

**EL ARBITRAJE COMO FORMA
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
EMPRESARIALES**



2005

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
1.1. Objetivos	4
1.2. Metodología	5
2. CONCEPTO DE ARBITRAJE	6
2.1. Diferenciación entre mediación y arbitraje	6
2.2. Breve reseña de la historia del Arbitraje	7
2.2.1. El Arbitraje en España	8
2.2.2. En el ámbito internacional	11
2.3. Concepto de Arbitraje	12
2.4. Clases de Arbitraje	14
2.4.1. Clases de Arbitraje por su naturaleza	15
2.4.2. Clases de Arbitraje por su organización	16
3. LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE EN ESPAÑA. LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE	17
3.1. Principios que la informan	19
3.2. Convenio arbitral	20
3.3. Árbitros	22
3.4. Medidas Cautelares	23
3.5. El procedimiento arbitral	23
3.6. Laudo arbitral	26
3.7. La ejecución forzosa del laudo	30
3.7.1. Ejecución de los laudos arbitrales internos	31
3.7.2. La ejecución de laudos extranjeros	33
4. EL ARBITRAJE EN LA UNIÓN EUROPEA	42
4.1. Normativa Comunitaria	42
4.2. Órganos extrajudiciales	55
5. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LEGISLACIONES	61
5.1. Acuerdo de sometimiento al Arbitraje	61

5.2. Tipos de Arbitraje.....	63
5.3. Nombramiento de Árbitros	65
5.4. Pago de honorarios.....	66
5.5. Duración del Proceso	67
5.6. Contenido del Laudo.....	68
5.7. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros	69
5.8. La Normativa Arbitral en Latinoamérica	71
6. CONSIDERACIONES SOBRE LAS VENTAJAS DEL ARBITRAJE.....	76
6.1. La masificación del Aparato Judicial.....	76
6.2. La celeridad en la solución del conflicto	78
6.3. Menores formalismos.....	78
6.4. La cuestión económica.....	79
6.5. Profesionalidad del Árbitro.....	79
6.6. Confidencialidad	80
6.7. Mantenimiento de las relaciones comerciales.....	80
6.8. La ejecutabilidad.....	80
6.9. Especialidades en el Arbitraje internacional.....	81
6.9.1. Sumisión a la jurisdicción.....	81
7. LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y LA FIGURA DEL ARBITRAJE	87
7.1. Percepción del los empresarios y de los profesionales.....	90
7.1.1. La percepción del conflicto.....	90
7.1.2. Tipos de conflicto.....	92
7.1.3. Prevención y solución de los conflictos.....	93
7.1.4. Ventajas de solución ante los Tribunales	99
8. EL CONOCIMIENTO Y PERCEPCIÓN DEL ARBITRAJE Y SU	
 LEGISLACIÓN POR LA SOCIEDAD ESPAÑOLA	101
8.1. El funcionamiento del arbitraje.....	101
8.1.1. ¿Es necesario llevar abogado o las partes pueden	
defenderse a sí mismas?	102
8.1.2. ¿Quién nombra al árbitro? ¿Cómo una persona puede	
llegar a ser árbitro?	103

8.1.3. ¿Debería dedicarse el árbitro a tiempo completo o parcial?	105
8.1.4. ¿Cuáles son los honorarios del árbitro?	105
8.1.5. ¿El laudo arbitral es vinculante? Si una parte no está conforme, ¿puede llevarse el asunto a continuación a los Tribunales?	106
8.1.6. ¿Qué diferencias hay entre un arbitraje de equidad y uno sujeto a derecho?	107
8.1.7. Referentes históricos y actuales del arbitraje	109
8.1.8. El Arbitraje laboral.....	110
8.2. Motivaciones y obstáculos al uso del arbitraje.....	111
8.3. Ventajas e inconvenientes frente a otros sistemas.....	115
8.4. El futuro del Arbitraje.....	117
8.4.1. Los retos del Arbitraje	117
9. EL ARBITRAJE CREADOR DE EMPLEO.....	120
9.1. Conclusiones del informe realizado a empresarios y profesionales de la asesoría, para EOI Escuela de Negocios	122
9.1.1. Los conflictos y sus soluciones en la pequeña empresa	122
9.1.2. La percepción del Arbitraje como alternativa.....	123
9.1.3. El futuro del Arbitraje	125
9.2. Resumen del resultado de la encuesta realizada para EOI Escuela de Negocios	125
10. CONCLUSIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	138
ANEXOS	140

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivos

Las formas de solución de conflictos, denominadas internacionalmente como Alternative Dispute Resolution (en adelante ADR) tienen cada vez mayor interés y trascendencia en el mundo y en España. Se considera como tales ADR las modalidades alternativas de solución de conflictos mediante procedimientos extrajudiciales realizados por un tercero imparcial. Sin embargo, desde el punto de vista técnico jurídico, no se consideran ADR los arbitrajes propiamente dichos, que es lo que vamos a tratar principalmente en este trabajo.

Con la presente actividad se trata de conocer el estado en que se encuentran los arbitrajes en España y el futuro que tendrán. Así mismo, se estudiará si requieren algún tipo de adaptación a la nueva situación social, al entorno, para ser más eficaces.

Dentro de esa visión de futuro se trata de conocer si van a crearse empleos con esta fórmula de solución de conflictos y si van a ser una cierta solución al colapso en la que se encuentra la justicia. Ambas cuestiones preocupan tanto a nivel interno como internacional o comunitario.

También trataremos de conocer como se percibe por los más interesados y aquellos que deben influir en la toma de la decisión del sometimiento al arbitraje, empresarios y asesores, la figura del arbitraje, su conocimiento de esta figura y su eficacia en la solución de conflictos.

En esa visión de futuro, vamos a indagar si el arbitraje va a crecer, va a crear empleo y cuales son las acciones que se deben realizar, si se considera que realmente es una eficaz forma de solución de conflictos.

1.2. Metodología

Estudiaremos el estado actual del arbitraje. En que consiste desde el punto de vista jurídico y sus normativas en España e internacionalmente.

Metodológicamente, para abordar el objeto de investigación hemos realizado una combinación de técnicas cualitativas y cuantitativas.

En cuanto al análisis cualitativo se ha utilizado la técnica de los grupos de discusión.

Como cuestión primordial de este trabajo, EOI Escuela de Negocios ha realizado que se trata de pulsar la opinión de los afectados principales, empresarios y asesores de esos empresarios, con respecto a planteamientos tan importantes como el conocimiento que tienen de la figura del arbitraje, si aparece como una buena solución a los conflictos que puedan plantearse, qué se requeriría para que se utilizase más esta figura, la capacidad de creación de empleo con esta fórmula y las perspectivas de futuro que se vislumbran.

También metodológicamente hemos realizado un análisis de otros datos secundarios recogidos en instituciones que se dedican al arbitraje, como las Cámaras de Arbitraje más relevantes internacionalmente y su funcionamiento, sin olvidar las recomendaciones realizadas por la ONU, por su CNUDMI o, en inglés UNCITRAL, siglas de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o United Nations Comisión on International Trade Law, respectivamente.

2. CONCEPTO DE ARBITRAJE

2.1. Diferenciación entre mediación y arbitraje

Aunque, como hemos señalado, no es objeto de este estudio la mediación, para comprender mejor en que consisten ambas instituciones y no llamarnos a confusión, vamos a tratar muy brevemente esas diferencias.

Las diferencias entre la mediación y el arbitraje surgen del hecho de que, en una mediación, las partes conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. Lo que supone dos principales consecuencias:

- En el arbitraje, el resultado se determina de conformidad con una norma, la ley aplicable. En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes. Por consiguiente, al decidir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas, y en particular, sus intereses comerciales respectivos. Por ello, se dice con frecuencia que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos. El hecho de tener en cuenta los intereses comerciales también significa que las partes pueden decidir el resultado por referencia a su futura relación más bien que únicamente por referencia a su conducta pasada. Aunque en el caso de el arbitraje de equidad esta diferencia no sería tan acusada.
- En el arbitraje, una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al Tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aun cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra.

Consecuentemente, la mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje.

Las principales etapas de la mediación son:

- El acuerdo de mediación.
- Comienzo del procedimiento: La petición de mediación.
- Nombramiento del mediador o mediadores.
- Contactos iniciales entre el mediador y las partes:
 - organización de la primera reunión.
 - acuerdo sobre un primer intercambio de documentos.
- Primera reunión y reuniones siguientes:
 - establecimiento de las reglas básicas del procedimiento.
 - compilación de información e identificación de las cuestiones litigiosas.
 - examen de los intereses de las partes.
 - búsqueda de soluciones posibles.
 - evaluación de las soluciones posibles.
 - conclusión.

2.2. Breve reseña de la historia del Arbitraje

El arbitraje es una institución cuyo origen se pierde en la historia. Probablemente, ante la amenaza del garrote, de la agresión física, se establecieron mecanismos de solución de conflictos en los pueblos primitivos.

Muchas veces nos planteamos lo que a primera vista parece claro, que en la antigüedad los pueblos que dominaron lo hicieron siempre por la fuerza. Sin embargo, un repaso de la historia nos lleva a la conclusión de que las comunidades que han logrado perdurar son aquellas que han logrado consolidar un sistema eficiente de solución de conflictos. No ya la solución de conflictos concretos, solamente, sino también el sistema de solución de conflictos para toda la comunidad, de manera que la misma esté segura en su interior, que sus miembros no estén enfrentados, descuidando la amenaza de otras comunidades.

Con ello, solucionando los conflictos de forma interna, el grupo no se disgregaba. Los conflictos son inherentes a la propia naturaleza humana y es imposible evitarlos, por lo que un sistema de justicia eficaz, que permita dirimir los conflictos satisfactoriamente para las partes, es un elemento integrador de la sociedad.

Así se muestra a lo largo historia de la humanidad, mediante formas cada vez más evolucionadas de hacer justicia, que fueron recogidas por los libros sagrados de las más antiguas religiones como la Biblia, el Corán, etc. En ellos se muestran algo similar a lo que actualmente es el Arbitraje y la Mediación, sistemas con los que se lograba resolver los conflictos a través de terceros.

Ello fue evolucionando en el sentido de que, no solamente sirvió para resolver cuestiones entre particulares, sino que fue también aplicado para resolver conflictos entre naciones, convirtiéndose el arbitraje en una fórmula habitual de solución de conflictos internacionales, utilizada desde Asirios y Caldeos hasta la actualidad.

2.2.1. El Arbitraje en España

Por lo que se refiere a España, se pueden señalar como antecedentes escritos las disposiciones contenidas en el Fuero Juzgo, concretamente en la Ley 13, Título I del Libro II; el Título VII, Libro I del Fuero Real, y las Leyes XXIII, XXIV, XXV del Título IV, Partida III de las Ordenanzas Reales de Castilla. El Fuero Juzgo reconoce a los jueces nombrados por las partes de común acuerdo para resolver conflictos, a quienes denomina jueces avenidores, distinguiéndose entre los que resuelven de acuerdo a derecho, árbitros arbitradores y de acuerdo a conciencia, amigables componedores.

Una institución con mucha tradición en España es el Tribunal de las Aguas, más correctamente llamado Tribunal de los Acequeros de la Vega de Valencia o Cort de la Seo, que tiene más de mil años de antigüedad, de existencia ininterrumpida. Los investigadores estiman que tuvo su origen y fundación hacia el año 960, bajo el reinado del Califa de Córdoba Abderramán III el Grande.

Bien es cierto que se mantiene que el origen pudiera ser que se remonte a la civilización romana. Posiblemente entonces existió una institución para solucionar los conflictos de aguas en Valencia. La historia recoge ciertos datos al respecto ocurridos en tiempos de Aníbal y la segunda guerra púnica.

Don Jaime I confirma los usos y costumbres que en el riego tenían hasta entonces, confirmando, en el Fuero XXXV, todos los privilegios que tenían los regadíos en Valencia señalando que: segons que antigament es e fo establít e acostumat en temps de serrahins (según de antiguo es y fue establecido y acostumbrado en tiempos de los sarracenos).

Los Reyes Pedro I, Jaime II, Pedro IV, Fernando el Católico, Carlos V, Felipe II, así como los reyes Borbones, continuaron otorgando privilegios a las acequias y sus comunidades de regantes y confirmando su régimen de funcionamiento, hasta la actualidad.

Más recientemente, cuando Alfonso XII en 1879 promulgó la Ley de Aguas, confirma la existencia y privilegios del Tribunal. E incluso recoge su organización para implantarla como modelo en los Jurados de Riegos de todas las comunidades de regantes de España. Por cierto, que resulta curioso que esa Ley fue redactada por el Catedrático de la Universidad de Valencia, don Antonio Rodríguez de Cepeda.

Pero este Tribunal y la referida Ley de Aguas no tuvieron solo trascendencia en España, sino que posteriormente, los países latinoamericanos, salvo Chile, copiaron la Ley de Aguas de 1879 y aceptaron igualmente el modelo de Jurado de Riegos. Por ello, el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia ha sido el modelo que ha inspirado a gran parte de los países de habla hispana, siendo, por tanto, origen y antecedente legal e histórico de sus normas.

El Tribunal ha venido funcionando impartiendo justicia ininterrumpidamente, a pesar de que en múltiples ocasiones se ha pretendido hacerlo desaparecer por considerarlo una excepción que atenta contra el principio de jurisdicción única. Sin embargo, los

huertanos han creído en ese Tribunal y su bien hacer y prestigio han hecho que se mantenga, a pesar de todo, en pleno funcionamiento conservando sus privilegios, jurisdicción y competencia, disfrutando de una verdadera autoritas, en el sentido romano de la palabra.

En la actualidad su continuidad está garantizada por ampararlo la vigente Constitución Española.

Así, cada jueves a las 12 del mediodía se reúne a la Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia, para administrar justicia, mediante la reunión de ocho hombres buenos, labradores regantes de la Huerta de la Vega Valencia, investidos no solamente de su blusa negra, sino de la autoridad de jueces populares, como síndicos que son de cada una de las acequias.

Es difícil definir qué es el Tribunal de las Aguas, pero lo que está claro es que el Tribunal de las Aguas no es un Tribunal Penal, sino que sus condenas son civiles o administrativas, en su caso. El Tribunal de las Aguas de Valencia, es un órgano jurisdiccional, con sede en Valencia, capital de esa Comunidad Autónoma, con amplia competencia para juzgar y hacer cumplir lo juzgado, en todos los conflictos que se produzcan entre las Comunidades de Regantes de las diferentes acequias de la huerta de Valencia, entre estas y los regantes y cualquier otro usuario del aguas, y, en general, para conocer sobre cualquier litigio derivado de la utilización del agua.

Su importancia viene dada porque, aun teniendo tantos años de funcionamiento impartiendo justicia, lo hace aplicando todos los principios que las más avanzadas doctrinas procesalistas plantean para los Juzgados y Tribunales: audiencia, bilateralidad, contradicción, oralidad y publicidad.

De hecho, parece un ejemplo a seguir por todas las reformas que se puedan operar en los procedimientos civiles, la denominada justicia rápida, tan en boga actualmente, por la rapidez y eficacia con que actúa haciendo justicia y mandando ejecutar lo juzgado.

2.2.2. *En el ámbito internacional*

Históricamente, el primer paso hacia una regulación internacional de arbitraje, fue el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje, del 24 de septiembre de 1923 que, aunque pretendió regular el Arbitraje Internacional, solo consiguió una especie de compilación de normas relativas al mismo.

Hubo otro Convenio, también en Ginebra, el Convenio de Ginebra sobre reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales del 26 de septiembre de 1927, que complementa lo recogido por el Protocolo de 1923.

Pero no fue hasta 1953 cuando la Cámara de Comercio Internacional de las Naciones Unidas presentó un proyecto. Dicho proyecto no se convirtió en Convenio hasta que fue aprobado en 1958 en New York por parte 45 estados. España se adhirió en 1977 a este convenio de New York.

Este convenio que continúa dando sus frutos es, tal vez, el más importante en materia de reconocimiento de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero y sirve para que se ejecuten en los países adheridos las sentencias o laudos arbitrales dictados en otros estados así mismo adheridos.

Sin embargo, y por lo que a Europa se refiere, coexiste con el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 21 de abril de 1961, también ratificado por España el 5 de marzo de 1975, que introduce una interesante figura no contenida en el Convenio de New York, consistente en que las partes pueden pactar una cláusula de arbitraje muy genérica que, al amparo del Convenio, regula automáticamente los detalles procedimentales necesarios para la validez del laudo. Ambos Convenios serán tratados posteriormente.

Hace pocos años se podía hablar del arbitraje como un coto cerrado, que pretendía resaltar el carácter artesanal y elitista del arbitraje comercial internacional. Quien se sometía a esta forma de resolución de conflictos sabía que sería por la decisión de un conocido profesional del Derecho de algún país europeo la que tendría que acatar. Pero

las circunstancias han variado sustancialmente, seguramente por el auge que el propio arbitraje va teniendo.

Los grandes despachos de abogados se han interesado por los procedimientos de arbitraje. Ha surgido lo que pudiéramos llamar una actividad empresarial del arbitraje, con su normal competitividad en el mercado arbitral y la utilización de técnicas de marketing, más o menos sofisticadas.

La solución de los conflictos mediante el arbitraje ha pasado a ser un servicio con un importante grado de competitividad. Servicios muy cualificados que conllevan una nueva forma de hacer arbitraje. Las Cámaras de administración del arbitraje se han multiplicado y hay la proliferación de conferencias, jornadas, reuniones y coloquios para convencernos, de una forma más o menos clara, sobre la conveniencia de utilizar los servicios de arbitraje de esa Cámara, e incluso, la utilización del arbitraje en general.

Existe una doble competitividad. Por un lado la de quienes desean ser designados árbitros, tengan o no experiencia, son conscientes de esta competitividad y muchas veces son sometidos a las difíciles entrevistas de quienes buscan la persona adecuada.

Por su parte, los despachos de abogados compiten por conseguir la representación y defensa de las partes en un arbitraje.

2.3. Concepto de Arbitraje

Un convenio arbitral es el compromiso de las partes, bien con carácter previo (a través de una cláusula contractual que así lo especifique), bien una vez nacido el litigio, de sustraer al conocimiento de los Tribunales estatales la existencia de una controversia, y en su lugar, que ésta sea sometida a uno o varios árbitros que serán los que finalmente emitirán la sentencia arbitral o laudo.

Se trata, por tanto, de que se prevea que puede producirse un conflicto y cómo solucionarlo. Es muy habitual, casi obligado, que en los contratos internacionales se incluya una cláusula de sometimiento de las disputas o diferencias a un Arbitraje. Y cada vez sucede más en la contratación interna o internacional.

Se prevé la forma de solución del conflicto, porque una vez cumplido es muy difícil que las partes puedan llegar al acuerdo de someterse al Arbitraje. Sobre todo si una de ellos actúa de mala fe, ya que la lentitud y, a veces, la falta de tiempo y medios de la Administración de Justicia le pueden proporcionar una resolución favorable o, en el peor de los casos, un amplio retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

Se trata, pues, de una renuncia al legítimo derecho que tienen las partes a solicitar que un Juez estatal imparta justicia.

Renuncia a la jurisdicción de Jueces y Tribunales y sometimiento al arbitraje que es, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, entre otras¹ un equivalente

¹ TC Pleno, S 23-11-1995, nº 174/1995, rec. 2112/1991, BOE 310/1995, de 28 diciembre 1995. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando

TERCERO.- El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/88, por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, imponiendo para su ejercicio, como declaramos en STC 185/87, obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito. Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente, que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje, como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Mediante el arbitraje, como dice el art. 1 Ley 36/88, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. 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 43/88, 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 15/89 f. j. 9º, y 62/91, f. j. 5º). Desde este punto de vista tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la CE. Pero la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la CE, que, sin duda, lo es, y así lo hemos reconocido en las sentencias citadas por el Abogado del Estado y en otras muchas (SSTC 43/88, 233/88, y 288/93). La cuestión que se nos plantea es si resulta conforme con la CE, concretamente con sus arts. 24,1 y 117,3 CE un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda

jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.

La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal de los laudos arbitrales. La Ley de Arbitraje establece con absoluta claridad que el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes. Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje.

2.4. Clases de Arbitraje

Podemos distinguir, dentro de las clasificaciones posibles, entre clases de Arbitraje por su naturaleza y por su organización, no solamente porque la clasificación legal es ésta, sino porque es la clasificación más funcional de entre las posibles.

(Nota 1, continuación) condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no lo admita.

Es evidente que un sistema como el que se acaba de describir, que es el que consagra el art. 38,2, pfo. 1º LOTT, resulta contrario, como ya hemos dicho, al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. Nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía (500.000 pts.). La autonomía de la voluntad de las partes ðde todas las partesð 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 CE que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el pfo. 1º art. 38,2. 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. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38,2, pfo. 1º LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24,1 CE. No se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Mº Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 Ley de Arbitraje. La objeción, tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/88 y SSTS que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24,1 CE.

2.4.1. Clases de Arbitraje por su naturaleza

Por su naturaleza, se distingue el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad. El Arbitraje de derecho es aquel por el cual las partes, voluntariamente se someten al Arbitraje, designando una ley (ley de un estado, un convenio internacional,...) para que sea aplicada por un Tribunal Arbitral en la resolución de las controversias. El arbitraje de equidad, por el contrario, es aquel en el que las partes voluntariamente no designan ninguna ley. El hecho de que las partes establezcan su voluntario sometimiento a arbitraje de equidad, implica que los árbitros elegidos deben resolver el conflicto siguiendo el criterio más justo y conforme a la práctica habitual en el tráfico mercantil del que se trate².

El arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2 del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita.

En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (saber y entender) por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias.

A su vez, esta peculiaridad se refleja en el tratamiento del único y posible recurso: el de nulidad, que habrá de fundarse en causas tasadas: nulidad del compromiso, laudo dictado fuera de plazo, resolver puntos no sometidos al arbitraje y no oír o no permitir pruebas al recurrente.

² En lo que se refiere al arbitraje de equidad, la doctrina no es pacífica, habiendo autores que aseguran la necesidad de que exista una ley estatal que regule la aplicación de la equidad, como la más apropiada a la cuestión planteada por las partes ante la Corte Arbitral.

La misma esencia de ese juicio o arbitraje consiste en que es personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es, como ya dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 octubre 1986, un juicio externo. El Tribunal revisor de la nulidad es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales, no se pronuncia sobre el fondo.

2.4.2. Clases de Arbitraje por su organización

Por su organización, se distingue entre arbitraje institucional y arbitraje ad hoc. El arbitraje institucional es aquel en el que las partes deciden acudir a una Institución arbitral preestablecida, ya sea nacional o extranjera. Así, el nombramiento de los árbitros y el procedimiento arbitral se desarrollará, salvo pacto en contrario, según el Reglamento regulador del organismo elegido.

Es decir, que las partes tan sólo se remiten a Instituciones especializadas en Arbitraje, tales como la Sociedad Española de Arbitraje, las Cámaras de Comercio, los Colegios de Abogados, la Cámara de Comercio Internacional, etc., ya que estas tienen organizado el nombramiento de árbitros, el procedimiento a seguir, etc. En el arbitraje ad hoc, son las partes las que nombran los árbitros, y las que estructuran el propio procedimiento, sin sumisión a Reglamentos o Estatutos que pudieran existir a tal fin.

3. LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE EN ESPAÑA. LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE

El 26 de diciembre de 2003 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje), que deroga la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (en adelante la LA 1988). La nueva regulación toma como base la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, Ley Modelo CNUDMI o Ley Modelo UNCITRAL, según las siglas en español o inglés que se tomen. Esta nueva norma española armoniza la legislación sobre arbitraje con numerosas legislaciones de su entorno y facilita la práctica del comercio internacional.

La nueva Ley de Arbitraje consta de una extensa Exposición de Motivos, así como nueve títulos, que se desarrollan en cuarenta y seis artículos, una disposición adicional única, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

Se facilita un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaura es igualitario. Se trata, en definitiva, de remover, conforme ordena el art. 9 CE, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. Las ventajas que se suelen destacar de este sistema de solución de conflictos son:

- Mayor garantía en cuanto a la decisión, motivada por la disposición absoluta de las partes del proceso, al poder designar de mutuo acuerdo al árbitro.
- Celeridad: A diferencia de la lentitud que existe en los procesos judiciales condicionado por la diversidad de trámites que implica y el alto número de asuntos que se someten a la jurisdicción civil, el arbitraje es incomparablemente menos dilatado.

- Economía en los gastos del proceso: Al tener el laudo un carácter definitivo y ser inapelable evita a las partes un gran número de gastos de representación y defensa en las diferentes instancias jurisdiccionales; además, se puede comparecer en el procedimiento por derecho propio o hacerse representar, sin tener que ostentar las partes la condición de abogado. Algunos discrepan de este criterio, pues consideran excesivos los gastos por el pago de los derechos de arbitraje y del procedimiento.
- Confidencialidad: El arbitraje es una opción para evitar la publicidad de los debates que en parte se manifiesta en la jurisdicción estatal, donde las vistas de los juicios son públicas.

Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho.

No podrán ser objeto de arbitraje:

- Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
- Las materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley española los arbitrajes laborales.
- Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

La Ley de Arbitraje recoge las dos clases, por su naturaleza, del Arbitraje. Así los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho, (con sujeción a las normas correspondientes) o en equidad, (según su saber y entender), a elección de las

partes. En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de equidad, los árbitros resolverán en derecho, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación en cuyo caso se estará a lo que resulte de su Reglamento.

3.1. Principios que la informan

Podemos definir el arbitraje como un medio de solución de conflictos a través de la intervención de un tercero elegido directa o indirectamente por las partes, a cuya decisión se someten sobre las materias que libremente puedan disponer.

Salvo excepciones, el arbitraje interno y el internacional vienen regulados por los mismos preceptos, lo cual es de destacar y alabar, ya que realiza una regulación prácticamente paralela para el derecho interno y el internacional, sin perjuicio de las diferencias inevitables.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, son materias objeto de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, a excepción de los arbitrajes laborales, que quedan excluidos de su ámbito de aplicación como hemos señalado.

A diferencia de la Ley de Arbitraje de 1988, la nueva regulación no realiza una enumeración de materias no disponibles y por tanto no arbitrables.

Una novedad importante de la Ley de Arbitraje y que resuelve una de las grandes lagunas de la regulación anterior es que, por primera vez, se define en qué casos un arbitraje tiene carácter internacional. Así, su artículo 3 establece que será internacional el arbitraje cuando:

- 1) En el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en distintos estados.

- 2) El lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de las obligaciones objeto de controversia, o con el que la relación jurídica tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
- 3) La relación jurídica de la que deriva la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

3.2. Convenio arbitral

El convenio arbitral o, lo que es lo mismo, el acuerdo de someter el conflicto al Arbitraje es fundamental. Sin este acuerdo no cabe el arbitraje. Como ya hemos dicho, puede ser anterior al surgimiento del conflicto, normalmente incluido como acuerdo o cláusula de un contrato, o posterior, cuando surja el conflicto, aunque estos últimos casos son poco frecuentes. Insistimos en que sin convenio válido no cabe arbitraje.

La Ley de Arbitraje tiene un carácter contrario a los principios formalistas del arbitraje al prever expresamente como formas en las que puede constar el convenio arbitral cualquier medio escrito, ya sea un documento firmado por las partes, un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax o cualquier otro medio telemático.

Asimismo, la Ley de Arbitraje consagra la validez de la denominada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que consta en un documento distinto del contrato principal.

Por tanto, cuando existe una cláusula de sometimiento a arbitraje, ya sea a la firma del acuerdo o contrato principal o coetánea al inicio del conflicto, los Tribunales no deben conocer del conflicto.

O, dicho de otra forma, el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo. Es decir que el convenio puede estar incorporado a un contrato (lo más usual) o acordarse de forma autónoma, con anterioridad o posterioridad, incluso, al surgimiento del conflicto, como ya hemos dicho.

Este último caso es poco usual, ya que el que ha incumplido el contrato suele preferir acudir a los Tribunales por lo dilatado de la resolución en esa instancia.

La nulidad de un contrato no llevará consigo, de modo necesario, la del convenio arbitral accesorio.

Será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

El contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento, aún cuándo no sea institucional.

En caso de ser institucional, es decir, sometido a Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, o Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales, la Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje.

Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial de arbitraje.

En este caso, en el acto de la comparecencia el Juez oír a las partes o sus representantes y les invitará a ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros.

Si no hay convenio sobre la designación de los árbitros o modo de designarlos y las partes no se ponen de acuerdo, procederá el Juez a la designación de los árbitros

mediante sorteo de entre los nombres incluidos en la lista de abogados en ejercicio que solicitará del Colegio profesional de la circunscripción judicial correspondiente o del Consejo General de la Abogacía.

El Ministerio de Justicia podrá regular, como requisitos para la inscripción en la lista, la práctica en los respectivos Colegios de Abogados de pruebas que acrediten la preparación, experiencia y capacidad de los solicitantes. La lista estará formada por abogados con más de cinco años de ejercicio profesional que voluntariamente se hayan ofrecido.

El Juez únicamente podrá rechazar la formalización judicial del arbitraje, cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje en el convenio, siempre que una parte lo invoque. Las partes podrán renunciar en cualquier momento de común acuerdo al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial.

3.3. Árbitros

A diferencia de la Ley de Arbitraje de 1988, el artículo 12 de la Ley de Arbitraje prevé que, a falta de acuerdo entre las partes, el número de árbitros será uno, en lugar de tres.

En relación con la capacidad de los árbitros, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que podrá ser árbitro toda persona natural que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos por su profesión.

En cuanto a la responsabilidad de los árbitros por su actuación como tales, cabe destacar que la Ley de Arbitraje ha suprimido la culpa como una de las causas de responsabilidad de los árbitros para el caso de que no cumplan fielmente su encargo, la

responsabilidad, por tanto, se reducen a la mala fe, temeridad o dolo. Con ello se pretende evitar que los nombrados árbitros tengan temor a realizarlo, ante la responsabilidad en que pudieran incurrir, simplemente por algún pequeño error o mala interpretación. Pero se mantiene dicha responsabilidad para los casos señalados.

3.4. Medidas Cautelares

Una de las innovaciones más importantes de la Ley de Arbitraje es el reconocimiento de la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, recogido en el artículo 23. De este modo, las partes podrán solicitar las medidas cautelares directamente al árbitro o colegio arbitral que esté conociendo de la controversia, que en definitiva es quien mejor podrá analizar la pertinencia de la medida cautelar solicitada. Se trata de que, una vez iniciada la controversia y planteado el arbitraje, una de las partes no pueda hacer ilusorio el resultado tomando medidas que hagan imposible el cumplimiento de la resolución arbitral o laudo.

No obstante el acuerdo del o de los árbitros en cuanto a la adopción de medidas cautelares, la intervención de los órganos jurisdiccionales sigue siendo necesaria a la hora de ejecutar la medida cautelar adoptada por los árbitros. O dicho de otra forma, la ejecución de la medida cautelar acordada por el árbitro deberá ser ejecutada por el órgano jurisdiccional competente.

3.5. El procedimiento arbitral

Una idea básica del procedimiento arbitral que conlleva, en caso de incumplimiento, la nulidad del laudo, es que se apliquen los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

Es decir, que hay que tratar a las partes con igualdad dando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, admitiendo sus argumentaciones y pruebas y permitiendo impugnar las de los contrarios.

Al igual que la anterior regulación, la Ley de Arbitraje parte del principio de autonomía de voluntad de las partes, por lo que las normas relacionadas con el procedimiento arbitral son dispositivas y sólo se aplicarán en defecto de acuerdo entre las partes, acuerdo que puede ser directo o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. Es decir, que solamente si las partes no han acordado el procedimiento, bien porque no han sometido el arbitraje a una Corte o institución arbitral, que normalmente tiene previsto un procedimiento tasado, o por que no lo han acordado ellos mismos, entrará en juego el establecido en la Ley de Arbitraje.

Hasta tal punto que la Ley de Arbitraje otorga libertad a las partes para determinar:

- 1) El procedimiento arbitral.
- 2) El lugar del arbitraje.
- 3) El lugar en que los árbitros puedan oír a los testigos, los peritos o las partes o celebrar deliberaciones.
- 4) La fecha de inicio del arbitraje.
- 5) El idioma del arbitraje, etc.

En definitiva, se otorga a las partes plena libertad para convenir todo aquello que incumbe al desarrollo del procedimiento arbitral.

Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio.

El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje.

La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia. Es decir, como hemos visto, si existe un convenio por el que las controversias se someterán a arbitraje, la incomparecencia u oposición de una parte a nombrar árbitro, o a comparecer y someterse a arbitraje no impide que el nombramiento de árbitros sea válido ni el laudo deje de dictarse.

De modo que, como ocurre ante los Tribunales, una vez citada formalmente una parte para nombrar árbitro o para iniciar el arbitraje, su incomparecencia le pondrá en situación de rebeldía y el procedimiento continuará sin su presencia ni defensa.

Como hemos señalado, salvo acuerdo de las partes, los árbitros determinarán el idioma o idiomas en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral y lo notificarán a las partes.

Pero no podrán elegir un idioma que ninguna de las partes conozca o que no sea oficial en el lugar en que se desarrollará la actuación arbitral.

Las partes podrán designar un domicilio para recibir notificaciones. En su defecto, se entenderá como domicilio el del propio interesado o, en su caso, el de su representante.

Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes.

La Ley de Arbitraje establece en su Título V (artículos 24 a 33) las normas sobre actuaciones arbitrales a aplicar en defecto de pacto entre las partes, entre las que hay que mencionar distintas novedades respecto a la Ley de Arbitraje de 1988. Así, y por primera vez, el legislador adopta una nomenclatura inexistente en la regulación anterior, al referirse a los primeros escritos de alegaciones de las partes como demanda y contestación, denominación más propia del orden jurisdiccional, pero habitual, en cualquier caso, en el mundo del Arbitraje.

Otra innovación importante de la Ley de Arbitraje es la asistencia judicial para la práctica de pruebas, regulada en su artículo 33. Como vemos, no solamente cabe el auxilio judicial para el nombramiento de árbitro o para las medidas cautelares, sino que, de acuerdo con dicho artículo, podrán solicitar asistencia judicial no sólo los árbitros, como establecía la Ley de Arbitraje de 1988, sino también cualquiera de las partes, siempre que cuenten con la aprobación de los árbitros.

Se introduce otra novedad en cuanto al Tribunal al que habrán de dirigirse los árbitros, o las partes. La antigua LA 1988 establecía que la solicitud se debía dirigir al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se desarrollase el arbitraje. Sin embargo, el actual artículo 33 de la Ley de Arbitraje señala que la solicitud de asistencia se deberá dirigirse al Tribunal competente. Y el Tribunal competente, en aplicación del artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje, será el del lugar del arbitraje, o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Es decir, que ya no lo es solamente el del lugar donde se esté celebrando el arbitraje, sino que, para mayor agilidad, se podrá dirigir ante el Tribunal donde deba realizarse la asistencia judicial.

En cuanto al contenido de la asistencia, la Ley de Arbitraje introduce otra innovación importante, al establecer que la misma podrá consistir tanto en la práctica de la prueba ante el Tribunal, como en la adopción de medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. De esta forma, se facilita la práctica de la prueba directamente ante los árbitros que deben resolver la controversia.

3.6. Laudo arbitral

Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

Es decir, las partes pueden acordar el plazo que deseen, mayor o menor de seis meses. Pero si no lo establecen, los árbitros vienen obligados a resolver en seis meses, que ellos mismos pueden prorrogar por dos más, siempre que lo motiven. Nótese que, en caso de no cumplir los plazos, el arbitraje será nulo. Es una de las pocas causas de nulidad de los laudos, por lo que deberá tenerse muy en cuenta.

Transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y abierta la vía judicial para plantear la controversia.

En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado.

El laudo deberá dictarse por escrito. Expresará al menos las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión o controversia sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral.

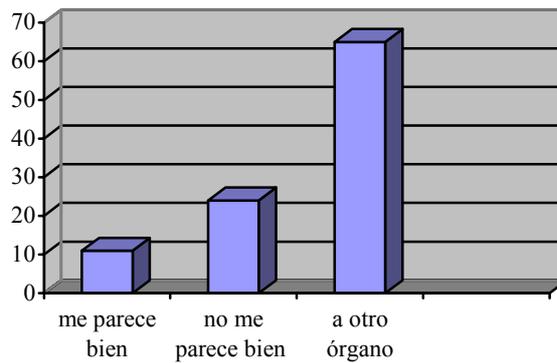
El laudo será motivado jurídicamente cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho.

En relación con el pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones, la Ley de Arbitraje introduce también novedades importantes respecto a la regulación anterior. Así:

- 1) Se establece la preferencia por el arbitraje de derecho, a diferencia de la regulación anterior, que optaba por el arbitraje de equidad.
- 2) Se reconoce legalmente la posibilidad de dictar laudos parciales, que tendrán el mismo valor que el laudo definitivo.
- 3) Como ya hemos señalado, salvo acuerdo en contrario de las partes, el plazo para dictar el laudo será de seis meses, que empezará a correr desde el momento de presentación de la contestación a la demanda o de expirar el plazo para la misma, en lugar del momento en que el último árbitro acepte su designación, como ocurría en la Ley de Arbitraje de 1988.
- 4) Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo, aunque podrá serlo a solicitud de cualquiera de las partes. De este modo, ni la acción de nulidad ni la ejecución del laudo se hacen depender de la protocolización del mismo, como ocurría en la legislación anterior.

- 5) En relación con la corrección y aclaración del laudo, se amplía el plazo para su solicitud por cualquiera de las partes de cinco a diez días, plazo que será de un mes en el caso de arbitrajes internacionales.
- 6) En cuanto a la anulación y revisión del laudo, se amplía también el plazo para interponer la acción de diez días a dos meses desde su notificación, lo que como señala la Exposición de Motivos, no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.
- 7) El hecho de que el laudo sea ejecutable provisionalmente, aun cuando contra el mismo se haya interpuesto la acción de anulación, es otra de las novedades de la Ley de Arbitraje, si bien se permite al ejecutado suspender la ejecución mediante la prestación de caución.
- 8) En relación con el exequátur u homologación de laudos extranjeros, la Ley de Arbitraje se remite al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (el Convenio de Nueva York). Asimismo, de conformidad con la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, deja de ser competente para conocer del exequátur el Tribunal Supremo en favor de los Juzgados de Primera Instancia.

Por otra parte, fue planteada por ARyME en una encuesta la pregunta de si sería bueno un traslado de competencias en España para conocer y ejecutar laudos Arbitrales extranjeros del Tribunal Supremo a los Juzgados de Primera Instancia y a lo que se contestó:



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

Me parece bien porque agilizaría la tramitación: 11%

No me parece bien porque dificultaría la homogeneización de criterios: 24%

Bien por el traslado de competencias pero a un órgano jurisdiccional superior: 65%

Efectivamente existe un consenso en cuanto a la necesidad de trasladar competencias, sin embargo, no exactamente a los Juzgados de Primera Instancia.

La Ley de Arbitraje supone un gran avance que acerca nuestra legislación al resto de legislaciones internacionales y que caracteriza al arbitraje por su flexibilidad y autonomía, en el que prima, por encima de todo, la voluntad de las partes.

El laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada, a la sentencia firme. Contra el mismo sólo cabrá el Recurso de Revisión, al igual que ocurre por lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes.

El laudo podrá anularse en los siguientes casos:

- a) Que el convenio arbitral, el acuerdo para someter las disputas al arbitraje, no exista o no es válido.
- b) Que no haya sido debidamente notificada a la parte de la designación de un árbitro o árbitros o de las actuaciones arbitrales o no hubiese podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros resuelvan sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Lo que se suele denominar incongruencia.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de Arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

El conocimiento del recurso de anulación corresponderá a la los Juzgados de Primera Instancia, como ya hemos señalado, y el procedimiento será el del juicio verbal.

3.7. La ejecución forzosa del laudo

Con esta expresión se plantea la posibilidad que tiene la parte de poder ejecutar lo establecido en el laudo. De nada sirve una resolución, sea judicial o arbitral, si no se puede llevar a efecto, si no se puede ejecutar. De dicha ejecución trataremos a continuación.

Distinguiremos entre las ejecuciones de laudos internos e internacionales, dado que, aunque la nueva Ley de arbitraje intenta unificar los sistemas arbitrales, no tiene por

más que establecer criterios distintos basados en los Convenios internacionales y la práctica.

3.7.1. Ejecución de los laudos arbitrales internos

Con la ley de 1988 no era posible ejecutar un laudo si era recurrido. Sin embargo, con la nueva regulación se atribuye al laudo fuerza ejecutiva, incluso en los casos en que éste sea impugnado.

No obstante, si fuera impugnado, el ejecutado, en garantía de sus derechos, podrá pedir la suspensión de la ejecución ante el Tribunal de Justicia competente y, del texto de la nueva ley, parece que se desprende que el Tribunal arbitral deberá conceder la suspensión, pudiendo únicamente decidir el importe de la fianza que el ejecutado deberá presentar para cubrir los daños que la suspensión pueda ocasionar al ejecutante, al igual que ocurre con las sentencias no definitivas que hayan sido impugnadas en los Juzgados o Tribunales Ordinarios.

Cuando se acude a un Tribunal o a un Arbitraje, lo que se pretende no sólo es que a uno le den la razón, sino también poder ejecutar y hacer cumplir el contenido de la sentencia o el laudo, todo ello en el menor tiempo posible desde su interposición.

El tiempo que transcurre hasta que un Tribunal de Justicia dicta sentencia es imprevisible, y depende de varios factores. Además, las sentencias de los Tribunales son recurribles, y en algunos casos la sentencia que resuelve el primer recurso puede ser también recurrida, lo cual puede dar lugar a que transcurran varios años para que una sentencia sea firme.

Si es recurrible ante el Tribunal Supremo, pueden transcurrir más de seis años desde su inicio. Por lo tanto, en principio, la ejecución o cumplimiento de un laudo arbitral es más rápida que si se trata de una sentencia judicial.

Además de todo lo anterior, el porcentaje de cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales es muy superior al que se da en las sentencias de los Tribunales de Justicia.

Los laudos son mayoritariamente aceptados por el vencido como una confirmación del empeño de las partes en resolver sus conflictos de intereses de una manera definitiva³.

Cuando el laudo no es aceptado y pretende ser incumplido por alguna de las partes, entran en escena una serie de instituciones judiciales de reconocimiento y ejecución forzosa que legitiman la institución arbitral y ponen al laudo en un nivel procesal más favorable, incluso, que una sentencia judicial. Estas instituciones son los de Convenios Internacionales y las normas locales de reconocimiento y ejecución de laudos.

Así, un laudo arbitral puede ejecutarse aplicando, simplemente, la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en ella se contienen todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia, como si de la ejecución de sentencias de los Tribunales se tratase.

La Ley de Arbitraje se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendency del procedimiento en que se ejercite la acción de nulación, si esta se plantea. La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo, aunque sea objeto de impugnación.

No tendría sentido que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. De modo que, como aquellas, la ejecutividad del laudo no firme se puede producir. Ahora bien, dicha posibilidad se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución.

Se trata, pues, de una regulación normativa que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado. Se evita que planteando la nulidad del laudo su cumplimiento se demore, pero, al mismo tiempo, se permite al ejecutado que preste garantías de que va a cumplir lo establecido en el laudo, si este deviene firme, si le conviene.

³ Por ejemplo, en el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) donde el nivel de aceptación voluntaria supera el 90%.

3.7.2. La ejecución de laudos extranjeros

Ley de Arbitraje atribuye la competencia para conocer del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros a los Juzgados de Primera Instancia, desplazando así al Tribunal Supremo que tenía atribuida esta competencia conforme a la derogada Ley de Arbitraje de 1988, como ya hemos indicado.

El cambio de órgano jurisdiccional competente y la ausencia de recurso contra las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, plantea la importante cuestión de la vigencia y aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, concretamente, la aplicación que harán los nuevos órganos competentes respecto de los criterios del Tribunal Supremo relativos a los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos y a ciertos aspectos de procedimiento.

Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo realiza una labor de verificación de doctrina o criterios que, a partir de la nueva Ley de Arbitraje, dejará de hacer, pues la ejecución de laudos extranjeros será realizada por los Juzgados de Primera Instancia.

Hasta ahora, los criterios del Tribunal Supremo han sido los siguientes:

a) La forma escrita de la cláusula de arbitraje.

El Tribunal Supremo, en aplicación del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que establece de forma tasada los motivos que dan lugar a la denegación del exequátur, establece que entre estos motivos se encuentra la invalidez del convenio arbitral (artículo V.1 letra a del citado Convenio) si no se realiza por escrito, ya que habrá de constar necesariamente por escrito, como también dispone el propio Convenio de Nueva York (artículo II.1).

Pero el Tribunal Supremo ha venido realizando desde hace ya tiempo una interpretación flexible del requisito de la forma escrita, que no pretende otra cosa que acreditar la concorde voluntad de las partes de someter a arbitraje la resolución

de sus controversias. Así, el Tribunal Supremo⁴ ha admitido la existencia de cláusulas arbitrales incluso en aquellos casos en que no se ha podido aportar la cláusula arbitral original suscrita por ambas partes, siempre que no quepa duda de la existencia del convenio arbitral en virtud de actos concluyentes de las partes, como por ejemplo, la comparecencia ante los árbitros o ante la institución arbitral, la actuación de la parte en el procedimiento arbitral debidamente representada, la designación de árbitros, la presentación de escritos y pruebas y ello incluso en aquellos casos en que es imposible identificar siquiera quiénes son los intervinientes en dicho acto en la firma del convenio arbitral⁵ y los que allí se mencionan.

Por tanto, el Tribunal Supremo, dentro de las tendencias más actuales, ha venido interpretando de forma adecuada el requisito de la forma escrita que en muchas ocasiones plantea problemas prácticos, a pesar de que no existe duda respecto a la existencia del convenio arbitral.

Se han reconocido y ejecutado laudos extranjeros en casos en que no se firma el contrato que contiene la cláusula de arbitraje, pero que en correspondencia posterior se hace referencia a la vigencia de la misma, o en casos en que han existido una serie de contratos celebrados entre las partes que incluyen convenios arbitrales, pero no existe un escrito firmado que sirva de prueba para el contrato en cuestión.

- b) El procedimiento de exequátur. Este procedimiento no se encuentra regulado ni en la Ley de Arbitraje, ni en el Convenio de Nueva York ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El procedimiento de exequátur continúa aún regulado en los arts. 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigentes hasta tanto no entre en vigor la ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil (Disposición derogatoria única 1.3ª LEC).

⁴ Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003; RJ 2003\261577

⁵ Auto citado del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (RJ 2003\261577)

- c) Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Como se ha indicado, la Ley de Arbitraje atribuye la competencia para conocer del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros a los Juzgados de Primera Instancia, desplazando así al Tribunal Supremo que tenía atribuida esta competencia conforme a la ya derogada Ley de Arbitraje de 1988.

El cambio de órgano jurisdiccional competente y la ausencia de recurso contra las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, plantea la importante cuestión de la vigencia y aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y concretamente la aplicación que harán los nuevos órganos competentes respecto de los acertados criterios del Tribunal Supremo relativos a los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos y a ciertos aspectos de procedimiento.

Veamos brevemente los Convenios o Convenciones Internacionales de ejecución de laudos arbitrales.

CONVENIOS MULTILATERALES

Entendemos por Convenios Multilaterales aquellos convenios suscritos por más de dos países y que, fundamentalmente, son los siguientes:

CONVENIOS MULTILATERALES DE CARÁCTER UNIVERSAL

Convención o Convenio de Nueva York de 1958. La Convención de Nueva York tiene su antecedente directo en el Convenio relativo a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Ginebra de 1927 y es considerada como el acuerdo con más éxito que jamás se haya establecido en el marco del derecho internacional privado. Ha sido ratificado por más de ciento treinta países.

Los elementos más importantes de este Convenio son el Artículo II que establece que cada uno de los Estados contratantes debe reconocer los acuerdos arbitrales realizados por escrito, como hemos indicado. Añade este artículo que la expresión acuerdo por escrito denotará la existencia de una cláusula arbitral incluida en un contrato firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas.

La adopción masiva de tecnologías de la información basadas en Internet por parte de consumidores, empresas y organizaciones arbitrales, ha abierto el debate en el seno de la comunidad arbitral internacional, sobre la posibilidad de su uso en los procesos arbitrales si ha de entenderse cumplida la forma escrita, así como en las demás cuestiones relevantes, que se ha intentado dilucidar en este debate y que fundamentalmente han sido:

- si un acuerdo arbitral realizado en formato electrónico (e-mail, html, xml, etc) satisface los requisitos formales de este artículo del Convenio de Nueva York, o no.
- si pueden ser utilizados sistemas electrónicos en los procedimientos arbitrales.
- donde es el lugar del arbitraje si el procedimiento arbitral se realiza a través de Internet.
- si los árbitros pueden deliberar mediante formas electrónicas (texto-conferencia, video-conferencia, e-mail, etc.), en vez de personalmente.
- si el laudo puede ser emitido en forma electrónica.

En nuestra opinión, los métodos de encriptación de documentación electrónica y los sistemas de certificación y firma digital (autenticación de identidad, no-repudiación, integridad, etc.) dotan del requisito formal de garantizar la existencia (acuerdo por escrito) que el Convenio de Nueva York exige para la cláusula arbitral o compromisoria, y al mismo tiempo, garantizan la autoría e integridad del documento. Pero no todos los jueces y magistrados opinan lo mismo.

Opinamos, sin embargo, que si las exigencias para el resto de documentos y procesos electrónicos no son rigurosas y pueden ser reguladas por autonomía de la voluntad de las partes, estas tecnologías añaden valor a los mecanismos arbitrales dotándolos de

mayores niveles de eficiencia, seguridad, confidencialidad y confianza y, sobre todo, de celeridad y funcionalidad.

El Artículo III del citado Convenio de Nueva York, establece que los Estados contratantes reconocerán el carácter definitivo del laudo arbitral y concederán su ejecución, de acuerdo con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde el laudo sea invocado.

El Artículo IV se refiere a los requisitos formales que debe cumplir una solicitud para obtener el reconocimiento y habilitar la ejecución de un laudo arbitral.

El Artículo V establece cinco circunstancias que harían inaceptable una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo, básicamente los mismos que plantea nuestra vigente Ley de Arbitraje y que son:

1. ausencia de un acuerdo arbitral válido, tal como la falta de acuerdo o convenio arbitral, la falta de capacidad de una parte, etc.
2. problemas relacionados con el incumplimiento de los ineludibles derechos de audiencia, contradicción y defensa de las partes.
3. extralimitaciones o incongruencia del laudo, que se refiera a decisiones sobre cuestiones no previstas en la cláusula arbitral o no sometidas al arbitraje.
4. defectos en la elección del árbitro o en la constitución del tribunal arbitral, o que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley.
5. o que la decisión arbitral no es aún firme o ha sido anulada o suspendida.

El artículo VI plantea la ejecutabilidad de la sentencia, si se ha solicitado la anulación o suspensión de la misma.

Por su parte, el artículo VII trata de la validez de los acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos por los Estados contratantes que continuarán vigentes.

Los artículos VIII a XVI tratan sobre la suscripción del convenio o su adhesión y ratificación, su entrada en vigor, su denuncia, etc.

CONVENIOS MULTILATERALES DE CARÁCTER REGIONAL

Se trata de Convenios con más de dos partes, pero que se producen para la ejecución de los arbitrajes de los países de una zona geográfica concreta. Entre ellos podemos resaltar los siguientes:

Convenio Interamericano o Convenio de Panamá de 1975

Cuando en 1958 se promulgó la Convención de Nueva York, fueron pocos los países latinoamericanos que lo ratificaron inmediatamente. La mayoría lo hicieron diez o veinte años después.

Pero como el arbitraje comenzó a ser considerado como un instrumento estratégico para el desarrollo de las relaciones comerciales en el continente americano, se fue creando un campo propicio para un convenio multilateral de reconocimiento y ejecución de los laudos.

Las disposiciones de ambos acuerdos son similares, pero hay una diferencia importante entre el Convenio Interamericano y el Convenio de Nueva York, y es que en el Convenio Interamericano no establecen diferencias entre los laudos dictados por un Tribunal extranjero y los dictados por Tribunales locales o nacionales.

Convenio Europeo o Convenio de Ginebra de 1961

La finalidad de este Convenio fue facilitar la eficiencia del arbitraje en los países europeos, especialmente en las relaciones contractuales entre los países del Oeste y Este de Europa.

El ámbito de aplicación de este convenio es mucho más amplio que el Convenio de Nueva York, no se restringe al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Lo trataremos con mayor detalle en el capítulo referente a la Unión Europea.

Convenio de Amán de 1987

Los países de Medio Oriente no han tenido una gran tradición en la resolución de conflictos mediante arbitraje. Pero han establecido su propio marco de cooperación en esta materia mediante el Convenio de Amán.

Uno de los puntos más relevantes de este Convenio es que la ejecución del laudo arbitral en un país signatario sólo puede ser denegada por violación al derecho público.

CONVENIOS BILATERALES

Muchos países han desarrollado mecanismos de cooperación bilateral en materia de reconocimiento y ejecución de laudos que muchas veces complementan o refuerzan el Convenio de Nueva York.

Es importante destacar que en algunos casos la invocación de un convenio bilateral puede resultar más conveniente que el Convenio de Nueva York, particularmente por las siguientes razones:

- El Convenio bilateral puede hacer ejecutivo un laudo en un país no signatario del Convenio de Nueva York.

- Los requisitos de validez pueden ser más permisivos que bajo el Convenio de Nueva York u otro Convenio multilateral.

Los convenios bilaterales de carácter general que ha firmado España con naciones extranjeras han sido los siguientes:

- Convenio entre España y Suiza (1896): Ejecución de sentencias en materia civil y comercial.
- Convenio entre España y Colombia (1908): Ejecución de sentencias civiles.
- Convenio entre España y Francia (1969): Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales en materia civil y comercial.
- Convenio entre España e Italia (1973): Asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil.
- Convenio entre España y Checoslovaquia (1987): Asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles.
- Convenio entre España y Brasil (1989): Cooperación jurídica en materia civil.
- Convenio entre España y México (1991): Reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil.
- Tratado entre España y China (1992): Asistencia judicial en materia civil y comercial.
- Convenio entre España y Bulgaria (1993): Asistencia judicial en materia civil y mercantil.

Entre 1990 y 1994 España ha formalizado, también, una serie de acuerdos bilaterales materia de promoción y protección recíproca de inversiones en los cuales las partes contratantes se comprometieron a dirimir sus controversias sobre esta materia mediante arbitraje. Estos países fueron Rusia, Hungría, Checoslovaquia, Argentina, Polonia, Túnez, Chile, China, Uruguay, Egipto, Corea y Nicaragua.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDO EXTRANJERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Podría darse el caso en que un laudo quiera ejecutarse en un país que no sea signatario de convenios multilaterales o bilaterales de reconocimiento y ejecución. En este caso adquieren relevancia las disposiciones locales del país sobre esta materia. De todos modos, son muy pocos países los que están en esta situación.

Pero no cabe duda de que, en todo caso, obtener una sentencia o un laudo favorable que no se pueda ejecutar en donde debe hacerse es tener papel mojado. Con cierta frecuencia se pretende que la jurisdicción y la ley aplicable en los contratos internacionales nos sean favorables. Pero debemos comprobar la ejecutividad del laudo obtenido en esas circunstancias, ya que de otro modo de nada nos servirá.

Por otro lado y en lo que se refiere a la ejecución de los laudos extranjeros en España el Título IX de la Ley de Arbitraje establece que la ejecución del laudo extranjero se realizará conforme los tratados internacionales, y en su defecto, conforme a esa Ley.

4. EL ARBITRAJE EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea existen varias normativas relativas al Arbitraje, aparte de las normativas internas de los Estados miembros, que, de hecho, las legislaciones de, por ejemplo, Alemania, Bulgaria, España, Grecia, Irlanda, Malta, Noruega y Reino Unido, tienen formulada su legislación sobre la base de la Ley Modelo.

Además, la gran mayoría de los Estados miembro han suscrito el Convenio de Nueva York y el de Ginebra. El primero de ellos ya ha sido tratado al hacerlo sobre los convenios multilaterales. Estudiaremos ahora brevemente el denominado Convenio de Ginebra, más concretamente el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

4.1. Normativa Comunitaria

Como ya apuntábamos, este Convenio pretende promover el comercio y la solución de controversias y conflictos entre los países de Europa, en sentido amplio, ya que se incluyen los países del Este e, incluso, a Cuba.

De hecho, actualmente son Estados Partes los siguientes: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burkina-Fasso, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Kazajstán, Luxemburgo, Polonia, República Checa, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Antigua República de Moldova, Rumanía, Rusia, Turquía, Ucrania y Yugoslavia.

En su artículo primero se establece que la aplicación de este Convenio se producirá cuando las controversias se refieran a personas físicas o jurídicas que, en el momento del acuerdo o sumisión al Arbitraje, tengan su domicilio, residencia o sede social en los Estados contratantes diferentes. E incluye, incluso, a las personas morales de derecho público. Y se refieren, tanto al acuerdo o compromiso de Arbitraje, como a los procedimientos y laudos.

El mismo artículo permite que el acuerdo o compromiso arbitral se realice, bien mediante la suscripción de una cláusula incluida en un contrato o mediante un contrato o compromiso independiente o separado.

En cuanto a la forma, además de la escrita, contenida en el propio acuerdo, establece como válidas el intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, así como cualquier otra forma no escrita, cuando los Estados así lo permitan y en la forma que dichos Estados tengan establecida.

Es de hacer notar que el Convenio es de 1961 y que resulta muy avanzado para la época.

En cuanto a las materias objeto de Arbitraje nada se establece o regula concretamente. Al igual que en el Convenio de Nueva York.

Se hace una referencia genérica a que las controversias puedan ser resueltas por medio de Arbitraje, sin indicar cuáles pueden o no ser susceptibles de Arbitraje en el contexto internacional y tampoco qué ley o qué criterio es válido para determinarlo. Esta ausencia tiene su razón de ser en que, al igual que el concepto de orden público, las materias objeto de arbitraje también son cambiantes, en el sentido de que algunas de ellas pueden estar afectadas por consideraciones de orden público en un momento determinado y no estarlo en otro.

Por otro lado, materias inarbitrables en el ordenamiento interno pueden ser objeto de Arbitraje si éste es internacional. Por estas razones, la normativa sobre la arbitrabilidad no va siempre en una dirección, sino que evoluciona al mismo modo que el criterio de interés nacional e internacional del momento, lo mismo que el criterio de orden público.

También prevé que el Arbitraje puede ser ad hoc o institucional.

En el artículo IV de dicho Convenio se desarrollan esas posibilidades, estableciendo que, en el caso del Arbitraje institucional, el Arbitraje se desarrollará conforme al Reglamento de la institución designada.

Mientras que si se trata de Arbitraje ad hoc, las partes podrán:

- 1) Nombrar los árbitros o establecer los modos o fórmulas conforme a los cuales se designarán los árbitros en caso de controversia.
- 2) Determinar el lugar de la sede o emplazamiento del Tribunal arbitral.
- 3) Fijar las normas de procedimiento que deben seguir los árbitros.

En este mismo artículo se prevén las soluciones para el caso de que una vez que el demandado haya sido notificado, alguna de las partes omita el nombramiento o sustitución de un árbitro, o no conste en el acuerdo arbitral, ni se acuerde el procedimiento arbitral que deberán seguir los árbitros y los árbitros no llegasen a un acuerdo sobre dicho procedimiento, o tampoco se pueda establecer el lugar del Arbitraje.

La solución consiste en que tales acuerdos serán tomados por el Presidente de la Cámara de Comercio competente del lugar del Arbitraje acordado por las partes. Y a falta de tal acuerdo, el de la residencia habitual o sede social del demandado, en el momento de presentación de la demanda de Arbitraje.

También podrá remitirse, en vez de al Presidente de la Cámara de Comercio, a un comité especial, que está regulado en el anexo del Convenio.

Este Comité Especial estará compuesto por un presidente y dos miembros titulares, así como sus correspondientes suplentes, nombrados por las Cámaras de Comercio de los Estados, y con una duración en el cargo de cuatro años, siendo cada presidente, en tal

condición y por turno de rotación, en el que desempeñará las funciones durante dos años.

El sistema de nombramiento y funcionamiento está regulado en el artículo IV, apartados 4, 5, 6 y 7, que dice:

4. El Presidente o Comité Especial El Presidente o el Comité Especial a quien se hubiere dirigido la petición podrá proceder, según el caso:

- a) A nombrar el árbitro único, el árbitro presidente, el superárbitro o el tercer árbitro;*
- b) A sustituir uno o varios árbitros designados conforme a un procedimiento distinto del previsto en el párrafo 2 del presente artículo;*
- c) A determinar el lugar de arbitraje, quedando entendido que el árbitro o árbitros podrán elegir otro lugar de arbitraje;*
- d) A fijar, bien sea de manera directa o remitiéndose al reglamento de una institución arbitral permanente, las normas procesales que deberán observarse por el árbitro o árbitros, si éste o éstos no hubiesen establecido sus reglas de procedimiento en caso de que no existiera acuerdo mutuo entre las partes a este respecto.*

5. Si las partes hubieren estipulado someter el arreglo de las posibles controversias o contiendas entre ellas a una institución arbitral permanente sin designar esta institución y no llegaren a un entendimiento sobre dicha designación, el demandante podrá reclamar tal designación conforme al procedimiento previsto en el precedente párrafo 3.

6. Si el acuerdo o compromiso arbitral no especificare el modo o clase de arbitraje (arbitraje por una institución arbitral permanente o bien arbitraje ad hoc) conforme al

cual estuvieren concordes las partes en dirimir su controversia y si las partes no llegaren a convenirse sobre dicho asunto, el demandante tendrá facultad de recurrir a este respecto al procedimiento previsto en el presente párrafo 3.

El Presidente de la Cámara de Comercio competente o el Comité Especial podrán bien sea remitir a las partes a una institución arbitral permanente, o requerir a las partes a que nombren sus árbitros dentro de un plazo señalado por el Presidente o por el Comité Especial y que convengan dentro de dicho plazo las medidas necesarias para el desarrollo del procedimiento arbitral. En este último caso, serán aplicables los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo.

7. Si, dentro de un plazo de sesenta días desde el momento en que hubiere sido por él recibida la petición de desempeñar alguna de las funciones enumeradas en los párrafos 2, 3, 4, 5 y 6 de este artículo, el Presidente de la Cámara de Comercio a la cual se hubiere dirigido la petición, conforme a lo previsto en alguno de los mencionados párrafos, no hubiere dado curso a dicha petición, la parte solicitante podrá dirigirse al Comité Especial a fin de que asuma las funciones o cometidos que no hayan sido llevados a efecto.

Sin embargo, vista la dificultad que entrañaba este sistema y la inexistencia en muchos casos de esos Comités, se acordó mediante el Arreglo Relativo a la Aplicación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, de París, de 17 de diciembre de 1962, que los párrafos 2 a 7 del artículo IV, son remplazados por un nuevo texto según el cual “*las dificultades que se presentaran en cuanto a la constitución o al funcionamiento de la jurisdicción arbitral serán regidas por la autoridad judicial competente a requerimiento de la parte más diligente*”.

Por lo que se refiere a la competencia del Tribunal arbitral o los Tribunales estatales, vienen establecidos en los artículos V y VI del Convenio.

En cuanto a la incompetencia del Tribunal arbitral basada en la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral deberá plantearse *no después del*

momento de presentar sus alegaciones sobre fondo. O lo que es lo mismo, como máximo con la contestación a la demanda. Y tales excepciones, una vez caducadas, no podrán plantearse ante el Tribunal arbitral ni ante los Tribunales estatales.

Será el propio Tribunal arbitral el que tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia y validez de acuerdo o compromiso estatal.

En lo referente a la competencia de los Tribunales estatales, deberá plantearse la excepción de Arbitraje antes o en el mismo momento de presentar sus alegaciones en cuanto al fondo.

Se establece en este artículo diferentes fórmulas en cuanto a la determinación de la ley aplicable, tanto en cuanto a la capacidad de las partes, como en cuanto al acuerdo o compromiso arbitral, por parte del Tribunal estatal, permitiendo que el mismo deniegue el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral, si conforme a la *lex fori* o ley interna del Estado del Tribunal, la materia no es susceptible de Arbitraje.

Así mismo, establece este artículo, que en caso de que se esté tramitando un Arbitraje, los Tribunales estatales deben esperar a la resolución del laudo para continuar su actividad. Es decir, una especie de prejudicialidad arbitral.

También prevé este artículo que la petición de medidas provisionales o cautelares ante un Tribunal estatal no significará un sometimiento al Tribunal judicial para su resolución sobre el fondo del asunto, sino un mero auxilio judicial.

El Convenio de Ginebra en su artículo VII plantea la doble posibilidad de que el Arbitraje sea de derecho o de equidad o de amigables componedores.

En cuanto al Arbitraje de derecho, las partes tienen libertad para designar la ley aplicable, incluso aunque no exista punto de conexión.

Por lo que se refiere al laudo o sentencia arbitral, el artículo VIII exige que sea motivada, si bien establece dos excepciones:

- a) Que hubiesen establecido las partes de común acuerdo que no deberá ser motivada.
- b) Que hayan elegido un tipo de procedimiento que por costumbre no motive las resoluciones, pero siempre que una de las partes antes de emitir el laudo, no exija que sea motivado.

La declaración de nulidad de un laudo o sentencia arbitral, ha sido regulada en el artículo IX del Convenio, que establece las causas por las que puede anularse el laudo y que consisten fundamentalmente en:

- a) La incapacidad de obrar de las partes.
- b) La invalidez del compromiso o acuerdo de sometimiento a Arbitraje.
- c) La falta de información o convocatoria sobre el nombramiento del árbitro o el procedimiento arbitral.
- d) La imposibilidad de hacer valer sus alegaciones o recursos, es decir, su indefensión.
- e) La emisión del laudo sobre acuerdos o compromisos arbitrales no previstos.
- f) La constitución o composición del Tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado al compromiso o acuerdo o no se han realizado mediante el nombramiento del Presidente de la Cámara de Comercio correspondiente o del Comité Especial.

El artículo X se refiere a las cláusulas finales consistentes en la firma o adhesión así como ratificación y entrada en vigor.

Además, la Unión Europea (adelante UE) sí está interesada en esta fórmula de solución de conflictos. Por ejemplo, el Fondo Europeo de Desarrollo, que tiene por objeto la financiación de proyectos en los países ACP (África, Caribe y Pacífico) exige que todo contrato que se realice financiado por el citado Fondo, debe someterse al Reglamento de Conciliación y Arbitraje ad-hoc que el propio Fondo ha redactado. También muestra su interés emitiendo recomendaciones al efecto para las cuestiones de consumo y una comunicación sobre la creación de la Red Extranjudicial Europea.

También la UE ha establecido el uso del arbitraje en alguna de sus normativas. Por ejemplo en ciertas normativas alimentarias, tales como:

- Reglamento 2848/98 de la Comisión Europea; relativo al régimen de primas, las cuotas de producción y la ayuda específica que se concede a las agrupaciones de productores en el sector del tabaco crudo, estableciendo en su *artículo 14: Los Estados miembros podrán disponer que los litigios que surjan por la calidad del tabaco entregado a la empresa de primera transformación se sometan a un organismo de arbitraje.*
- Reglamento 1262/2001 de la Comisión Europea; relativo a la compra y venta de azúcar por los organismos de intervención, que establece en su artículo 17 *El Reglamento (CEE) no 1265/69 de la Comisión, de 1 de julio de 1969, relativo a los métodos de determinación de calidad aplicables al azúcar comprado por los organismos de intervención (1), modificado por el Reglamento (CEE) no 1280/71, se limita a los aspectos técnicos relativos a dichos métodos. Además, dado que éstos no pueden proporcionar resultados rigurosamente exactos, procede admitir un margen que tenga en cuenta los posibles errores. Por otro lado, para solucionar las discrepancias derivadas de la comparación de los resultados de análisis que no concuerden, resulta adecuado fijar procedimientos de arbitraje adecuados.*
- Reglamento n ° 796/2002 de la Comisión Europea: relativo a las características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis, establece: *Con vistas a la aplicación del nuevo método de valoración*

organoléptica, es preciso establecer un procedimiento de arbitraje en caso de discrepancia entre la categoría declarada y la atribuida por el panel de catadores que haya procedido a la valoración.

- La Directiva 2002/65/CE: Otra normativa comunitaria en la que se trata del Arbitraje.

La Unión Europea realiza periódicamente una serie de encuestas, denominadas Euro barómetro, que permiten recabar datos respecto de diversos aspectos.

El Eurobarómetro publicado en septiembre de 2002, resaltaba como conclusión principal el que el consumidor continúa sintiéndose débil ante las instituciones financieras. El 65% de los consumidores creen que ellos nunca ganarían una disputa ante una aseguradora o ante un banco. El 60% creen que nunca podrán conocer a plenitud el alcance del seguro que han adquirido. Otro 50% encuentran que la información que proporcionan los oferentes de crédito no es posible de comparar y están convencidos de que nunca tendrán una información clara del costo del crédito a contratar.

Esta sensación de indefensión ha conservado una tendencia a incrementarse desde mediados de los años noventa.

El Parlamento Europeo ha publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, la Directiva citada referente a la comercialización a distancia de servicios financieros al usuario.

Hay que tener en cuenta que en la actualidad, como resultado del proceso de la unificación europea, es factible que un banco italiano establezca sucursales en España, situación que hace imprescindible homogenizar el marco legal y establecer principios de actuación para el funcionamiento de las instituciones financieras.

La Directiva abarca la totalidad de los servicios financieros susceptibles de ser suministrados a distancia. Sin embargo, algunos de los servicios financieros se encuentran regulados por disposiciones específicas, que continuarán siendo aplicables a dichos servicios.

Para lograr la protección del usuario, es importante que esté debidamente informado de las disposiciones de esa Directiva, así como de los códigos de conducta existentes sobre el tema.

Y también es necesario contar con un procedimiento extrajudicial apropiado y efectivo de reclamaciones dentro de los Estados miembro, con el fin de conciliar las controversias potenciales que puedan surgir entre proveedores y usuarios, utilizando, en caso de ser aplicable, los procedimientos existentes.

Con respecto a esta Directiva, la UE. ha emitido como la Recomendación 98/257/CE de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

La Comisión de las Comunidades Europeas con el deseo de aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que éste les ofrece incluye la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales.

El Parlamento Europeo destacó que es necesario que dichos procedimientos garanticen la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento y la publicidad y la transparencia de la actuación.

La mayoría de los litigios en materia de consumo se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el costo de su solución judicial. Situación que pueden disuadir al consumidor de hacer valer sus derechos al tener que

acudir a los Tribunales con los costes y plazos que ello conlleva, lo que a largo plazo debilitaría al propio mercado.

Dicho problema se palia con el establecimiento del Arbitraje que, como hemos señalado, se aplica en los diferentes Estados miembro, por lo que se establecen criterios uniformes a través de esta normativa.

Se adjunta como anexo dicha normativa por su interés en los principios que la informan y se reflejan en la misma, que son primordiales para el consumo y el Arbitraje. Nótese que en ella se contemplan los siguientes principios:

- I. Principio de independencia.
- II. Principio de transparencia.
- III. Principio de contradicción.
- IV. Principio de eficacia.
- V. Principio de legalidad.
- VI. Principio de libertad.
- VII. Principio de representación.

Todos estos principios son los propios del Arbitraje, en general, y son, básicamente, los mismos que exige la Ley Modelo para el correcto funcionamiento y validez del Arbitraje.

Por ello la Comisión Europea publicó una guía de consumidores para FIN-NET, la red transfronteriza de denuncias extrajudiciales para los servicios financieros. FIN-NET se basa en la cooperación entre organismos nacionales de solución de litigios y es la primera red de resolución alternativa de litigios (RAL) transfronteriza que funciona plenamente en la Unión Europea.

Como tal, desempeña un papel clave en el impulso que la Comisión quiere dar al desarrollo de un auténtico mercado interior de servicios financieros al por menor. La nueva guía, que forma parte de la iniciativa Diálogo con los ciudadanos que tiene por

finalidad informar a éstos sobre sus derechos en el mercado interior, pretende ayudar a los ciudadanos europeos a comprender y utilizar la red FIN-NET.

La guía está disponible en las lenguas oficiales de la UE, y puede obtenerse, por ejemplo, llamando por teléfono, o también se puede acceder a ella a través de: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/.

Si queremos un mercado interior auténtico en el sector de los servicios financieros al por menor, necesitamos que el consumidor adquiera confianza, de modo que los ciudadanos se sientan cómodos comprando servicios financieros en otro Estado miembro en los casos en los que les ofrezcan mayores ventajas. Debemos, por lo tanto, asegurar que los consumidores sepan que pueden resolver extrajudicialmente los problemas que puedan surgir manifestó el Comisario de mercado interior Frits Bolkestein. FIN-NET hace que sea mucho más fácil presentar denuncias transfronterizas. Ayudará a las empresas y los consumidores a resolver los litigios con rapidez y eficacia sin acciones legales largas y costosas.

La guía informa al consumidor sobre:

- Los pasos que debe dar si quiere presentar una denuncia contra un proveedor de servicios financieros en otro Estado miembro.
- Los procedimientos para resolver extrajudicialmente los litigios de los consumidores en el Espacio Económico Europeo (la Unión Europea más Noruega, Islandia y Liechtenstein).
- El funcionamiento de FIN-NET.
- La forma de ponerse en contacto con los sistemas nacionales de denuncia que participan en FIN-NET.

FIN-NET tiene tres objetivos principales:

- Ofrecer a los consumidores un acceso fácil y fundamentado al recurso extrajudicial en los litigios transfronterizos: la red ayuda al consumidor a identificar el mejor planteamiento para su denuncia concreta y la ofrece toda la información necesaria sobre los sistemas más oportunos en su propia lengua.
- Garantizar un intercambio de información eficaz entre los distintos sistemas europeos, de manera que las denuncias transfronterizas puedan tratarse lo más rápida, eficaz y profesionalmente posible. El marco FIN-NET ofrece un intercambio rápido tanto de información de carácter general como de la más concreta para los casos específicos, en los que, por ejemplo, puede ser necesario saber más sobre las leyes de protección al consumidor en un Estado miembro concreto.
- Garantizar que los modelos de resolución extrajudicial de litigios de los distintos países europeos cumplan una serie mínima de garantías comunes. Es vital que los consumidores puedan confiar en los sistemas de los miembros de FIN-NET. Si los consumidores no tienen confianza en ella, la red sería inútil. Por ello todos los sistemas participantes cumplen ciertas normas mínimas, que garantizan un procedimiento imparcial, justo y eficiente para resolver los litigios.

Existen también, dentro de la UE, sistemas de Arbitraje en materia fiscal como es el Convenio de Arbitraje de la Unión Europea que entró en vigor hace poco más de un año y que sirve para que las autoridades fiscales de los Estados miembro puedan contar con un procedimiento alternativo a los Tribunales de Justicia o al procedimiento amistoso de los Convenios para evitar la doble imposición internacional.

Con este Convenio, se establece un procedimiento que proporcionará a los contribuyentes una solución más rápida y transparente de los conflictos en materia de precios de transferencia o de subcapitalización que imponga unilateralmente un Estado miembro.

Los Estados, en general, y sus Administraciones Tributarias en particular, suelen tender a minusvalorar los precios entre empresas vinculadas entre sí, tales como filiales,

sucursales, grupos de empresas etc. Es decir, cuando una empresa que se encuentra vinculada con otra le transfiere bienes o servicios, las autoridades fiscales del Estado de recepción, al menos, infravaloran los precios de dichos bienes o servicios, con lo que los rendimientos de la empresa residente en ese Estado aumentan. Consecuentemente, ese Estado ingresa mayores impuestos.

Algo similar sucede en los casos denominados de subcapitalización. Consiste dicho concepto en el endeudamiento, desde el punto de vista del Estado miembro, excesivo y que oculta la transferencia de dividendos, consistente en préstamos realizados entre empresas vinculadas. Las autoridades fiscales suelen establecer criterios según los cuales, un porcentaje de endeudamiento o unos tipos de interés pueden considerarse excesivos y provocadores del citado estado de subcapitalización. Consecuentemente, no se admiten como gasto los citados intereses.

El establecimiento de este Convenio y el Arbitraje establecido en el mismo tiene como consecuencia una mayor protección de las empresas transfronterizas y una solución más ágil en la solución de los conflictos con las autoridades fiscales.

4.2. Órganos extrajudiciales

Esta recomendación se dirige a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios de consumo, a cualquier persona física o jurídica responsable de la creación o el funcionamiento de tales órganos, y a los Estados miembros cuando participen en ellos.

Con objeto de resolver los problemas específicos de los litigios de consumo, varios Estados miembros se han orientado hacia soluciones extrajudiciales cuya flexibilidad se ajuste más a las necesidades de los consumidores y de los profesionales: el bajo coste, la rapidez y el carácter no oficial de esos procedimientos son la principal baza de dichas soluciones.

Los instrumentos extrajudiciales pueden ser de iniciativa de las autoridades públicas centrales (por ejemplo Consumer Complaints Boards en los países escandinavos) o

local (por ejemplo los Tribunales de Consumo de Arbitraje en España), o bien de iniciativas promovidas u organizadas por asociaciones o sectores profesionales, por ejemplo los mediadores (ombudsman) de los bancos o de los seguros, o por profesionales o establecimientos cuya actividad principal sea la prestación de servicios de arbitraje y de mediación por ejemplo juristas o centros de arbitraje privados.

El tipo de decisiones de dichas instancias es muy variado. En algunos casos son simples recomendaciones (como los Complaints Boards de los países escandinavos y la mayoría de los ombudsman privados); otras sólo son vinculantes para el empresario (como la mayoría de los ombudsman de los bancos) y otras lo son para ambas partes (Arbitraje).

A pesar de sus indudables ventajas, los distintos métodos extrajudiciales no van acompañados en todos los casos de garantías adecuadas. A tal fin, los Estados miembros facilitan a la Comisión una relación de los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo que consideran conformes con la Recomendación de la Comisión.

La divulgación de esos datos no está dirigida únicamente a los consumidores, a las asociaciones de consumidores y a los profesionales que deseen someter un litigio a un órgano extrajudicial, sino que la información también está dirigida a los órganos extrajudiciales mismos, ya que de esa forma podrán informarse sobre la estructura y el funcionamiento de los órganos homólogos existentes en otros Estados miembros.

La Comisión pretende además instaurar y fomentar la colaboración para la solución de los litigios transnacionales. O lo que es lo mismo, que el consumidor pueda someter el asunto al órgano extrajudicial competente en el Estado miembro a través del órgano homólogo existente en su propio país.

Por consiguiente, las personas que recurran a dichos órganos pueden esperar que se cumplan los principios establecidos en la Recomendación.

El Arbitraje también ha tenido diferentes variaciones internacionales. La caída del muro de Berlín, el abandono de los enfrentamientos entre los países Occidentales y los del Este, ha tenido sus consecuencias en la composición de fuerzas en las instituciones de arbitraje.

El International Council for Commercial Arbitration, el ICCA, pretendió inicialmente establecer un equilibrio entre unos y otros países. Pero hoy en día sus actividades se han reorientado al margen de esos intereses, manteniendo el prestigio que siempre tuvo en la configuración de una cultura mundial de arbitraje, ya dichos intereses han perdido virtualidad.

Hace algunos años la presencia de los Estados como partes en el Arbitraje era vista desde la óptica, de la soberanía y por tanto con el prisma de las excepciones posibles por inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. La soberanía fue el gran argumento jurídico-político para apartar a los Estados del Arbitraje, en la idea de que una entidad soberana sólo podía someterse a la decisión de sus propios Tribunales internos.

Pero la participación de los Estados en el tráfico mercantil internacional y el deseo de recibir inversiones extranjeras les llevó a abandonar sus prejuicios de soberanía para firmar contratos mercantiles internacionales, una de cuyas cláusulas solía ser el sometimiento a Arbitraje, ya que, como hemos dicho, la práctica del comercio internacional conlleva, casi necesariamente, la inclusión de una cláusula de sometimiento a arbitraje de las posibles disputas o controversias.

Pero a pesar de la suscripción de dichas cláusulas de sometimiento al Arbitraje, las reticencias de algunos Estados a hacer frente a sus compromisos aceptando la cláusula arbitral llevó a la aparición de la llamada excepción de inmunidad de jurisdicción. Pero los árbitros y los Tribunales resolvieron en favor del mantenimiento de los compromisos contractuales, en la idea de que el Estado que se convierte en comerciante en parte de un contrato mercantil internacional ha de la aceptar sus compromisos, *once a trader, always a trader*.

Tratamiento distinto, pero paralelo, ha tenido la excepción de inmunidad de ejecución, argumentando los Estados que los laudos arbitrales no pudieran ser ejecutados sobre los activos públicos, que deberían ser inmunes a todo proceso de ejecución. Tanto la jurisprudencia arbitral como jurisdiccional, así como la mejor doctrina, han ido distinguiendo, a la hora de aprobar o rechazar la excepción de inmunidad de ejecución según la naturaleza y el destino de los bienes del Estado en cuestión, distinguiendo entre los que son utilizados al servicio de una función soberana, de aquellos con los que se opera mercantilmente en el tráfico internacional.

La globalización de la economía y la importancia del Arbitraje en su contexto internacional ha llevado a un reposicionamiento de los Estados, con las lógicas implicaciones que ello lleva en su actividad diplomática y aceptación del nuevo Derecho internacional que está surgiendo, donde los límites del internacional público y privado están en muchas ocasiones difusos.

Se podría decir que de la presencia actual de los Estados en el Arbitraje da lugar a una importancia creciente de los centros de Arbitraje inter-estatales, a la aparición generalizada del arbitraje en los Tratados bilaterales y regionales para el fomento y protección de las inversiones y, sin duda, a la labor realizada en materia de Arbitraje en el marco de UNCITRAL.

El Tribunal para las reclamaciones USA-Irán, seguido después por el Tribunal de Naciones Unidas para las compensaciones de reclamaciones como consecuencia de la guerra de Irak, han sido un buen espaldarazo a la aceptación del Arbitraje. Otras organizaciones como la World Intellectual Property Organization o el World Trade Organization contribuyen a este respaldo de la comunidad internacional al Arbitraje.

Los Estados parecen confiar recientemente más en los sistemas de Arbitraje administrados por instituciones interestatales, en las cuales las listas de árbitros son suministradas por los propios Estados, al igual que la designación de los gestores en las entidades encargadas de la administración del Arbitraje. De esta forma, se palián de

algún modo las reticencias de los Estados a someterse al arbitraje de organismos empresariales.

Existen más de 1.200 Tratados bilaterales para el fomento y la protección de las inversiones Y algunos regionales, como Nafta o Mercosur, han respaldado su confianza en el Arbitraje para la solución de cuantos conflictos puedan surgir entre el Estado receptor de las inversiones y el inversor nacional del otro país que haya suscrito así mismo, el Tratado.

De esta forma, los Estados formulan una oferta pública de sometimiento al Arbitraje administrado por determinadas instituciones que aceptan previamente, que así mismo se acepta por el inversor a la hora de formular la demanda de Arbitraje en los términos previstos por el Tratados correspondiente.

Por tanto, los conflictos mercantiles o de inversión propios del Derecho internacional privado, son resueltos por un Arbitraje jurídico-privado basado en una oferta pública realizada en un Tratado de derecho internacional público. La globalización de las inversiones ha obligado al funcionamiento del arbitraje comercial internacional, de modo que los Estados se someten a determinadas formas de Arbitraje que les merece su confianza.

Incluso, con cierta frecuencia, los Estados también se sometan a un Arbitraje ad hoc de acuerdo con las reglas de arbitraje de UNCITRAL. Institución esta que ha realizado una extraordinaria labor en los últimos años, que ha probado diferentes textos y su eficaz y constante labor diplomática. Tanto a nivel parlamentario, para adecuar las legislaciones domésticas en materia de Arbitraje a estándares internacionales, como a nivel judicial para conseguir que los Jueces y Tribunales adecuen su jurisprudencia a las exigencias de un Arbitraje aceptado internacionalmente.

Todo ello ha dado por resultado esta confianza que hoy los Estados tienen en el Arbitraje. Pero no en un Arbitraje como en el que participaban hace algunos años,

gerenciado por empresarios y con mentalidad empresarial, sino en un nuevo Arbitraje que los propios Estados han organizado.

Una novedad importante es la actividad de formación que, en materia arbitral, dan los Estados a sus jueces. La mayoría de los organismos internacionales y fundaciones preocupadas por el Estado de Derecho realizan los llamados *capacity building programmes* que ocupan un lugar primordial en sus intereses. Una parte muy importante de la financiación de esas organizaciones está destinada precisamente a una formación de los jueces y operadores del tráfico mercantil y jurídico, que permita una mayor eficacia y justicia en los mecanismos de solución de conflictos.

La voluntad concorde de Estados soberanos ha colocado al Arbitraje junto al fomento y protección de las inversiones extranjeras, dando así seguridad al inversor extranjero y al mismo tiempo al Estado que acepta el cauce específico de carácter internacional para la solución de eventuales conflictos. El sometimiento estatal a soluciones pacíficas de conflictos por vías de Arbitraje supone una estabilidad política, la que exige la comunidad internacional en una economía globalizada.

Ello supone que el Arbitraje conlleve el desarrollo económico y político de los Estados, siempre bajo la garantía y tutela de unos Jueces que, en caso de intervenir si fuera necesario, lo harán en defensa del orden público verdaderamente internacional.

5. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LEGISLACIONES

Al analizar algunos casos concretos de legislaciones internas y sus diferencias, así como su adecuación a la normativa internacional prescrita bien en los Tratados, bien por ICC, hemos decidido estudiar el arbitraje de modo comparativo sobre tres países cuyo bagaje jurídico resulta diferente Y hemos tomado como ejemplo el Reino Unido porque nos permite estudiar el tema desde la perspectiva del derecho anglosajón, el de Colombia, como ejemplo latino americano y el español, como Europeo continental y general en cuanto toma la Ley Modelo para su desarrollo.

Como el Arbitraje es un procedimiento, vamos a seguir algunas de sus fases comparativamente, según el siguiente orden, que es el que habitualmente se suele seguir y el de la Ley Modelo:

1. Acuerdo de sometimiento al Arbitraje.
2. Criterios de Procedimiento.
3. Nombramiento de Árbitros.
4. Pago de honorarios.
5. Duración.
6. Contenido del laudo.
7. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros.

5.1. Acuerdo de sometimiento al Arbitraje

CONVENIO ARBITRAL EN COLOMBIA

Como ya dijimos, el acuerdo arbitral ha sido entendido como el convenio en virtud del cual las partes intervinientes en un contrato, deciden someter cualquier disputa que con ocasión del mismo surja, a la decisión de árbitros o bien cuando, surgido el conflicto, las partes así lo decidan.

En el caso de la legislación colombiana, el Decreto 2279 de 1989 sobre solución de conflictos entre particulares, en su artículo 2, trae una definición del acuerdo arbitral: Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

La cláusula compromisoria puede estipularse para someter a la decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que se susciten con relación a un contrato determinado: Si estas no se especificaren, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual.

El compromiso puede pactarse una vez surgido el conflicto, antes o después de iniciado el proceso judicial: En este último caso, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Aunque de la redacción del último párrafo del artículo se podría colegir que la cláusula compromisoria es una figura autónoma e independiente del contrato, el primer párrafo dice que....el pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso.... Consecuentemente, el acuerdo puede estar o no inmerso en el contrato principal pero, de no estarlo, es posible que las partes convengan en someter a arbitraje los conflictos ya surgidos e incluso aquellos sobre los cuales ya esté conociendo el juez, siempre que no haya sentencia firme.

Por otra parte, nada dice la legislación colombiana en cuanto a los requisitos de forma del pacto arbitral, por lo que habrá que entender que las partes son libres de pactarlo en la forma que deseen.

En el del Reino Unido, la sección 32 del Acta de 1950, define el acuerdo arbitral como: El acuerdo escrito para someter actuales o futuras diferencias al arbitraje, sea que se haya designado el árbitro en el acuerdo o no.

Esta disposición ha sido modificada por la sección 6 del Acta de 1996 que modifica parcialmente la sección 32 del Acta de 1950 al suprimir la referencia al nombramiento de árbitros y estableciendo que es indiferente la contractualidad o no de las disputas a someter a proceso arbitral.

Por lo que se refiere a la Ley de Arbitraje Española, también cabe que el acuerdo forme parte del contrato o no, incluso que sea posterior al surgimiento del conflicto, como en la legislación colombiana. Pero al igual que la del Reino Unido se requiere la forma escrita.

5.2. Tipos de Arbitraje

Dice la legislación colombiana en su artículo 1: El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico. A efectos de evitar confusiones, cuando la ley colombiana dice en conciencia, debe entenderse en equidad.

Como hemos señalado, la legislación española ha previsto el arbitraje de derecho y de equidad. Es de anotar que la legislación española no considera el arbitraje técnico, al no incluirlo en la ley reguladora del arbitraje. La legislación colombiana, en el caso en que las partes nada establezcan sobre la clase de arbitraje al que quieren someterse, se fallará en equidad, al igual que sucedía con la Ley de Arbitraje 1988, mientras que en la actualidad, a falta de indicación será en derecho.

En lo que al caso inglés se refiere, no podemos decir que exista el arbitraje en derecho, ya que no existe un derecho al que los árbitros puedan sujetarse para fallar; pero existen varias clases⁶ de arbitraje al que las partes pueden someter sus diferencias:

- 1) Arbitraje técnico (look-sniff umpires).
- 2) Arbitraje de menor cuantía: (Documents-only umpires). Arbitraje en el que se dirimen asuntos de baja cuantía y controversias relativas a consumidores. Son los

⁶ ROWLAND, PETER M.B., *Arbitration Law and Practice*, pgs. 66-70.

propios consumidores los que se encargan de recopilar la información necesaria y de suministrarla al árbitro a fin de acelerar y rebajar costos en el procedimiento.

- 3) Arbitraje encadenante: (String Arbitrators). Utilizado en el caso de bienes fungibles o en los que las disputas se refieren a la calidad y cuantía, que serían de difícil resolución por la vía ordinaria dada la cantidad de sujetos intervinientes. Este tipo de arbitraje tiene como característica que los efectos del laudo son válidos para todos los intervinientes desde el primer vendedor hasta el último comprador.
- 4) Arbitraje de péndulo: (pendulum arbitrators; Flip-Flop) Util para casos relativos a cánones de arrendamiento y, a veces, salarios. El árbitro debe acordar lo solicitado por una de las partes y no debe conciliar puntos medios. Debe tomar una decisión en equidad y la formula como la pretensión de la parte que más se acerque a ella.
- 5) Arbitraje sobre mercancías: (Commodity arbitrators) Muchas disputas relativas al comercio de mercancías requieren de un procedimiento formal; para lo que se crean instituciones o asociaciones representativas de las diversas categorías de mercancías y de mercaderes o sujetos intervinientes en la cadena de producción y comercialización que tienen sus propios contratos-modelo así como las reglas de arbitraje a seguir en caso de disputa. Rasgo característico de este tipo de organizaciones es el hecho de que las disputas surgidas entre sus miembros, se dirimen (o intentan dirimir) dentro de la propia organización y sin la intervención de abogados. Algo similar a lo que hemos visto con el Tribunal de Aguas.
- 6) Arbitraje de la industria de la construcción: (Construction Industry arbitrators) Existen asimismo, asociaciones o gremios del sector de la construcción, que han diseñado sus contratos modelo o tipo, junto con la normativa que regula lo concerniente al arbitraje; son organizaciones destacables: 1) Tribunal de la Junta de Contratos (JCT), y el Instituto de Ingenieros de la Construcción (ICE). Las disputas surgidas con relación a la construcción, son sometidas a la decisión de uno o varios de los miembros de estos organismos, antes de considerar la posibilidad del arbitraje.

5.3. Nombramiento de Árbitros

La LEGISLACIÓN COLOMBIANA dispone que las partes son libres de nombrar los árbitros, pero siempre en número impar y si nada establecen al respecto, los árbitros serán 3.

Por otro lado, establece que si el arbitraje es en derecho, los árbitros deberán ser abogados. Y si es técnico, deberán ser profesionales especializados. Si las partes no logran un acuerdo en el nombramiento de los árbitros, deberá hacerlo el juez, lo mismo que si su nombramiento lo han delegado en un tercero y este no designa al o a los árbitros.

Designados los árbitros, estos deberán informar a las partes sobre su aceptación o no al cargo dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo de la notificación. De no hacerlo, se entenderá que no aceptan el cargo. Una vez aceptados todos los cargos por los árbitros, se entenderá el Tribunal constituido nombrándose un presidente y secretario.

El sistema inglés contempla el arbitraje institucional y la posibilidad de nombramiento de árbitros por parte de la Corte o los juzgados.

El nombramiento no surte efecto hasta tanto no le haya sido notificado a la otra parte, así como tampoco hasta que el árbitro manifieste de forma escrita e inequívoca su aceptación.

En el sistema inglés la figura del tercer árbitro o (Umpire) es sumamente importante ya que, si bien tradicionalmente se suelen nombrar dos árbitros se deberá nombrar un tercero (Umpire) si no hay acuerdo entre los árbitros iniciales, que será el que desempate la votación en la resolución del conflicto.

En lo referente a arbitrajes domésticos, es costumbre nombrar un solo árbitro, dada la diferencia sustancial en el costo del procedimiento.

En el sistema español también las partes son libres de nombrar los árbitros o de someterlo a una Institución de Arbitraje. También podrá ser realizado por un Juez y los árbitros deben aceptar el nombramiento para que sea válido.

5.4. Pago de honorarios

La legislación colombiana dispone que en el acto de constitución el Tribunal Arbitral fijará los honorarios de sus miembros para los gastos de funcionamiento. Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la providencia que los fija, las partes pueden impugnarlos mediante escrito en el que motiven la cantidad que estimen justa.

Si los árbitros lo rechazan, enviarán copias de lo actuado al Juez Civil del Circuito para que fije la cantidad, que en ningún caso será inferior a la que hayan estimado las partes. Una vez firme el establecimiento de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez días siguientes, lo que a ella corresponda. Si una parte no paga lo que de suyo le corresponde, la otra podrá hacerlo a su nombre.

Pero transcurrido el término previsto para la consignación total, si ésta no se realizare, el Tribunal declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral, quedando las partes en libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria.

El sistema de arbitraje inglés suele estipular lo relativo a honorarios de los árbitros, bien en el acuerdo arbitral o bien en documento separado, incluso antes de su nombramiento algunas veces, en el acto mismo del nombramiento.

Para casos simples, suele fijarse una cantidad cierta y determinada. Para los otros casos, se fija un tanto por día, o por horas de trabajo. Sin perjuicio de que el árbitro tiene facultades para fijar su propia remuneración.

Cuando por iniciativa de las partes, nuevas cuestiones aumenten de manera apreciable el objeto de litigio, el tribunal podrá aumentar proporcionalmente la suma decretada para gastos y honorarios, y se seguirán las reglas anteriormente expuestas.

El sistema es diferente que en la legislación española, las costas del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros, se fijarán en el propio laudo, situación que denuncia, con bastante razón Bernardo Cremades⁷ que plantea las siguientes cuestiones al respecto:

- a) Parecería lógico que los árbitros no fueran quienes fijan sus propios honorarios. El problema se eliminaría ya que las partes en el mismo convenio o pacto arbitral incluirían una cláusula relativa a los gastos del arbitraje incluido lo relativo a honorarios. El criterio para calcularlos debería ser el de las normas sobre honorarios de abogados que al efecto han diseñado los Colegios.

Estas tarifas suelen estar fijadas como un porcentaje de la suma que integra la controversia, y no como una cantidad que atiende a la cantidad de horas de trabajo profesional invertidas en la resolución del conflicto.

De cualquier manera, las tarifas difieren un poco en tanto se trate de procesos arbitrales en equidad o en derecho, siendo estos últimos más onerosos que aquellos.

- b) En cuanto a quien ha de asumir el pago de las costas procesales, la Ley española de Arbitraje prescribe que los árbitros lo establecerán.

5.5. Duración del Proceso

La legislación colombiana establece que, si nada se acuerda en cuanto a la duración del proceso en el pacto arbitral, durará 6 meses prorrogables por otros 6 a solicitud de las partes. A este término se adicionarán los días en que por causas legales se suspenda el proceso.

El sistema inglés también deja al libre acuerdo de las partes el determinar la duración del proceso. No existe disposición alguna que prevea la duración del procedimiento

⁷ CREMADES BERNARDO M, Arbitration in Spain, pgs 81-82.

arbitral, lo cual resulta ágil ya que los árbitros han de actuar con prontitud, pues de otro modo serán removidos de su cargo por la Corte.

Como ya hemos señalado, al igual que la legislación colombiana, la española deja al criterio de las partes el fijar la duración del arbitraje, De no acordarse nada al respecto en el convenio, durará 6 meses, prorrogables a iniciativa de las partes, previa comunicación a los árbitros antes de la expiración del término. Los árbitros pueden a instancia propia, prorrogar el término de la duración del proceso, con la debida notificación a las partes, por dos meses y siempre motivadamente.

5.6. Contenido del Laudo

No existe una disposición sobre contenido o forma del Laudo en la normativa colombiana. Sin embargo, de la lectura del Decreto que regula, se deduce que ha de ser escrito, fechado, motivado y con referencia expresa de los antecedentes. Las menciones expresas de la ley en este sentido son:

1. Será por escrito.
2. El Laudo será firmado por la totalidad de los árbitros intervinientes, (aún por quienes hayan salvado su voto) así como por el secretario; si alguno se negare a hacerlo, perderá el saldo a favor por concepto de honorarios y estará obligado a rembolsar tal cantidad a las partes.
3. En el Laudo se hará la liquidación en costas procesales, ex artículo 33.

En el SISTEMA INGLÉS, la forma y contenido de los Laudos emitidos bajo el esquema del common law en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte son los siguientes:

1. Breve referencia a la relación jurídica entre las partes de la que ha surgido la disputa objeto de arbitraje.
2. Alusión al pacto arbitral y al nombramiento de los árbitros.

3. Fases del procedimiento y las fechas en las que tuvieron lugar.
4. Referencia a los testigos y a las demás pruebas.
5. Conclusiones jurídicas respecto de los hechos que dieron origen a la controversia.
6. Decisión con inclusión de las costas.

El sistema inglés, exige que el laudo sea por escrito.

La LEGISLACIÓN ESPAÑOLA prevé que el Laudo sea por escrito y que contenga la decisión de los árbitros. Cuando sea de derecho, la decisión ha de ser motivada y basada en derecho. Aunque UNCITRAL (United Nations Commission for International Trade law) y la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional, prevean que las partes podrán acordar someterse a un laudo en derecho no motivado, esto no puede hacerse extensivo al caso español.

5.7. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros

En el caso Colombiano el arbitraje internacional está regulado en la Ley 315 de 1996, y sus criterios son:

- a. Que las partes tengan domicilio en países diferentes al momento de la celebración del pacto arbitral.
- b. Que el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que los vincula sea diferente al de sus propios países.
- c. Que el lugar del arbitraje sea diferente al de sus propios países si así se pactó en el acuerdo.
- d. Que la controversia sometida a arbitraje afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

Por lo demás, dice la ley que se considera extranjero todo laudo emitido fuera del territorio nacional.

Lo usual en Colombia es que las partes pacten la ley por la que se ha de regir el compromiso arbitral en caso de llevarse a cabo y el reconocimiento de los laudos extranjeros se tramita como si de una sentencia extranjera se tratase, a través del procedimiento del exequátur.

En lo que toca al sistema inglés, el arbitraje se rige principalmente en tres normas: Act of 1950, Act of 1975 y Act of 1996.

Pero, a efectos del reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en el extranjero, se distingue entre laudo extranjero y laudo del Convenio de Nueva York, ya que en el sistema británico se considera extranjero el laudo que ha sido emitido en un país no miembro en el Convenio de New York, mientras que se denomina laudo de la Convención aquel que se ha producido en un país miembro de la misma y por tanto se asimila al interno.

Dada la distinción entre uno y otro, los diferentes laudos a ejecutar en el Reino Unido se rigen por distintas normas. De modo que la ejecución de un laudo de un país no miembro del Convenio de New York, se regirá por lo dispuesto, tanto en el Protocolo, como en el Convenio de Ginebra de 1923 y 1927, respectivamente. Así lo establece el Act of 1950, a fin de otorgarle efectos en su territorio. Si la ejecución proviene de un laudo de un país miembro del Convenio de New York, se regirá por él a tenor de lo dispuesto en el Act of 1975.

Por tanto, los laudos del Convenio de New York pueden ser ejecutados de la manera prevista para sentencias judiciales, si la parte que lo solicita aporta:

- a. El original del Laudo o copia debidamente certificada.
- b. El acuerdo arbitral inicial o su copia debidamente certificada.
- c. Si ha sido emitido en lengua no inglesa, ha de aportarse su correspondiente traducción hecha bien por traductor jurado, o por agente diplomático o consular.

Si se trata de laudos extranjeros a los que le son aplicables la sección 26 del Act of 1950, prevé un procedimiento sumario en concordancia con Administration of Justice Act 1977. También es posible la ejecución de laudos mediante acción (Enforcement by action).

Pero en estos casos es necesario demostrar:

- 1) Que el Convenio es válido, en el sentido de que el convenio o acuerdo arbitral existe.
- 2) Que el objeto del arbitraje era susceptible de solución arbitral.
- 3) Que el árbitro o los árbitros fueron nombrados en debida forma.
- 4) Que el laudo se atiene a lo solicitado por las partes, no es incongruente.
- 5) Que el laudo no ha sido ya ejecutado.

Por lo que se refiere a España, que como hemos señalado, tiene suscrito el Convenio de Nueva York, se aplicará este a cualquier laudo, sin perjuicio de que si es de aplicación cualquier otro convenio más favorable suscrito, se aplicará éste. Y que el procedimiento será el mismo que para la ejecución de sentencias de Tribunales extranjeros.

Realizada la comparación entre estos tres sistemas de Arbitraje, de culturas diferentes, realizaremos una breve descripción del estado de la cuestión en Latinoamérica.

5.8. La Normativa Arbitral en Latinoamérica

El Arbitraje en Latinoamérica ha tenido un claro auge, a partir de las modificaciones en las diferentes legislaciones de los respectivos países. Como principios orientadores de las reformas del sistema arbitral podemos señalar las siguientes:

La actividad desarrollada por CNUDMI/UNCITRAL. La activa presencia de este organismo en la región durante los últimos años ha tenido como consecuencia la adopción de la Ley Modelo en países como México, Guatemala, Perú y Paraguay.

Pero no solamente se ha producido la adopción de la Ley Modelo en su conjunto, sino que su espíritu se refleja en la mayoría de las nuevas leyes que regulan la materia en aspectos tan importantes como el recurso de anulación. Por ejemplo, la mayoría de las nuevas legislaciones elimina los recursos existentes y deja el control del laudo al recurso de anulación, convirtiendo los recursos existentes hasta entonces en un recurso de control formal del laudo, no del fondo de la controversia.

Las reglamentaciones sobre las actividades de los Centros de Arbitraje y Conciliación, estos son considerados como prestadores de un servicio público fundamental. En un número significativo de países se asigna su control y autorización a los Ministerios de Justicia respectivos.

El pacto arbitral es factible tanto mediante una cláusula compromisoria, pactada antes de que las controversias surjan, como el compromiso posterior al surgimiento del conflicto.

Veamos a continuación como las normativas Latino Americanas tratan específicamente los aspectos concretos del Arbitraje:

- **CLASES DE ARBITRAJE.** En general las legislaciones reconocen dos tipos de arbitraje. El arbitraje en derecho, en el cual el árbitro o los árbitros deben fallar dando estricta aplicación a la legislación positiva y el arbitraje de equidad o en conciencia. Corresponde a las partes, con base al principio de la autonomía de la voluntad, decidir con que tipo de arbitraje desea y con que fundamento debe ser expedido el laudo. En ausencia de manifestación expresa de las partes, las leyes dan una solución supletoria.

En esta solución supletoria, la fórmula mas habitual es la que remite al arbitraje en derecho, tal como sucede entre otros países con Colombia, Brasil, Chile, México y Perú. El arbitraje de equidad o en conciencia es la solución supletoria en países como Argentina, Paraguay, Bolivia y Venezuela.

- **MATERIAS ARBITRABLES.** Para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a la decisión de árbitros, existen cuatro tendencias en la normativa Latinoamericana.
 - La primera es la que permite someter a arbitraje todos aquellos asuntos que según la ley nacional sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición. Dentro de esta sistema están Brasil, Ecuador, Bolivia, Guatemala y El Salvador.
 - La segunda se caracteriza porque los asuntos susceptibles de arbitraje están incluidos en listas establecidas. La lista puede ser positiva, cuando señala de manera expresa los asuntos arbitrables y, negativa, cuando señala de manera expresa los asuntos que no pueden ser sometidos a procedimiento arbitral. Este es el caso de Venezuela, Republica Dominicana y Nicaragua.
 - Otras legislaciones como la de Colombia, México y Perú se refieren a la capacidad de las partes como requisito para acceder al sistema arbitral.
 - Finalmente, Costa Rica y Paraguay fijan de manera expresa como materias susceptibles de arbitraje todas las cuestiones que impliquen decisión sobre derechos patrimoniales.

- **PACTO ARBITRAL.** El pacto arbitral o acuerdo de sometimiento a Arbitraje de las disputas o diferencias entre las partes, es tratada por las diversas legislaciones de forma que no requiere ninguna actividad formal posterior, salvo el sometimiento concreto al arbitraje, no como solía ser usual que requería la aprobación previa ante un Juez.

Por lo que se refiere a las formalidades, en la actualidad se han eliminado la mayor parte de los formalismos existentes, tal como las Escrituras Públicas. La mayoría de los países dan pleno valor al documento privado que contiene de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje. El requisito de le Escritura Pública solo se exige en Nicaragua. Este es uno de los aspectos en los cuales se han tomado de manera unánime los planteamientos de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL.

- **NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS.** Todos los países de la zona reconocen la posibilidad de delegar el nombramiento del o de los árbitros a un tercero, que normalmente es una institución arbitral. Así mismo cabe la posibilidad de que las partes realicen personalmente los nombramientos. En este caso podemos encontrar a su vez dos alternativas: el nombramiento de árbitros de común acuerdo y el nombramiento de árbitros de parte. En la primera de ellas el nombramiento de los árbitros debe ser por consenso de las partes. Colombia es un ejemplo típico de este sistema.

La designación de los árbitros de parte permite a cada una de las partes designar un árbitro, sin que el designado requiera la aprobación de la otra parte. Este sistema es el acogido mayoritariamente en las legislaciones de la región, nuevamente en desarrollo de los principios contenidos en la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL.

- **PROCEDIMIENTO.** Por regla general, las normas de la zona permiten que las partes pacten directamente o por remisión a un reglamento las reglas de funcionamiento del proceso, con la única excepción de Nicaragua, que no admite esta posibilidad.
- **MEDIDAS CAUTELARES.** Son muy pocos los países que reconocen a los árbitros directamente la facultad de decretar medidas cautelares. El sistema utilizado es darle soporte mediante la acción judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas cautelares.

En América Latina la tendencia es a considerar el arbitraje como ejercicio de la función jurisdiccional, y así lo declaran expresamente algunas Constituciones, como las de Colombia y Paraguay. En ese caso, los propios árbitros podrían estar facultados para ejecutar. Pero aunque todavía no se ha generalizado esa opción, cada día son más los países que permiten que los árbitros directamente administren y decreten lo relacionado con las medidas cautelares.

- **INTERVENCIÓN JUDICIAL.** La intervención judicial en el arbitraje puede ser mayor o menor, es decir, la posibilidad que la ley otorga a los jueces nacionales de participar en el trámite de los arbitrajes. Existen múltiples actuaciones en las que puede estar prevista la intervención del juez, por ejemplo en el nombramiento de los árbitros, el establecimiento de los impedimentos y recusaciones, etc.. Ecuador y Colombia han eliminado cualquier tipo de intervención judicial, lo que ha permitido una mayor agilidad de los procesos.
- **LAUDO.** La validez, ejecutoriedad y eficacia legal del laudo arbitral es muy amplia en América Latina. La modificación realizada en la normativa sobre el Arbitraje en Brasil, con la Ley Marco Maciel, permite garantizar la eficacia y ejecutoriedad del laudo arbitral a nivel local e internacional. También hay Convenios Regionales, como el de Panamá.
- **RECURSOS.** La posibilidad de que las partes no acordes con el laudo arbitral puedan solicitar a un juez su revisión existe en todas las legislaciones, a través del recurso de anulación. En términos generales el recurso busca la revisión de los laudos arbitrales por errores u omisiones en la forma y no en el fondo.

La mayoría de los países se han inspirado en la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL a la hora de reglamentar las causas de anulación, por lo que, consecuentemente existe armonía del sistema con las Convenciones de Nueva York y Panamá. Pocos países admiten recursos diferentes al de anulación, salvo Guatemala, que permite en ciertos casos el recurso de revisión.

6. CONSIDERACIONES SOBRE LAS VENTAJAS DEL ARBITRAJE

6.1. La masificación del Aparato Judicial

Cuando surge una disputa, lo primero que las partes consideran es el someterlo a los Tribunales. Pero la duración de ese proceso probablemente no resulta de verdadera justicia.

La principal de las razones que explican la demora en la Administración de Justicia es la masificación de las causas en los Juzgados y Tribunales, debido a la cantidad de casos que se someten a su consideración.

Los profesionales del Derecho somos testigos habituales de esta situación, tanto a nivel del ejercicio profesional, como de las noticias que a diario inundan los medios de comunicación. Se dice que los Tribunales están saturados, las oficinas de los Juzgados están llenas de expedientes, no se cuenta con suficiente personal, etc.

Como señala Iñigo de Landecho y Urquijo al referirse a la situación existente en España, y decir que en...*cualquier periódico, y con harta frecuencia, se publican unos artículos... que refieren la caótica situación de los Juzgados (...) Todos ellos narran la sobrecarga que padecen los Tribunales, en donde los expedientes rebosan las mesas y, en muchos casos, se hayan apilados por los suelos, a espera de resolver o de tramitar* (Landecho y Urquijo, I.1988).

A pesar del tiempo transcurrido la situación no ha mejorado, antes bien, ha empeorado desde entonces. Basta comparar el volumen de casos que se inician en un año y los resueltos en el mismo plazo para llegar a la conclusión que es imposible solucionarlo.

Para resolver la sobrecarga que pesa sobre el sistema se ha recurrido a la creación de nuevos Juzgados y Tribunales, a la modificación de los procedimientos judiciales buscando la celeridad y eficacia. Pero las deficiencias señaladas persisten o se agudizan con el transcurso del tiempo, por lo que es necesario abordar el problema desde otros

puntos de vista posibles y dar soluciones de fondo para encarar la problemática judicial en los próximos tiempos.

Creemos que ello nos lleva a la búsqueda de soluciones alternativas a las tradicionales, y una de ellas, probablemente la más eficaz, consiste en la consolidación de la práctica del Arbitraje como mecanismo alternativo en la resolución de los conflictos.

La idea decimonónica de que las controversias deben ser resueltas por el Estado ya no es planteable. En ciertas controversias, como son las patrimoniales de libre disposición, no tiene que existir un interés del Estado en resolverlas directamente. El Estado debe velar para que existan vías como el Arbitraje que solucionen de manera definitiva los conflictos.

Las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico, han generado en los últimos tiempos una tendencia a la revitalización de formas arbitrales, ya que la mayoría de las controversias sólo afectan a los individuos entre los que se producen. En estos casos, el Estado no puede desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de la solución y aplicación de sus derechos a quienes les merezcan mayor confianza.

Si una persona en el ejercicio de la autonomía de voluntad puede renunciar a un derecho, parece que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza.

Con ello se logran dos fines:

1. El primero es que acudiendo al arbitraje en vez de a la Administración de Justicia ordinaria, esta se verá favorecida, ya que ayuda a descongestionarla, permitiendo así que los Jueces y Tribunales se ocupen de otros asuntos sometidos a su estudio; en especial aquellos conflictos de interés general, tales como los penales o los de familia.

2. El segundo es que la utilización del arbitraje, como equivalente funcional de la jurisdicción consiste, técnicamente hablando, en una privatización de la misma que remite a los partícipes del conflicto los costes de la confrontación que, de otro modo serían costeados por los que no los utilizan.

6.2. La celeridad en la solución del conflicto

La solución de los conflictos en la vía arbitral es mucho más rápida que en la judicial, no sólo porque los plazos son más breves, ya que los procesos judiciales, en primera instancia, suelen durar alrededor de un año y con la apelación, alrededor de tres. Mientras los arbitrajes en España no duran más de ocho meses y seis en general. Además, los árbitros se dedican a resolver algunos pocos casos, a diferencia de los jueces que tienen muchos procesos judiciales.

Como bien plantean Redfern y Hunter⁸, en el Arbitraje hay continuidad, los árbitros siguen el caso hasta el final, mientras que los jueces no pueden hacerlo de ese modo.

6.3. Menores formalismos

Como bien plantea Landecho y Urquijo, a diferencia del proceso judicial estrictamente formalista *Los Juzgados tienen que aplicar un procedimiento en muchos casos muy encorsetado y falta de agilidad para la dinamicidad de la vida actual. Las pruebas que tienen los contendientes para acreditar sus derechos son, en muchas ocasiones, de escaso contenido y que concede mucho valor al aspecto formal... en otros casos, los plazos son demasiado largos, transcurre demasiado tiempo muerto...* (Iñigo de Landecho y Urquijo. 1988). En el Arbitraje se pierde formalidad y se gana eficacia, ya que el proceso puede ser adecuado a las necesidades y expectativas de las partes.

⁸ *...there is continuity in an arbitration, since the arbitral tribunal is appointed to deal with one particular case. The arbitrators follow this case from the beginning to the end, unlike a judge who often only makes his appearance like a deus ex machine, when all the pleadings and relevant documents have been exchanged and the hearing is about to begin. The continuity of its role enables an arbitral tribunal to get to know the parties, their advisers and the case as it develops through the pleadings.* (Alan Redfern & Martin Hunter. 1991).

Y como continúa señalando Landecho y Urquijo en el Arbitraje no...*hay que someterse a ninguna regla arcaica que por ejemplo obligue para citar a un testigo o a un perito que viva en Busturia se le tenga que citar a través del Juzgado de Gernika, perdiéndose un enorme tiempo entre correos, emplazamientos, certificados con acuse de recibo etc. El árbitro le cita por teléfono y para una hora que a ambos le venga bien. Y la declaración puede ser donde convenga. No en el edificio del Juzgado ni en una sala donde se apilan las personas, ni con un cuestionario determinado, fijado y sin posibilidad de variación, que imposibilita en muchos casos, llegar al fondo de lo que se discute.* (Iñigo de Landecho y Urquijo. 1988).

6.4. La cuestión económica.

Mucha gente mantiene que un Arbitraje es mucho más costoso que un proceso judicial, ya que los árbitros cobran honorarios por sus servicios que por lo general, son elevados. Sin embargo, esta afirmación no tiene en cuenta de que en el proceso arbitral, lo más probable es que el conflicto sea resuelto en la cuarta parte del tiempo, lo que significa un ahorro cuantioso.

Pero es que, además hoy en día en España, la implantación de las tasas judiciales hace menos planteable esta cuestión. Por otro lado, una solución excesivamente tardía puede suponer la crisis económica de la empresa reclamante, con los costes de todo tipo que ello conlleva.

6.5. Profesionalidad del Árbitro

En el arbitraje actúan como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso judicial en el que al Juez prácticamente se le obliga a ser un conocedor de todo. El juez es un funcionario y, como tal, alejado del mundo de los negocios. Y no puede pedírsele en todos casos una necesaria especialización, que sólo tiene quien habitualmente y por profesión participa en el mundo de los negocios, dentro del cual se desenvuelve la relación contractual de los conflictos.

El arbitraje permite que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia en conflicto. El Arbitraje permite confiar esa decisión en quien las partes reconozcan que tiene experiencia en el negocio controvertido y que han escogido por la confianza que les inspira.

Esta posibilidad que nos brinda el Arbitraje de poder escoger a las personas que van a resolver nuestro conflicto lo hace en especial atractivo. Como dice Nils Mangar *En el arbitraje, las partes litigantes pueden elegir como jueces a personas que poseen los conocimientos específicos y la experiencia necesaria en quien dichas partes confían* (Nils Mangard. 1983).

6.6. Confidencialidad

Por otro lado, muchas veces pueden presentarse conflictos que no conviene que sean de dominio público. Para una empresa puede ser importante guardar su prestigio y buen nombre y la publicidad que se genera de los procesos judiciales puede resultarle poco beneficiosa. Los conflictos que se someten a los Tribunales son públicos, mientras que la privacidad es una de las características propias de la institución arbitral.

6.7. Mantenimiento de las relaciones comerciales

Una ventaja adicional del Arbitraje frente al proceso judicial es que en el procedimiento judicial se corre el peligro de dañar definitivamente las relaciones de las partes, cuando quizá su intención y deseo sea resolver exclusivamente los puntos concretos de controversia que pudieran haber surgido, pero manteniendo la relación comercial de cara al futuro.

6.8. La ejecutabilidad

En cuanto a la efectividad de los laudos arbitrales, como ya hemos puesto de manifiesto es tan ejecutable como una sentencia judicial, por lo que, si la parte

perdedora incumple lo ordenado en el laudo, podrá exigirse su ejecución forzosa, con los mismos efectos reconocidos a las resoluciones judiciales firmes.

La cuestión es más grave en los conflictos internacionales que en los conflictos internos, ya que en estos últimos el laudo será dictado de conformidad con la ley y en la jurisdicción de ambas partes, mientras que en la contratación internacional es muy probable que se puedan aplicar a la solución de los conflictos dos ordenamientos jurídicos y que puedan participar en su resolución dos instancias judiciales.

Como bien se plantean Garrigues y Andersen,... *cuando a la relación comercial se le añade un componente internacional, ya sea por la presencia de un socio extranjero o de negocios de export-import de bienes y servicios, los escenarios de un posible litigio se multiplican en proporción directa al número de jurisdicciones estatales involucradas en la relación contractual* (Garrigues y Andersen. 1999). Esta situación puede crear una serie de problemas de difícil solución, si no se acude al Arbitraje.

6.9. Especialidades en el Arbitraje internacional.

Si estas son las ventajas que hemos planteado del arbitraje en general, que son válidas así mismo para el Arbitraje internacional, en el caso de conflictos de carácter internacional es poco menos que obligado acudir al mismo.

6.9.1. Sumisión a la jurisdicción.

En la contratación internacional pueden plantearse, además del arbitraje, dos situaciones:

La primera es que nada se plantee en el contrato sobre la jurisdicción aplicable, ante qué Tribunales, a los de qué país o Estado vamos a acudir. Este es el más grave de los problemas, pues entrarán en juego las reglas de jurisdicción de cada Estado que tenga relación con las partes y con el lugar del cumplimiento. Pudiendo suceder, como es habitual, que todas las jurisdicciones se consideren competentes para la resolución del conflicto, pudiéndose producir soluciones contradictorias, ya que si varios Tribunales

conocen del mismo asunto, pueden llegar a conclusiones diversas, máxime si como suele suceder, los Tribunales suelen tender a proteger a sus nacionales, lo que incentivará a las partes a intentar acciones judiciales ante Juzgados y Tribunales que les resulten más convenientes a sus intereses.

Máxime si estas acciones se inician ante jurisdicciones de Estados que aplican lo que en la doctrina se conoce como jurisdicción exorbitante o brazo largo de la jurisdicción, mediante la cual se amplía de manera intolerable la jurisdicción de los Tribunales nacionales para conocer de determinadas controversias.

Así, por ejemplo, los artículos 14 y 15 del Código Civil francés establecen que los Tribunales franceses siempre tienen jurisdicción cuando el demandante es de nacionalidad francesa, aunque el demandado pueda ser un extranjero no domiciliado, ni residente, ni presente en Francia, y aun cuando los hechos sobre los que la demanda está basada no tengan ninguna relación con Francia. Estas 'reglas exorbitantes e intolerables' crean una desigualdad entre los nacionales franceses y los extranjeros.

La segunda de las situaciones u opciones es que las partes se sometan expresamente a una concreta jurisdicción. Pero ello no les priva de que puedan surgir problemas, ya que muchos Estados plantean la ineficacia de dicha sumisión con criterios tan inespecíficos como el orden público o el punto de conexión. Por lo que nos podemos encontrar con que, a pesar de haber designado una jurisdicción por las partes, determinado Tribunal o jurisdicción reclame para sí las competencias, haciendo inaplicable la cláusula de sumisión.

En este sentido véase el planteamiento de Born⁹.

⁹ *Authorities in some countries have indicated that forum selection clauses will not be enforced where doing so would be 'unreasonable' or 'unjust'. This potentially broad exception has included claims that the contractual forum would be a substantially less convenient place for legal proceedings, or that the chosen courts cannot grant effective relief or are closed to one party. Some courts have also refused to enforce forum selection clauses designating a forum that lacks any 'reasonable relationship' to the parties' dispute. Other courts treat forum clauses as merely one factor in a more generalized inquiry into what forum is most convenient. Under this approach, a forum clause... is merely an indication of the parties' intentions at one time, which is to be weighed together with considerations of convenience, fairness, judicial economy, and other factors in deciding what forum is 'appropriate'.*(Gary B. Born. 1999)

Pero es que, además, si se ha elegido la jurisdicción de una de las partes, la otra puede sentirse en desventaja. E incluso estarlo de hecho, ya que, a pesar de la ecuanimidad de los Jueces de esa jurisdicción, cosa que no siempre sucede, va a tener que buscar abogados locales, va a desconocer los procedimientos y normas e, incluso, puede tener que litigar en otro idioma diferente al propio.

Como bien plantean Altozano y Portero *Se evita, así, la incertidumbre de que un empresario se vea involucrado en un litigio ante Jueces extranjeros que aplicarán un procedimiento local que sus asesores jurídicos habituales pueden desconocer o no dominar, lo que, en ocasiones genera desconfianza, fundada o no, en la imparcialidad de los Jueces que juzgan un caso entre un extranjero y un nacional.* (H. Altozano García Fiqueras y J. Portero Fontanilla. 2003).

Pues bien, a través del Arbitraje internacional, estas desventajas se palian al existir una instancia neutral para la solución de los conflictos que se generan de la contratación internacional, por lo que es una de las razones que convierten al Arbitraje internacional en imprescindible.

En ese sentido y como explica Cremades, el...arbitraje comercial internacional permite la solución de los conflictos en un marco y espíritu de neutralidad, bien sea político, económico, cultural, sociológico... El arbitraje permite una solución dictada, no con arreglo a los valores entendidos en una concreta determinada comunidad nacional, sino con arreglo a los diarios criterios de los hombres de negocios en cuya ambientación se celebró y debió ejecutarse un compromiso contractual. (Bernardo M. Cremades. 1977).

En el mismo sentido Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara señalan que Se dice que éste (el Tribunal arbitral) es perfectamente neutral, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar. (Alfredo Calvo Caravaca y Luis Fernández de Gándara. 1989).

Francia no es el único país del mundo que tiene normas de brazo largo o exorbitantes, ya que en general los países más desarrollados asumen jurisdicción para conocer conflictos de una manera que podría calificarse de abusiva, con la finalidad de defender a sus nacionales.

Como indica Carl, en los Estados Unidos de Norteamérica los Tribunales de justicia pueden asumir competencias tanto en base a la persona como el bien en litigio. En el primer supuesto de competencia por razón del sujeto son competentes los Tribunales en los siguientes supuestos:

1. Domicilio o residencia del demandado.
3. Consentimiento.
4. Comparecencia.
5. Presencia física y entrega de la notificación.
6. Realización de ciertos actos en el Estado.

De estos cinco supuestos, el cuarto y quinto necesariamente deben ser considerados como exorbitantes. En el supuesto cuarto, los Tribunales norteamericanos asumen competencia simplemente entregando la notificación de la demanda a la persona que se encuentra físicamente en dicho Estado, sin importar si el demandado está domiciliado o no en dicho lugar.

El quinto de los supuestos por la realización de ciertos actos en el Estado, supone la asunción de competencia por el Juzgado norteamericano si el demandado es parte en un contrato ejecutado o por ejecutarse en el Estado, si ha cometido algún ilícito civil en el Estado, o si ha realizado negocios en el Estado.

Es de hacer notar que estos criterios exorbitantes o de brazo largo, en que una vez que han asumido la competencia, los Juzgados del foro aplicarán sus propias normas sustantivas para resolver el conflicto de fondo.

Con la sumisión al arbitraje suele ser de aplicación el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958, ya que forman parte de él más de 130 Estados.¹⁰

La citada Convención de Nueva York dispone en el Artículo II, inciso 3), que 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.*

Por lo que en caso de una demanda sobre materia reservada al conocimiento de un Tribunal arbitral con sede en un país distinto al del foro, podrá plantearse la excepción de convenio arbitral, al amparo del artículo II de dicho Tratado.

Sin embargo, y por lo que a la ejecución de sentencias se refiere, todavía no existe a nivel mundial Tratado alguno que permita la ejecución rápida, segura y poco costosa de las sentencias judiciales.

Bien es cierto que en la UE existen Tratados para la ejecución de determinados tipos de resoluciones judiciales. Sin embargo, fuera de ese ámbito en cada uno de los Estados en los que se pretenda ejecutar un fallo judicial, nos encontraremos con dificultades y las habituales trabas.

¹⁰ Países que son parte de esta Convención. A saber: Albania, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Benin, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Bulgaria, Burkina Faso, Brunei, Camboya, Camerún, Canadá, Colombia, Costa Rica, Costa de Marfil, Croasia, Cuba, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, El Salvador, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kuwait, Kirgizistán, Letonia, Lesotho, Líbano, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Mali, Malta, Marruecos, Mauritania, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Mozambique, Nepal, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Oman, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe de Siria, República Centroafricana, República de Corea, República Checa, República Democrática de Laos, República Unida de Tanzania, Rumania, Saint Vincent y Granada, San Marino, Santa Sede, Senegal, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Viet Nam, Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y Zimbabwe. Fuente: www.UNCITRAL.ORG.

En cambio, en el ámbito del arbitraje existe como hemos indicado la Convención de Nueva York de 1958,¹¹ que permite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en prácticamente todo el mundo. Y en la UE, además. El Convenio de Ginebra de 1961, citado, suscrito por la mayoría de los Estados miembros.

Por tanto, pactando la sumisión al Arbitraje, este problema deja de tener virtualidad.

Coincidimos, pues, con Cremades quien afirma que... *con razón se ha dicho que todo contrato internacional es incompleto y defectuoso si no incluye una cláusula arbitral.* (Bernardo Cremades. 1977).

¹¹ El Artículo 1.1. de este Tratado dispone lo siguiente: La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

7. LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y LA FIGURA DEL ARBITRAJE

Ante la importancia y trascendencia del fenómeno del Arbitraje, la FUNDACIÓN EOI se plantea estudiar y analizar la situación del Arbitraje en España.

La nueva Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003, que sustituyó a la de 1988, que a su vez sustituyó a la de 1953, amplía las posibilidades de Arbitraje de forma sustancial, adaptando la normativa española a la Ley Modelo CNUMI/UNCITRAL.

Pero la adaptación normativa es condición necesaria, pero no suficiente, para el desarrollo del Arbitraje en España.

Para conocer cuál son las consecuencias de la reciente normativa, el conocimiento por la sociedad española de esta figura jurídica, su funcionalidad para la resolución de los conflictos y su proyección de futuro, las consecuencias que se derivan para la empresa española, las ventajas e inconvenientes que se asocian en comparación con los Tribunales de Justicia, los obstáculos del uso del Arbitraje, así como estudiar las oportunidades de empleo directo o indirecto, a través de esta fórmula de solución de conflictos, se ha realizado un estudio.

Se ha considerado que el método ideal para llegar a los citados resultados es la técnica de abordar el campo cualitativo, frente a la posibilidad del cuantitativo por lo que ha sido realizado con la metodología de la Entrevista.

Se han planteado dos submuestras cada una de 6 personas, a saber:

SUBMUESTRA A: Seis empresarios, socios de empresas de entre 2 y 30 empleados. Dos de ellos con experiencia en conflictos.

Los sectores en que desarrollan su actividad han sido:

- Juegos Infantiles.
- Venta de muebles.
- Transporte.
- Reposición de cartuchos.
- Imprenta.
- Promoción de viviendas.

SUBMUESTRA B: Seis asesores de empresas. Expertos en Fiscalidad, Patrimonio, Laboral y Patentes y Marcas.

Las asesorías de empresas en que se han realizado las entrevistas suelen tener entre 2 y 16 empleados. Sus recursos humanos lo compone básicamente un staff consultivo, que se divide en varios departamentos. Dependiendo a su vez del tamaño de las empresas, los clientes lo son de una o varias secciones a la vez.

Entre los departamentos los puede haber bastante genéricos (fiscal, contable, mercantil, laboral, jurídico) o muy específicos (patrimonio, patentes y marcas).

El incremento en la tasa de estudios de la población española en las últimas dos décadas ha favorecido la entrada en las asesorías de técnicos que han realizado carreras universitarias. Son habituales los estudios de Derecho, Económicas y Trabajo Social, con una cualificación concreta para los distintos puestos de trabajo.

Sus clientes, pequeña y mediana empresa, sobre todo, tienen un nivel de estudios también universitario, aunque aquí la casuística es mucho más amplia.

El joven empresario está mejor preparado, aparentemente, que generaciones anteriores. Sin embargo, se ha estado dando un fenómeno curioso, al recaer en el empresariado profesional con otra vocación frustrada (historiadores, psicólogos, biólogos, filósofos, etc.). Con lo cual, su mejor preparación educativa y cultural, que les dota de mayores

conocimientos y un mejor razonamiento lógico, no supone una base firme para su actividad.

Objetivamente, se perciben carencias en la gestión y dirección de las empresas, que deben subsanar mediante técnicos cualificados.

En estos grupos, los temas no son introducidos de manera directa ni se formulan preguntas cerradas, procurándose que los participantes sean quienes vayan estructurando el contenido y el orden de las ideas.

Interesa descubrir bajo qué formas perciben el tema, qué piensan y valoran, bajo qué preguntas tácitas de su propia manera de pensar organizan su sensibilidad, consideraciones y actitudes sobre el tema investigado.

Las entrevistas fueron grabadas y posteriormente transcritas de forma literal y completa. Dichos materiales constituyen la base para el análisis y elaboración del informe.

El guión utilizado para los grupos de discusión fue:

- Presentación de la empresa o asesoría: número de empleados y socios, año de fundación, sector / departamento.
- La experiencia conflictual. Tipos de conflictos vividos. Los más frecuentes, los más graves.
- Soluciones a los conflictos. Sistemas y formas en que se solucionan. Ventajas e inconvenientes.
- Conocimiento del Arbitraje. Grado de conocimiento y posible experiencia.
- Conocimiento de la legislación vigente sobre Arbitraje. Percepción de los cambios del 2003 respecto a leyes precedentes.
- El futuro del Arbitraje en la empresa. Posible evolución.
- La influencia del Arbitraje en el empleo a corto y medio plazo. Tipos de trabajo susceptibles de crearse.

La encuesta realizada, por tanto, se ha centrado en la gran mayoría de las empresas españolas, así como en aquel colectivo que informa y asesora a las citadas empresas, a través del cuál estas pueden llegar a conocer la figura del Arbitraje y optar por este modelo o fórmula de solución de conflictos.

Pero el primer dato que necesitamos conocer es la percepción que del conflicto tienen los colectivos analizados.

7.1. Percepción del los empresarios y de los profesionales

Demasiado frecuentes, de resolución demasiado lenta y demasiado costosos. Esta es la opinión generalizada del mundo empresarial sobre los pleitos.

En un contexto donde la litigiosidad se ha incrementado notablemente, parece razonable junto con el esfuerzo de los Poderes Públicos por mejorar la imagen y el funcionamiento de la Justicia, apostar por las soluciones extrajudiciales de los conflictos.

Un tejido empresarial como el español, formado en su mayoría por pequeños y medianos empresarios, no puede perder tiempo y dinero pleiteando en los Tribunales, ya de por sí colapsados.

7.1.1. La percepción del conflicto.

La percepción de la existencia de conflictos en la pequeña empresa varía sustancialmente entre los propios empresarios y sus asesores.

Podemos distinguir entre el empresario más joven quien se siente poco afectado por posibles conflictos, ya que considera que a él, personalmente, no tiene por qué pasarle nada. En bastantes ocasiones han creado sociedades limitadas con miembros de sus propias familias, en quienes tienen confianza absoluta. Pero en la práctica se olvidan de ellos, sintiéndose bastante cómodos ante posibles adversidades y potenciales conflictos.

El empresario estudiado no es consciente del riesgo de poder entrar en asuntos conflictivos, por lo menos hasta que no le ocurre, por lo que no está interesado en la prevención ni en el conocimiento de eventuales soluciones.

Este fenómeno se hizo evidente en la captación de las entrevistas a empresarios, donde demostraban bastante indiferencia hacia el tema del estudio.

Pero esa falta de conciencia en la posibilidad de conflictos conlleva que, cuando surjan, el pequeño empresario no esté preparado suficientemente como para afrontarlos. Se plantea un esquema similar al que se produce con los accidentes y en los conflictos como consecuencia de herencias; eso solamente les pasa a los otros, por lo que no hay que preocuparse.

En muchas ocasiones esa tendencia optimista les lleva a crear estructuras societarias con miembros de sus propias familias, en quienes tienen mucha confianza, sin plantearse posibles adversidades y potenciales conflictos.

Como se deduce de la encuesta, uno de los empresarios manifestó que *legalmente es una sociedad limitada y yo soy el que lleva la empresa, porque mis socios son mi mujer y mi madre. Fue simplemente para montar la sociedad, por operativa, porque prefería la forma jurídica de sociedad limitada.*

Importante error si, como es probable, y parece deducirse del comentario, la elección ha venido dada por la percepción de que, realizándola con esta forma societaria, se limita su responsabilidad patrimonial. Así lo planteábamos en nuestro trabajo *La engañosa responsabilidad limitada en las PYMES*, trabajo publicado en nuestra condición de profesor de EOI Escuela de Negocios.

En él manifestábamos que *Es cierto que, en las sociedades anónimas y limitadas, la responsabilidad de los socios está limitada a sus suscripciones del capital social. Pero no así la de los administradores, que, como hemos visto, por múltiples razones en muchos casos responden de las deudas sociales. (...) Si, como también se ha señalado,*

parece que en la mayoría de las sociedades limitadas los socios son a su vez administradores. Con lo que en los casos de problemas económicos la limitación de responsabilidad no será real. (José Ignacio Múzquiz Vicente-Arche. 2004).

Diferente es lo que sucede en cuanto a la percepción del empresario con experiencia en su previsión de cómo resolver conflictos quien, por otra parte, suele ser una persona de más edad, con un mayor conocimiento de las posibles soluciones.

Los asesores, a los que se acude en los casos de conflictos, conocen mejor la casuística que los empresarios y están más preparados para proporcionar alternativas, como parece lógico, por lo que su percepción es que los conflictos son bastante comunes y terminan por afectar a toda empresa. Por ejemplo, cuando a un empresario le echaron sus hijos porque les había cedido la empresa, o cuando otro empresario debió de optar por irse cuando su socio se lió con una señorita que se hizo con el control de la empresa y se dedicó a crear conflictos.

Los tipos de conflictos que se han detectado pueden englobarse en dos grandes grupos:

7.1.2. Tipos de conflicto.

Podemos realizar una clasificación de los tipos más frecuentes de conflictos según la percepción de los encuestados que coincide en gran parte con la realidad.

- **CONFLICTOS ENTRE EMPRESAS.** Suelen surgir, sobre todo, en las relaciones entre proveedores y clientes y son los más abundantes. Entre ellos podemos destacar, porque así lo han hecho empresarios y asesores, los siguientes:
 - Impagados, que incluyen los casos de falta de calidad de la mercancía o del servicio o por crisis económicas del cliente, aunque a veces se produce, simplemente, por mala voluntad o voluntad dolosa.
 - Por motivos de patentes o marcas, de derechos de propiedad industrial o intelectual, en general. Incluyen también las denominaciones de las propias sociedades, además de los productos.

- Conflictos de intereses contrapuestos en general y de la competencia en particular.
- **CONFLICTOS INTERNOS DE LA EMPRESA.** Corresponden a los conflictos que suceden o se ponen de manifiesto en el seno de la empresa, bien entre los propios socios o bien entre los herederos de estos, tanto entre sí como de estos con los socios preexistentes. También debemos incluir en este grupo los laborales.
Entre los primeros, nos encontramos con situaciones tales como que uno o unos de los socios consideran que su labor es mayor o más productiva y, por tanto, el reparto de beneficios o dividendos injusto. Cuestión esta que sucede con cierta frecuencia.
Por lo que se refiere a los herederos de algún socio que se siente perjudicado, bien porque se encuentra ninguneado en la toma de decisiones, bien porque, deseando irse, se siente perjudicado con la tasación o valoración de sus acciones o participaciones.
Por fin, podemos hablar de los conflictos surgidos entre los empresarios y trabajadores que afectan, de modo claro, a la productividad, al afectar de modo personal, tanto a empleados como empresario.

7.1.3. Prevención y solución de los conflictos.

Los conflictos empresariales, externos o internos, deben ser resueltos cuanto antes, como necesidad prioritaria de la actividad. Aunque la solución supone un proceso con altibajos, que dura un tiempo, se trata de abreviarlo en la medida de lo posible y de ponerle fin.

Hay que tener en cuenta que este tipo de conflictos afectan directamente a la productividad e interfieren, a veces de modo grave, en su normal desarrollo.

Los asesores son consultados ante un conflicto, generalmente cuando éste se produce. Su experiencia profesional les lleva a considerar dos momentos de reacción, una primera preventiva, previa al surgimiento, y una segunda, posterior al mismo.

- **PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS.** Las fórmulas para conseguir la prevención son, primordialmente, las siguientes:
 - 1) Cumplimiento de los acuerdos y las normas legales. El incumplimiento de los contratos o acuerdos suele conllevar el conflicto interempresarial. Los impagos, por ejemplo, pueden deberse a la falta de servicio o de calidades de los productos. O el uso ilegítimo de patentes, nombres comerciales o marcas.
 - 2) La inscripción del denominado protocolo familiar, consistente en una serie de acuerdos y disposiciones realizados por los empresarios con anterioridad a su cese en la empresa, donde se regulan las condiciones de continuidad, de sucesión en la empresa por los demás familiares.

Aún así, hemos de tener en cuenta que la prevención no significa, en todos los casos, que se evite el conflicto. Pero se pueden minimizar la frecuencia o la importancia de los mismos.

- **SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS.** Los conflictos suelen tener un desarrollo desde su inicio a su desenlace. Surgido el conflicto ha de plantearse como resolverlo. Conviene tener ayuda profesional para hacerle frente, ya que, con bastante frecuencia, es más factible la solución vista sin apasionamientos y con la experiencia de los profesionales.

Normalmente, entrarán en juego las ADR en sentido amplio incluyendo el Arbitraje o no habrá más remedio que acudir a los Tribunales. Pero aquí suele tener validez la sentencia más vale un mal arreglo que un buen pleito y se suele optar por intentar llegar a un acuerdo.

La percepción de los entrevistados es que la prevención del conflicto es una medida que las asesorías aconsejan a sus clientes, informándoles sobre las eventualidades susceptibles de que les ocurran y de los remedios previstos para que no se originen. Las posibles medidas podrían ser las siguientes:

- El cumplimiento de las leyes y normativas que les afecten, así como los contratos y acuerdos. Es particularmente importante en asuntos entre empresas.
- La firma de determinados documentos. El que se está extendiendo bastante es el protocolo familiar, que, junto al testamento, establecen las pautas de reparto de participaciones, acciones y patrimonio a los herederos. Y que se consensua entre el Consejo familiar.

Estas dos fórmulas de prevención no siempre funcionan. Aún previniendo conflictos, éstos finalmente llegan. Las disputas por impagados o por una deficiente calidad del servicio o las mercancías o las enojosas diatribas por las herencias se siguen produciendo.

La solución del conflicto en sí es un proceso con varias fases de desarrollo. Como si se tratara de una obra dramática, tiene un inicio, un nudo más o menos largo y un desenlace.

En el inicio se toma la decisión de qué camino seguir, cuál es el sistema idóneo que se va a poner en práctica, dependiendo del asunto en cuestión y de los mecanismos con los que se cuenta. En este momento la figura del asesor es muy importante, aunque no sea la única.

El asesor y su equipo intentan que el empresario sopesa las consecuencias de la decisión que va a tomar. Generalmente la disyuntiva está entre ir a los Tribunales de Justicia o entrar en la negociación con la otra parte.

Por lo general, el asesor de empresas aconseja resolver el conflicto mediante la negociación de las partes y el consiguiente acuerdo pactado. La mayoría de los asuntos conflictivos no llegan a los Tribunales de Justicia, se resuelven antes.

El recelo a los Tribunales por parte de empresarios y asesores predispone a la negociación, a no ser en casos muy concretos de inquina personal entre sucesores o cuando el futuro de la empresa está en juego (patentes o marcas).

En el resto de los casos, no se acude a los Tribunales más que si una de las partes se niega a la negociación. Pero en el proceso de negociación, se usan los Tribunales como amenaza y posición de fuerza de una parte contra otra, aparentemente más fuerte.

La negociación se establece, básicamente, cuando el conflicto puede ser zanjado mediante una compensación económica. Puede ser la compraventa de unas acciones o participaciones; o la cuantía de la indemnización por una de las partes.

Las ventajas de la negociación son más numerosas que los inconvenientes. Puesto que aunque el proceso puede alargarse, en todo caso supone un plazo menor que en los Tribunales. Esto en sí es ya un aspecto muy positivo. Pero indirectamente supone una serie de ventajas añadidas, como son que la actividad y la consiguiente productividad de la empresa se ve afectada menos, al acortarse el tiempo de solución. Ello redundará en los beneficios empresariales.

Los órganos de poder en la empresa puede tomar decisiones más libremente, pues sus atribuciones se ven mermadas en menor medida. Y acortar el tiempo parece equivaler a acortar gastos. Se supone que la minuta de un abogado será menor que la del mismo profesional en un período de tiempo más largo.

Además la negociación tiene unos costes menores que los Tribunales. En la negociación puede existir un abogado para cada parte. Pero puede que sólo intervenga un asesor, una persona cualificada de confianza y la negociación, no es pública, sino que es privada y, por tanto, discreta. Es particularmente importante cuando existe riesgo de que, a través del Poder Judicial, se descubran determinados aspectos de la sociedad que se prefiere mantener ocultos (empresas en situación irregular, incumplimientos de las leyes o las normativas).

El único inconveniente de la negociación es que las dos partes deben llegar a un acuerdo. Pero esto no siempre es posible puesto que a veces los casos a dirimir hacen imposible un acuerdo, porque el objetivo es que sólo una de las partes sea la vencedora, como es el caso de una patente y en otros, un excesivo apasionamiento, unido a un mal asesoramiento legal, que pueden llevar a las partes a un enfrentamiento ante los Tribunales, del que más tarde suelen arrepentirse.

La mayor parte de los conflictos entre partes implicadas son susceptibles de ser resueltos mediante una negociación. Los procedimientos alternativos no vinculantes de resolución de conflictos (ADR), como la mediación y el mini-trial, son negociaciones estructuradas y con asesoramiento en la que un experto neutral asesora a las partes para que estas alcancen un acuerdo, aunque carezca de la capacidad necesaria para imponer una solución. La experiencia ha demostrado que cuando estos procedimientos son utilizados de buena fe por empresas, las posibilidades de llegar a una solución mutuamente aceptada son muy elevadas. Algunas de las ventajas mencionadas frecuentemente son:

- Importantes ahorros en honorarios de servicios jurídicos y en otros gastos derivados de los pleitos, así como en el tiempo y dedicación de los directivos.
- Rapidez de resolución.
- Soluciones creativas, específicas del mundo empresarial que no se encuentran fácilmente en los Tribunales de Justicia.
- Mantenimiento de las relaciones comerciales.
- Carácter privado y confidencialidad.
- Conservación y protección de los derechos y procedimientos jurídicos durante el desarrollo de los procedimientos de ADR.

Con diferencia, el mejor momento para llegar a un acuerdo de manera sensata para la resolución de un conflicto contractual es aquel en el que las partes están negociando el alcance de su acuerdo comercial, previamente a la aparición de conflicto alguno. En la atmósfera de cooperación formal que habitualmente prevalece en dichas circunstancias,

llegar a un acuerdo sobre los procedimientos racionales y justos de resolver cualquier posible conflicto se antoja una labor relativamente sencilla.

Una vez que ha surgido un conflicto, es probable que resulte mucho más difícil para ambas partes llegar a un acuerdo sobre cualquier asunto.

Cualquier contrato comercial de importancia deberá incluir, de forma detallada o mediante referencia a un formato aceptable, un plan que se desarrolla en varias etapas con relación a la resolución alternativa de conflictos. El CPR recomienda que se tenga en la debida consideración la inclusión de las tres siguientes fases sucesivas de resolución de conflictos en un contrato comercial:

- Negociación. Una disposición que imponga una negociación entre directivos con autoridad para la toma de decisiones y que ocupen cargos más relevantes que el personal implicado en el conflicto.
- Resolución no vinculante. Una disposición que imponga alguna forma no vinculante de resolución de conflictos, como la mediación o el mini trial.
- Resolución vinculante. Un dispositivo final y definitivo de decisión, como el arbitraje vinculante o, si no se llegara a ningún acuerdo sobre otros procedimientos, el pleito.

Cuando el conflicto aparece, el empresario recurre, en primer lugar, a la persona que más confianza le inspire, dentro de las que conoce.

Si se dirige a la asesoría, puede buscar el consejo en el departamento fiscal o laboral. Esta persona le conduce al especialista en el asunto, bien un abogado de su departamento jurídico, en casos aislados a una segunda asesoría específica o bien le aconseja que recurra a un abogado externo.

En todo caso, se suelen tener en cuenta las opiniones tanto del abogado como del asesor.

7.1.4. Ventajas de solución ante los Tribunales

Las ventajas de solucionar conflictos ante los Tribunales pueden resumirse en:

- Es el recurso más conocido, más notorio. Es uno de los motivos por los que se valora la posibilidad de acudir a ellos al producirse un conflicto. Y a ellos se acude con el deseo de conseguir una victoria moral sobre el adversario, victoria que prestigia social y públicamente al vencedor. Este aspecto es particularmente importante en casos de litigios sobre marcas y patentes.
- La consecución de una sentencia firme es otra motivación importante. A las grandes empresas, con pleitos abiertos en más de una ciudad, les resulta interesante, pues se sienta jurisprudencia sobre el propio caso.
- A menor escala, los juicios laborales pueden ser ejemplificadores para el resto de la plantilla. Además, acudir a los Tribunales puede ser usado como posición de fuerza. Simbólicamente representa un recurso de un nivel superior a la negociación, que indica que el que plantea la demanda es el agraviado y solicita para que se le haga justicia y los nuevos procesos monitorios agilizan bastante la duración y el gasto, ya que son más rápidos.

Los inconvenientes de solucionar conflictos en los Tribunales son los siguientes:

- Los pleitos son muy largos. Pueden llevar un año, incluso cuatro. Es el principal inconveniente de la justicia y resulta un obstáculo en la práctica para los empresarios. La razón de que los procesos se dilaten tanto estribaría en el gran número de casos sin resolver. En el sistema judicial se percibe colapsado. Por otro lado, el coste de un juicio y los gastos directos e indirectos que conlleva suponen un obstáculo para casos en que se busca una retribución económica baja.
- Así, otro inconveniente grave es la falta de seguridad en la sentencia final y/o en sus consecuencias, lo que en la práctica se traduce en desconfianza en el sistema judicial, que se ha ido agravando en las dos últimas décadas, debido a noticias de

prensa sobre sentencias a todas luces injustas, que han generado un fuerte rechazo, malas experiencias propias, por sentencias arbitrarias o poco eficaces y el colapso del sistema judicial que obliga a tratar de forma rápida y superficial los procesos. Se tiene la impresión de que el juez puede no haberse enterado de la cuestión planteada con suficiente profundidad cuando dicta la sentencia.

8. EL CONOCIMIENTO Y PERCEPCIÓN DEL ARBITRAJE Y SU LEGISLACIÓN POR LA SOCIEDAD ESPAÑOLA

El Arbitraje es conocido, al menos de oídas, entre los empresarios, como resulta de la muestra. Pero se vio que son numerosas las pequeñas empresas que no saben de su existencia, lo que supone un gran obstáculo a su potencial utilización.

El conocimiento del Arbitraje es algo mayor en el grupo de asesores de la muestra, pero casi ninguno de los entrevistados pudo citar referencia práctica alguna, ya que ni ellos ni sus clientes lo han usado nunca, salvo en asuntos laborales.

Algunos definen al Arbitraje como los juicios paralelos y este posicionamiento se detecta en las demás entrevistas. Es decir, el Arbitraje es una alternativa a los Tribunales, aunque no se sabe muy bien si puede o no sustituirlos, ya que se desconoce su funcionamiento.

Los asesores y empresarios con estudios de Derecho, Trabajo Social o Económicas desconocen la legislación vigente en materia de Arbitraje, así como los cambios y novedades que supone la Ley de Diciembre de 2003, aunque tienen referencias teóricas generales sobre el tema.

El escaso conocimiento que existe del Arbitraje procede de comunicados de la Cámara de Comercio a los asesores o de artículos en prensa.

8.1. El funcionamiento del arbitraje

El desconocimiento sobre el Arbitraje, sobre su funcionamiento es amplio. Se conoce que para poder utilizar el Arbitraje es necesario que ambas partes lleguen a un acuerdo voluntario y que existe un árbitro, que realiza las funciones de un juez, quien será el que dirima la cuestión.

Entre los entrevistados, algunos han oído hablar de que la Cámara de Comercio ofrece un Arbitraje, pero no conocen a nadie que lo haya utilizado.

Se plantean determinadas cuestiones sobre el Arbitraje a fin de conocer el estado de conocimiento sobre la materia, como son:

- ¿Es necesario llevar abogado o las partes pueden defenderse a sí mismas?
- ¿Quién nombra al árbitro? ¿Cómo una persona puede llegar a ser árbitro?
- ¿Debería dedicarse el árbitro a tiempo completo o parcial?
- ¿Cuáles son los honorarios del árbitro?
- ¿El laudo arbitral es vinculante? Si una parte no está conforme, ¿puede llevarse el asunto a continuación a los Tribunales?
- ¿Qué diferencias hay entre un Arbitraje de equidad y uno sujeto a derecho?

Vamos a poner de manifiesto la percepción de los entrevistados.

8.1.1. ¿Es necesario llevar abogado o las partes pueden defenderse a sí mismas?

Esta cuestión la resuelve cada submuestra de forma distinta. Los asesores consideran que debe haber un abogado por cada parte, como si de un Tribunal ordinario se tratara, que defienda la postura de su cliente.

Los empresarios estiman que no tendría por qué ser obligatorio, ya que los honorarios de los letrados son elevados.

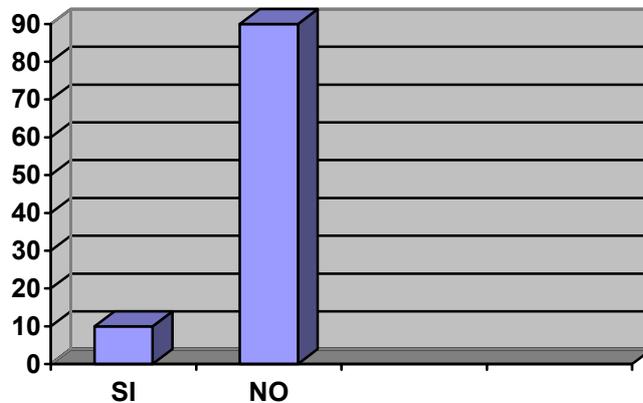
En definitiva, el factor precio podría suponer un obstáculo al uso, ya que suponen que les puede costar menos que acudir a los Tribunales, pero más que si hay una negociación. Aunque, como veremos, resulta poco importante el coste en el caso de una encuesta realizada por ARyME.

8.1.2. *¿Quién nombra al árbitro? ¿Cómo una persona puede llegar a ser árbitro?*

Se supone que el árbitro es una persona con conocimiento de leyes, probablemente abogado, que debe ser ecuánime. Y que no es juez, ya que ambas funciones serían incompatibles, según los entrevistados.

Bien es cierto que en una encuesta realizada por ARyME en el año 2003, resulta que refiriéndose a si se consideraba conveniente la prohibición a determinado tipo de profesionales capacidad para ser árbitros, resulta que un 90% de los entrevistados, una mayoría aplastante, optó por una negativa rotunda a que notarios, jueces, fiscales o registradores no pudieran actuar como árbitros.

La encuesta lanza la consulta acerca de si debería una ley general de Arbitraje prohibir que ciertos profesionales, como notarios, jueces, fiscales o registradores actúen como árbitros. La respuesta sin duda, arrojó una negativa rotunda a esa prohibición.



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

SI: 10%

NO: 90%

El perfil que debe tener un árbitro en asuntos mercantiles, según los entrevistados es el siguiente.

- Debe estar investido de autoridad moral, ser una persona honrada, respetada en su ciudad, un ciudadano de pro.

Según alguna opinión tendría que cumplir una serie de requisitos, tener conocimientos generales mínimos y habría que delimitar quién puede actuar como árbitro, no puede ser uno cualquiera. *Es como un jurado, tendrá que tener unos mínimos*, mantiene un empresario.

- También se plantea que debe estar respaldado por una institución como la Cámara de Comercio de la ciudad o el Colegio de Abogados o el colegio o la asociación profesional más próximos al sector al que pertenezcan las empresas en arbitraje. Es decir, necesita un respaldo social detrás.

La elección de los árbitros podría proceder de estos colectivos. El Colegio de Abogados podría seleccionar árbitros entre sus colegiados más prestigiosos.

El decano del Colegio de Abogados, porque tienen un reconocimiento profesional y social incluso. El arzobispo no ha sido árbitro, el decano, sí. O el decano del Colegio de ingenieros para la construcción o la obra pública, de acuerdo con el contenido del tema que estamos haciendo. Tiene que ser una persona que nos parezca bien a los dos y que se termine en una sentencia de carácter institucional sin apelación., dice uno de los entrevistados perteneciente a la submuestra de Asesores.

- Debe ser experto en la cuestión a tratar. Si el árbitro no conoce el sector, muy difícilmente sus sentencias o intentos de acuerdos pueden ser justos. Sienten miedo de ponerse en manos de una persona que vaya a ser superficial, como algunos jueces.

Se espera que el Árbitro sea experto, que sepan de qué estás hablando., dice un empresario entrevistado.

Una persona que tuviese un conocimiento mínimo de varias materias. Haría falta que fuese una persona que entendiese de lo que se está hablando, de si se ha roto el plazo, de servicio o la calidad. Como plantea otro empresario entrevistado.

- Deben existir incompatibilidades entre el arbitraje y algunas actividades económicas. Se duda y mucho de la posibilidad de que haya árbitros nombrados por las esferas del poder ejecutivo o por partidos políticos.
- Al árbitro se le exige máxima honradez, ser insobornable. Temen que un contrincante potencial, como puede ser una Administración o una gran empresa, pueda sobornar o presionar al árbitro.

8.1.3. *¿Debería dedicarse el árbitro a tiempo completo o parcial?*

Relacionado con la honradez antes señalada, resulta de la muestra consultada que los entrevistados de más de 40 años abogan por personas que asuman las funciones de árbitro para casos concretos y de forma esporádica o puntual. Por el contrario, los más jóvenes consideran que podrían ser árbitros a tiempo completo, como una nueva especialización dentro del Derecho.

Pero nosotros nos planteamos que pensar en unos árbitros funcionarios sería lo mismo que ampliar la magistratura, los Juzgados y Tribunales.

8.1.4. *¿Cuáles son los honorarios del árbitro?*

Se supone que, sea a tiempo completo o parcial, el árbitro debe recibir unos emolumentos por su trabajo en cada uno de los casos que actúe. Los entrevistados sienten curiosidad por saber lo gravoso que les puede salir, especialmente los empresarios. Pero se desconoce cuáles son las fórmulas para establecerlos. No se conoce que se puede pedir un presupuesto, ni que los costes del Arbitraje, en general, tienen unos honorarios establecidos que, incluso pueden conocerse a través de internet, en las Instituciones, Cámaras de Arbitraje y en los honorarios establecidos como

recomendados por los Colegios de Abogados, cuando hayan de actuar esos profesionales.

8.1.5. *¿El laudo arbitral es vinculante? Si una parte no está conforme, ¿puede llevarse el asunto a continuación a los Tribunales?*

En principio, la mayor parte ignora que la Ley del 23 de Diciembre de 2003 considera vinculantes los laudos arbitrales. Cuando se les informa de ello, a la mayoría le parece muy interesante, en tanto significa el final de la contienda y, presumiblemente, la solución al conflicto.

Pero surgen problemas de comprensión, por cuanto mezclan los conceptos de mediación y arbitraje y consideran que el arbitraje acaba porque ambas partes han llegado a un acuerdo, gracias al árbitro. Es decir, entienden que el laudo equivale a una sentencia judicial paralela, a la que se puede o no recurrir más adelante, o un acuerdo firme tras una negociación.

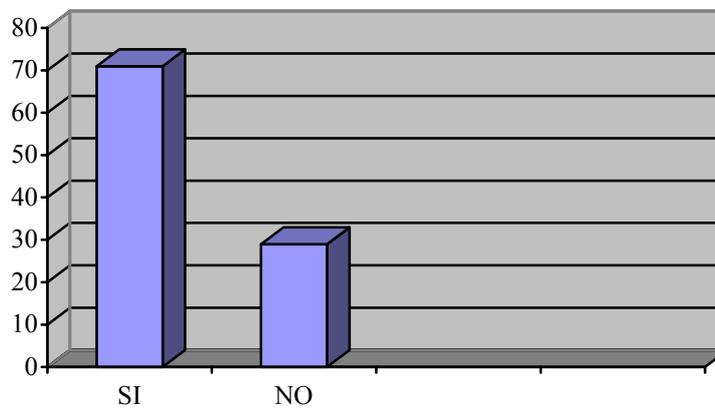
Si es vinculante se supone que ahí acaba el proceso. Y si se acaba ahí, ¿se puede hacer eso? No se puede evitar que la parte perjudicada recurra, si hay mala fe, a los tribunales. ¿Se debe negar el acceso a los tribunales a alguien? Pues eso es muy serio. Habría que ver si no es anticonstitucional. Todo el mundo tiene derecho a la justicia del Rey, en principio. Me parece una parida eso de hacerlo vinculante., mantiene uno de los empresarios entrevistados.

El ideal, en todo caso, supondría la consideración de que existen varios estadios en la solución de un conflicto. El posicionamiento del arbitraje como paralelo a la justicia y a la vez con la virtud de ser vinculante. Aunque piensan que si el acuerdo no fuese posible existe la posibilidad de recurrir a los Tribunales ordinarios de justicia, lo que no es posible más que en la mediación, pero no en el arbitraje.

Opinión similar resulta de la encuesta solicitada por AryME.

Como se ha dicho, el laudo no es recurrible, es ejecutable, salvo en el caso de nulidad y por las causas tasadas.

Ahora bien, en la encuesta de ARyME se plantea si no se puede anular un laudo de un árbitro que arbitrando en Derecho se equivoque en la aplicación, así, la siguiente cuestión a plantear consiste en si la incorrecta aplicación del Derecho en un arbitraje de Derecho puede ser causa de nulidad del laudo.



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

SI: 71%

NO: 29%

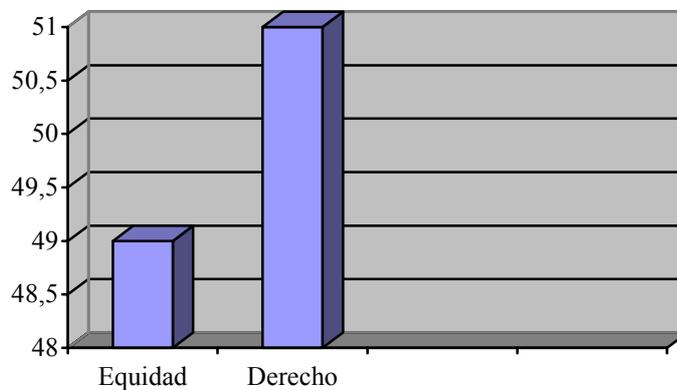
El resultado de la encuesta indica que el amplio porcentaje de los entrevistados considera que deberían poderse recurrir los laudos en los que el árbitro se equivoque en la aplicación del Derecho y a juicio de cualquiera de las partes.

8.1.6. ¿Qué diferencias hay entre un arbitraje de equidad y uno sujeto a derecho?

Esta pregunta ha sido sugerida en las entrevistas, al no surgir espontáneamente. Los conceptos no son evidentes, aunque se conozca el significado de los términos. Al intentar explicarse los que puede significar, se llega a la conclusión de que hay dos tipos, dependiendo de los casos. Uno de ellos se ajusta más a la normativa que el otro, pero no se sabe para qué son más adecuados ni en qué se diferencian exactamente.

Entre los asesores, aún con cierto desconocimiento, se plantea que el Arbitraje de equidad también tiene que estar sujeto a derecho.

En cambio, en la encuesta realizada por ARyME sobre si el Arbitraje, en caso de que nada hayan acordado las partes, deba ser de derecho o de equidad, la respuesta fue equivalente, se produjo prácticamente un empate. Sin embargo no existe un consenso sobre si el arbitraje debería ser por defecto en Derecho o en equidad, dado que ante esta consulta se marca un empate en la encuesta a los entrevistados.

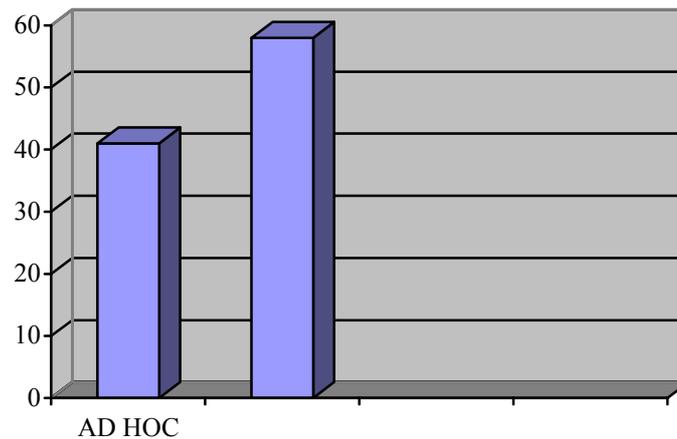


Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

EQUIDAD: 49%

DERECHO: 51%

Y sobre todo si es mejor el Arbitraje ad hoc o el institucional, es decir, el Arbitraje en el que las partes no se someten a una institución o Cámara de Arbitraje y actúan libremente nombrando a los árbitros y organizando el procedimiento o bien el institucional en el que se remite y encarga a una institución arbitral, como Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados, etc. el procedimiento y nombramiento de los árbitros les parece a los entrevistados de forma más consolidada, aunque no con un gran margen, que es mejor el Arbitraje institucional.



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

AD HOC: 41%

INSTITUCIONAL: 58%

8.1.7. Referentes históricos y actuales del arbitraje

Para comprender el arbitraje, los entrevistados necesitan buscar un referente para clarificar conceptos e ideas, tanto presentes como pasados. Los mayores de 40 años tienen más memoria histórica y una cultura más amplia, mientras que los jóvenes sólo tienen como referente al arbitraje laboral.

Aparece la figura del Juez de Paz en la encuesta, en la conversación y se plantea que el Juez de Paz ha sido una figura muy útil, hoy en día desaparecida, que se ocupaba de juicios menores. Los más mayores afirman que su desaparición ha creado la saturación de los Tribunales con asuntos y querellas de menor importancia, que los colapsan.

Se plantea en la conversación que el árbitro se parece al Juez de Paz:

Me recuerda mucho al juez de paz que había antes en los pueblos. Salgo con mi perro y a la señora que salía del horno la ha tirado y la ha roto no sé qué. Y me reclama. Sí sería útil para este tipo de cosas, siempre

que la figura del abogado se pudiese suprimir. Ir las dos partes a una persona de cierta entidad., dice un empresario entrevistado.

Como podemos apreciar, el desconocimiento es patente pues la figura del Juez de Paz sigue existiendo en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los pueblos importantes que no son cabeza de partido se plantea que el Juez de Paz tiene unos atributos deseables y susceptibles de que un árbitro los posea igualmente.

No era una persona ducha en derecho. Se la escoge por ser ecuánime, una persona respetada en el entorno social, con capacidad de solucionar conflictos.

Uno de los asesores puntualiza que:

El juez de paz era un señor que no entendía de leyes, que tenía sentido común y era reconocido en el pueblo. Un poco eso. Es muy similar a lo que puede ser un árbitro. Y elegirlo de acuerdo al tipo de negocio, con una profesión adecuada.

8.1.8. El Arbitraje laboral

El Arbitraje laboral es el referente actual. Lo destacan los más jóvenes, que precisamente han tenido buenas experiencias con ello. Es una fórmula de intentar resolver conflictos antes de ir a los Tribunales, de una forma sencilla y barata. Como plantea uno de los entrevistados:

En los despidos hay Arbitraje. Lo lleva el Smac, la conciliación, el arbitraje y demás. Si no se ponen de acuerdo, van a juicio. Pero siempre hay quien llega a un acuerdo.

Aunque entienden que el arbitraje laboral es más simple que el que se imaginan del mercantil, consideran que todo intento de mediar formalmente supondría reducir, al menos en parte, la entrada de pleitos en los Tribunales, evitando el colapso actual. Y así otro asesor mantiene que:

Igual que pasa en el ámbito laboral, que tienes que pasar por el arbitraje. Realmente el arbitraje que se hace es muy light. ¿Hay acuerdo? Sí, pues ale vamos. Pero como el empresario o el trabajador tienen que ir a una instancia o a una autoridad puede cambiar su decisión si hay voluntad de quererlo solucionar.

8.2. Motivaciones y obstáculos al uso del arbitraje

De las entrevistas realizadas se desprenden los siguientes motivos o puntos positivos para el uso del Arbitraje, la percepción de los entrevistados, empresarios y profesionales del asesoramiento, en cuanto a las ventajas e inconvenientes del Arbitraje. Con respecto a los primeros, podemos señalar los siguientes:

- La mayor rapidez en la solución de los conflictos. Se supone que el arbitraje, al estar fuera de los Tribunales, va a atender las causas antes que éstos. Esta medida es muy importante para la empresa, sobre todo cuando las partes son socios o herederos de antiguos socios, ya que, como se dijo anteriormente, altera la actividad de la empresa.
- Existe un árbitro imparcial, que estudia objetivamente el asunto y emite un laudo. Este aspecto resulta muy interesante y fundamental para la existencia del arbitraje. Si se piensa que el árbitro no va a ser imparcial, no se acudirá al arbitraje.
- Además el árbitro o árbitros han estudiado con detenimiento el asunto, que ha tenido en cuenta las opiniones e intereses de las partes y que ha aplicado las normas, si el arbitraje es de derecho o la justicia si es de equidad.
- Sus decisiones son vinculantes, siempre que se haya llegado a un acuerdo previo. Esta modificación de la Ley del 2003 asegura la funcionalidad del Arbitraje.

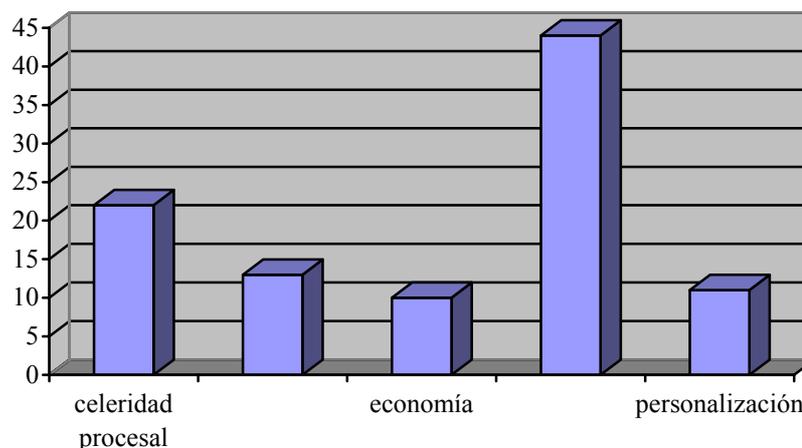
Es para aumentar la seguridad jurídica. Si no era vinculante era perder el tiempo. Si al final vas a ir al tribunal, ¿para qué lo utilizas? (Empresario).

- Se le supone un coste menor que los Tribunales, sobre todo si no es preciso letrado.
- El Arbitraje aporta una visión más experta que la de un juez en la materia de la que se trata, pues se supone que el árbitro nombrado es precisamente experto en esa materia. Por otro lado, el Arbitraje es mucho más discreto. La discreción es una buena baza para los empresarios.

Como manifestaba un asesor:

El decano del Colegio de Abogados intervino en muchas cosas, pero eran casi siempre de cuestiones de fundaciones, de actividades no especialmente onerosas, de tipo mercantil puro. Ha habido muchos casos en recalificación de solares. Las entidades no lucrativas tienen un fin distinto, el pleito por el pleito no tiene interés. La discreción es más importante. Si se lee en el periódico que los franciscanos ganaron un pleito eso no puede ser bueno.

En una encuesta realizada por ARyME en los últimos meses del año 2005 a 422 participantes, visitantes de su página web sobre Arbitraje y, por tanto, más o menos conocedores de la figura del Arbitraje, se consultó sobre las ventajas más valoradas respecto al Arbitraje.



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

Celeridad procesal: 22%

Confidencialidad: 13%

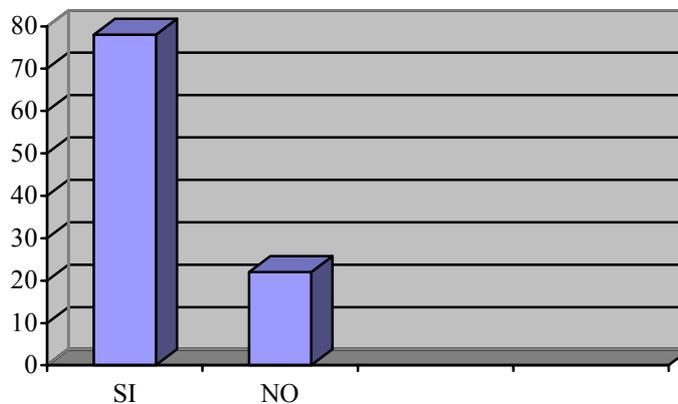
Economía: 10%

Experiencia de los Árbitros: 44%

Personalización del servicio: 11%

En otra encuesta anterior, realizada también por ARyME la mayoría de los participantes reconocieron que el arbitraje es una alternativa cara, pero no parece ser el factor más importante a la hora de optar por el arbitraje, de hecho, es el factor de menor valor frente al resto, cuando la confidencialidad ha sido ser la gran perdedora. Los usuarios que acuden al arbitraje buscan calidad en el árbitro y la celeridad procesal.

Ante la pregunta sobre si es caro el arbitraje, la respuesta, no parece ofrecer ninguna reserva:



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

SI: 78%

NO: 22%

Por lo que se refiere a la confidencialidad, es una ventaja en el Arbitraje de la cuál se habla mucho. Pero en varias encuestas publicadas por Centros de Arbitraje, es el aspecto menos valorado, particularmente entre grandes empresas que cotizan en bolsa,

porque han de revelar en el prospecto que registran ante las autoridades bursátiles competentes, todo litigio que esté abierto, de cualquier naturaleza, incluyendo los procedimientos extrajudiciales. Y de ahí que sea el aspecto menos valorado como ventaja para algunas empresas.

Pero el uso del Arbitraje es muy escaso. De hecho, sólo un asesor tenía una cierta casuística en arbitraje. Pero no de empresas, sino de entidades sin ánimo de lucro, como Cruz Roja u órdenes religiosas, para las que la discreción es vital.

La empresa privada, sobre todo la pequeña, no utiliza el Arbitraje o con frecuencia escasísima, que no se ha podido concretar esta práctica, aunque entre 4 asesores entrevistados reúnen aproximadamente unas 1.200 empresas clientes.

Los asesores entrevistados calculan que tan sólo alrededor de un 10% de las empresas, cuando firman acuerdos entre sí se someten al Arbitraje, El resto, el 90%, se someten directamente a los Tribunales de la ciudad en cuestión. Sin embargo, en el caso de conflicto, a pesar de haber firmado el sometimiento al Arbitraje, no se utiliza en muchas ocasiones.

En nuestra opinión creemos que el porcentaje está sobredimensionado y que no llegará al 1%, excepto en la contratación internacional.

De las entrevistas realizadas se deduce que los motivos por los que el Arbitraje no se usa en la pequeña y mediana empresa son los siguientes:

- Existe un gran desconocimiento, no sólo por la existencia de este sistema, sino, sobre todo, del funcionamiento del mismo, que impide tenerlo en cuenta. Tampoco existe casuística ni comentarios de empresarios que lo hayan utilizado.
- Las partes han de estar de acuerdo a someterse al Arbitraje. Por tanto, ambas deben tener confianza en el sistema y no puede existir confianza si se desconoce el funcionamiento. Hasta tal punto que muchas veces se plantea que, tras el

procedimiento de Arbitraje, se inicia de nuevo el proceso judicial si alguna parte no está de acuerdo con la resolución arbitral.

- Los abogados no aconsejan el Arbitraje, sino ir a los Tribunales de justicia y normalmente es por puro desconocimiento de la institución. Los asesores entrevistados creen que es una cuestión de beneficios económicos en los bufetes. Siempre buscarán una solución que beneficie al abogado, que les haga incrementar sus honorarios.

Es decir, que desconocen que pueden cobrar aproximadamente los mismos honorarios, pero realizando su labor en menos tiempo, pues el proceso arbitral es mucho más rápido, ya que se suele minutar por los intereses en juego, cualquiera que sea el tiempo y dedicación empleados.

8.3. Ventajas e inconvenientes frente a otros sistemas

Aunque ya se han enumerado una serie de ventajas e inconvenientes en el apartado anterior, las que se traducen en motivaciones y obstáculos al uso del Arbitraje, aquí se van a detallar comparativamente respecto a los dos sistemas más habituales de solución de conflictos.

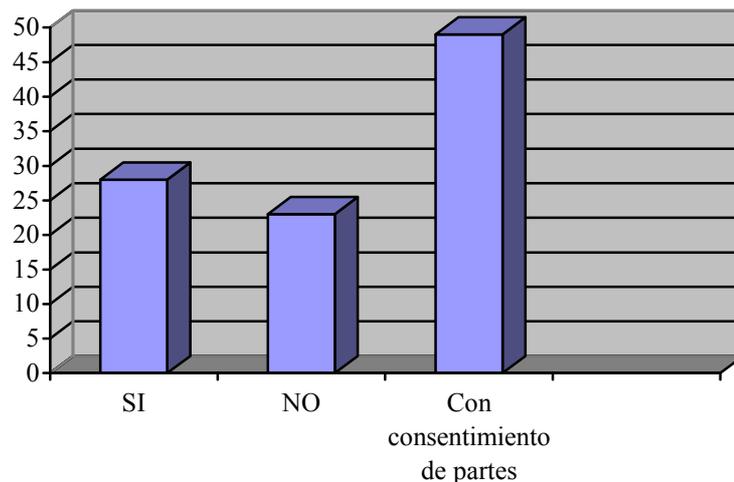
Respecto a los Tribunales de Justicia, todo son ventajas. No sólo sería más rápido y más económico, sino que, además:

- El árbitro no es una figura distante, como el juez. El único de los entrevistados con experiencia en Arbitraje lo considera accesible y dispuesto a escuchar a las partes y manifestaba.

El árbitro tiene la ventaja de que no es un señor inaccesible como el juez. Oiga, le desalojo. El árbitro no hace eso, escucha a las partes las veces que haga falta. No es un tío déspota. Normalmente es una persona con mucho sentido común, con una experiencia bárbara.

Coincide esta opinión con el resultado de la encuesta planteada por ARyME cuya pregunta fue ¿debería fomentarse la comunicación directa entre los árbitros y las partes?, refiriéndose a que en el Arbitraje administrado o institucional, ya que la institución arbitral canaliza normalmente las comunicaciones entre árbitros y partes. Como es sabido, en esos Arbitrajes institucionales solamente hay contacto entre las partes y el árbitro o árbitros en audiencia formal y, en algunos casos telefónicamente, pero siempre previa petición al administrador o institución.

Y según este resultado también cabría plantear la pregunta de si debería fomentarse la comunicación directa entre los árbitros y las partes y en un amplio porcentaje, frente a esta pregunta, la respuesta obtenida es que sí, que efectivamente y siempre dispuesto previamente por las partes, debería haber una comunicación directa.



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

- El sistema obliga a que las partes dialoguen, limen sus asperezas y puedan llegar a un punto común.

Ahora bien, en relación con la negociación o mediación, las ventajas no son tan evidentes, dada la falta de experiencia que existe. Por lo que cabe esperar que el Arbitraje no vaya a sustituir a la mediación. O, si lo hace solamente en un pequeño porcentaje.

8.4. El futuro del Arbitraje

Cuando a los entrevistados se les ha preguntado por el futuro que prevén para el Arbitraje, los asesores le vislumbran ciertas posibilidades de crecimiento a medio plazo. Los empresarios son más pesimistas, tanto sobre el Arbitraje como sobre la justicia.

Poco a poco habrá más casos... manifestaba un asesor.

Aún así, todos están de acuerdo en considerar que el Arbitraje, si quiere introducirse en la empresa privada, debe asumir unos retos. Si no, seguirá siendo un sistema minoritario.

8.4.1. *Los retos del Arbitraje*

Los retos a los que debe enfrentarse el Arbitraje, según la percepción de los entrevistados, son tres, fundamentalmente:

- Acabar con la desinformación existente actualmente, tanto en el ámbito de la empresa como de los asesores. Aunque la mayoría lo conocen, son muchas todavía sus dudas para decidirse a tomarlo en cuenta como alternativa.

A menos que se den a conocer las ventajas en plazos, en economía, etc., no llegará a desarrollarse el Arbitraje. Para que eso llegara lo deberían conocer tanto las empresas como los intermediarios. Es decir, los abogados, los asesores, que todo el mundo lo conozca y vea su utilidad. Si los intermediarios no lo conocen o no le ven utilidad, no lo van a aconsejar a sus clientes, como manifestaba un asesor.

Para ello se planteaban dos opciones:

- Los más jóvenes, acostumbrados a las estrategias de lanzamiento de productos y servicios, consideran que las Cámaras de Comercio deberían hacer esta labor entre sus asociados, mediante presentaciones a través de expertos en la materia.
- Los más mayores, al contrario, consideran que el Arbitraje es un asunto demasiado serio como para darlo a conocer como si de un producto o un servicio se tratase.

Aquí no cabe publicidad ni marketing. Se debe difundir solo, decía un asesor.

- El segundo reto es el coste, crucial para los empresarios. Un coste asequible puede ser una motivación importante.

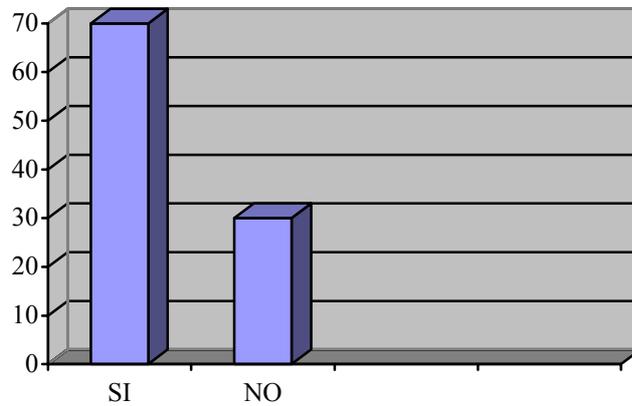
El Arbitraje debe ser, si no gratuito, al menos de muy bajo coste (Empresario)

Aunque como hemos visto de la encuesta de ARyME, no parecía que el coste fuese fundamental.

- Con cierto desconocimiento, confundiendo mediación con arbitraje, los más jóvenes consideran que el Arbitraje debe convertirse en paso obligado en asuntos mercantiles, antes de acceder a los Tribunales de Justicia. Es decir, desean que se convierta en algo similar al denominado Arbitraje laboral.

Durante el mes de mayo de 2004 ARyME propuso como consulta sobre la mediación como proceso y previo a cualquier actuación judicial. La muestra fue de 290 respuestas procedentes de las versiones española e inglesa del portal de ARyME. La pregunta concreta fue:

¿Apoyaría una ley que obligase a las partes a usar la mediación como proceso previo al juicio ordinario?



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos obtenidos de pag. Web de ARyME.

SI: 70%

NO: 30%

Como se puede apreciar, más de dos tercios de los encuestados apoyarían una ley de mediación obligatoria.

De los datos obtenidos de instituciones dedicadas a la mediación profesional de diversos países, resulta que, entre un 70% y un 85% de los asuntos mediados obtienen acuerdo entre las partes.

Coincidimos con la apreciación de ARyME de que *la mediación es un mecanismo que puede contribuir decisivamente a descongestionar nuestros Tribunales.*

9. EL ARBITRAJE CREADOR DE EMPLEO

Como reiteradamente hemos venido poniendo de manifiesto, la pequeña y mediana empresa no conoce el Arbitraje ni su funcionamiento y, consecuentemente no lo ha utilizado hasta el momento o lo ha hecho de forma residual.

Cuando tiene un conflicto tratan de resolverlo bien directamente, bien a través de sus asesores o abogados. Pero si no logran hacerlo, acuden a los Tribunales. Los Tribunales son lentos en la resolución de los pleitos, lo que conlleva problemas, en algunos casos irresolubles.

La desviación de asuntos de los Juzgados al Arbitraje sería una fórmula francamente interesante de solucionar el atasco y agobio en el que se encuentran sumidos.

Pero el Arbitraje debe ser realizado por árbitros, con sus correspondientes ayudas o auxiliares. Consecuentemente se crearán actividades de árbitro.

Para ser árbitro no es necesaria ninguna titulación específica, salvo para los arbitrajes de derecho, que se requiere ser Licenciado en Derecho.

Se sea o no licenciado, se requiere una formación específica como árbitro. No solamente, la cuestión procedimental, cómo ha de desarrollarse el arbitraje, los pasos que hay que dar relativos a la consecución de las pruebas, los plazos, etc., sino que se requiere unos ciertos conocimientos de la materia objeto de Arbitraje.

A tales fines, se realizan cursos y jornadas por Cámaras de Arbitraje, Universidades, Escuelas de Negocios, etc., con lo cual, los formadores de los futuros árbitros obtienen puestos de trabajo.

Esta posibilidad es mejor acogida, ya que la repercusión en los presupuestos nacionales o de las distintas Comunidades Autónomas sería sustancialmente menor. Como señalaba un asesor:

Sería un organismo de competencia autónoma, funcionarios, que necesitaría medios humanos, porque conflictos hay muchos. O podrían ser como los registradores o los notarios, profesiones con responsabilidad en sus funciones, para que no sea una carga para los ciudadanos, porque significa dotar de un coste elevado.

Los mayores de 40 años no están de acuerdo. No les gusta la idea de crear árbitros funcionarios, ya que no se fiarían de su independencia y ello sería un obstáculo importante para su buen funcionamiento y la captación de su clientela. Los asesores plantean que:

Es fundamental que sea independiente, cara al que va a ser juzgado o arbitrado. Todo lo que venga de arriba no goza de independencia, le han nombrado. (Asesor)

Por oposiciones sería un súper juez. Es lo mismo que la Audiencia Nacional (Asesor)

Montar un negocio del Arbitraje me parece legítimo, pero no me acaba de gustar. (Asesor)

La posibilidad que apuntan los más mayores es que sigan siendo los árbitros lo mismo que ahora, personas independientes, que gocen del prestigio social y que sean escogidos corporativamente, bien por un Colegio Profesional bien por la Cámara de Comercio. Sería una fórmula de *elección de los mejores, los más cualificados*. En este sentido, no accederían a árbitros personas que precisaran de una formación muy específica, sino, antes al contrario, serían personas que conocieran por experiencia esta función.

9.1. Conclusiones del informe realizado a empresarios y profesionales de la asesoría, para EOI Escuela de Negocios

9.1.1. Los conflictos y sus soluciones en la pequeña empresa

- ♦ La percepción que existe de la posibilidad de que una empresa tenga un conflicto a lo largo de su vida es mayor entre los asesores que entre los empresarios, que vislumbran el futuro con más optimismo. Aún así, hay sectores más proclives a entrar en desavenencias, como es el caso de la construcción y el sector naval.
- ♦ Los conflictos se dividen en dos categorías: los que se originan entre empresas, que son los más numerosos y tienen que ver con impagos por incumplimiento, por un uso ilegítimo de una marca o patente y a conflictos de intereses; y, por otro lado, los que surgen dentro de la empresa, que se dan entre socios o con herederos, que son bastante traumáticos, o bien con empleados.
- ♦ Los conflictos alteran la actividad empresarial y afectan negativamente a la productividad, por lo que deben solucionarse cuanto antes. Los empresarios consultan siempre con sus asesores.
- ♦ Los asesores consideran dos momentos en la reacción ante los problemas, una primera fase de prevención y la posterior solución. En la prevención, se trata de que los conflictos no se produzcan, a través de un estricto cumplimiento de la ley y la firma de documentos, como es el caso del protocolo familiar, aunque no siempre funciona.
- ♦ Al iniciar el proceso de solución, los asesores aconsejan que el empresario sopesa las consecuencias de los sistemas, apostando en lo posible por la negociación y dejando acudir a los Tribunales para casos muy concretos (patentes y marcas...), aplicando la sentencia de que *más vale un mal acuerdo que un buen juicio*. Los abogados, por el contrario, son más proclives a terminar en los Tribunales y por este motivo se les critica.

- ♦ A los Tribunales de Justicia se le encuentran ventajas, como ser el sistema más conocido, a ellos se acude para conseguir la victoria moral sobre el adversario y una sentencia firme que obligue a la otra parte. Simbólicamente el acusador se siente en una posición de fuerza. Pero se encuentra colapsada, precisa de un largo período de tiempo para resolver los asuntos y es cara, con excepción de los juicios monitorios, que son rápidos.
- ♦ Se detecta desconfianza con la Justicia española, que se cree que ha empeorado en los últimos años, sobre todo para los mayores de 40 años. Esta percepción parte de las noticias de sentencias injustas aparecidas en la prensa, las malas experiencias propias o de personas cercanas y la superficialidad de los jueces a la hora de estudiar un caso. Esta desconfianza es un lastre que obstaculiza que los conflictos empresariales se diriman en un Juzgado, optando en la mayoría de los casos por la negociación entre las partes.
- ♦ La negociación, en asuntos mercantiles, suele dirimirse por la compensación económica de una parte a otra, obviando otras posibles consecuencias. Tiene más ventajas que inconvenientes. En comparación con un pleito, una negociación siempre es más rápida, por lo que la empresa se beneficia en su actividad. Además es más barata y más discreta.
- ♦ Como inconvenientes de la negociación surgen el que sea necesario establecer una igualdad entre las partes, cuando hay casos en que hace falta establecer un vencedor y un vencido, bien porque el asunto lo recomiende (casos de patentes), o porque las partes se apasionen y con el conflicto.

9.1.2. La percepción del Arbitraje como alternativa

- ♦ El Arbitraje se conoce bastante bien de oídas, por los comentarios de los entrevistados. Pero cabe suponer, por las conversaciones en la captación, que existe gran número de pequeños empresarios que jamás han oído hablar de él.

- ♦ Su conocimiento es más bien superficial, ya que no saben cómo funciona ni las novedades que aporta la Ley del 2003. Surgen muchas dudas en torno a él. No se sabe si se debe llevar o no abogado, quién es el árbitro y quién lo escoge, si ejerce esta función a tiempo completo o sólo esporádicamente, si cobra honorarios y si éstos son altos, si el laudo es o no vinculante y por qué existen dos tipos de arbitraje (de equidad y sujeto a derecho).
- ♦ Para comprender y explicar el Arbitraje precisan recurrir a otros referentes, tantos actuales (el Arbitraje laboral, el albacea) como históricos (el juez de paz, los tribunales gremiales, los hombres buenos).
- ♦ Las motivaciones principales al uso del Arbitraje son su supuesta mayor rapidez y agilidad, el hecho de que sus decisiones sean vinculantes, un menor coste, la imparcialidad y la mayor experiencia del árbitro.
- ♦ Sólo se someten al Arbitraje en aproximadamente un 10% de los contratos, debido al desconocimiento existente, pero ninguno llega a usarlo, sólo existen referentes de entidades sin ánimo de lucro. La razón estriba en que ambas partes deben ponerse de acuerdo, pero tienen cierta desconfianza porque desconocen el funcionamiento. Los abogados no lo recomiendan.
- ♦ Respecto a los Tribunales de Justicia, el Arbitraje parece ser más rápido, menos costoso, el árbitro es una persona cercana y dialogante en comparación con el juez, que anima al diálogo entre las partes y consigue llegar a un acuerdo común.
- ♦ En relación a la negociación, las ventajas son menos evidentes. En las negociaciones no existe el árbitro ni las partes se encuentran, lo que puede ser tanto positivo para llegar a un acuerdo como negativo, en tanto puede encarecer el proceso.

9.1.3. El futuro del Arbitraje

- ♦ El futuro del Arbitraje se percibe con un optimismo moderado entre los asesores y más bien pesimismo entre los empresarios.
- ♦ Para que el Arbitraje tuviera un futuro esperanzador deberían cumplirse tres retos. En primer lugar, darlo a conocer a empresarios y asesores, así como su funcionamiento. En segundo lugar, su coste debe ser asumible, similar o inferior a la negociación con abogados. Y, por último, a medio plazo, estudiar la posibilidad de que el Arbitraje sea un paso obligatorio, antes de recurrir a los Tribunales, como ahora ocurre con el laboral.
- ♦ Si se cumplen los dos primeros retos, el Arbitraje puede generar empleo. Necesitaría de abogados expertos en arbitraje y de formadores de éstos. La posibilidad de que surja empleo para más árbitros no se percibe igual entre los menores de 40 y los mayores de esta edad.

Los más jóvenes creen que podría crearse un cuerpo de árbitros a través de oposiciones. Los más mayores son reacios a que asuman la función de árbitros personas con este perfil. Prefieren profesionales expertos en Derecho Mercantil o en el sector, por lo que el cargo debería elegirse dentro de los mejores de los Colegios Profesionales o de las Cámaras de Comercio.

9.2. Resumen del resultado de la encuesta realizada para EOI Escuela de Negocios

Los entrevistados, en general, conocen que para poder utilizar el arbitraje es necesario que ambas partes lleguen a un acuerdo voluntario previo al conflicto o posterior y que existe un árbitro, que realiza las funciones de un juez, ante el que se presentan pruebas y testimonios, quien será el que dirima la cuestión.

Algunos de los entrevistados han oído hablar que la Cámara de Comercio ofrece un arbitraje, aunque no conozcan a nadie que lo haya utilizado. Pero existen muchas dudas sobre cuestiones concretas importantes, tales, como si es necesario llevar abogado o las

partes pueden defenderse a sí mismas o quien nombra el árbitro, si el laudo arbitral es vinculante o que ocurre si una parte no está conforme con el laudo.

Se supone que el árbitro es una persona con conocimiento de leyes, probablemente abogado, que debe ser ecuánime. Se supone que no puede ser juez, ya que ambas funciones serían incompatibles. Se hicieron cábalas sobre el perfil que debe tener un árbitro en asuntos mercantiles, llegándose a la conclusión de que debe estar investido de autoridad moral, ser una persona honrada, respetada en su ciudad, un ciudadano de pro. Además puede estar respaldado por una institución pública, como la Cámara de Comercio de la ciudad o el Colegio de Abogados o el colegio o la asociación profesional más próximos al sector al que pertenezcan las empresas en arbitraje. Es decir, según la opinión de estos entrevistados, se necesita de la comprobación de que tiene un respaldo social detrás.

Además, debe ser experto en la cuestión a tratar. Si el árbitro no conoce el sector, muy difícilmente sus laudos o intentos de acuerdos pueden ser justos. Los entrevistados sienten miedo de ponerse en manos de una persona que vaya a ser superficial, como algunos jueces, que no se implique y estudie a fondo el asunto.

Deben existir incompatibilidades entre el Arbitraje y algunas actividades económicas.

Al árbitro se le exige máxima honradez, ser insobornable. Temen que un contrincante potencial, como puede ser una Administración pública o una gran empresa, pueda sobornar o presionar al árbitro.

La mayor parte de los entrevistados ignora que la Ley del 23 de Diciembre de 2003 considera vinculantes los laudos arbitrales. Cuando se les informa de ello, a la mayoría le parece muy interesante, en tanto significa al final del Arbitraje y la solución al conflicto está zanjada.

El ideal, en todo caso, supondría la consideración de que existen varios estadios en la solución de un conflicto. Desde la mediación o ADR señalados, al Arbitraje

propriadamente dicho. Y consideran que debería ser obligatorio una mediación previa al juicio.

Una vez superadas las dudas básicas acerca del Arbitraje las motivaciones fundamentales tienen que ver con una mayor rapidez en la solución de los conflictos. Se supone que el Arbitraje, al estar fuera de los Tribunales, va a atender los conflictos antes que éstos. Esta medida es muy importante para la empresa, sobre todo cuando las partes son socios o herederos de antiguos socios, ya que, como se dijo anteriormente, altera la actividad empresarial.

Además sus decisiones son vinculantes, siempre que se haya llegado a un acuerdo previo. Esta modificación de la Ley del 2003 asegura la funcionalidad del arbitraje. Se le supone un coste menor que los Tribunales, sobre todo si no es preciso letrado y existe un árbitro imparcial, que estudia objetivamente el asunto y emite un laudo, aspecto que resulta muy interesante.

El Arbitraje aporta una visión más experta que la de un juez en la materia de la que se trata y es mucho más discreto. La discreción es una buena baza para los empresarios.

La empresa privada, sobre todo la pequeña, no utiliza el Arbitraje o con frecuencia escasísima.

Los motivos por los que el Arbitraje no se usa en la pequeña y mediana empresa son porque existe un gran desconocimiento, no sólo por la existencia de este sistema, sino, sobre todo, del funcionamiento del mismo, que impide tenerlo en cuenta. Lógicamente, no existe casuística ni comentarios de empresarios que lo hayan utilizado. Además, las partes deben tener confianza en el sistema y no puede existir confianza si se desconoce el funcionamiento.

En comparación con los Tribunales de Justicia, el uso de los arbitrajes suponen todo ventajas. No sólo sería más rápido y más económico, sino que, además, el árbitro no es

una figura distante, como el juez. El único entrevistado con experiencia en Arbitraje considera a los árbitros más accesibles y dispuestos a escuchar a las partes.

Los retos a los que debe enfrentarse el arbitraje son: Acabar con la desinformación existente actualmente, tanto en el ámbito de la empresa como de los asesores. Aunque la mayoría lo conocen, son muchas todavía sus dudas para decidirse a tomarlo en cuenta como alternativa.

El segundo reto es el coste, crucial para los empresarios. Un coste asequible puede ser una motivación importante.

A su vez, y como ya hemos apuntado, los árbitros requieren ayudas, tales como secretarías, pasantes, y otros colaboradores que les consigan documentación, resoluciones parecidas, etc.

A mayor abundamiento y, aunque indirectamente, se lograrán mantener puestos de trabajo de aquellas pequeñas y medianas empresas que, como consecuencia de un conflicto, bien sea interno, por ejemplo entre socios, o externo, por ejemplo un impagado, entren en una situación difícil.

Si acuden a los Tribunales, la demora en la solución del conflicto puede llevar, como sucede con harta frecuencia, a una situación de crisis que puede terminar en la desaparición de la empresa y la pérdida de los consiguientes puestos de trabajo.

La nueva Ley de Arbitraje, que ha tomado como referencia la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL puede hacer que la sede de muchos Arbitrajes se traslade a España, ya que tiene bastantes ventajas. Una de ellas son los costes que son más económicos que los de París o Londres, por ejemplo.

Para Latinoamérica, además, está la ventaja del idioma común. Otra cuestión positiva consiste en que España, desde el punto de vista jurídico, tiene un gran prestigio en

Latinoamérica, lo que otorga seguridad a las empresas que pueden considerar España como una buena sede arbitral.

Por tanto, nos encontramos con que se podrá crear empleo por cuenta propia para el caso de los árbitros, por cuenta ajena por los auxiliares de estos y por cuenta propia y ajena, para los formadores de los primeros.

Y más indirectamente, resolviendo con celeridad los conflictos, evitar situaciones de crisis irresolubles en las empresas con conflictos.

El Arbitraje aún no ha llegado a ser utilizado por la pequeña empresa, si siquiera de manera minoritaria. Si los retos que se plantean no se cumplen, es difícil que sea capaz de salir de la situación actual.

Por el contrario, si se asumen al menos los dos primeros retos (dar a conocer su funcionamiento y hacerlo asequible), las posibilidades aumentan significativamente, ya que supera con creces en ventajas a los Tribunales. Y cabría esperar que ello afectaría directamente al empleo.

Según la encuesta, los empleos que el Arbitraje podría generar serían los siguientes:

- Abogados expertos en Arbitraje, que tendrían sus propios despachos privados, con el personal habitual.
- Formadores en Arbitraje. Serían aquellos que formaran adecuadamente a los anteriores, a ser posible mediante cursos de postgrado, tipo master. Pero no imprescindiblemente, ya que los arbitrajes de equidad no requieren expertos en derecho.
- También podrían generarse empleos para los árbitros. Pero los entrevistados no se ponen de acuerdo en la figura. Los más jóvenes, que tienen como referente al árbitro laboralista, prevén mayor número de posibilidades, creando un cuerpo

especial de árbitros, al que se accedería mediante oposiciones. Bien en un cuerpo funcional, dependiente del Ministerio o Consejerías de Justicia; o bien en un cuerpo más independiente, como si fueran una especie de notarios, con sus oficinas abiertas al público y sus honorarios reglamentados.

10. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos visto que los conflictos pueden resolverse a través de las denominadas ADR (Alternative Dispute Resolution), a través del Arbitraje o acudiendo a los Tribunales.

Nos hemos centrado en el Arbitraje, tanto interno como internacional, ya que entendíamos que sería demasiado extenso tratar de todos los temas enunciados.

- ♦ Por ello, hemos hecho una primera aproximación al tema, estudiando el concepto de Arbitraje y como ha evolucionado en España y en nuestro entorno más cercano.
- ♦ Hemos visto que, por su naturaleza, podemos distinguir entre arbitrajes de derecho y de equidad, si bien en algunas legislaciones se incluye como clase propia el técnico.
- ♦ También vemos que existen Arbitrajes institucionales y ad hoc.
- ♦ Hemos realizado una aproximación a la nueva Ley de Arbitraje, que ha sido promulgada teniendo como guía la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI, por lo que se trata de una moderna normativa adaptada para la resolución de conflictos, tanto internos como internacionales. Y que ello puede convertir a España en un referente a nivel internacional, sobre todo para Latinoamérica, con lo que se pueden atraer Arbitrajes para la solución de conflictos internacionales.
- ♦ Hemos ido tratando los conceptos fundamentales del Arbitraje, tales como en qué consiste el Convenio Arbitral y su importancia, ya que si no está realizado correctamente supone la nulidad del laudo. Bien es cierto que la nueva Ley de Arbitraje pretende no ser formalista.

- ♦ También hemos estudiado quien puede ser árbitro, quien lo nombra y cuáles son las incompatibilidades, su actuación y responsabilidades, con la novedad de su capacidad para acordar medidas cautelares.
- ♦ El procedimiento arbitral ha sido tratado en la nueva Ley de Arbitraje dotando de gran libertad a las partes que pueden acordar el procedimiento, incluyendo el lugar del Arbitraje, la norma aplicable, el idioma, la fecha del inicio, etc. Planteándose, así mismo, el auxilio judicial para aquellas actuaciones en las que los árbitros no pudieran tener potestades.
- ♦ Hemos conocido que la nueva Ley establece la preferencia por el Arbitraje de derecho, frente al de equidad.
- ♦ Continúa el plazo de seis meses para dictar el laudo desde la contestación a la demanda, pero se otorga una posible prórroga de dos meses más a los árbitros, siempre que se acuerde motivadamente.

Y hemos resaltado que el incumplimiento del plazo podrá dar lugar a la nulidad del laudo. Nulidad cuyo plazo de interposición aumenta hasta los dos meses.

- ♦ El que el laudo sea ejecutable provisionalmente igual que las sentencias, aunque haya sido recurrido de nulidad, es otra novedad que ponemos de manifiesto y que hace más funcional el Arbitraje.
- ♦ Y en cuanto al exequátur u homologación del laudo extranjero, la remisión de la Ley al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, del que España forma parte. Así como el de Ginebra de 21 de abril de 1961.
- ♦ Por lo que se refiere a la ejecución del laudo, planteamos que el cambio de jurisdicción a favor de los Juzgados de Primera Instancia agilizará la ejecución, pero planteará el problema de la unidad de criterio en la interpretación.

- ♦ Hemos hecho una breve referencia a los Convenios Multilaterales, a los Convenios Bilaterales y al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, todo ello con relación a las citadas ejecuciones de laudos.

Tras el citado estudio del Arbitraje en su vertiente interna y el reconocimiento interno y ejecución de laudos extranjeros, pasamos a conocer el estado de la cuestión en la UE.

- ♦ Hemos estudiado el tema de la sumisión al Arbitraje, del Convenio Arbitral por parte de los Estados como parte y su evolución hacia la aceptación por mor de su actividad, tanto como empresarios como en búsqueda de inversiones exteriores.
- ♦ Hemos llegado a la conclusión de que no existe en la Unión Europea ninguna norma unificadora que afecte a todos los Estados miembro en materia de Arbitraje salvo la Convención de Ginebra de 1961. Bien es cierto que la Directiva sobre servicios financieros plantea la posibilidad de reclamaciones arbitrales transfronterizas. Y la Recomendación 98/257/CE de la Comisión da unos principios aplicables a los órganos responsables de las soluciones extrajudiciales, así como aquellas otras que se refieren a consumo.
- ♦ También hemos realizado un estudio comparativo, que nos da una perspectiva internacional amplia, entre un sistema de Arbitraje anglosajón (el del Reino Unido), uno avanzado de Latinoamérica (Colombia) y la vigente norma española. Y hemos llegado a la conclusión de que, a pesar de los muy diferentes antecedentes culturales, no difieren sustancialmente.
- ♦ Hemos aportado, así mismo, una breve referencia a los principios más importantes por los que se rigen las normativas Latino Americanas en materia de Arbitraje, que hemos elegido por ser más accesible la terminología jurídica. Llegando a comprobar que hoy en día, a pesar de las profundas diferencias que se producían antaño entre las legislaciones de esos países, las normativas difieren escasamente.

- ♦ Hemos realizado, a la vista de todo lo tratado hasta el momento, una recapitulación, una serie de consideraciones, sobre las ventajas del Arbitraje.

- Hemos comprobado que la masificación de los Juzgados y Tribunales conlleva dos importantes problemas. Uno de ellos, tal vez el primero y más importante, es la lentitud de la Justicia, cuya percepción por empresarios y profesionales es manifiesta.

El segundo consiste en que, debido al cúmulo de trabajo, las resoluciones judiciales no siempre tiene la calidad deseada. Consecuentemente el Arbitraje que no adolece de estas dos cuestiones, parece una alternativa más deseable.

- También es de tener en cuenta los menores formalismos que la institución arbitral conlleva. No solamente en el procedimiento que es más ágil, por ejemplo porque el o los árbitros se pueden desplazar a realizar las pruebas, se realizan de modo más informal, a través de teléfono, vía correo electrónico, etc. Sino también, porque en presencia de un árbitro la accesibilidad es sustancialmente más fácil que ante un Juez.
- También hemos comprobado que, aunque se suele mantener que el Arbitraje es más económico, lo cierto es que es más caro, toda vez que el árbitro o árbitros cobran por sus servicios. Bien es cierto que, en España, la nueva tasa judicial hace que esos costes estén minimizados para pequeñas y medianas empresas. Y también que ésto no parece preocupar excesivamente a los usuarios, como se desprende de la encuesta de ARyME. Si bien en las entrevistas realizadas por el estudio para EOI Escuela de Negocios parece desprenderse lo contrario, probablemente por el diferente sector consultado.
- Pero lo que sí parece importar a los usuarios o sus asesores es que el árbitro sea un profesional, en el sentido de que tenga experiencia o sea conocedor del procedimiento y el fondo y no se sienta presionado por alguna de las partes.

- Sin embargo, la confidencialidad, que muchos considerábamos muy importante para las partes, no parece que preocupe excesivamente a los encuestados por ARyME.
 - Sí preocupa, en cambio, que la disputa no llegue a tal grado que dificulte en el futuro las relaciones comerciales, lo que es mucho más factible en el caso del Arbitraje, ya que las relaciones no se deterioran tanto como acudiendo a los Tribunales.
 - La ejecutabilidad del laudo es un logro reciente que da una enorme ventaja al Arbitraje. Un laudo es comparable a una sentencia y, como tal, puede ejecutarse. Y si resulta que en seis meses o poco más obtendremos un laudo, la ejecutabilidad conllevará que los daños habidos sean claramente minimizados por un incumplimiento corto en el tiempo.
 - Ni que decir tiene que en el ámbito internacional el Arbitraje es imprescindible, toda vez que la falta de sumisión a una jurisdicción es un gran problema por las apetencias de las jurisdicciones de atraer la competencia para sí. Y la sumisión a una jurisdicción concreta puede no ser válida y encontrarnos sometidos a varias jurisdicciones.
- ♦ El importante trabajo realizado por EOI Escuela de Negocios mediante la técnica de los grupos de discusión, con dos submuestras de 6 personas cada una, de empresarios una de ellas y de asesores la otra, nos muestra la percepción de los mismos con relación al Arbitraje. Dentro de esa percepción y de la entrevista, hemos ido considerando:
- Cómo perciben la posibilidad de conflicto los entrevistados, pudiendo distinguirse según la experiencia de cada uno.
 - Percibimos los tipos de conflictos que se suelen producir, distinguiendo entre internos o entre socios o trabajadores y externos o entre empresas.

- Consultamos a los entrevistados sobre el funcionamiento del Arbitraje obteniendo respuestas interesantes.
- ♦ El conocimiento de las figuras del Arbitraje y su funcionamiento es verdaderamente escasa, no solamente entre empresarios, sino lo que es más preocupante, entre los asesores. Hay preguntas básicas que se desconocen, tales como si es necesaria la asistencia de abogados a las partes, quién nombra al árbitro, quienes pueden ser árbitros, cuáles son sus honorarios, si el laudo es vinculante para las partes o puede acudirse a los Tribunales y qué diferencias hay entre Arbitraje de derecho y de equidad.

Sin embargo sí que conocen, los más mayores, figuras similares a la mediación o el Arbitraje, tales como los hombres buenos, el Juez de Paz (aunque piensan que esta figura ya no existe), los Tribunales Gremiales, etc.

Sobre todo, conocen la mediación laboral, por utilizarse más habitualmente y plantean la figura del albacea como árbitro o mediador.

- ♦ Las motivaciones y obstáculos, las ventajas e inconvenientes que perciben los entrevistados son: que el Arbitraje es más rápido en la solución de los conflictos; que sus decisiones son vinculantes; unos costes menores; la imparcialidad y profesionalidad de los árbitros, así como la discreción.

Además, los árbitros son más cercanos a las partes que los Jueces y que puede mediar o limar asperezas.

- ♦ Las desmotivaciones consisten, fundamentalmente, en el gran desconocimiento de la existencia y funcionamiento del Arbitraje, lo que conlleva la desconfianza en la figura.

- ♦ El futuro del Arbitraje pasa, según los entrevistados y que compartimos, por informar sobre su existencia y funcionamiento, así como que los costes sean asequibles.
- ♦ Se considera que podrá generarse empleo mediante esta figura si se cumplen las condiciones antes señaladas, ya que habría actividad para los abogados y demás expertos en Arbitraje, para los formadores en Arbitraje, así como para todos los empleados o auxiliares de estas actividades. Incluso se plantea como una clase de funcionarios, bien dependientes directamente de una Administración o bien, como los notarios o registradores, con su propia organización.
- ♦ Lo que no cabe duda es que, con el desarrollo del Arbitraje se crearían en todas esas actividades nuevos puestos de trabajo directo. Pero, además, se evitarán las pérdidas de otros que, por la lentitud en la resolución de los conflictos, hacen llevar a las empresas a situaciones de crisis, a veces irreversibles.

Por tanto consideramos que el Arbitraje es una herramienta muy eficaz y funcional para resolver conflictos, más adecuada que la jurisdicción ordinaria, por cuanto ésta se encuentra saturada por multitud de asuntos. Consecuentemente el Arbitraje podría ayudar de forma importante a paliar ese problema.

Pero esta figura es muy poco conocida en el plano interno en España y tampoco lo es en Europa. De aquí que los poderes públicos españoles y comunitarios pretendan su desarrollo.

Sin el conocimiento de su existencia y funcionamiento por parte de pequeños y medianos empresarios no podrá desarrollarse. Además, se requerirá una formación adecuada para los que vayan a ser árbitros. Y que los costes sean moderados.

Si estas condiciones se cumplen se conseguirá una mayor paz social, unos Juzgados y Tribunales menos agobiados y la generación de empleo directo e indirecto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTOZANO GARÍA FIGUERAS, H. y PORTERO FONTANILLA, J.. Como negociar acuerdos de Joint Venture y otros contratos internacionales. Madrid. ICES. 2003.
- ARTUCH IRIBERRI, El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional, Madrid, Eurolex, 1997.
- BORN, GARY B. International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing, Kluwer Law Internacional, The Hague, p. 13 y 93. 1999.
- CALVO CARAVACA, A. y FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L.. El Arbitraje Comercial Internacional, Madrid. Tecnos S.A., 1989.
- CHILLÓN MEDINA/MERINO MARCH, Tratado de arbitraje interno e internacional, Madrid, 1991.
- CORDÓN MORENO, F. El Arbitraje de Derecho Privado, Thomson, Navarra, 2005.
- CREMADES, B.M. Arbitration in Spain Ed. Butterworths, La Ley, Carl Heymanns Verlag KG, 1991.
- CREMADES, B.M. Estudios sobre Arbitraje. 1977.
- CUCARELLA GALIANA, L. El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 de diciembre, de arbitraje). Bolonia. 2004.
- ESPLUGUES MOTA: El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional, VV. AA.: Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles, 1998, pp. 13-58.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. Derecho Internacional Privado, Madrid; Civitas, 2000.
- GARRIGUES & ANDERSEN, El Arbitraje como fórmula alternativa de solución de conflictos. ¿Cuándo y cómo acudir al Arbitraje?. En: Boletín de Información Procesal y de Arbitraje, Madrid, octubre, p. 5. 1999.
- GÓMEZ JENE, El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral, 2000.
- LANDECHO Y URQUIJO, I. Arbitraje: Unica vía posible a la Desjudicialización de los Juzgados y Tribunales Vascos, Estudios de Derecho de Arbitraje. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián. 1988.
- LAURENCE CRAIG, W. Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration. En: Coudert Brothers Worldwide, www.coudert.com/practice/intcom.htm.

- LORCA NAVARRETE, A. M, Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.
- MANTILLA-SERRANO, F, Ley de Arbitraje. una perspectiva internacional, Iustel, Madrid, 2005.
- MÚZQUIZ VICENTE-ARCHE, J.I. La engañosa responsabilidad limitada en las PYMES. Diario La Ley. nº 5989, 2 de abril. pags. 15-16. 2004.
- NILS MANGARD, El Arbitraje y el Sistema Judicial. En: Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional, Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid. 1983.
- ORTEU CEBRIÁN/ALÍAS GAROZ, Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, Barcelona, 2003.
- REDFERN, A. Y HUNTER, M. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2da. London, Ed., Sweet & Maxwell, 1991.
- ROWLAND M.B., P. Arbitration Law & Practice. Ed. The Institute of Chartered Accountants In England and Wales. 1988.
- http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
- http://www.aryme.com/index_esp.php

ANEXOS

RECOMENDACIÓN N° 98/257/CE DE LA COMISIÓN

I. La experiencia adquirida por varios Estados miembros que demuestra que los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo pueden garantizar buenos resultados, tanto para los consumidores como para las empresas, reduciendo el costo y la duración de la solución de los litigios en materia de consumo.

II. Las decisiones de los órganos extrajudiciales pueden tener un efecto obligatorio para las partes, limitarse a simples recomendaciones o a propuestas de transacción que deben ser aceptadas por las partes.

III. El carácter imparcial y objetivo del órgano responsable de la toma de decisiones son calidades necesarias para garantizar la protección de los derechos de los consumidores y aumentar su confianza en los mecanismos alternativos de solución de los litigios en materia de consumo.

IV. Un órgano sólo puede ser imparcial si en el ejercicio de sus funciones no está sometido a presiones que podrían influir sobre su decisión; y que en consecuencia, garantice su independencia sin que ello implique el establecimiento de garantías tan estrictas como las destinadas a garantizar la independencia de los jueces en el sistema judicial.

V. Es necesario garantizar la transparencia del procedimiento y de la actividad de los órganos responsables de la solución de litigios; ya que la falta de transparencia puede perjudicar los derechos de las partes y suscitar reticencias respecto a los procedimientos extrajudiciales de solución de litigios en materia de consumo.

VI. Los procedimientos extrajudiciales están destinados a facilitar el acceso de los consumidores a la justicia; por lo que, en aras de la eficacia, deben superar algunos problemas que se plantean en el marco judicial, como las elevadas costas, los largos plazos y la utilización de procedimientos muy lentos.

VII. Con el fin de aumentar la eficacia y la equidad del procedimiento, conviene asignar a la institución competente, un papel activo que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio; y éste papel activo resulta aún más importante en la medida en que, en el marco de los procedimientos extrajudiciales, con frecuencia las partes actúan sin asesoramiento jurídico.

VIII. Los procedimientos extrajudiciales no deben tener como resultado que disminuya el nivel de protección de los consumidores en comparación con la protección que, respetando el Derecho comunitario, les garantizaría la aplicación del Derecho por los tribunales.

IX. En todo momento el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones. Los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial; por lo que, la utilización de la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio.

X. Algunas veces, e independientemente del objeto y del valor del litigio, las partes, y en particular el consumidor como parte del contrato, considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que su contratante, pueden necesitar la asistencia y los servicios jurídicos de una tercera persona para defender y proteger mejor sus derechos.

XI. Con el fin de lograr un nivel de transparencia y de difusión de los procedimientos extrajudiciales que garanticen el respeto de los principios expuestos la Comisión adoptará la iniciativa de crear una base de datos sobre los órganos extrajudiciales de solución de los conflictos en materia de consumo que ofrezcan estas garantías; el contenido de la base de datos estará constituido por la información que los Estados miembros que quieran participar en esta iniciativa comuniquen a la Comisión; que para que la información sea normalizada y para simplificar la transmisión de los datos se pondrá a disposición de los Estados miembros una ficha de información normalizada.

Por lo anterior el parlamento europeo formalmente recomienda que todo órgano existente o que pueda crearse, que tenga como competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, respete los siguientes principios:

I. Principio de independencia. La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción.

Cuando la decisión se adopte de forma individual, esta independencia estará garantizada por las siguientes medidas:

- La persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función.

II. Principio de transparencia. Se adoptarán las medidas convenientes para garantizar la transparencia del procedimiento. Entre dichas medidas se incluirán:

- Una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano, así como los límites que puedan existir en relación con la cobertura territorial y el valor del objeto de los litigios.
- Descripción de las normas relativas a la consulta del órgano, incluidas, en su caso, las gestiones previas impuestas al consumidor, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del procedimiento.
- El posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas al reparto de los costos con posterioridad al procedimiento.
- El valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, para el profesional o para las dos partes. Si la decisión tuviera carácter obligatorio, deberán precisarse las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la decisión.

Lo mismo se aplica a las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

- La publicación, por el órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados.

III. Principio de contradicción. El procedimiento que habrá de seguirse implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos.

IV. Principio de eficacia. La eficacia del procedimiento estará asegurada por medidas que garanticen:

- El acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal.
- La gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados.
- La fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión.
- La atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

V. Principio de legalidad. La decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano. Toda decisión se justificará y comunicará por escrito, o de cualquier otra forma apropiada, a las partes interesadas, en el menor plazo posible.

VI. Principio de libertad. La decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente.

La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio.

VII. Principio de representación. El procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en toda las etapas del procedimiento.