

El número impar y la imparcialidad como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros.

Odd number and impartiality as limitations to party autonomy in the appointment of arbitrators.

Jesús María Santos Vijande
Catedrático de Derecho Procesal.
Ex-Letrado del Tribunal Constitucional.

Fecha de Presentación: septiembre 2010. Fecha de Publicación: septiembre de 2010.

Resumen.

El trabajo analiza dos límites de la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros y las consecuencias procesales de su infracción: de un lado, el número necesariamente impar de los nombrados y, de otro lado, cuándo las partes pueden dispensar a los árbitros de las causas de abstención que concurran en ellos sin vulnerar el principio de igualdad.

Abstract.

The article analyzes two limitations to party autonomy in the appointment of arbitrators and the procedural consequences of its breach: first, the need of an odd number of arbitrators, and second, cases where the parties may dispense the arbitrators from causes for recusal without breaching the principle of equality.

Sumario.

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA INCOMPATIBILIDAD CON LAS LEYES DE ARBITRAJE -LA VIGENTE Y LAS ANTERIORES- DE LA DESIGNACIÓN DE UN NÚMERO PAR DE ÁRBITROS LLEVA APAREJADA SU CONSIGUIENTE NULIDAD -Y, EVENTUALMENTE, LA DEL LAUDO QUE PUEDAN DICTAR-, ASÍ COMO LA NECESIDAD DE PROCEDER AL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE UN SOLO ÁRBITRO [ARTS. 12IN FINE EN CONEXIÓN CON ART. 15.2.A), AMBOS DE LA LA].
- III. SUPUESTOS DE RADICAL NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS, PESE A INTERVENIR EN SU DESIGNACIÓN: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LÍMITE INFRANQUEABLE; EN PARTICULAR, LA DISPENSA DE CIERTAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN NO PUEDE SER NI INCONDICIONADA, NI PRO FUTURO, NI ASUMIDA DE UN MODO PURAMENTE AUTOMÁTICO, ESTO ES, A LA MANERA DE UNA CLÁUSULA-TIPO DE UN CONTRATO DE ADHESIÓN O DE UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.
 - A. EL NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS.
 - B. CONSECUENCIAS DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAR ESA INFRACCIÓN.
 - C. REFERENCIA SUMARIA A LA PROHIBICIÓN DE QUE EL ÁRBITRO MANTENGA RELACIONES PERSONALES, PROFESIONALES O COMERCIALES CON LAS PARTES (ART. 17.1 LA), COMO CONCRECIÓN LEGAL DEL NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS.
- IV. RECAPITULACIONES Y CONCLUSIONES

Palabras clave

Designación de árbitros, número impar, imparcialidad, principio de igualdad.

Keywords

Appointment of arbitrators, odd number, impartiality, principle of equality.

I.- INTRODUCCIÓN.

1. Este trabajo tiene por objeto analizar una doble limitación a la autonomía de la voluntad imperante, como regla, en el arbitraje y, en particular, en la designación de árbitros: una primera limitación atañe a la previsión legal de que el número de árbitros haya de ser impar (art. 12.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje -en adelante, LA): se trata de argumentar, con el criterio prácticamente unánime de jurisprudencia y doctrina, que ese mandato legal es de orden público y que, por consiguiente –pese a lo que en ocasiones aún se pretende-, no puede ser dispensado por la voluntad de quienes pactan el arbitraje. La segunda restricción, mucho más problemática que la anterior, guarda relación con una práctica relativamente extendida en la contratación mercantil, sobre todo cuando ésta lo es en su modalidad de contrato de adhesión, en cuya virtud las partes declaran conocer las causas de abstención concurrentes en las personas que designan ya como árbitros, para, acto seguido, manifestar que los liberan o dispensan de su obligación de abstenerse, con la consiguiente renuncia, expresa o tácita, a formular recusación contra ellos... Es preciso determinar en su precisa extensión el alcance de esta posibilidad de renunciar a recusar a los árbitros en cuyo nombramiento se haya participado por causas conocidas al designarlos, posibilidad en principio amparada por la dicción literal del art. 17.3 in fine LA, con el fin de evitar que, al abrigo de ese precepto, pueda conculcarse, en genuino fraude de ley, una prohibición legal taxativa, a saber: que en el procedimiento de designación de árbitros y, a fortiori, en la designación misma, se vulnere el principio de igualdad (art. 15.2 LA).

2. Por lo demás, al verificar el alcance de estas limitaciones a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros, habré de analizar las consecuencias de contravenir tales reglas imperativas y los cauces procesales hábiles para denunciar y subsanar, cuando sea posible, la infracción cometida, buscando evitar la frustración definitiva del arbitraje si las circunstancias del caso permiten sostener –y no siempre será así- que la vulneración de la norma imperativa no vicia la voluntad misma de someterse a arbitraje.

II.- LA INCOMPATIBILIDAD CON LAS LEYES DE ARBITRAJE -LA VIGENTE Y LAS ANTERIORES- DE LA DESIGNACIÓN DE UN NÚMERO PAR DE ÁRBITROS LLEVA APAREJADA SU CONSIGUIENTE NULIDAD -Y, EVENTUALMENTE, LA DEL LAUDO QUE PUEDAN DICTAR-, ASÍ COMO LA NECESIDAD DE PROCEDER AL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE UN SOLO ÁRBITRO [ARTS. 12IN FINE EN CONEXIÓN CON ART. 15.2.A), AMBOS DE LA LA].

3. El art. 12 de la vigente Ley de Arbitraje, bajo la rúbrica Número de árbitros, establece que “Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro”.

Como sucede en general en relación con el procedimiento arbitral, rige aquí la autonomía de la voluntad de las partes, que son libres para fijar el número de árbitros que tengan por conveniente. La vulneración de lo pactado en cuanto al número de árbitros, o la sustitución unilateral del número de los mismos, constituye una infracción del art. 41.1.d) de la Ley 60/2003, de Arbitraje, que daría lugar a la anulación del laudo así dictado¹.

4. Ahora bien; la voluntad de las partes en cuanto a la fijación del número de árbitros se ve limitada por la exigencia de que ha de ser necesariamente un número impar. Exigencia del art. 12 LA² que sigue lo dispuesto en su inmediato precedente, el art. 13 LA de 1988, el cual también preveía, con carácter inequívocamente obligatorio, que el número de árbitros fuera impar (su tenor no dejaba lugar a dudas: “El número de árbitros, que será siempre impar...”); previsión legal que, por otra parte, había sido ya instaurada por la LEC de 1881. También habrá

¹ En este sentido se pronuncia, por todas, la SAP Barcelona de 20 de julio de 2000 (AC 2000, 1525), cuyos fundamentos son por completo aplicables a la nueva Ley de Arbitraje, dada la sustancial coincidencia en este punto -autonomía de la voluntad- entre su art. 12 y su precedente art. 13 de la Ley de 1988. Esta sentencia estima la anulación interpuesta por una de las partes por haberse producido una alteración en el número de los árbitros y no ajustarse la composición del colegio arbitral al convenio arbitral firmado. El número de árbitros estipulado era tres: cada parte designaría uno, el tercero sería nombrado de común acuerdo y, a falta de consenso, la designación del tercer árbitro sería efectuada por el Decano del Colegio de Abogados o, en su defecto, por el miembro de dicha corporación en que éste delegara. Ante la pasividad de una de las partes en designar el árbitro a que tenía derecho, el número de árbitros quedó reducido a uno, que fue designado por el Colegio de Abogados, lo que abocó a la nulidad del laudo así emitido, esto es, en contra de un convenio arbitral válido.

² Este requisito también figura en la ley francesa (art. 1453 Code de Procedure Civil), en la holandesa (art. 1026.1 del Código Procesal Civil), en la portuguesa (art. 6.1 Ley de Arbitaje 31/1986) y en la legislación italiana (art. 809 Codice di Procedura Civile), entre otras.

ocasión de comprobar, aunque importe dejar constancia de ello desde el primer momento, que, si la vulneración de lo pactado en cuanto al número de árbitros, o la sustitución unilateral del número de los mismos, da lugar a la anulación del laudo así dictado, a fortiori se ha de sostener dicha conclusión en el caso infracción de aquel mandato legal imperativo que establece la composición impar del tribunal arbitral. Es más: en puridad de conceptos, dicha cláusula habrá de entenderse como inexistente, siendo posible entonces acudir a los mecanismos que prevé la propia Ley de Arbitraje para integrar el tribunal arbitral en caso de desacuerdo entre las partes.

Veamos con el debido detalle lo que acabo de anticipar.

5. Es evidente que la secular exigencia en nuestro Derecho de un número impar de árbitros responde, históricamente, a la necesidad de evitar las complicaciones y las malas experiencias que se habían seguido de los colegios de árbitros integrados por un número par de miembros a la hora de dirimir los empates o de lograr la toma de decisiones por mayoría³.

6. En este sentido, se ha de tener presente que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su redacción originaria, instauró, en contra de lo que habían previsto las Partidas y las Leyes de Enjuiciamiento de 1830 y 1855, la prohibición radical de un número par de árbitros, para así evitar los graves problemas que había ocasionado la posibilidad, hasta entonces admitida, de tribunales compuestos por un número par. El art. 791 LEC de 1881 (aplicable al juicio arbitral, y el 828, que se remitía al primero, para el juicio de amigables componedores) era de un tenor inequívoco:

“El número de los Jueces árbitros será siempre impar. Si las partes convinieren en que sea uno solo, deberán elegirlo de común acuerdo. Este mismo acuerdo deberá mediar para la elección de todos o, por lo menos, del tercero, si convinieren en que sean tres o cinco, de cuyo número no podrá pasarse. En ningún caso los interesados podrán conferir a una tercera persona la facultad de hacer la elección o nombramiento de ninguno de los árbitros”.

³ Con independencia de lo que a continuación se dirá sobre los antecedentes históricos del art. 12 LA, con expresión paladina de las complicaciones prácticas derivadas de los empates cuando el número de árbitros era par -lo que se prohibió radicalmente desde la LEC de 1881, habiéndose mantenido dicha prohibición en nuestro ordenamiento, sin excepciones, hasta nuestros días-, pueden confrontarse MONTERO AROCA (con otros), Comentario breve a la Ley de Arbitraje, Madrid, 1990, pág. 81; y HUALDE SÁNCHEZ (con otros), Comentarios a la Ley de Arbitraje, Madrid, 1991, pág. 204.

Y lo que es, al menos, tan significativo: desde el primer momento, el Tribunal Supremo consideró nulas las cláusulas de arbitraje que contravinieran lo establecido en el transcrito art. 791 LEC, así como los laudos dictados por tribunales de árbitros designados con infracción del referido precepto.

Es el caso, dicho sea a modo de ejemplo paradigmático, de las STS de 14 de octubre de 1953 (R.A.J. 2.690, cdo. 2º), respecto de la constitución de un tribunal con siete amigables componedores, en contra de los arts. 791 y 828 LEC, tribunal que es reputado por el TS “como inexistente ante la ley por el número de los que lo constituyen”, declarando en ese sentido su “total carencia de jurisdicción para actuar”. Esta Sentencia se remitía a la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en su precedente Sentencia de 6 de diciembre de 1941 (R.A.J. 1.390, cdo. 2º) en la que el TS había casado el laudo recurrido al haber estipulado las partes, contra legem, que el tercer árbitro fuera nombrado por los propios amigables componedores. Por su indudable interés dejó constancia de la doctrina sentada por esta última sentencia, cuando dice (Cdo. 2º):

“...el nombramiento del tercer amigable componedor no fue hecho por los otorgantes de la escritura de compromiso, contratantes en el convenio que le dio origen, sino por los componedores nombrados con anterioridad, señores M. y G., y si bien se dice de éstos en la mencionada escritura que se les faculta para nombrar el tercero, es indudable que tal delegación es ilegal por contravenir lo preceptuado en el artículo 791 de la Ley ritaria que dispone que el nombramiento del tercero ha de hacerse de común acuerdo por las partes interesadas y que en ningún caso podrán los interesados conferir a una tercera persona la facultad de hacer la elección o nombramiento de ninguno de los árbitros -precepto aplicable a la amigable composición por disposición expresa del art. 828, párrafo 1º, de la misma Ley-, habiendo declarado esta Sala en diversas sentencias que es nulo el pacto en que se deja a una de las partes o a persona distinta de los contratantes la designación del tercero; que es nula asimismo la decisión arbitral cuando el compromiso no se formuló con arreglo al citado artículo 791, sin que sea preciso pedir previamente su nulidad, y que el tercero para el caso de discordia ha de designarse al mismo tiempo que los otros dos, por todo lo cual es forzoso reconocer en este caso que la decisión dictada por don Tomás A. B., origen del presente recurso, es nula y sin eficacia alguna como dictada por quien en realidad no tenía facultades para ello por ser nulo el nombramiento para el cargo de amigable componedor”.

6 bis. A su vez, la Ley de Arbitraje de 1953, en el artículo 21, dispuso que “los árbitros serán siempre en número de uno, tres o cinco”, insistiendo en el criterio de la LEC de 1881, y

siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo su misma doctrina precedente, a saber: considerar el art. 21 LA como norma de ius cogens y, por tanto, nulos los pactos contrarios a esa norma, sin que ni de iure ni de facto cupiese admitir la validez de un laudo arbitral dictado por un número par de árbitros (cfr., a modo de ejemplo señero, la STS de 14 de abril de 1976 -Cdo. de la primera sentencia (R.A.J. 1.810).

Es totalmente coherente con este planteamiento de la ley y de la jurisprudencia la conclusión de que la cláusula arbitral contraria al número impar de árbitros, en cuanto imperativo legal, es nula, como también lo son los laudos dictados al amparo de tales cláusulas. Y ello sin detrimento alguno, claro está, de que quepa asimismo sostener la nulidad de los laudos dictados por un tribunal arbitral distinto del pactado, cuando ese pacto no contravenga normas de Derecho imperativo [art. 41.1.d) LA].

Pues bien, como colofón de cuanto se viene argumentando resulta muy significativa la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 1982 (R.A.J. 4.232), dada la sustancial identidad de la legislación interpretada y aplicada por esa sentencia con la hoy vigente -me refiero, obvio es, al mandato legal de número impar de árbitros-. Decía entonces el TS algo que sigue teniendo plena eficacia (cdo. 1º):

“dado que el art. 21 LA de 1953 determina imperativamente que “los árbitros serán siempre en números 1, 3 o 5” y que el auto de 17 de julio de 1979, que formalizó judicialmente el compromiso, precisó que los árbitros de equidad ‘actuarán colegiadamente en número de 3’, no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió, toda vez que, aun cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que, cuando, como sucede en el presente supuesto, la renuncia anticipada de uno de los miembros reduce a solo dos el órgano colegiado no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral, habiendo de entenderse, por ello, transcurrido el plazo, sin que durante el mismo haya recaído un auténtico laudo arbitral de equidad y procediendo, por tanto, la estimación del recurso interpuesto”.

7. En definitiva, tanto con la legislación precedente -LA de 1988 - como con la normativa en vigor, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido y sostienen, con toda contundencia y

práctica unanimidad, la nulidad de la cláusula que establezca un número par de árbitros por contravenir la exigencia, de carácter imperativo, de que su número sea impar⁴.

8. Mas entonces una pregunta surge de inmediato: ¿qué ha de hacerse en un supuesto en que, con contravención del mandato legal, se haya designado un número par de árbitros, incluso previendo –como en la práctica aún sucede– que un tercero pueda actuar a título de o en la condición de sustituto?

A mi juicio la respuesta a ese interrogante sólo puede ser una: esa designación par de árbitros no vicia, en principio –a salvo de lo que pueda decir por otras razones en un momento posterior–, la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, es decir, el entero convenio arbitral; pero sí es una cláusula que, en ese punto concreto, adolece de nulidad radical, pues conculca una norma indudablemente imperativa, sin que la ley haya previsto un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3 Cód. Civil).

En otras palabras: salvando la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, se ha de actuar como si esa cláusula no existiera, esto es, como si nada se hubiera dispuesto en el convenio arbitral acerca del nombramiento de los árbitros. Y para esta hipótesis de falta de acuerdo de las partes acerca del número de árbitros sí hay, como no puede ser menos, una previsión legal expresa, una regla de aplicación supletoria que es la que, en mi criterio sin lugar a dudas, debe imperar en el presente caso, a saber: la regla prevista en el art. 12 in fine LA, que dice que “a falta de acuerdo se designará un solo árbitro”⁵.

Este es el criterio inequívoco tanto de la doctrina citada supra nota 4 como de la jurisprudencia de las Audiencias, e incluso del Tribunal Supremo –en un juicio de menor cuantía en que la Audiencia de Toledo, revocando la sentencia de instancia, acogió la excepción de sumisión a arbitraje, siendo confirmada en casación dicha sentencia–, a saber: la designación de un número

⁴ Además de las citadas, cfr. AAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993 (AC 1993/1601). En la doctrina, cfr. en ese sentido, por todos, BACHMAIER WINTER (“Comentario al artículo 12” en Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003 -coord. D. ARIAS LOZANO-, Pamplona, 2005, pág. 115), GONZÁLEZ MALABIA (“Comentario al artículo 12” en Comentarios a la Ley de Arbitraje -coord. S. BARONA VILLAR-, Madrid, 2004, pág. 524), HINOJOSA SEGOVIA (El recurso de anulación contra los laudos arbitrales -estudio jurisprudencial-, Madrid, 1991, págs. 212-216), MARTÍ MINGARRO (“Comentario al artículo 12” en Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre -coord. J. GONZÁLEZ SORIA-, Madrid, 2004, pág. 138) y MARTÍNEZ ESPÍN (“Comentario al artículo 12” en Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Barcelona, 2004, pág. 284).

⁵ La Exposición de Motivos de la Ley, en su apdo. IV, justifica la designación de un solo árbitro cuando falta acuerdo entre las partes en “razones de economía”.

par de árbitros resulta radicalmente nula en sí misma, pero no vicia de nulidad el entero compromiso arbitral, debiéndose proceder entonces a la tradicionalmente llamada “formalización judicial del arbitraje”, que, a falta de acuerdo sobre el número de árbitros -dada la nulidad radical del mismo-, obliga a designar un solo árbitro -art. 12 LA de 2003-, a diferencia de los tres árbitros de que hablaba el derogado art. 13 de la LA de 1988⁶.

Conclusión a la que no cabe objetar la aplicación del art. 22.1 LA cuando atribuye a los árbitros facultades para decidir sobre su propia competencia..., porque existe una regla de aplicación supletoria que justifica la formalización judicial -con aval explícito de la jurisprudencia-; criterio que abiertamente ratifica la misma Ley 60/2003 cuando aclara, en su Exposición de Motivos, que las facultades que se atribuyen a los árbitros para decidir sobre su propia competencia o sobre las cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo “(no comprenden) las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio” [apdo. V].

9. A lo anterior se ha de añadir lo siguiente: si en el convenio arbitral tampoco mediase pacto sobre el procedimiento para la designación de los árbitros -v.gr., si la designación, aunque nula, se hubiera hecho directamente en el contrato-, entonces resultaría obligado aplicar el art. 15.2.a) LA, cuando dispone que, a falta de acuerdo entre las partes, “en el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el Tribunal competente a petición de cualquiera de las partes”⁷; petición que, tal y como preceptúa el párrafo 4 del propio art. 15, “se sustanciará por los cauces del juicio verbal”, sin que quepa recurso alguno contra la decisión del Tribunal, salvo cuando se rechace la petición formulada por no resultar la existencia de un convenio arbitral (art. 15.7 LA).

10. Con total independencia de lo que antecede y de acuerdo con lo anunciado, procede analizar, acto seguido, la adecuación o no a la Ley de Arbitraje de aquellas cláusulas de arbitraje que dispensan a los árbitros designados de unas causas de abstención que muchas veces no se mencionan, pero que se manifiesta conocer y que se predicen como concurrentes en ellos.

⁶ Cfr., en este sentido, por todas, STS (Sala de lo Civil) núm. 865/2007, de 18 de julio (RJ 2007/4683) (fj 2º, último párrafo), AAP Cádiz (Sec. 2ª) de 4 de abril de 2000 (fj 2º, párrafos 3º y 5º) (AC 2000/3912) y AAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993 (AC 1993/1601) (fj 3º).

⁷ El Tribunal competente es, de acuerdo con el art. 8.1 LA, y para el caso de que no sea aplicable el art. 86ter LOPJ, el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje, y, si éste aún no estuviera determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados... Téngase presente que estos criterios de competencia territorial son indisponibles, adquieren aquí carácter imperativo o cogente, habida cuenta de que la LEC excluye la posibilidad de la sumisión expresa o tácita en los juicios verbales (art. 54.1 LEC), cauce procesal por el que, como queda dicho, se ha de tramitar la petición de designación judicial de los árbitros (art. 15.4 LA).

Este análisis, que requiere dejar constancia de algunas premisas teóricas de capital importancia, exige también, para justificar una u otra conclusión acerca de la validez de tales cláusulas, considerar las eventuales circunstancias que rodean la dispensa aquí examinada, para así delimitar su precisa extensión y, en consecuencia, su conformidad o no con “normas imperativas” de la Ley de Arbitraje: y es que, lo anticipo ya, es posible, en según qué circunstancias, exonerar a los árbitros designados de causas objetivas y/o subjetivas de parcialidad; ahora bien, esa dispensa ni puede ser asumida como una cláusula de adhesión, ni puede ser incondicionada, como, por ejemplo, si se pretendiera una renuncia a la imparcialidad arbitral pro futuro o si se vulnerara, con esa renuncia, el principio de igualdad de las partes en el procedimiento de designación de los árbitros o en la designación misma.

III.- SUPUESTOS DE RADICAL NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS, PESE A INTERVENIR EN SU DESIGNACIÓN: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LÍMITE INFRANQUEABLE; EN PARTICULAR, LA DISPENSA DE CIERTAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN NO PUEDE SER NI INCONDICIONADA, NI PRO FUTURO, NI ASUMIDA DE UN MODO PURAMENTE AUTOMÁTICO, ESTO ES, A LA MANERA DE UNA CLÁUSULA-TIPO DE UN CONTRATO DE ADHESIÓN O DE UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.

11. Es sabido que la recusación del árbitro designado por las partes se limita, en principio, a los motivos que hayan sido conocidos después de la designación. El último inciso del art. 17.3 LA, que establece esta previsión, no hace sino expresar una regla coherente con la doctrina de los actos propios: si, aun conociendo la presencia de ciertos motivos de recusación, la parte decide nombrar al árbitro, es razonable que posteriormente no pueda recusarlo por esas mismas causas, a menos que pruebe, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho -incluida la prueba de presunciones- que aquéllas sólo fueron conocidas con posterioridad a la designación. Así pues, en principio y como regla, la recusación planteada sobre la base de motivos conocidos previamente a la designación dará lugar a su desestimación.

Un caso claro, en este sentido, es el resuelto por la SAP Segovia de 6 de febrero de 1998 (AC 1998/4249): la recusación se fundaba en la amistad entre el árbitro y una de las partes, pero fue desestimada porque el árbitro había sido nombrado directamente por las partes y la recusante conocía tales relaciones de amistad. Con todo, no es nada desdeñable, por lo que luego se dirá en relación con la necesidad de preservar el principio de igualdad en el procedimiento de designación y en la designación misma de los árbitros, que esta sentencia de la Audiencia de Segovia destaca el hecho de que la propia parte recusante también tenía una relación amistosa

con el recusado. Asimismo, quiero resaltar que esta resolución cita la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 11 de febrero de 1987 y 19 de diciembre de 1990, que precisan que el ejercicio de la acción anulatoria -fundada en la amistad como causa de parcialidad- es incompatible con la conducta anterior de quien, “con perfecto conocimiento de la situación subjetiva, concurrió libérrimamente a la suscripción del convenio arbitral”.

Repárese en tres datos muy relevantes del caso que comento: la exigencia de perfecto conocimiento de la causa de abstención, el hecho de que ésta concurría en ambas partes y, por último, la naturaleza subjetiva de la causa -amistad-, que no daba lugar a plantear en el caso el problema de la dispensa pro futuro de la causa de parcialidad, esto es, si el nombramiento implica tanto como aceptar que la causa de abstención permanezca durante el arbitraje o si, por el contrario, en absoluto supone tal posibilidad. Como veremos de inmediato, esta última conclusión es la que hay que sostener en ciertos casos por razones de orden público: verbigracia, los previstos en el art. 17.1 LA.

12. Ahora bien; lo que antecede no puede ser entendido de un modo absoluto: el art. 17.3 LA ha de ser interpretado sistemáticamente, atendiendo a su contexto normativo: y en ese contexto existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el arbitraje en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público, como enseguida se verá, expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del arbitraje como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional: en efecto, el monopolio en la impartición de justicia que consagra el art. 117.3 de la Constitución sólo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, unas condiciones mínimas de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al Juez o Magistrado que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate.

No ignoro que, mientras que la competencia de un Juez se basa en criterios estrictamente legales, en la designación del árbitro interviene de manera más o menos directa la voluntad de las partes: una de las piedras angulares de la institución arbitral es la confianza en los árbitros que se designan, ya sea por conocerlos directamente, ya sea por su prestigio notorio, ya sea por la confianza que se tiene en el criterio de selección de una institución o de un tercero. Ello supone que, en ocasiones, las personas propuestas como árbitros hayan tenido ya un contacto previo con las partes y, como he reseñado al principio, esa intervención de las partes en su elección hace que, en determinadas condiciones, se aplique una medida menos estricta para valorar las garantías de independencia e imparcialidad. Sin embargo, aceptando como premisa

esa realidad, creo indiscutible que ha de haber unos límites que no puedan sobrepasarse para no infringir las garantías fundamentales de imparcialidad e independencia de los árbitros en el proceso arbitral.

13. Pues bien: es inobjetable que tanto en el procedimiento de designación de árbitros como en la designación misma se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros -y a fortiori en la designación misma- no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”, añade: “En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”.

A. EL NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS.

14. Abundando sobre una idea ya apuntada, resulta imprescindible preservar el principio de igualdad en la designación arbitral no ya sólo por tratarse de una exigencia legal, sino por imperativo constitucional: no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes. Y es que, aunque en el arbitraje no se desarrolle una potestad estatal, como en el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y máxime cuando se repara, además de en lo ya dicho, en las circunstancias de que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo (art. 43 LA y 517.2.2º LEC)⁸.

⁸ En este punto es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral. La STC 174/1995 expresamente proclama que “... 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)”. Con no menor claridad se expresa el ATC 231/1994, cuando dice: “...en el art. 45 LA 1988 se contemplan las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (apdos. 1º a 4º art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 de la Constitución (art. 45.5)”. El resaltado es mío.

Coherente con lo anterior es que la Ley prevea el respeto al principio de igualdad como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de árbitros, y ello con el fin de que el modo en que ésta se realiza no se traduzca en una merma de la garantía de la imparcialidad, lo que a su vez llevaría aparejada la infracción del derecho a que el proceso arbitral sea justo o equitativo, en expresión del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sobre la base de las anteriores premisas, procede, acto seguido, identificar los casos más significativos de quiebra del principio de igualdad en el procedimiento de designación de árbitros o en la designación arbitral.

15. La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en la designación de árbitros es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga no sea una de las partes (*nemo iudex in causa propria*). Esta hipótesis es radicalmente inadmisibles: ningún acuerdo de las partes en que concurría un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro a una de ellas, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de *ius cogens*, del art. 15.2 LA. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a *fortiori*, si una designación tal hubiese tenido lugar sin conocimiento real del perjudicado -este extremo, en según qué circunstancias y en pura hipótesis, podría incluso evidenciar un ánimo doloso y ser entendida, dicha designación, como medio o instrumento de un comportamiento delictivo-.

Por lo demás, no admite duda que, cuando los que pactan son personas jurídicas, es de todo punto inviable designar como árbitro, por ejemplo, a quien sea socio o partícipe de una de las personas contratantes: tal eventualidad constituiría un caso paradigmático de infracción del principio de igualdad que ahora analizo⁹.

16. Otros supuestos comúnmente admitidos de quiebra del principio de igualdad en la designación de árbitros son los siguientes: que el convenio arbitral disponga que la designación de un árbitro o de la mayoría de los árbitros se realice por una sola de las partes; y que las

⁹ Es muy interesante al respecto la SAP Baleares (Secc. 3ª) de 4 de febrero de 1997 (AC 1997/318). En este caso la Audiencia argumenta -muy correctamente- en su fundamento 2º que "no se puede oponer la forma societaria para evitar que prospere una causa de recusación cuando ésta se funda en la preexistencia de relaciones profesionales entre un Letrado y la persona que es socio principal de dicha entidad...". Ni que decir tiene que si esto es así tratándose de relaciones profesionales, a *fortiori* ha de serlo si se designase árbitro a un socio o partícipe de la propia mercantil.

partes acuerden designar al árbitro o árbitros de entre los que figuren en una lista elaborada por un tercero cuando esa lista de árbitros entrañe un desequilibrio a favor de uno de los contratantes: así sucede, por ejemplo, si en la lista sólo figuran miembros de una determinada asociación a la que pertenezca sólo una de las partes.

También sería contraria al art. 15.2 LA la designación del árbitro efectuada al modo de una cláusula de adhesión de un contrato-tipo o en una de las condiciones generales de la contratación¹⁰, pues ello supondría a todas luces una situación preponderante del predisponente: habría un vicio radical del consentimiento en la designación arbitral, que podría afectar incluso - como enseguida veremos- al entero contrato de arbitraje¹¹.

¹⁰ Sobre este tema, más por extenso, cfr. VIRGÓS SORIANO/GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Artículo 3. Ámbito de aplicación. Disposiciones imperativas", en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación - Ménéndez/Díez-Picazo (Directores), Madrid, 2002, págs. 201 y ss.

Postulando la nulidad del convenio arbitral impuesto en el seno de un contrato de adhesión cfr., entre muchos, FONT SERRA, "La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español", Justicia, 1989, II, pág. 376.

A su vez, sobre este particular LORCA NAVARRETE, siguiendo a la doctrina alemana, hace una observación muy digna de ser tenida en cuenta, pues repara en que lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada. En palabras del autor citado: "...no es necesario -para que se infrinja el principio de igualdad- que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación..." (Derecho de arbitraje interno e internacional, Madrid, 1989, págs. 59-60).

¹¹ Hay toda una reciente línea jurisprudencial muy contundente en el sentido que aquí se postula, llegando incluso a denegar la ejecución forzosa de laudos que, en ese momento procesal -nada menos que en trámite de ejecución forzosa-, se juzgan contrarios al orden público, por quiebra de la debida imparcialidad. Esa quiebra traería causa de lo siguiente: la cláusula de sumisión a arbitraje se habría incluido en un contrato de adhesión, y habría sido redactada por una asociación administradora del arbitraje, que juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes más poderosos, que a su vez son quienes imponen esos contratos-tipo o de adhesión (cfr., como casos emblemáticos de esta jurisprudencia AAP Madrid, Secc. 10ª, de siete de marzo de dos mil siete -que se remite a los precedentes AA.AP Madrid, Secc. 14ª de 31-3, 9-5, 28-7 y 29-7 de 2005- (WESTLAW.ES, JUR 2007/215850) y AAP Barcelona, Secc. 15ª, de 8 de febrero de dos mil seis (AC 2006/2042).

B. CONSECUENCIAS DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAR ESA INFRACCIÓN.

17. En este punto, la Ley 60/2003 se inspira en la LA de 1988, cuyo art. 9.3 literalmente decía: “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”¹². Precepto que, a su vez, vino a recoger lo que la jurisprudencia venía manifestando desde varias décadas antes¹³. Pues bien, la ratio del art. 15.2 LA es la misma que la de su inmediato precedente, el transcrito art. 9.3: limitar las cláusulas leoninas o abusivas en beneficio de una de las partes, como concreción en el ámbito del arbitraje de lo que no es sino un límite general de la autonomía de la voluntad contractual expresamente regulado en el art. 1256 del Código Civil.

Un sector de la doctrina, al interpretar el anterior art. 9.3 LA, se planteó la duda de si la nulidad prevista por esa norma afectaba a la totalidad del convenio o sólo a la estipulación referida al nombramiento de los árbitros¹⁴. En honor a la verdad, esa duda me parece poco fundada, dado el inequívoco tenor de la ley -ratificado expresamente por su Exposición de Motivos-, que establecía sin paliativos la nulidad del convenio arbitral y no sólo la de aquel de sus aspectos donde mediare situación de privilegio de una de las partes, esto es, el relativo a la designación

¹² La Exposición de Motivos de la LA de 1988 insistía sobre este particular en términos tan claros como los del propio precepto a que se refería: “se dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de la voluntad, pero se adoptan las cautelas lógicas frente a las posibles situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes. Así, se declara nulo el convenio que coloque a una de las partes en situación de privilegio en relación con la designación de árbitros”.

¹³ Sobre la imposibilidad de designación unilateral de árbitros -con la consiguiente nulidad del convenio-, aparte de la jurisprudencia citada v.gr. en la nota 11, es muy ilustrativa la STS, 1ª, de 6 diciembre de 1941 (cdo. 2º) (R.A.J. 1.930). Asimismo, cfr., mutatis mutandis, argumentando añadidamente sobre la aplicación del art. 1256 Cód. Civil, la STS, 1ª, de 18 de abril de 1940 (cdo. 2º) (R.A.J. 293).

¹⁴ En tal sentido, por todos, CORDÓN MORENO distinguía dos situaciones: si la nulidad se había pretendido y obtenido a través del recurso de anulación, entendía que la nulidad de la cláusula viciaba todo el convenio. En cambio, si se impugnaba la cláusula de designación o la designación misma antes del comienzo del procedimiento arbitral, a través de un proceso declarativo, entendía que podía decretarse una nulidad parcial en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos (Comentario breve a la Ley de Arbitraje -coord. MONTERO AROCA-, Madrid, 1991, págs. 62 y 63).

En contra, por todos, REGLERO CAMPOS argumentaba que “la sola posibilidad de parcialidad justifica la solución adoptada por la ley” (“Artículo 9”, en Comentarios a la Ley de Arbitraje -Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO-, pág. 134).

de árbitros. En suma: no resulta justificada una distinción exegética contra el tenor expreso e inequívoco de la Ley (*in claris non fit interpretatio*).

Por lo demás, si bien se mira, esa previsión legislativa de nulidad no era en absoluto descabellada; respondía a una idea muy clara: quien pretende y logra una posición de supremacía tal -mediando dolo o no-, o quien simplemente la consiente, está evidenciando un vicio de su voluntad que la convierte en radicalmente contraria a la esencia del arbitraje, a saber: la voluntad válida de someterse a arbitraje es aquella que parte de la base de que acepta someterse a la decisión de un tercero imparcial: ¿cómo puede presumirse una voluntad semejante en quien provoca, logra o simplemente consiente tener una posición de privilegio en la designación del árbitro, capaz potencialmente de condicionar su decisión?

18. El tema que estoy planteando no es baladí. La nueva Ley de Arbitraje es más ambigua sobre este particular, pues no define cuáles son las consecuencias de una quiebra del principio de igualdad en el modo de designar a los árbitros. Hay quien sostiene que, ante la falta de previsión legal expresa, la nulidad debe ser la más restringida posible, y afectar desde luego a la designación de árbitros, pero sin extenderse a todo el convenio arbitral¹⁵. Sin embargo, por mi parte me permito recordar que el criterio de extender la nulidad, presente desde antiguo en la jurisprudencia -cfr. nota 13-, está profundamente enraizado en la necesidad de preservar el límite infranqueable de la autonomía de la voluntad de que habla el art. 1256 Cód. Civ., que constituye a su vez -como he dicho en el párrafo precedente, § 17- un requisito de la válida sumisión a arbitraje.

En esta línea de pensamiento, quizá se pudiera delimitar el mayor o menor alcance de la nulidad en función de la gravedad de la quiebra del principio de igualdad. A modo de ejemplo: si la infracción del principio de igualdad fuera radical -pongo por caso, imponiendo la designación de árbitros sin negociación alguna al respecto, o designando árbitros, con engaño o sin él, que pertenezcan como socios a una de las mercantiles que acuerdan el arbitraje-, estimo que tanto la voluntad del que impone o provoca esa vulneración como, incluso, la voluntad de quien la acepta no son idóneas, no sirven como manifestaciones de un consentimiento de someterse a arbitraje digno de tal nombre.

19. En todo caso, sea cual fuere el alcance de la nulidad, lo que está claro, en cuanto a uno de los cauces para hacerla valer, es que la designación de árbitros efectuada con quiebra

¹⁵ V.gr, BACHMAIER WINTER, loc. cit., pág.153.

del principio de igualdad abocaría inexorablemente a la nulidad del laudo que se dictara en tales circunstancias, impetrada por la vía del art. 41.1.d) LA.

Ahora bien; antes de llegar a una situación tal, si se alcanzara la convicción de que dicha designación vulnera el principio de igualdad, entonces, en la mejor de las hipótesis -si se pretendiera mantener la validez del convenio-, habría de tenerse por no hecho ese nombramiento, en tanto que contrario a reglas imperativas de la LA, pudiendo solicitar, en su caso, la formalización judicial y el nombramiento por el Juez del árbitro o árbitros -art. 15.2 y 3 LA.

20. Abundando sobre lo anterior: acudir al Juez competente para la formalización por la quiebra del principio de igualdad en el procedimiento de designación pactado o en la designación misma efectuada, será, en mi opinión, el momento procesal más oportuno -desde luego, el más diligente y, por tanto, el más consecuente con la buena fe procesal- para plantear a S.S., sobre la base de la aportación de documentos, la posible inexistencia de un convenio arbitral. Esta es una competencia que la Ley de Arbitraje reconoce expresamente al órgano judicial en su art. 15.5: "El Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral".

En este sentido, si el tribunal apreciara con sustento documental la vulneración del principio de igualdad en la designación de árbitros, podría concluir, en la hipótesis más estricta, que ha faltado verdadero consentimiento y negar la formalización, dejando expedita la vía judicial; en el supuesto menos drástico, el tribunal habría de proceder a la designación de árbitros, pero, en todo caso, excluyendo de la lista que ha de elaborar al efecto de ese nombramiento a los árbitros designados en la cláusula arbitral con infracción del principio de igualdad.

C. REFERENCIA SUMARIA A LA PROHIBICIÓN DE QUE EL ÁRBITRO MANTENGA RELACIONES PERSONALES, PROFESIONALES O COMERCIALES CON LAS PARTES (ART. 17.1 LA), COMO CONCRECIÓN LEGAL DEL NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS.

21. He dicho más arriba que tanto en el procedimiento de designación de árbitros como en la designación misma se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros -y a fortiori en la designación misma- no se puede

vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”, añade: “En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”

22. Conviene plantearse a qué relaciones afecta la prohibición: ¿se refiere la norma a relaciones actuales y futuras, o también a relaciones pasadas? A mi juicio, la exigencia indeclinable del art. 17.1 LA debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación - en determinados casos incluso antes- podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

23. En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de “revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia” (art. 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste “en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida”. En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre ‘la persona propuesta para ser árbitro’. Pero ese deber -y sobre ello habremos de reflexionar enseguida- se mantiene a lo largo de todo el proceso de arbitraje, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar “sin demora” las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

24. Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219

LOPJ para Jueces y Magistrados; no obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, quizá sea útil dejar constancia de lo que dispone sobre este particular -deber de revelación- el art. 4.2 de las normas éticas elaboradas por la International Bar Association para los árbitros en el ámbito del arbitraje internacional. Al decir de esta norma -que no pretende ser exhaustiva-, los árbitros deben informar de:

- a) cualquier relación profesional presente o pasada, de carácter directo o indirecto, con cualquiera de las partes, así como con alguno de los previsibles testigos. Como ejemplo de relaciones indirectas se citan las relaciones con los familiares de alguna de las partes o con alguno de los socios de las partes (art. 3.3). Con respecto a las relaciones comerciales actuales se precisa que deberán ser reveladas todas, con independencia de su importancia, a diferencia de las relaciones pasadas, que sólo deberán revelarse si fueron de cierta entidad.
- b) la naturaleza y la duración de las relaciones relevantes de carácter social entre el árbitro y cualquiera de las partes, así como con cualquiera de los previsibles testigos;
- c) la relación previa que haya podido tener con alguno de los co-árbitros: por ejemplo, si hubieran actuado en el mismo colegio arbitral con anterioridad;
- d) la información o conocimientos previos que tenga de la controversia;
- e) los compromisos que tenga asumidos y que podrían llegar a afectar a su disponibilidad para desempeñar las funciones de árbitro.

25. A la vista de cuanto he venido argumentando en torno a los arts. 15.2 y 17 LA, hay que insistir, a modo de conclusión, en lo siguiente:

La restricción que establece el art. 17.3 in fine LA, cuando ciñe la recusación por quien ha nombrado al árbitro a las causas sólo conocidas después de su designación, de ninguna manera puede ser entendida de forma tal que permita contrariar el mandato imperativo del art. 15.2 LA ni la prohibición del art. 17.1. Con otras palabras: el art. 17.3 no autoriza a dispensar de cualquier causa de abstención supuestamente conocida, pero no precisada, y a hacer tal dispensa de forma incondicionada y pro futuro. Entender lo contrario significaría desvirtuar la institución arbitral, que, incluso por exigencias de la Constitución (art. 117.3), ha de salvaguardar unas determinadas garantías si ha de ser válida alternativa a la jurisdicción, otorgando eficacia de cosa

juzgada y de fuerza ejecutiva a los laudos. Esa interpretación de la ley sería errónea, además, por vulnerar una regla elemental de la hermenéutica: la exégesis de una norma no puede llegar al resultado absurdo de vaciar de contenido otras del mismo rango contenidas en el mismo cuerpo legal: si entendemos que el art. 17.3 autoriza de forma implícita, sin restricción alguna, a dispensar a los árbitros ex ante de toda posible causa de abstención, estaríamos dejando a la libre voluntad de las partes la posibilidad de reducir a la nada dos mandatos legales inequívocamente imperativos: los contenidos en los arts. 15.2 y 17.1 LA. Y máxime cuando esos tres preceptos admiten una interpretación perfectamente armónica, coherente con la mayor flexibilidad del arbitraje y con el hecho, innegable, de que la voluntad de las partes tiene una mayor virtualidad en la designación de los árbitros que si se tratara de concretar la competencia de un órgano judicial.

En efecto: cuando la parte interviene de verdad en la designación de los árbitros, libérrimamente y no al modo en que se acepta una cláusula de adhesión, entonces entra en juego la aplicación del art. 17.3, que, en esas circunstancias y sólo en esas, puede representar, es verdad, una atenuación del rigor de los arts. 15.2 y 17.1 LA, pero no hasta el extremo de permitir la dispensa de todas las causas de abstención, incluso de las concurrentes con posterioridad al nombramiento y durante el desarrollo del arbitraje hasta dictar el laudo -¿qué sentido tendría entonces el deber de informar de las circunstancias sobrevenidas de que habla el art. 17.2 LA?

Es más: tengo la firme convicción de que, cuando sea posible dispensar de las causas de abstención conocidas con anterioridad al nombramiento¹⁶, esa dispensa no puede autorizar, en todo caso, la subsistencia de esas causas durante el arbitraje, por imperativo del art. 17.1. A modo de ejemplo: ¿sería admisible designar como árbitro a un administrador, socio o partícipe de la sociedad contraria, o a un abogado de su plantilla, declarando expresamente que se conoce esa circunstancia, sin oponer reproche alguno a que el árbitro siga ostentando tal condición mientras desarrolla el procedimiento arbitral y dicta el laudo? La respuesta no puede sino ser negativa: no estaríamos ante un auténtico contrato de arbitraje, convenido con el respeto al principio de igualdad que la Ley exige, sino ante una posición de predominio y de abuso de una parte sobre otra, incompatible con un consentimiento arbitral válido: y es que no se puede llevar la flexibilidad de la autonomía de la voluntad inherente al arbitraje a un extremo tal que resulte inconciliable con límites esenciales de esa autonomía de la voluntad, con límites que

¹⁶ Lo que, obviamente, no siempre ocurrirá: imaginemos que se pretendiera designar árbitro en una controversia a quien la ha originado con su conducta, o a quien, con anterioridad a su surgimiento, ha manifestado su opinión concreta sobre la posible solución del caso...

la definen, para llegar a admitir como arbitraje válido el efectuado, por ejemplo, por árbitros que juzgan sobre su propia causa.

V.- RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

1ª) Un criterio firmemente establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es el que postula que la designación de un número par de árbitros resulta radicalmente nula en sí misma, pero no vicia de nulidad el entero compromiso arbitral, debiéndose proceder entonces a la tradicionalmente llamada “formalización judicial del arbitraje”, que, a falta de acuerdo sobre el número de árbitros -dada la nulidad radical del mismo-, obliga a designar un solo árbitro -art. 12 LA de 2003-, a diferencia de los tres árbitros de que hablaba el derogado art. 13 de la LA de 1988.

2ª) El principio de igualdad es límite infranqueable a la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de árbitros por exigencia legal (art. 15.2 LA) y por imperativo constitucional: no cabe admitir una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE) que no respete exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes, y máxime cuando se repara en que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo (art. 43 LA y 517.2.2º LEC).

3ª) Son casos significativos, por no cuestionados, de vulneración del principio de igualdad en el procedimiento de designación de árbitros o en la designación arbitral misma: a) cuando quien juzga sea una de las partes (nemo iudex in causa propria): hipótesis radicalmente inadmisibles aun cuando concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, y, a fortiori, si una designación tal hubiese tenido lugar sin conocimiento real del perjudicado; b) que la designación de un árbitro o de la mayoría de los árbitros se realice por una sola de las partes; c) que la designación del árbitro se produjera sin libertad real de una de las partes, porque se impusiera como cláusula de adhesión de un contrato-tipo o como una de las condiciones generales de la contratación.

4ª) La prohibición de que el árbitro mantenga relaciones personales, profesionales o comerciales con las partes (art. 17.1 LA), como concreción legal del necesario respeto al principio de igualdad y garantía de la imparcialidad e independencia de los árbitros, es de ius cogens para las partes, no puede ser dispensada por éstas al menos en lo que concierne a la

existencia de esas relaciones en el momento de la designación y a su subsistencia, o surgimiento, durante el procedimiento arbitral y hasta la emisión del laudo.

5ª) La restricción que establece el art. 17.3 in fine LA, cuando ciñe la recusación por quien ha nombrado al árbitro a las causas sólo conocidas después de su designación, de ninguna manera puede ser entendida de una forma tal que permita contrariar el mandato imperativo del art. 15.2 LA ni la prohibición del art. 17.1. Con otras palabras y a modo de ejemplo: el art. 17.3 no autoriza a dispensar de cualquier causa de abstención supuestamente conocida, y a hacer tal dispensa de forma incondicionada y pro futuro, esto es, por referencia a las causas de abstención que surjan o se mantengan con posterioridad al nombramiento y durante el desarrollo del arbitraje hasta dictar el laudo.

6ª) La designación de árbitros efectuada con quiebra del principio de igualdad es nula, como nulo sería el laudo que se dictara en tales circunstancias ex art. 41.1.d) LA, porque quien pretende y logra una posición de supremacía en tal designación -mediando dolo o no-, o quien simplemente la consiente, está evidenciando un vicio de su consentimiento que va contra la esencia del arbitraje, que no es otra que la voluntad de someterse a la decisión de un tercero imparcial.

7ª). La nulidad que deriva de designar árbitros con quiebra del principio de igualdad puede extenderse incluso a la existencia misma del convenio arbitral, más allá de la indudable nulidad del nombramiento así efectuado, que debe entenderse como inexistente.

8ª). Si se alcanza la convicción de que la designación vulnera el principio de igualdad y de que, en consecuencia, ha de tenerse por no hecha, entonces, quien pretenda mantener la validez del convenio ha de solicitar la formalización judicial y el nombramiento por el Juez de los árbitros -art. 15.3 LA.

9ª). Si el tribunal apreciara con sustento documental la vulneración del principio de igualdad en la designación de árbitros, podría concluir, en la hipótesis más estricta, que ha faltado verdadero consentimiento y negar la formalización (art. 15.5 LA), dejando expedita la vía judicial; en el supuesto menos drástico, el tribunal habría de proceder a la designación de árbitros, pero, en todo caso, excluyendo de la lista que ha de elaborar al efecto de ese nombramiento a los árbitros designados en la cláusula arbitral con infracción del principio de igualdad.