

EL ARBITRAJE COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES EN ESPAÑA

*ARBITRATION AS A FORM OF DISPUTE RESOLUTION IN THE
FIELD OF INTERNATIONAL TRADE RELATIONS IN SPAIN*

Rev. Boliv. de Derecho N° 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 722-745



Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El arbitraje se trata de una forma de resolución de controversias fundamentada en la libre voluntad de las partes. Esta figura ha experimentado un crecimiento importante en los últimos años y su popularidad no deja de crecer, pues permite a las partes solucionar los conflictos que pudieran derivarse de su relación contractual de manera ágil y rápida. En este trabajo se analizará qué es el arbitraje, las clases que podemos encontrar, en qué se basa el procedimiento arbitral en España, sus ventajas, se introducen consejos sobre cómo redactar una cláusula arbitral, se explicará el uso del arbitraje en México y se comparará con el de nuestro país y, por último, se realizará una pequeña reflexión acerca de por qué el arbitraje en España no tiene tanto éxito.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional; cláusula arbitral; ley aplicable; tipos de arbitraje.

ABSTRACT: *Arbitration is a form of dispute resolution based on the free will of the parties. This figure has experienced significant growth in recent years and its popularity continues to grow, as it allows the parties to resolve disputes that may arise from their contractual relationship in an agile and rapid manner. This paper will analyse what arbitration is, the types of arbitration that can be found, what the arbitration procedure in Spain is based on, its advantages, tips on how to draft an arbitration clause, the use of arbitration in Mexico will be explained and compared with that in our country and, finally, a brief reflection on why arbitration in Spain is not so successful.*

KEY WORDS: *International arbitration; arbitration clause; applicable law; types of arbitration.*

SUMARIO.- I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.- 1. Definición de arbitraje.- 2. Naturaleza jurídica.- 3. Clases de arbitraje.- A) Arbitraje de derecho o equidad.- B) Arbitraje ordinario o especial.- C) Arbitraje *online* u *offline*.- D) Arbitraje *ad hoc* o institucional.- 4. Redacción de una cláusula arbitral.- A) Errores en las cláusulas.- B) Elementos a incluir en la cláusula y ejemplos.- II. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.- 1. Criterios de internacionalización.- 2 Ley aplicable.- 3. Reconocimiento y ejecución. - III. FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA COMO FORMA DE RESOLUCIÓN CONTROVERSIAS EN COMERCIO INTERNACIONAL.- 1. Conocimiento sobre el arbitraje.- 2. Uso del arbitraje.- 3. Sumisión expresa del arbitraje.- 4. Resolución de controversias.- 5. Problemas que debe afrontar el arbitraje.- A) Falta de jurisprudencia.- B) Ausencia de apelación.- C) Coste del procedimiento.- D) Resolución salomónica. - IV. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.

I. Definición de arbitraje.

Debido a que nuestra Ley de Arbitraje no da una definición exacta del concepto, ha correspondido a la doctrina realizar tal definición, la cual no da una respuesta única.¹

En palabras de VILATA NICUESA, el arbitraje es “una modalidad extrajudicial de resolución de las controversias fundamentada en la libre voluntad de las partes, quienes mediante un acuerdo confían a un tercero la solución de las controversias presentes o futuras, atribuyéndole autoridad para emitir una resolución que devendrá final y ejecutiva (laudo)”.²

Respecto a la anterior definición, existe controversia por la consideración del arbitraje como modalidad “extrajudicial”, ya que hay modalidades que permiten la intervención judicial como colaborador, y se aboga cada vez más por la inclusión del arbitraje en la vía judicial como complemento a ésta; por lo que no sería acertado hablar de mecanismos extrajudiciales.³

Nuestro Tribunal Constitucional lo ha definido como “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 al conflicto con todos

1 Vid. FRANCO CONFORTI, O. D.: “Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional”, *Diario La Ley*, 2015, n° 8612, p.2.

2 Vid. VILATA NICUESA, A. E.: *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 139.

3 Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “El arbitraje electrónico”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 29, 2012, p. 1.

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

los efectos de la cosa juzgada, con la declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, y que se encuentra revestida de *auctoritas* por imperativo de la Ley”⁴

2. Naturaleza jurídica.

En cuanto a su naturaleza jurídica, nuestro Tribunal Constitucional (TC) considera el arbitraje como un equivalente jurisdiccional –aunque de forma matizada; ya que los conflictos son resueltos por vías distintas–, que permite dictar una resolución sobre el fondo con todos los efectos de cosa juzgada, y en otros aspectos esenciales como el respeto de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.⁵

También, existe otra discusión presente en la doctrina acerca de la diferencia entre los jueces y los árbitros. Los árbitros no son calificados como jueces debido a la definición que otorga el artículo (art.) 117 Constitución Española (CE) (titular de la potestad jurisdiccional, competente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); es decir, el juez está revestido de *imperium*, cosa que el árbitro no. El árbitro es “un particular que ejerce una función pública, para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, cuya falta de jurisdicción plena se traduce en la ausencia de poder”.⁶

Esa ausencia de poder se materializa también en:

- La incapacidad de realizar cuestiones de inconstitucionalidad;
- Imposibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE);
- En la necesidad del auxilio judicial para dotar de eficacia al laudo; es decir, solo tiene potestad declarativa.

También relevante es mencionar que el arbitraje es un sistema de instancia única. No existe una organización arbitral superior que permita un sistema de recursos para revisar la decisión⁷ (art. 42.2 de la Ley de Arbitraje⁸).

4 Vid. En este sentido, SSTC 15/1989 (Tol 80226), 62/1991 (Tol 80476), 288/1993 (Tol 82309), 146/1996 (Tol 83078), 196/1997 (Tol 80819) y 18/2011 (Tol 6442109).

5 Vid. SAN CRISTOBAL REALES, S: “Denegación de la justicia arbitral en caso de incongruencia extra petita, por error, o mixta”, *Diario La Ley*, 2016, nº 8736, p.1.

6 Vid. MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, P: “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 31, Aranzadi, 2013, p. 3.

7 Vid. SAN CRISTOBAL REALES, S: “Denegación de la justicia arbitral”, cit., p. 2.

8 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE número 309, de 26 de diciembre de 2003).

3. Clases de arbitraje.

ARIAS POU sintetiza las clases de arbitraje que ofrece nuestra Ley en cinco.⁹

- Según un criterio territorial, podemos distinguir entre arbitrajes nacionales o internacionales.

- Por la forma de resolver la controversia, existen arbitrajes de derecho y de equidad.

- Por el objeto, nos encontramos arbitrajes ordinarios y especiales.

- Por el medio con el que se resuelve, hay arbitrajes *online* y *offline*.

- Por el órgano encargado de decidir, que puede ser *ad hoc* o institucional.

A) Arbitraje de derecho o equidad.

El arbitraje de derecho consiste en la aplicación de normas jurídicas sobre el caso concreto (art. 34 de la Ley de Arbitraje). Estas normas podrán ser designadas por las partes; si no lo hicieran, el árbitro podrá elegir el derecho aplicable. Esta modalidad funciona como norma general. Si es escogida, el árbitro deberá ser jurista (art. 15.I de la Ley de Arbitraje).

Por el contrario, el arbitraje en equidad supone eliminar la aplicación de las normas para que el caso sea regido por el principio de la buena fe y por la razón del árbitro, que no tiene que ser necesariamente un jurista. La equidad no otorga carta blanca al árbitro (STS 429/2009).

La Ley modelo de UNCITRAL contempla el arbitraje de equidad siempre y cuando las partes han decidido expresamente someterse a esta modalidad.¹⁰

B) Arbitraje ordinario o especial.

El arbitraje ordinario es aquel que no está regido por ninguna regla especial, siéndole de aplicación la Ley de Arbitraje. En cambio, un arbitraje especial está regido por una norma diferente, según su materia. Como tipos de arbitraje especial encontramos:

- Arbitraje de inversión.

⁹ Vid. ARIAS POU, M.; *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006, p. 715.

¹⁰ El Art. 28(3) de la Ley Modelo establece que “el tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así”.

- Arbitraje de transporte.
- Arbitraje en la Propiedad Industrial.
- Arbitraje estatutario.
- Arbitraje de consumo.
- Arbitraje de Propiedad Intelectual.
- Arbitraje marítimo.

C) *Arbitraje online u offline.*

El arbitraje puede manifestarse tanto de forma electrónica como tradicional; de ahí que surjan las ODR (*online dispute resolution*). Esta variante de los métodos de resolución de conflictos surge por el Reglamento (UE) 524/2013. Es destacable la existencia de las variantes electrónicas de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que son la mediación, el arbitraje y la conciliación de forma online.

Respecto a la variante online del arbitraje, su posibilidad está recogida en el art. 51.I del Real Decreto (RD) 231/2008, la cual se define como todo arbitraje realizado íntegramente por medios electrónicos.¹¹ No es necesario que el objeto del arbitraje sea online, sino su sustentación: aunque sí requerirá un acuerdo entre las partes para que el procedimiento sea online. En el art. 57 de la Ley de Arbitraje, permite realizar la sumisión por medios electrónicos, y en artículos siguientes la de emitir las notificaciones electrónicas.

D) *Arbitraje ad hoc o institucional.*

El arbitraje institucional se trata del sometimiento de las partes a una institución arbitral para que ésta lo administre según sus propios reglamentos. Estos reglamentos suelen ser similares a un procedimiento judicial, pero se diferencian de éstos por cuanto son mucho más abreviados tanto en etapas como en plazos. Esta modalidad está recogida en el art. 14 de la Ley de Arbitraje. Las partes podrán encomendar el arbitraje a: Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras y asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

¹¹ Vid. GONZÁLEZ MONTES, J. L.: "El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)", en ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OROZCO PARDO, G. (Dir.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 93.

Se contemplan otras instituciones arbitrales al margen de la ley como:

- Consejos Cooperativos.
- Juntas Arbitrales de Consumo.
- Juntas Arbitrales de Transporte.
- La Comisión Nacional de la Energía.
- Comisión Nacional de la Propiedad Intelectual.

El arbitraje *ad hoc* se encomienda a personas físicas designadas por las partes sin que exista intermediario alguno. En este sistema prima la autonomía de la voluntad entre las partes, por lo que son ellas las que crean las normas del procedimiento y, a falta de acuerdo, serán los árbitros los que las decidan. En este tipo de arbitraje se hace necesario acudir a los tribunales para la formalización judicial del arbitraje, lo que produce dilaciones y gastos y el procedimiento de designación, generalmente el sorteo, no garantiza la competencia de la persona designada.

El sistema de remuneración es en tanto alzado y proporcional al valor del objeto, por lo que el coste puede variar y no hay seguridad en ello. El arbitraje *ad hoc* garantiza en mayor medida la confidencialidad, pues únicamente conocen de la controversia las partes y el árbitro o el tribunal arbitral y hay menos posibilidades de filtraciones.

4. Redacción de una cláusula arbitral.

A) Errores en las cláusulas.

Los requisitos del convenio arbitral se encuentran en el art. 9 Ley Arbitral (LA), el cual especifica que en el acuerdo debe constar por escrito la voluntad de las partes de someter alguna cuestión al arbitraje mediante la incorporación de la cláusula a un documento firmado por las partes que permita su observación posterior.

Se permite que el acuerdo arbitral esté en el propio contrato o en acuerdo independiente entre las partes, siempre que se haga expresamente y se pueda comprobar mediante soporte electrónico u óptico.

Una vez definida la forma de inclusión, hay que determinar su contenido, y no caer en las llamadas “cláusulas patológicas”, convenios arbitrales incoherentes o viciados que añaden inseguridad jurídica a la resolución de las controversias, como las cláusulas híbridas, que recogen la posibilidad de acudir a los tribunales

no excluyendo su jurisdicción; las cláusulas carentes de certeza o las cláusulas inoperantes, es decir, cuando el compromiso arbitral nunca se pudiera llevar a cabo por imposibilidades fácticas.

Como solución a esos problemas sobrevenidos, es necesario que las partes acuerden posteriormente un nuevo convenio arbitral que permita la sobrevivencia de la cláusula.

B) *Elementos a incluir en la cláusula y ejemplos.*

CORDERO ARCE ha realizado un esquema con los elementos necesarios y contingentes que debe tener un convenio arbitral.¹²

a) Elementos esenciales:

- Designar claramente el arbitraje como método de solución de controversias, al señalar que la controversia será resuelta de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje correspondiente.

- Establecer el ámbito de aplicación de la cláusula, preferiblemente de forma amplia.

- Hacer una referencia clara a la institución arbitral a la que se someterá el litigio.

- Establecer el carácter vinculante del arbitraje, señalando que las disputas serán resueltas definitivamente o finalmente resueltas.

- Estipular el carácter exclusivo del arbitraje. Ello se hace usando la forma imperativa: serán resueltas, se someterá y será finalmente resuelta.

b) Elementos recomendables:

- Constitución del tribunal: Número de árbitros, siempre impar. Este aspecto es muy importante en los arbitrajes *ad hoc*.

Ejemplo: "Dentro de los [30] días posteriores al inicio del arbitraje, cada parte deberá designar a una persona para que funja como árbitro. Las partes deberán designar, de común acuerdo, al árbitro presidente dentro de los [20] días posteriores al nombramiento de los árbitros nominados por cada una de las partes. Si algún árbitro no es designado dentro del plazo antes mencionado, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas deberá, a solicitud por escrito

12 Vid. CORDERO ARCE, G.: "Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales. Aspectos Práctico", *Revista Chilena de Derecho*, 4- N° 1, pp. 91-105.

de alguna de las partes, hacer los nombramientos de árbitros que todavía no se hayan hecho”.

- Sede del arbitraje. No necesariamente deben llevarse a cabo todas las actuaciones en ese lugar. Si las partes no señalan el lugar del arbitraje, algunas reglas de arbitraje facultan al tribunal arbitral para hacer esta determinación, atendiendo a las circunstancias del caso y de las partes.

- Idioma. Entre los factores a tener en cuenta son: La ley que rige el contrato, la sede del arbitraje, el idioma del contrato, el idioma de los demás documentos que integren el contrato, el idioma de los eventuales testigos que puedan ser citados a declarar y la disponibilidad de árbitros y abogados que puedan desempeñarse con fluidez en el idioma elegido.

- Cuestiones procedimentales. La duración del procedimiento arbitral.

“Ejemplo: Es la intención de las partes que, haciendo a un lado cualquier circunstancia extraordinaria, el procedimiento arbitral concluya dentro de los [120] días siguientes al nombramiento de los árbitros. El Tribunal Arbitral puede extender dicho plazo en el interés de la justicia. El incumplimiento de dicho plazo no constituye una causal para anular el laudo arbitral”.

- Derecho aplicable al fondo. Esta determinación conviene que esté en una cláusula distinta de la cláusula arbitral para que no se confunda con la ley aplicable al procedimiento arbitral.

- Si las partes no señalan cuál será el derecho aplicable a la controversia, los reglamentos de los centros de arbitraje y las leyes de arbitraje facultan al tribunal arbitral para hacerlo, ya sea en forma directa o determinando cuál es la norma de conflicto aplicable (remisión al apartado 3.2).

c) Elementos opcionales:

- Cláusulas escalonadas: Negociación o mediación.

Ejemplo: “En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un

acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de medición por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional”.

- Cualidad de los árbitros. Nacionalidad, experiencia, edad, idioma, especialización, etc., pero no hay que restringir demasiado esos criterios; ya que puede dar lugar a una cláusula inoperante.

- Confidencialidad, respecto de las propias partes y abogados.

Ejemplo: “Excepto por lo ordenado en la ley, ninguna de las partes, ni sus representantes, pueden revelar la existencia, contenido, o resultados de un arbitraje seguido conforme a este acuerdo sin el consentimiento por escrito de (todas las/ambas) partes”.

- Cláusulas arbitrales en contratos plurilaterales. Para evitar el conflicto entre las partes, la designación de los árbitros puede delegarse en las instituciones arbitrales.

II. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

I. Criterios de internacionalización.

Nuestra Ley de Arbitraje considera que un arbitraje es internacional cuando (art. 3):

a) En el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) 1) El lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste; 2) El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia; o, 3) El lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) La relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. Esto ocurre, según GÓMEZ JENE cuando la operación tiene un carácter transfronterizo.¹³

¹³ Vid. GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, COLEX, Madrid, 2007, p.53.

2. Ley aplicable.

Debemos diferenciar entre la ley aplicable al fondo (*lex causae*) y la ley aplicable al convenio y al procedimiento arbitral (*lex arbitri*).

La ley aplicable al procedimiento puede derivar de dos fuentes: 1) Indirectamente, de la sede arbitral escogida, la cual se aplicarán las normas procesales del Estado que acoge el procedimiento, y 2) Directamente, las partes pueden incluir referencias procesales en el contrato, o añadir reglamentos concretos para su resolución.

A su vez, puede determinar indirectamente la ley aplicable al fondo; ya que, si no se acuerda entre las partes la ley sobre el fondo, pero sí la *lex arbitri*, deberemos atender a las normas procedimentales elegidas para determinar la ley sobre el fondo.

La *lex causae* tampoco tiene que coincidir con la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral. En principio, la ley sustantiva aplicable al contrato, ya sea elegida por las partes o por elección de una norma específica para su procedimiento, hace extender sus efectos a la validez sustancial del convenio; pero tanto la validez del convenio arbitral, como del contrato, como la cláusula de ley aplicable es independientes entre sí.¹⁴

La forma más adecuada para añadir el derecho aplicable es mediante una cláusula incorporada en el propio contrato.

Por otra parte, las partes tienen diversas opciones en cuanto a cuerpos normativos a la hora de aplicarlos al fondo del asunto. Estas pueden, por ejemplo, optar por la aplicación de cualquier derecho estatal, lo que no supone la exclusión de los usos y costumbres del comercio internacional.

En segundo lugar, las partes pueden designar un conjunto normativo que no tiene que tener un origen estatal, como son los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y el proyecto Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.

Por último; se permite la adopción de la *lex mercatoria* como elección genérica.

3. Reconocimiento y ejecución.

El estudio del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales debe hacerse desde el ámbito convencional con el Convenio de Nueva York de 1958

¹⁴ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista de Estudios de Derecho Internacional*, vol. 61, 2009, p. 71.

y el Convenio europeo de 1961, y desde el ámbito autónomo con la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Cabe recordar que el Reglamento (UE) 1215/2012 excluye de su ámbito de aplicación al arbitraje.

El reconocimiento de los laudos extranjeros es competencia de las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) (arts. 8.6 de la Ley de Arbitraje y 73.1 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial). No se aplicaría el art. 52.1 y 2 de la Ley Cooperación Judicial Internacional. En cuanto a su ejecución, será competentes los Juzgados de primera instancia (arts. 8.5 LA y 86 de la Ley Cooperación Judicial Internacional). Los Juzgados de lo mercantil no tienen competencia en la ejecución de los laudos.

El procedimiento para el *exequatur* aplicable es el del art. 54 de la Ley Cooperación Judicial Internacional, debido a la inexistencia de leyes especiales para ello. En cuanto a los motivos de denegación, debemos ponderar los ofrecidos por el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio europeo de 1961. El art. 46 de la Ley de Arbitraje determina que el *exequatur* se determinará por el Convenio de Nueva York, salvo en aquellas disposiciones en las que otra norma sea más favorable a su reconocimiento. Cabe destacar que el Convenio Europeo ofrece, de alguna manera, un reconocimiento más fácil, en cuanto contempla como una causa de denegación que el laudo arbitral extranjero haya sido basado en alguno de los motivos del art. IX. En cambio, el Convenio de Nueva York exige que el laudo se haya anulado en el estado de origen, sin que sea exigible ningún motivo.

III. FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN COMERCIO INTERNACIONAL.

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias al que suelen acudir muchas empresas o profesionales, aunque también esté disponible para personas físicas que no sean profesionales.

A pesar de las reiteradas afirmaciones sobre su mayor coste económico que un proceso judicial, existe cierta percepción por parte de los usuarios del arbitraje en España de que no es más caro que la vía judicial, además de considerarlo transparente e independiente.

Este medio alternativo de resolución de controversias se presenta como un mecanismo ideal por su especialización y el conocimiento técnico sobre la materia, por la cualificación exigida al árbitro, como por la rapidez del procedimiento. Son éstas las 3 bazas argumentativas que nos impulsa a considerar el arbitraje como opción.

Sin embargo, en la práctica vemos una clara distinción entre conocimiento y uso del arbitraje: Muchas personas conocen de su existencia, pero pocos recurren a él. Uno de los deberes a realizar es conocer la razón de que no haya una equivalencia entre el conocimiento y el uso de este medio.

Actualmente, es el medio de resolución de controversias elegido por antonomasia en la contratación mercantil internacional, existiendo en muchos modelos de contratos la cláusula de sumisión expresa "tipo" a una Corte de Arbitraje determinada. Las empresas rehúsan de acudir a los tribunales, sino que prefieren la celeridad del Arbitraje, aunque pueda considerarse que es un cauce más costoso a nivel económico.

Cabe recordar que para las empresas "el tiempo es dinero", y un procedimiento arbitral emite resolución en una media de nueve meses, mientras que uno judicial puede llegar a demorarse más de dos años.

Ante este escenario, es preciso analizar por qué el arbitraje no funciona en España y por qué hay tanta diferencia entre conocimiento y uso. Así también, ahondaremos en la evolución del uso, percepción y conocimiento del arbitraje por parte de las empresas, que son las mayores usuarias de esta vía.

I. Conocimiento sobre el arbitraje.

Conviene empezar a analizar el funcionamiento del arbitraje a través de su conocimiento por parte de las partes que intervienen, como por quienes nunca lo han hecho. Empezando por los letrados, la gran mayor parte de ellos conoce de su existencia, aunque existen diferencias importantes según la edad.

Son los abogados mayores de 60 años los que menos parecen estar al tanto sobre ello, aunque los profesionales en este rango de edad suelen conocer la existencia de este medio de resolución de controversias.

El conocimiento por parte de abogados es esencial de cara a su posterior uso porque suelen ser quienes redactan los contratos mercantiles, ya sea en el ámbito internacional o no. En dichos contratos suele haber una cláusula de sumisión expresa a un órgano concreto, judicial o no. Unos optan por la mediación, pero a nivel empresarial internacional la mayoría opta por una Corte de Arbitraje con una ley aplicable concreta. La razón descansa en que la mediación está destinada a resolver conflictos menos mercantiles o comerciales, no teniendo la especialización del arbitraje que es aceptada de buena gana por los usuarios. Además, la fuerza vinculante del laudo arbitral es más interesante si lo comparamos a un acuerdo de mediación que no tiene fuerza por sí solo, requiriendo su homologación por la autoridad judicial.

Queda clara, entonces, la necesidad de que los abogados conozcan la existencia de esta vía. En lo que atañe a los empresarios, la mayoría conoce la existencia del arbitraje, pero nos vamos a una cifra inferior del 85%: No se puede dar por hecho que conozcan esta solución.

A pesar de ello, la mayoría de empresas consideran que la redacción de una cláusula arbitral es esencial y determinante cuando se negocia un contrato.

Con todo esto, y según las últimas encuestas, no se usa de manera uniforme por todo el territorio nacional, sino que la mayoría de encuestados conocen la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), quedándose muy atrás la participación en la Corte de Arbitraje de Barcelona (CAB).

En España, la institución arbitral a la que más se acude es la Corte de Arbitraje de Madrid, mientras que a nivel internacional la elegida es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París.

Los motivos de elección de una institución arbitral determinada pueden ser 3:

- La experiencia de la institución arbitral.
- La garantía de imparcialidad e independencia en el nombramiento de árbitros.
- La especialización de la institución en una disputa determinada.

Por tanto, las empresas estarían mandando un mensaje claro a la hora de encomendar la solución de una controversia a un tercero: Buscan árbitros consolidados para obtener una cierta garantía sobre la especialización de éstos sobre la materia.

2. Uso del arbitraje.

Al principio se ha mencionado que existen grandes diferencias entre el conocimiento y el uso del arbitraje, y lo segundo a analizar es cómo y con qué frecuencia se acude a este medio de solución de controversias.

Solo un 50%¹⁵ de abogados ha participado en un arbitraje en la Corte de Madrid, mientras que los números son tremendamente inferiores si nos vamos a Cataluña u otras comunidades autónomas.

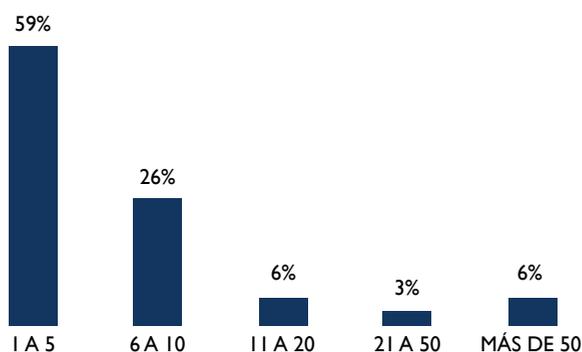
15 Vid. Informe Encuesta de Arbitraje, Mediación y otros MASCs, p.II.

Es más, los abogados jóvenes entre 30-40 años acuden más a esta vía que los mayores de 60 años, lo que deja claro que la visión de esta vía está mucho más asimilada en las últimas generaciones de juristas.

Yendo a la frecuencia del uso del arbitraje, la encuesta anteriormente mencionada hace referencia a que la mayoría ha acudido de 1 a 5 veces¹⁶ al arbitraje. De entrada, estos datos hacen saltar las alarmas sobre la poca consideración de este medio para resolver controversias, y nos empuja a indagar sobre las causas que lo producen.

Los resultados anteriores coinciden con el Informe de Roca Junyent.

2. NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

Hay que destacar que la diversidad en la selección de árbitros no es apreciada como amplia por un grueso importante de las empresas españolas. Mientras que en el proceso judicial encontramos la Tutela Judicial Efectiva junto con la figura del juez predeterminado por Ley, en el Arbitraje se seleccionan los árbitros.

Parece ser un problema que no existe una diversidad tan clara de árbitros a la hora de elegirlos. Este sería uno de los principales motivos por los que el arbitraje no termina de funcionar en España, ya que la libertad de elección se ve mermada.

Por otro lado, las empresas que más facturan son las que más acuden al arbitraje, siendo menos considerada esta vía para las empresas que facturan menos. Esto se puede deber a la percepción de que es un procedimiento más caro y a la visión cortoplacista de ciertas empresas.

¹⁶ Vid. Informe Encuesta de Arbitraje, Mediación y otros MASCs, p.13.

3. Sumisión expresa del arbitraje.

Llama la atención que muchas empresas incorporan la cláusula arbitral si lo solicita la otra parte con la que negocian. Este *modus operandi* supone dejar al arbitrio y a la consideración de la buena fe de la otra parte someter los posibles futuros conflictos derivados del contrato.

De este modo, no serán pocos los casos en los que dos empresas negocien un contrato y no incorporen una cláusula de sumisión expresa a una Corte de Arbitraje determinada.

La incorporación de esta cláusula estaría supeditada al tipo de contrato, la ley aplicable y al órgano jurisdiccional en defecto de arbitraje. Sin embargo, esta práctica no se puede considerar “costumbre” porque hay muchas empresas que no prevén otro mecanismo alternativo al arbitraje.

4. Resolución de controversias.

El conocimiento de los abogados de la existencia de este medio de resolución de controversias junto a la sumisión expresa en contratos de forma extendida, empujan a pensar que el arbitraje es considerado un buen medio de resolución de controversias.

El estudio de Roca Junyent¹⁷ revela que el 89% de las empresas consideran que el arbitraje es un método idóneo para la resolución de disputas internacionales. Dicho esto, la mayoría de empresas encuestadas se mantienen neutrales sobre si el arbitraje proporciona una solución adecuada y recomendable.

Por tanto, esta sería otra de las grandes razones por las que el arbitraje no funciona en España. Resulta complicado incitar a su uso cuando no se consigue ofrecer una experiencia satisfactoria a la mayoría de usuarios. A priori, podríamos pensar que esta conclusión necesariamente de que “unos ganan y otros pierden”, por lo que raramente logrará este medio el 100% de satisfacción.

No obstante, en la misma encuesta, vemos que las empresas contemplan 3 desventajas del arbitraje:

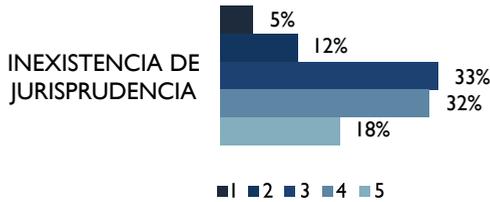
- La tendencia del árbitro a alcanzar una decisión salomónica.
- Inexistencia de jurisprudencia.
- Costes del procedimiento.

¹⁷ Vid. Encuesta de Roca Junyent: El Primer Estudio de Arbitraje en España, p. 11.

5. Los problemas que debe afrontar el arbitraje.

No solo existen 3 desventajas, sino que hay que hacer énfasis en varias cuestiones que tienen vital importancia para que la gran mayoría opte finalmente por esta vía, en vez de ir al proceso judicial.

A) Falta de jurisprudencia.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

(1 es una desventaja muy poco importante y 5 una desventaja muy importante).

En primer lugar, considero útil apuntar a la falta de jurisprudencia y a las reglas procesales. No resulta convincente para los abogados que el laudo arbitral no sienta precedente de cara a un futuro conflicto similar con el objeto de que los usuarios obtengan resoluciones con un criterio uniforme por parte de un órgano que va a decidir sobre un asunto con fuerza ejecutiva.

Esto proporciona incertidumbre e inseguridad jurídica, pero resulta interesante destacar que la inexistencia de jurisprudencia no es considerada tal desventaja dependiendo del sector: para la hostelería no es un problema, mientras que para sectores como industrias extractivas, sector sanitario o servicios profesionales sí que es esencial.

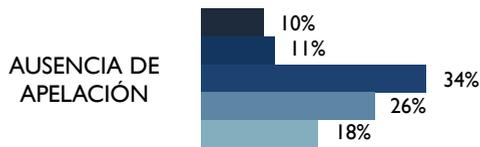
De todas maneras, sí es una preocupación para todos los sectores, en mayor o menor medida. Existen iniciativas de unificar y recopilar sentencias de Tribunales de Justicia de habla hispana y lusoparlantes que se pronuncian sobre el arbitraje.

Sin embargo, no sería suficiente dicho esfuerzo debido a que los usuarios del arbitraje buscan que exista una jurisprudencia en las Cortes de Arbitraje, derivada de sus propios pronunciamientos.

Aun así, seguiríamos con un problema, ¿qué es la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje? En España, la jurisprudencia es la doctrina que el Tribunal Supremo establece a la hora de interpretar una norma jurídica y su modo de aplicarla al caso concreto. Por tanto, nos remitimos a la última instancia del Poder Judicial en España para obtener una interpretación unificada sobre las normas y su aplicación, salvo que se trate de derechos y libertades fundamentales.

En el Arbitraje no existen instancias como tal, teniendo en cuenta que la acción de anulación y revisión del laudo establecidos en la Ley de Arbitraje no son un recurso como tal. Simplemente, hay una Corte que es elegida por las partes para que decida y resuelva un conflicto a la que ambos se someten voluntariamente. Si comenzaran a recopilar pronunciamientos, pronto observaríamos una contradicción entre las Cortes de Arbitraje en los criterios para resolver un conflicto de una materia concreta.

B) Ausencia de apelación.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

Efectivamente, no existe una instancia de apelación como ocurre con la figura de la Audiencia Provincial en España. De este modo, los abogados y empresas ven acudir al arbitraje como un “todo o nada”, lo que genera nerviosismo e intranquilidad.

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

Por un lado, la acción de anulación debe estar basada en los motivos expresados en el artículo 41 del mismo texto legal. En concreto, son 6 motivos:

- Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- 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 de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

- Que el laudo es contrario al orden público.

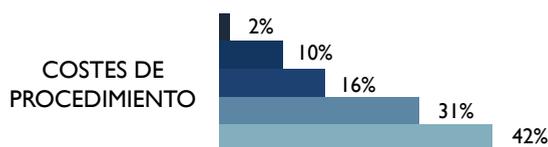
Finalmente, el laudo arbitral acaba en las Salas de lo civil Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se haya dictado, siendo éste órgano jurisdiccional encargado en dictar sentencia firme, ya que no cabe recurso frente a ella.

Por otro lado, está la acción de revisión de sentencias firmes, cuyos motivos están más aún tasados. Se hace uso para dejar sin efecto resoluciones firmes y la competencia para conocer de esta acción la tiene normalmente el Tribunal Supremo, teniendo competencia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde haya sido dictado el laudo en materias de derecho propio de la comunidad autónoma.

Dicho esto, en caso de ser estimada, se rescinde el laudo arbitral anteriormente dictado. Así, podemos instar un nuevo procedimiento en la misma Corte, en otra distinta, someterlo a mediación o ir directamente a un procedimiento judicial.

Cuestión distinta son los laudos extranjeros: No se pueden usar los mecanismos de anulación o revisión ante tribunales españoles. Aquí nos tendríamos que ir a la aplicación del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras del 10 de junio de 1958, concretamente el artículo 5.

C) Coste del procedimiento.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022).

Esta cuestión no solo no es discutida, sino que puede ser el principal problema por el que el arbitraje no funciona en España. Respecto a ello, la Corte Española de Arbitraje¹⁸ ofrece gratuitamente una calculadora virtual en su página web para que los posibles abogados o usuarios puedan conocer o prever cuál será el coste del procedimiento.

Las costas del arbitraje, de acuerdo al artículo 56.3 del Reglamento de Arbitraje, son las siguientes:

¹⁸ Vid. Corte Española de Arbitraje: <https://www.cearbitraje.com/es/calculadora>.

- Los derechos de admisión y administración de la Corte, con arreglo al Anexo I del Reglamento y, en su caso, los gastos de alquiler de instalaciones y equipos para el arbitraje.

- Los honorarios y los gastos razonables de los árbitros, que fijará o aprobará la Corte de conformidad con el Anexo II del Reglamento.

- Los honorarios de los peritos nombrados, en su caso, por los árbitros.

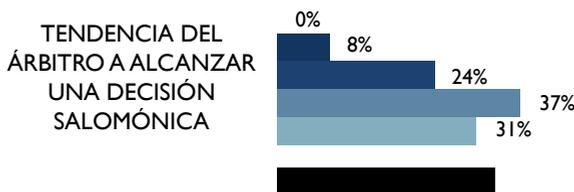
- Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Las 2 primeras costas se cubren a través de una provisión de fondos abonada al principio del arbitraje, pudiendo la Corte solicitar provisiones de fondos durante el proceso en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando hay reconvencción). Estas cantidades se pagan por el demandante y demandado a partes iguales, salvo acuerdo contrario por las partes.

El problema reside cuando queremos una Corte con 3 árbitros, una configuración estándar, ya que encomendar el asunto a uno solo no es una opción muy considerada por abogados y empresas. Por ejemplo, en un procedimiento con una cuantía de 30.000€, el coste del arbitraje aproximado es de más de 17.000€, lo que supone el 56% de la cuantía de la demanda. Sí es cierto que es un coste que se suele dividir entre las partes, por lo que cada una asumiría unos 9000€ aproximadamente del procedimiento (todo ello sin peritos de por medio).

Sin duda, este sería uno de los problemas observados por las partes a la hora de elegir el arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias.

E) Resolución salomónica.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

Es cierto que acudir al arbitraje pueda acarrear una decisión que no satisfaga a ninguna de las dos partes por ser demasiado "salomónica". Efectivamente, hacemos referencia a satisfacer parcialmente a las partes, un *modus operandi* que puede generar insatisfacción a las partes.

Esto quiere decir que podemos encontrar laudos arbitrales que no dan la razón a ninguna de las partes, habiéndose abonado unas costas de arbitraje altas sin una resolución que satisfaga ninguna de las pretensiones.

Antes, hacíamos referencia a la distinta percepción de los sectores sobre las distintas desventajas, y en el caso de la resolución salomónica parece estar presente en todos los sectores.

IV. CONCLUSIONES.

Podemos concluir que hay problemas más y menos relevantes, pero que todos afectan al funcionamiento del arbitraje, como al convencimiento de su uso por parte de usuarios potenciales.

Si se busca conseguir un mayor uso por parte de empresas, abogados y otros usuarios, es esencial acercar este medio de controversias alternativo a través de un coste de procedimiento más reducido, decisiones menos salomónicas y proporcionar mayor seguridad jurídica con un sistema de jurisprudencia o plataforma análoga que permita a los abogados saber los criterios utilizados a la hora de resolver problemas de determinadas materias.

Debemos hacer hincapié en que las decisiones salomónicas combinadas con que el arbitraje solo tenga una única instancia, no pudiendo recurrir los laudos arbitrales a otra instancia, lo único que genera es intranquilidad a los usuarios. La vía judicial es más lenta y, podemos llegar al acuerdo de que, a la larga, puede ser más costosa, pero dispone de hasta dos instancias superiores (Audiencia Provincial y Tribunal Supremo) para poder recurrir la resolución de Primera Instancia.

Por tanto, los mecanismos de acción de anulación y de revisión son insuficientes porque no son recursos a tal efecto, sino instrumentos excepcionales que solo se pueden ejercer en supuestos muy tasados.

Cierto es que existen otras desventajas apreciadas por los usuarios del arbitraje, como es el caso de la falta de diversidad de árbitros, la dificultad del procedimiento cuando afecta a varias partes. Sin embargo, no parece que esos sean los problemas vitales de cara a usarlo.

Llama la atención el uso de las Cortes de Arbitraje y sus grandes diferencias entre las comunidades autónomas. De las encuestas expuestas anteriormente, el arbitraje más conocido es el de Madrid para pasar directamente a la Corte de Arbitraje Internacional de París. Ciertamente es que el tráfico mercantil que existe en la capital es claramente mayor que el resto de España, pero las diferencias con el arbitraje de Barcelona son importantes en cuanto a su uso.

Podemos finalizar las conclusiones sobre por qué es necesario mejorar el arbitraje en España. En primer lugar, para descongestionar al Poder Judicial de España de asuntos que se pueden resolver por otros medios alternativos, como son la mediación y el arbitraje. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, reducir el coste de la Administración de Justicia, desviando los asuntos más privados (como son los mercantiles) hacia una vía totalmente especializada.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS POU, M.: *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006, p. 715.

CORDERO ARCE, G.: "Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales. Aspectos Práctico", *Revista Chilena de Derecho*, 4- N.º 1, pp. 91-105.

FRANCO CONFORTI, O. D.: "Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional", *Diario La Ley*, 2015, n° 8612, p.2.

GÓMEZ JENÉ, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, COLEX, Madrid, 2007, p.53.

GONZÁLEZ MONTES, J. L.: "El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)", en ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OROZCO PARDO, G. (Dirs.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 93.

MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: "La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje", *Revista de Derecho Patrimonial*, 31, Aranzadi, 2013, p. 3.

MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "El arbitraje electrónico", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 29, 2012, p. 1.

SAN CRISTOBAL REALES, S.: "Denegación de la justicia arbitral en caso de incongruencia extra petita, por error, o mixta", *Diario La Ley*, 2016, n° 8736, p.1.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista de Estudios de Derecho Internacional*, vol. 61, 2009, p. 71.

VILALTA NICUESA, A. E.: *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 139.

