sino que además poseen facultades probatorias (Vid. Zambrano Franco, Flor Karina, “Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta. ¿Cuáles son las facultades probatorias de los árbitros?”, *Diario La Ley*, núm. 8700, Sección Práctica Forense, 11 de febrero de 2016).

judicial¹⁰⁴. En cuanto a la segunda, este precepto indica que, bien el propio árbitro, bien cualquiera de las partes con su aprobación, “podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros”.

Así, esta asistencia puede efectuarse bajo dos modalidades: una, la práctica de la prueba ante el tribunal competente, con lo cual nos parece que deben estar también presentes los árbitros; y dos, la adopción de las medidas necesarias para la práctica de la prueba, imaginemos el caso de la necesaria asistencia de auxiliares policiales para la inspección por razones de seguridad. En ambos supuestos el árbitro debe trabajar en cooperación inmediata con el juez.

Por último, cabría la posibilidad de una fase de conclusiones. Así, una vez practicadas las pruebas, los árbitros pueden acordar oír a las partes o a sus representantes, tal y como se desprende del artículo 30.1 LA.

2.9. El laudo

2.9.1. Concepto

De forma general, podemos definir el laudo como el acuerdo o resolución del árbitro que resuelve el conflicto sometido a arbitraje¹⁰⁵.

El laudo puede ser fruto del acuerdo, total o parcial, de las partes – artículo 36 LA – o de la decisión de los árbitros¹⁰⁶. En este sentido el artículo 37.1 LA indica

¹⁰⁴ Por ejemplo, pueden requerir pruebas de informes, realizar inspecciones o practicar todas las medidas necesarias para la comprobación de los hechos, pero lo que sí es necesario es que las partes estén siempre presentes en la práctica de la prueba.

¹⁰⁵ Sin embargo, también se califican como laudo las resoluciones de los árbitros que adopten a lo largo del procedimiento: pueden ser de impulso, de ordenación material, de suspensión, etc. Por ello, tanto las decisiones parciales, como la final que resuelve el fondo del asunto, reciben el nombre de laudo.

que “*salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos parciales como estimen necesarios*”.

Por su parte, el artículo 35.1 prevé que, si fueran varios los árbitros, las decisiones se adoptarán por mayoría, salvo acuerdo de las partes en otro sentido, y de no alcanzarse esa mayoría, será el presidente quien tome la decisión.

2.9.2. Eficacia y anulación judicial del laudo

El laudo, de acuerdo con el artículo 43 LA, produce los efectos de cosa juzgada material, sin perjuicio de ejercitar la acción de anulación o de solicitar la revisión por las normas previstas en la LEC para las sentencias firmes¹⁰⁷. Así, según el artículo 40 LA, frente al laudo definitivo cabe una acción impugnativa autónoma de anulación, y frente al laudo firme – que ya no admite anulación y ha producido los efectos de cosa juzgada – cabe plantear la acción impugnativa autónoma de revisión, conforme a lo previsto en los artículos 509 y siguientes de la LEC.

Esta acción de anulación consiste en una pretensión de impugnación de la validez del laudo¹⁰⁸. No se trata de un recurso con el que se persiga un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas que hayan sido objeto de decisión por los árbitros, sino de una pretensión autónoma que da lugar a un nuevo proceso ante los órganos jurisdiccionales, y cuyo único objeto está constituido por la impugnación de la validez del laudo¹⁰⁹.

Por otro lado, las únicas causas en las que tal pretensión impugnatoria puede basarse son las previstas taxativamente en el artículo 41.1 LA. Este precepto indica

¹⁰⁶ En relación con el contenido del laudo, la Ley contempla que debe constar necesariamente la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje – artículo 37.5 LA – y luego determina unas precisiones para el caso de que no exista pacto en contrario o en otro sentido – artículos 37.4 y 37.6 LA.

¹⁰⁷ Concretamente, el artículo 43 prevé: “*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*”.

¹⁰⁸ De acuerdo con la Ley 11/2011, para conocer de la acción de anulación del laudo, será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiera dictado.

¹⁰⁹ Flors Matíes (nota 98), pp. 14 y 15.

que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de estos motivos: el convenio arbitral no existe o no es válido; no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra causa, hacer valer sus derechos; los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la LA; los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, por no versar sobre materias dispositivas; o el laudo es contrario al orden público¹¹⁰.

Estos motivos ponen de manifiesto que en el proceso de anulación no se puede entrar en el fondo de la controversia, sino que mediante el mismo se controlan únicamente los requisitos formales del arbitraje.

El plazo para el ejercicio de la acción de anulación, previsto en el artículo 41.4 LA, es de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación del laudo o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde que se produzca la expiración del plazo para adoptarla.

Asimismo, junto con la posibilidad de acudir a la acción de anulación, la eficacia de cosa juzgada, que el laudo produce, puede atacarse mediante el juicio de revisión, de acuerdo con lo determinado en los artículos 509 y siguientes de la LEC para la de las sentencias firmes. Esta revisión se dirigirá contra el laudo propiamente dicho, pues la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1^a) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 72/2013, de 9 de diciembre, al conocer de la llamada acción de anulación, si desestima el recurso, deja como título el laudo.

¹¹⁰ Los motivos de los apartados b), e) y f) pueden ser apreciados de oficio por el órgano jurisdiccional o a instancia del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses que tiene legalmente encomendados (artículo 41.2 LA). Si la anulación se acordara por los motivos de los apartados c) y e), ésta sólo afectará a los pronunciamientos en que concurren los defectos, siempre que se puedan separar de los demás (artículo 41.3 LA).

2.9.3. La ejecución del laudo

Con carácter general, la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la LEC y en los artículos 44 y 45 LA¹¹¹. Tal y como señala, a estos efectos el artículo 517.2.2º LEC, los laudos o resoluciones arbitrales son títulos que llevan aparejada ejecución, aunque no hayan adquirido firmeza por haberse ejercitado acción de anulación contra él.

La ejecución forzosa tendrá lugar cuando el laudo sea de condena, quedando excluida la ejecución de los laudos meramente declarativos o constitutivos, aunque en estos casos puede ser necesario el auxilio judicial¹¹².

3. A modo de conclusión

El arbitraje, como medio de solución de controversias, presenta mayores ventajas en comparación con la justicia ordinaria. Ahora bien, cabe resaltar que este método no es sustituto de ésta, sino que constituye un colaborador de los tribunales. Por ello, resulta precisa una cooperación entre este método y la autoridad judicial, en tanto lo que se pretenda sea que la institución arbitral funcione convenientemente.

Aunque esta institución es una realidad en España y las expectativas abiertas por la Ley son positivas, sí es cierto que no existe un gran aumento de arbitrajes internacionales que tengan sede en nuestro país o, al menos, a corto plazo. Por este motivo, se debería fomentar la divulgación en aras de crear una cultura favorable a éste, no solo a nivel nacional sino también internacional, dado que existen afinidades con Iberoamérica que implican una importante ventaja competitiva¹¹³.

¹¹¹ De acuerdo con las modificaciones de la Ley 11/2011 será competente para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo.

¹¹² Cortés Domínguez y Moreno Catena (nota 99), p. 362.

¹¹³ Bello Janeiro, Domingo, “Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional” en García Villaluenga, Leticia, Tomillo Urbina, Jorge Luis y Vázquez De Castro, Eduardo, *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el siglo XXI. Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 41 y 42.

Por todo lo anteriormente expuesto, se pone de relieve que el arbitraje está vivo, además de haber ido ganando poco a poco el puesto que desde la historia de la solución de conflictos vino a cubrir en el ámbito jurídico. Y esta configuración que se manifiesta, compartimos con BARONA VILAR¹¹⁴, no es solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino que responde a una visión y posición, en estos momentos, general.

¹¹⁴ Barona Vilar (nota 3), pp. 185-211.