Stampa
abogados

El arbitraje

Dr. Gonzalo Stampa

El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional, ni asesoramiento jurídico alguno

© Stampa Consult S.L 2020, Madrid
Todos los derechos reservados

Los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual de esta obra son propiedad exclusiva de Stampa Consult S.L.
Ninguna parte de este trabajo puede reproducirse, distribuirse, comunicarse, traducirse o adaptarse en forma alguna o por medio alguno, salvo en los casos permitidos por la ley, sin un permiso previo por escrito de Stampa Consult, S.L..
Puede solicitar el permiso enviando un mensaje a a.sauvageot@stampaabogados.com

Stampa
abogados

C/ Ayala, 4, 1º izda. • 28001 Madrid • T: +34 91 561 84 77 • F: +34 91 563 67 10
www.stampaabogados.com

STAMPA ABOGADOS

Stampa Abogados cuenta con un equipo de profesionales con amplia experiencia en arbitraje nacional e internacional.

Nuestra práctica en la materia abarca tanto la función de abogado, como la de árbitro. Nos avala la participación, hasta la fecha, en más de 150 procedimientos arbitrales, tanto *ad hoc*, como administrados bajo los reglamentos de las principales instituciones arbitrales nacionales e internacionales, en sedes europeas, americanas y asiáticas.

Como abogados representamos habitualmente sociedades privadas y empresas estatales, diseñando y aplicando estrategias coordinadas de defensa de sus intereses en controversias nacionales y transnacionales relacionadas, principalmente, con el asesoramiento en proyectos internacionales de construcción a largo plazo, en proyectos complejos de ingeniería y construcción de plantas químicas, petroquímicas e industriales, en proyectos de ingeniería civil, en contratos de construcción llave en mano, en compraventa de activos societarios, en compraventa internacional de mercaderías y en controversias sobre la protección de la inversión extranjera.

ÍNDICE

I. Introducción 6
II. Concepto y características 8
III. El acuerdo arbitral 15
IV. El tribunal arbitral 23
V. El procedimiento arbitral 35
VI. Las órdenes procedimentales y el laudo 44
VII. Actuaciones posteriores a la rendición del laudo 47
VIII. Conclusión 52

DEFINICIONES

Ciadi	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Convenio de Ginebra	Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961
Convenio de Nueva York	Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958
Directrices IBA	Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, de 23 de octubre de 2014
Ley Modelo	Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, de 21 de junio de 1985
Notas	Notas sobre organización del proceso arbitral de UNCITRAL, de 2016
Reglamento UNCITRAL	Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 15 de agosto de 2010
Reglas de Praga	Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, de14 de diciembre de 2018
Reglas IBA de 2010	Reglas de la International Bar Association sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional
Uncitral	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Unidroit	Instituto Internacional de Roma para la unificación del derecho privado

I. INTRODUCCIÓN

1. La armonización es el instrumento de técnica legislativa que ha proporcionado al arbitraje la agilidad necesaria para superar sus dificultades prácticas,[1] eliminando sus eventuales disparidades normativas y reforzando su seguridad jurídica.[2] En la actualidad y como consecuencia de este esfuerzo sostenido, la comunidad empresarial internacional acepta la institución arbitral como un mecanismo fiable de solución de controversias

2. El arbitraje es un procedimiento sofisticado, técnicamente complejo, cuya eficacia resulta de la calibración adecuada del equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes contendientes, las competencias exclusivas de los árbitros y las funciones de apoyo y control de los órganos judiciales competentes. En la delimitación de esta convivencia colaboran:

A. Diversos organismos multilaterales –como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo, UNCITRAL) o el Instituto Internacional de Roma para la unificación del derecho privado (en lo sucesivo, UNIDROIT)- responsables de la elaboración de textos como la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, de 21 de junio de 1985 (en lo sucesivo, la Ley Modelo),[3] el Reglamento de Arbitraje de

---

1 School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*. PricewaterhouseCoppers Publications. 2006; School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008*. PricewaterhouseCoppers Publications. 2008.

2 Nota Explicativa de la Secretaria de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, §§4-8, Anexo I, en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf; Nota Explicativa de la Secretaria de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, en su versión enmendada en 2006, §§6-9, Anexo I, en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

3 Aprobada durante la decimoctavo período de sesiones de trabajo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena entre los días 3 a 21 de junio de 1985 (Documento de las Naciones Unidas A/40/17).

UNCITRAL de 15 de agosto de 2010 (en lo sucesivo, el Reglamento UNCITRAL)[4] o tratados internacionales bilaterales o multilaterales sobre materia arbitral, tales como el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (en lo sucesivo, el Convenio de Nueva York) o el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961 (en lo sucesivo, el Convenio de Ginebra);

B. Las principales instituciones arbitrales y asociaciones profesionales especializadas, con la elaboración de reglamentos de procedimiento y recomendaciones para la práctica arbitral;

C. Las regulaciones arbitrales de derecho comparado; y

D. La difusión de laudos y de jurisprudencia resultante de las funciones de auxilio judicial al arbitraje o de control del laudo.

3. Atendiendo a las conclusiones obtenidas de esta ingente actividad armonizadora, este artículo sólo pretende determinar conceptualmente los diferentes elementos configuradores de la institución arbitral –el acuerdo arbitral, los árbitros, el procedimiento arbitral, el laudo y las funciones judiciales de apoyo y control del procedimiento arbitral[5]- para, desde la claridad expositiva, proporcionar al lector y usuario de estas líneas una base suficiente para adentrarse en el manejo de esta completa y compleja especialidad jurídica.

---

[4] Aprobado por las Resoluciones de la Asamblea General de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 31/98, de 15 de diciembre de 1976 y 65/22, de 6 de diciembre de 2010.

[5] Ley Modelo, Artículo 5.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

4. El término arbitraje designa todo aquel procedimiento por cuya virtud las partes de una determinada relación jurídica comercial –con exclusión de cualquier fuero judicial que pudiese corresponderles- acuerdan someter la solución pautada de sus eventuales diferencias a la decisión escrita, exclusiva, final y vinculante, de un tercero privado de su elección: el árbitro.

5. El arbitraje tiene una naturaleza contractual, tanto en su origen como en su desarrollo.[6]

Su origen deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, libres para convenir en someter a arbitraje todas aquellas materias disponibles conforme a derecho,[7] (i) para acordar el diseño responsable de un procedimiento arbitral que instrumente la exposición ordenada de sus respectivas posiciones litigiosas y (ii) para pactar la elección del árbitro, a quien atribuirán una competencia exclusiva temporal en la decisión de su disputa.

Su desarrollo –afectado por el principio de relatividad contractual- circunscribe los efectos de tales actuaciones arbitrales a los límites estrictos de la relación jurídica de la que deriven tales diferencias, a las partes que así hayan consentido en resolver sus eventuales discrepancias contractuales y al árbitro o a los árbitros nombrados –por las partes o por la institución arbitral a la que las partes se hayan sometido- para emitir su decisión al respecto; de este modo y salvo acuerdo expreso en contrario de las

---

6 GAILLARD, E. & SAVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 1999, §§11, 44 y 45.

7 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 2.1 (España); Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, Capítulo 12, Artículo 177.1., que fundamenta la arbitrabilidad de la controversia en la naturaleza comercial o patrimonial de la reclamación (Cf. Sentencia del Tribunal Supremo Suizo de 23 de junio de 1992, dictada en el asunto *Ficantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara, SpA., ASA Bulletin* (1993): 63).

partes afectadas, los terceros ajenos al arbitraje quedarán excluidos de su alcance y, por tanto, del conocimiento de sus específicas peculiaridades.

6. El arbitraje puede calificarse como nacional o internacional, aunque sus criterios, al constituir una cuestión de regulación nacional, no son homogéneos.

El arbitraje nacional se desarrolla en un país determinado, con una sede local y una sujeción –procedimental y sustantiva- a su legislación. Su objeto consiste en solventar disputas sobre derechos y obligaciones cuyos efectos jurídicos estén circunscritos al territorio de ese país. El arbitraje nacional carece, por tanto, de elemento extranjero jurídicamente relevante.[8]

El arbitraje internacional puede definirse desde dos perspectivas diferentes: (i) atendiendo a la naturaleza de la transacción objeto disputa, en el sentido de que su desarrollo se produzca en un Estado diferente al de la sede del arbitraje o afecte a varios Estados y (ii) atendiendo al diferente origen de las partes contendientes. Su calificación como internacional dependerá, entre otros criterios, de (i) si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento del contrato o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus respectivos establecimientos, de (ii) si las partes o una de las partes tiene sus domicilios sociales radicados en Estados diferentes, de (iii) si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado[9] o de (iv) si la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta al comercio internacional.[10] El arbitraje internacional se rige por el derecho internacional privado (cuando las partes

---

[8] GAILLARD, E. & SAVAGE J., Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Dordrech. Kluwer Law International. 1999, §84.

[9] Convenio de Ginebra, Artículo I; Ley Modelo, Artículo 1; Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (1987), Capítulo 12, Artículo 176.1; y Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículos 3.1.a y 3.1.b (España).

[10] Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 3.1.c (España). Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículo 1504.

contendientes sean privadas o se les reconozca expresamente tal carácter)[11] y por los principios del derecho internacional público (cuando las partes sean sujetos de ese derecho).

Las técnicas legislativas disponibles para instrumentar la regulación legal del arbitraje son dos: la monista y la dualista.[12]

La técnica monista implica la elaboración de un único texto regulador del arbitraje, cuyas disposiciones son aplicables –por igual- a arbitrajes nacionales e internacionales.[13]

La técnica dualista exige la producción de dos textos normativos diferenciados, con distintos grados de implicación legislativa: uno, regulador del arbitraje nacional, y otro –distinto del anterior- relativo al arbitraje internacional.[14]

---

[11] Desde la segunda mitad del siglo XX, el comercio internacional ha experimentado una creciente participación de los Estados soberanos en actividades de naturaleza empresarial, estableciendo vínculos de derecho privado, mediante la suscripción –entre otros- de contratos mercantiles con cláusulas arbitrales (*acta iure gestionis*). El efecto inmediato de esta participación ha sido matizar y restringir el alcance del principio de inmunidad de jurisdicción, según el cual ningún Estado –a menos que consienta en ello voluntariamente- puede ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado (*par in parem non habet jurisdictionen*). En el asunto *I Congreso del Partido* [(1983) 1 AC 244 (HL)], Lord Wilberforce sintetizó esta relativización en la afirmación *«…once a trader, always a trader…»*. De esta forma, cuando el Estado –bien directamente, bien a través de sus órganos- participe en actos mercantiles o de derecho privado, ni podrá invocar la inmunidad de jurisdicción, ni podrá hacer valer las prerrogativas de su derecho interno, con la finalidad de que su trato se equiparado al de un particular (Convenio de Ginebra, Artículo II; Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 2.2 (España); Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, Capítulo 12, Artículo 177.2; «Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 8 (1986): Artículos 11 a 19; BOUCHEZ, L.J., «The Prospects For International Arbitration: Disputes Between States And Private Entreprises», en VV.AA., *International Arbitration: Past and Prospects [A symposium to commemorate the centenary of the birth of Professor J.H.W. Verzijl (1888-1987)]*. Ed. A.H.A. Soons Dordrech. Martinus Nijhoff Publishers. 1990; Seminario organizado en la Ciudad de México por la IBA el día 9 de marzo de 2001, denominado *4th IBA International Arbitration Day: Arbitration Between States and Investors*).

[12] Nota Explicativa de la Secretaria de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, §9, Anexo I, en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf; Nota Explicativa de la Secretaria de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, en su versión enmendada en 2006, §10., Anexo I. en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

[13] Ley Peruana de Arbitraje (2008). Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España). Ley Inglesa de Arbitraje (1996). Ley Alemana de Arbitraje (1998).

[14] El Capítulo 12 del Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (1987) instrumenta un conjunto de disposiciones aplicables al arbitraje internacional. La Parte 3 del Código Federal de Procedimiento Civil (2011) rige las controversias sometidas a arbitraje interno.

Ambas técnicas permiten, a su vez, determinar la concurrencia de circunstancias de internacionalidad en el arbitraje; una distinción con repercusiones legales y prácticas, al condicionar la aplicación de ciertas disposiciones legislativas y la eventual adaptación de criterios nacionales a las exigencias de la práctica internacional.[15]

7. El arbitraje puede ser institucional o *ad hoc*.

Nos encontramos ante un arbitraje institucional en aquellos supuestos en los que las partes deciden someter la administración de todo el procedimiento arbitral convenido a la supervisión de una institución arbitral, de conformidad con las disposiciones de su reglamento de procedimiento[16] y que adquieren así el valor de estipulación contractual entre las partes contendientes.[17] Con la excepción de aquellos reglamentos que pretendan instrumentar un sistema procedimental completo o cerrado[18] y por motivos

---

Ley Francesa de Arbitraje (2011). En Francia, el Libro IV del Código de Procedimiento Civil regula el arbitraje. Su Título I contiene disposiciones aplicables al arbitraje nacional, mientras que su Título II –reformado en 2011- se aplica a los arbitrajes internacionales, con referencias cruzadas puntuales al Título I. De esta forma, el acuerdo arbitral, la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral, la intervención del juez de apoyo o el laudo conforman disposiciones comunes, si bien su aplicación difiere en el supuesto de que el arbitraje sea internacional. Por ejemplo, el acuerdo arbitral no está sometido a ningún requisito formal (Artículo 1507), existe un concepto de denegación de justicia como elemento determinante de la competencia del juez de apoyo en arbitrajes internacionales (asunto *Nioc v. Israel*) o el laudo internacional sólo podrá ser objeto de acción de anulación.

15 Ley Inglesa de Arbitraje (1996), Artículos 2 y 4, Apéndice I, que determinan los preceptos imperativos y aplicables en arbitrajes nacionales e internacionales; Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (1987), Capítulo 12, Artículo 192.1; Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículos 1507 a 1527.

16 Por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, el Instituto Arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), London Court of International Arbitration (LCIA), la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (CIETAC) o la Corte Española de Arbitraje (CEA).

17 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 4 (España).

18 En materia de arbitraje de inversión, la aplicación de la operatividad jurídica del Convenio de Washington se instrumenta a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y al amparo de su Reglamento de Arbitraje. Bajo su directa supervisión y mediante la aplicación de las disposiciones de su Reglamento de Arbitraje, el Convenio de Washington asegura la celebración del arbitraje y la posterior ejecución del laudo que eventualmente se dicte, sin que el mismo pueda ser objeto de anulación o revisión ante los tribunales ordinarios de justicia. BROCHES, A., «Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality. Recognition, Enforcement, Execution», *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* (1987): 287; SCHREUER, C.H., *The ICSID Convention: A commentary.* First Edition. Cambridge. Cambridge University Press. 2001; SCHREUER,

comprensibles de jerarquía normativa, tales disposiciones no derogan aquellos preceptos legales de libre disposición que regulen un mismo aspecto del arbitraje; únicamente, justifican su aplicación supletoria por las partes y por los árbitros, en aquellos supuestos en los que los reglamentos institucionales no prevean nada sobre un aspecto procedimental concreto o no sustituyan un precepto alternativo.

El arbitraje será *ad hoc* cuando las partes hayan renunciado o no hayan previsto la existencia de supervisión institucional alguna del procedimiento arbitral, recayendo su administración en el tribunal arbitral que se constituya y dependiendo su desarrollo de la buena fe de las partes. En estos supuestos, las partes pueden optar entre (i) acordar el desarrollo responsable de todo el procedimiento arbitral, ajustado a sus necesidades específicas[19] o (ii) acogerse a unas reglas preestablecidas para finalidad, sea una legislación arbitral –por ejemplo, la Ley Española de Arbitraje o el Capítulo 12 del Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (1987)- o el Reglamento UNCITRAL, cuyas disposiciones gozan de una aceptación generalizada entre sus usuarios, al haber sido específicamente diseñadas para la administración de arbitrajes *ad hoc*.[20]

8. Las partes son libres para determinar tanto la ley aplicable al procedimiento arbitral, como el derecho sustantivo aplicable para la resolución de la controversia

---

C.H. et al., *The ICSID Convention: A Commentary.* Second Edition. Cambridge. Cambridge University Press. 2009.

[19] Desarrollo que es recomendable que se negocie y estructure durante la negociación del acuerdo arbitral.

[20] Su reputación está avalada en la práctica tanto por las condiciones en que fue aprobado –la Guerra Fría, en su momento más álgido- como por la excelente redacción de sus disposiciones. Precedida de una dilatada etapa preparatoria –con amplia participación de expertos de diferentes bagajes jurídicos, de instituciones arbitrales de diversa naturaleza y de asociaciones profesionales internacionales- UNCITRAL aprobó las *«Notas sobre organización del proceso arbitral»* en su vigésimo noveno período de sesiones, celebrado en Nueva York entre el 28 de mayo de 1996 y el 14 de junio de 1996 y actualizadas en 2016 (en lo sucesivo, las Notas). El objetivo primordial de las Notas es facilitar la administración de todo procedimiento arbitral –sea éste *ad hoc* o administrado- identificando aquellas cuestiones relevantes, a tratar por el árbitro junto con las partes.

planteada. El árbitro deberá fundamentar sus decisiones, con carácter prevalente, en esta elección de las partes, pudiendo apartarse de las mismas de forma motivada.[21]

La ley de procedimiento o *lex arbitrii* conforma el conjunto de normas y regulaciones que rigen los principios básicos de funcionamiento del procedimiento arbitral; es decir y entre otras, las cuestiones relativas a la arbitrabilidad de la controversia, a la validez del acuerdo arbitral, al nombramiento de los árbitros y al alcance de su competencia, a la adopción de medidas cautelares, a las fases del procedimiento, a la práctica de la prueba o el laudo y a la determinación de su contenido. Las partes pueden acordar la aplicación de una legislación arbitral concreta –o, en su defecto, la ley de la sede el arbitraje- o las normas de un reglamento de procedimiento de una institución arbitral, a cuyas disposiciones deseen someterse. En el caso de que las partes acojan esta última opción, la aplicación de la legislación arbitral será subsidiaria, limitándose a aquellos aspectos que no sean regulados por el reglamento arbitral en cuestión o sobre los que las partes no hayan alcanzado un acuerdo.[22]

El derecho sustantivo del arbitraje define el conjunto de normas jurídicas aplicable por el árbitro para decidir el fondo la controversia planteada (i.e., legislación vigente, estipulaciones contractuales, usos y costumbres del sector en el que se incardine la controversia). Regula, por tanto, los derechos y obligaciones de las partes dentro de la relación jurídica material suscrita entre ellas y sobre las que mantienen discrepancias. Son normas jurídicas que rigen –entre otras cuestiones- la interpretación del contrato, el régimen de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones o la procedencia, el alcance y cuantificación de las indemnizaciones por daños y perjuicios.

---

[21] Laudo de 26 de octubre de 1979, dictado en el asunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional número 3131, *Pabalk Tikareti Sirketi v. Norsolor, S.A.*

[22] Ley Modelo, Artículo 19.2; Reglamento UNCITRAL, Artículo 17; LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitration.* The Hague. Kluwer Law International. 2003, 34; BOND, M.J., «The Standard of Proof in International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2011): 315; AHMED, M., «The Influence of the Delocalization and Seat Theories upon Judicial Attitudes Towards International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2011): 407.

9. Las partes pueden acordar que el arbitraje se resuelva en derecho o en equidad.

Conviniendo la celebración de un arbitraje de derecho, las partes obligan al árbitro a rendir su laudo de forma motivada; es decir, valorando los hechos probados según un determinado conjunto de normas jurídicas,[23] bien concertadas por las partes o bien consideradas justificadamente por el árbitro como aplicables al fondo de la controversia planteada.[24] En esta valoración, y entre otros factores, el árbitro podrá sopesar asimismo la aplicación de las disposiciones del contrato discutido y de los usos y costumbres reconocidos en el sector industrial o comercial en el que se encuadre la discusión.[25]

El arbitraje de equidad es aquel en el que el árbitro dicta su laudo, razonado sobre la base de una aplicación más flexible e informal de las normas jurídicas elegidas; sobre la base de una aplicación, en definitiva, matizada por criterios de equidad, justicia, el leal saber y entender del decisor y los principios generales del derecho, comúnmente aceptados[26]. Salvo contadas excepciones legislativas, su rendición sólo será posible previo acuerdo expreso de las partes, confiriendo poder a los árbitros para decidir de esta forma. Algunas legislaciones exigen que en el árbitro único que decida en equidad concurra la condición de jurista y, en el supuesto de que se haya constituido un tribunal arbitral, al menos uno de sus integrantes detente tal condición.[27]

---

[23] *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] 2 W.L.R. 262 HL, donde las partes convinieron la aplicación de los principios comunes de derecho y de derecho civil.

[24] Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, Artículo 48.

[25] Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, Artículo 19; Reglamento de Procedimiento de la Corte Española de Arbitraje de 2011, Artículo 4.3.

[26] Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 37.4 (España): establece la obligación de motivar el laudo con independencia de que el mismo sea dictado en derecho o en equidad, salvo en los supuestos de laudos adoptados por acuerdo de las partes.

[27] Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 15 (España). Ley Alemana de Arbitraje (1998), Artículo 1051.3. Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículos 1478 y 1512. Ley Inglesa de Arbitraje (1996), Artículo 46.1.b.

III. EL ACUERDO ARBITRAL

10. Instrumentado por las partes como cláusula de un contrato (cláusula arbitral) o como convenio anexo a un contrato (convenio arbitral)[28] y referido a una relación jurídica determinada, el acuerdo arbitral constituye simultáneamente el fundamento y el límite del procedimiento arbitral. En su ausencia, el arbitraje deviene imposible en su concepción y, por tanto, en su realización. Pero, constatada su existencia, sus efectos y el desarrollo de su procedimiento estarán indefectiblemente condicionados por el principio de relatividad contractual; el arbitraje sólo vinculará a los firmantes del acuerdo arbitral, de forma que, al decidir, el árbitro no podrá alterar el derecho de terceros (*non potest arbiter inter alios iudicando alterius ius mutare*).[29]

11. Una vez surgida la controversia y necesitada su solución por las partes contendientes, el acuerdo arbitral debe erigirse en una herramienta eficaz para canalizar ordenadamente la disputa. Su integridad debe ser protegida entonces mediante la aplicación de dos principios básicos: el de supervivencia y el de conservación del acuerdo arbitral.

El principio de supervivencia del acuerdo arbitral preserva sus efectos positivos y negativos. Su aplicación garantiza la autonomía del acuerdo arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato principal en cuyo cuerpo se incardina; autonomía plasmada tanto en su posible regulación separada e independiente del resto de la relación jurídica,[30] como en su inmunidad frente a una eventual invalidez de las

---

[28] El convenio arbitral puede, además, referirse a controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales.

[29] D.33, 2, 31.

[30] Convenio de Nueva York, Artículo V.l. a); Convenio de Ginebra, Artículo VI .2. c); Laudo de 23 de septiembre de 1982 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dictado en el asunto 4131/1982 (caso *Dow Chemical et. al. v. Isover-Saint Gobain)*. FRANCESCAKIS, PH., «Le Principe Jurisprudentiel de l'Autonomie de l'Accord Compromissoire», *Revue de l'Arbitrage* (1974): 67.

disposiciones que compongan el contrato principal, impidiendo que la misma comporte necesariamente la nulidad del acuerdo arbitral.[31]

El principio de conservación del acuerdo arbitral o *«…in favorem validitatis…»* presupone la validez de todo acuerdo arbitral siempre que sea posible, bien porque se infiera así de las normas procedimentales elegidas por las partes contendientes, bien porque así se determine por las normas aplicables al fondo de la controversia, bien porque tal sea la voluntad contenida en el documento que articule el acuerdo arbitral.[32] Sus expresiones legislativas son dos: la primera, es la posibilidad de considerar válido cualquier acuerdo arbitral, siempre que así se infiera de las normas procedimentales elegidas por las partes o se determine por las normas aplicables al fondo de la controversia. La segunda, es la regulación del acuerdo arbitral por referencia, de forma que la remisión contenida en un contrato a un documento que, a su vez, contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo arbitral válido, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula compromisoria forma parte del contrato principal sobre el que se plantea la controversia.[33]

---

[31] Ley Modelo, Artículo 16.1; Convenio de Ginebra, Artículo V.3; Reglamento UNCITRAL, Artículo 23.1; Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículo 1447; Ley Escocesa de Arbitraje (2010), Section 5; Ley Holandesa de Arbitraje (1986) Artículo 1903. El principio de supervivencia del acuerdo arbitral fue establecido en una decisión del Tribunal de Apelación de Inglaterra de 1940, rendida en el asunto *Heyman* v. *Darwing Ltd.*, en [1942] A.C. 356. Posteriormente, el Artículo 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional instrumentó su enunciado. En Francia, el principio fue recogido por primera vez en la decisión dictada en el asunto *Gosset* (1er Ch. Civ., 7 mai 1963, RC, 1963, 615; JCP, 1963, 13405; JDI, 1963, 83; D. 1963, 545). En Estados Unidos, el asunto de referencia es *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* (388 U.S. 395 (1967).

[32] *SAS ADB c. REO Inductive Compononents AG*, Cour d'appel de Paris, Chambre Civile, Section 1, no. 10/23578 (20 mars 2012).

[33] INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention.* Paris. ICCA Publishing. 2011, 42-47; Decisión dictada por la Corte Europea de Justicia de Luxemburgo en el asunto *Powell Duffryn Plc. v. Petereit* ([1992] I *ECR* 1745); *Compañía Minera Condesa SA v. Compañía de Minas Buenaventura SA gegen BRGM-Pérou S.A.S.*, en *Bundesgericht, BGE* 124 III 83: el acuerdo de jurisdicción contenido en los estatutos de una sociedad vincula a sus accionistas con independencia del momento o la forma en que éstos hayan adquirido sus acciones. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial se ha extendido a la determinación de la validez de acuerdos arbitrales contenidos en estatutos sociales, siempre y cuando el accionista haya tenido oportunidad de conocer de buena fe su contenido con anterioridad a la adquisición de las acciones (en la misma línea, Society of Maritime Arbitrators in *MAP Tankers Inc. v MOBIL Tankers Ltd.*, Laudo parcial de 28 de Noviembre de 1980 [Society of Maritime Arbitrators, Inc., New York; Award Service, Fourth Distribution, Fiscal Year 6/1/80-5/31/81, Awards 1486-1514]; Laudos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en los asuntos 2375/1975 y 4131/1982). BERTI, S.V., «Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss

12. La determinación de su existencia[34] y de la delimitación del alcance del acuerdo arbitral es una competencia exclusiva de los árbitros, dependiente de la aplicación de ciertas normas materiales y procedimentales, necesarias para que el acuerdo arbitral despliegue plenamente su eficacia, (i) generando efectos obligatorios entre las partes firmantes, (ii) apartando a los tribunales ordinarios de justicia del conocimiento y resolución de las controversias sometidas a arbitraje, hasta la rendición del laudo, (iii) confiriendo a los árbitros jurisdicción suficiente como para dirimir el fondo de las controversias voluntariamente sometidas por las partes a su criterio y (iv) permitiendo el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral hasta la rendición del laudo.[35]

13. Las normas materiales –incluidas en el derecho de obligaciones- establecen los elementos configuradores básicos del acuerdo arbitral:[36] (i) la arbitrabilidad objetiva de la controversia, referida a cuestiones disponibles en derecho para las partes, susceptibles de remisión a arbitraje y que no contravengan el orden público;[37] (ii) la forma escrita de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje;[38] y (iii) la plena capacidad de obrar de las partes, determinada por sus respectivas leyes nacionales (efecto positivo material).[39]

Law», *The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects.* ASA (Association Suisse de l'arbitrage). Special Series 8 (1994): 120.

34 EL juez de apoyo, por lo general, sólo puede limitarse a efectuar una comprobación *prima facie* de su existencia

35 MERINO MERCHÁN, J.F. & CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral.* Tercera Edición. Madrid. Thomson-Civitas. 2006, 1339.

36 Convenio de Nueva York, Artículo II.3.

37 Convenio de Nueva York, Artículo II.1.

38 Convenio de Ginebra, Artículo I.2.a; Convenio de Nueva York, Artículos II.1 y II.2. Ley Francesa de Arbitraje (2011): Su Artículo 1507 establece una excepción a esta regla, al disponer que, en los arbitrajes internacionales, *«…el convenio arbitral no se encuentra sometido a ningún requisito de forma…»*.

39 Convenio de Ginebra, Artículo VI; Convenio de Nueva York, Artículos V.1.a. y IX.1.a.

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.[40] Así, su formalización acredita la existencia de una expresión suficiente de la voluntad inequívoca de las partes firmantes para asumir recíprocamente la obligación contractual de someter sus discrepancias –nacidas de la ejecución de una relación comercial concreta- al arbitraje acordado, sea éste *ad hoc* o institucional. Esta obligación material incluye, entre otros, el compromiso de las partes de cooperar en el nombramiento de los árbitros, de colaborar en el desarrollo responsable del procedimiento arbitral y de aceptar –de antemano- el carácter vinculante del laudo que en su día se dicte. Laudo que rendirán los árbitros, impidiendo el conocimiento y la decisión de la desavenencia surgida por los órganos judiciales ordinarios (efecto positivo procedimental). Por lo tanto, esta exigencia se convierte en herramienta esencial para solventar aquellos supuestos en los que alguna de las partes impugne la eficacia del acuerdo arbitral, invocando su eventual nulidad[41] o su ineficacia[42] para impedir el pleno despliegue de sus efectos.

Estas normas materiales establecen las condiciones legales requeridas para determinar la existencia y la eficacia jurídica del acuerdo arbitral. Demostrada su existencia y como hemos expuesto, el acuerdo arbitral despliega entonces sus efectos positivos –materiales y procedimentales- circunscritos a la esfera contractual de las partes contendientes.

14. Con la suscripción del acuerdo arbitral, las partes contendientes ejercitan asimismo su facultad para excluir voluntariamente a los órganos de la jurisdicción ordinaria de la resolución de la concreta controversia planteada. Una exclusión instrumentada a favor de los árbitros que en su día se nombren y cuyo ejercicio debe,

---

[40] Convenio de Ginebra, Artículo I.2.a; Convenio de Nueva York, Artículos II.1 y II.2. Criterio de flexibilidad: Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas o por cualesquiera otros métodos reconocidos de nuevas tecnologías o medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículo 1507.

[41] Inexistencia o nulidad *ab initio* del acuerdo arbitral, motivada por la concurrencia de fraude, error o falta de consentimiento de sus otorgantes.

[42] Convenio de Nueva York, Artículo II.3.

no obstante, corroborarse cuando, iniciada la controversia, la parte que entienda afectados sus intereses contractuales en una determinada relación comercial deba plantear el arbitraje acordado.

La conducta procesal de las partes deviene entonces relevante. En ese momento inicial, alguna de las partes vinculadas por el acuerdo arbitral puede optar por renunciar unilateralmente a su facultad, instando el ejercicio de su acción ante los tribunales ordinarios de justicia, en contravención de los términos y obligaciones del acuerdo arbitral. Esta situación procesal ofrece dos posibles soluciones.

La primera posibilidad –remota, pero factible- consistirá en que ambas partes destruyan de común acuerdo el acuerdo arbitral previamente suscrito, decidiendo continuar sus desavenencias por vía judicial y renunciar así a su facultad de exclusión a favor del arbitraje, previamente acordada en el contrato principal del que deriva la controversia.

La segunda posibilidad –más frecuente- es que la parte que aprecie un incumplimiento del acuerdo arbitral en la actitud procesal de la parte instante de la acción denuncie ante el órgano judicial afectado tal desprecio a los efectos positivos materiales y procedimentales del acuerdo arbitral; invoque, en definitiva, la validez del acuerdo arbitral, la plena eficacia de sus efectos positivos procedimentales y materiales y, por ende, la falta de competencia del órgano judicial afectado para decidir el fondo del asunto, en tanto que dicha controversia está sometida a arbitraje (declinatoria).[43]

Aplicando esta premisa junto con el principio de mínima intervención judicial, el juez al que se le someta un litigio sobre el que gravite un acuerdo arbitral deberá remitir a las partes al procedimiento arbitral, siempre que medie la previa solicitud –en tiempo y forma procesales- de cualquiera de ellas y una vez sea comprobada la validez material del

[43] Convenio de Ginebra, Artículo VI.

acuerdo arbitral. De cumplirse afirmativamente ambas condiciones, el juez ordinario no impedirá el normal desarrollo del procedimiento arbitral.[44]

El efecto negativo del acuerdo arbitral alcanza, por tanto, la órbita procesal de la controversia planteada. Invocada en tiempo y forma ante la instancia judicial, la existencia del acuerdo arbitral impide y limita la intervención judicial durante el desarrollo del procedimiento arbitral a aquellos supuestos legalmente tasados, en los que se prevea la posibilidad de obtener dicha asistencia judicial.

15. El acuerdo arbitral requiere una redacción acertada, basada en la precisión de su texto, en la simplicidad de su estilo y –siempre que sea posible- en la utilización de cláusulas modelo.[45] Su objetivo es minimizar los riesgos inherentes a una redacción insuficiente del acuerdo arbitral, cercenadora involuntaria del verdadero alcance deseado por las partes contratantes.

La experiencia práctica nos demuestra que la habitual ubicación de las cláusulas arbitrales en los contratos –entre sus últimas disposiciones- es el resultado de una curiosa mezcla entre recelo, hartazgo y desidia de sus negociadores. Recelo hacia la mención de la cláusula arbitral, derivado del cerval e infundado miedo de los intervinientes al fracaso comercial, como si de una suerte de invocación al desastre se tratara. Hartazgo de los negociadores, porque es una cuestión que –siguiendo intuitivamente los principios de la ambigüedad constructiva- suele abordarse por las partes al final de intensas reuniones negociadoras; es decir, justo en el momento en el que el cansancio de los profesionales involucrados merma sus respectivos estados de ánimo. Desidia en sus responsables, centrando sus objetivos en la consecución de otros aspectos más crematísticos que los meramente jurídicos. La conjunción de estos tres factores apuntados actúa en detrimento de la fiabilidad del acuerdo arbitral, en

---

[44] Convenio de Nueva York, Artículo II; Convenio de Ginebra, Artículo VI.

[45] LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitral.* The Hague. Kluwer Law International. 2003, 165-185; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration.* Paris. ICC Publishing. 2012, 6.

tanto implica que su redacción se deje ocasionalmente al albur de profesionales con un bagaje arbitral práctico manifiestamente mejorable. Falta de interés que, unida a la natural querencia a la exhibición de los redactores de tales cláusulas, genera que las mismas apenas recojan la voluntad verdadera de las partes –ya entonces inmersas en burbujas celebrantes del éxito- o, de recogerla, fallen sin embargo en la referencia arbitral.

En el primer supuesto, nos encontraremos ante acuerdos arbitrales válidos, pero sustancialmente inútiles, al obviar la verdadera voluntad de las partes contratantes. Planteada la controversia, la ejecución del acuerdo arbitral será inoperativa o su interpretación devendrá imposible.[46]

En el segundo supuesto, afrontaremos la complejidad de los acuerdos arbitrales patológicos, según la denominación acuñada por Frédéric Eisemann –quien fuera Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional durante veintiséis años-[47] para referirse a aquellos acuerdos arbitrales susceptibles de generar numerosos problemas en el desarrollo de cualquier procedimiento arbitral.[48] Su aportación –*perlas*, como prefirió denominar los ejemplos en los que basó su abstracción teórica- ha permitido definir doctrinalmente el acuerdo arbitral patológico como aquel que resulta ineficaz para establecer el procedimiento arbitral en plenitud de efectos.[49] Una ineficacia que puede estar motivada por (i) la

---

[46] Convenio de Nueva York, Artículo II.3.

[47] EISEMANN, F., «La clause d'arbitrage pathologique», ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli.* Turin. Unione Tipografico-Editise Turinese. 1974, 129.

[48] EISEMANN F., «La clause d'arbitrage pathologique», ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli.* Turin. Unione Tipografico-Editise Turinese. 1974, 129-161.

[49] ARTUCH IRIBERRI, E., «El convenio arbitral defectuoso», *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (1995): 415; CRAIG, W.L., PARK, W.W. & PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration.* Third Edition. New York. Oceana Publications, Inc./Dobss Ferry. 2000, 127-137; GAILLARD, E. & SAUVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 1999, §§484-485; DAVIS, B.G., «Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria», *Arbitration International* 7: 365; DERAINS, Y. & SCHWARTZ E., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration.* The Hague. Kluwer Law International. 1998, 356; FRIEDLAND, P., «Pathological Arbitration Clauses in German Courts», VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXII. The Hague: Kluwer Law International, 1095; FRIGNANI, A., «Libertà delle parti e clausole patologihce

existencia de defectos graves en su redacción, (ii) por la insuficiencia de su contenido o (iii) por la comisión de errores esenciales en la determinación de sus elementos constitutivos.[50] En definitiva, por la concurrencia de unas determinadas causas –de gravedad variable- que impiden desplegar total o parcialmente las cuatro funciones primordiales de todo acuerdo arbitral eficaz,[51] anteriormente apuntadas.

Tan pronto este aspecto del acuerdo arbitral sea cuestionado por alguna de las partes en el momento procedimental adecuado, el árbitro debe analizar la cláusula patológica, en dos fases sucesivas. En la primera, el árbitro debe determinar la voluntad de las partes involucradas de someter sus controversias al arbitraje. Si el resultado de esa determinación es afirmativo, el árbitro afrontará la segunda fase, con la finalidad de analizar los términos del contrato principal, en relación con el acuerdo arbitral afectado por la patología detectada. Sólo una vez determinadas favorablemente estas premisas, el árbitro podrá depurar el contenido del acuerdo arbitral, para discernir si tales defectos son superables o, por el contrario, críticos. De proceder, el árbitro afrontará esta subsanación respetando el principio de conservación del acuerdo arbitral y analizando las actuaciones de las partes, coetáneas con la negociación del documento en el cual se articule el acuerdo arbitral.

16. El acuerdo arbitral, por tanto, conforma la base del arbitraje; articula la voluntad escrita e inequívoca de las partes de una determinada relación jurídica –contractual o no- de someter la resolución de sus eventuales diferencias a este mecanismo de solución controversias,[52] con renuncia a cualquier otro fuero judicial que

---

nell'arbitrato internazionale», *Arbitraje* (2008): 769; HOCHBAUM, J., «Pathological Arbitration Clauses in German Courts. German Courts Interpret Arbitration Clauses Wrong Designation of the Seat of an Arbitral Institution», *International Arbitration Report* 11: 20; XIAOHONG, L., «Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses», *Us-China Law Review* (2006): 33; ROBINE, E., «What Companies Expect of International Commercial Arbitration», *Journal of International Arbitration* (1992): 31.

50 BARONA VILLAR, S. (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje.* Madrid. Thomson-Civitas. 2005, 389-390.

51 EISEMANN, F., «La clause d'arbitrage pathologique», ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli.* Turin. Unione Tipografico-Editise Turinese. 1974, 129.

52 Ley Modelo, Artículo 7; Convenio de Nueva York, Artículo II; Convenio de Ginebra, Artículo I.2.a).

pudiese corresponderles y –salvo excepciones- sin la participación de terceros ajenos a esa controversia.

IV. EL TRIBUNAL ARBITRAL

17. Una de las principales ventajas que ofrece el arbitraje frente al proceso judicial es que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes pueden seleccionar los componentes del tribunal arbitral que deban conocer su disputa. La adecuada elección de un tribunal arbitral adaptado a las exigencias técnicas y culturales de cada supuesto específico favorece una resolución más eficiente de la controversia planteada. Por este motivo, el proceso de elección de los componentes del tribunal arbitral –único o colegiado- se ha convertido en una herramienta de estrategia procedimental, necesitada de un manejo especializado, en tanto que confluyen simultáneamente diversos factores esenciales a considerar; factores que expondremos seguidamente.

18. El árbitro es un tercero privado, libremente elegido por las partes para conocer y decidir –de forma vinculante- una determinada controversia sometida a arbitraje. Mediante la suscripción del acuerdo arbitral, las partes confieren al árbitro una competencia decisoria exclusiva, otorgándole voluntariamente una autoridad suficiente para desempeñar frente a ellas esta función limitada, concreta y temporal. Competencia que el árbitro designado –directa o indirectamente- consiente en ejercer, aceptando su nombramiento y los deberes inherentes al desempeño de su función,[53] entre los que se encuentra su honradez, su competencia técnica y su disponibilidad.

[53] GAILLARD, E. & SAVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 1999, 609-628, §§1126-1168; LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitration.* The Hague. Kluwer Law International. 2003, 275-299.

19. Aceptado el nombramiento, las partes esperan del árbitro que ejecute eficazmente su encomienda, sirviéndose de tres poderes reconocidos legalmente: (i) el poder de decisión, por el que se le otorga la competencia para dictar laudos y otras resoluciones procedimentales, resolviendo el fondo asunto planteado ante él y ordenando adecuadamente el procedimiento; (ii) el poder de ejecución de tales resoluciones, limitado exclusivamente a las partes del arbitraje; y (iii) el poder de documentación, concebido como la capacidad de recopilar, solicitar y practicar las pruebas que estime convenientes para resolver el fondo de la controversia planteada.

Sin embargo y comoquiera que el arbitraje está sometido a las limitaciones inherentes al principio de relatividad contractual, el árbitro carece de *imperium*; es decir, de todo poder que suponga compulsión, coerción o simple mando sobre terceros ajenos al procedimiento arbitral.[54] Esa ausencia de *imperium* debe ser completada por los tribunales ordinarios de justicia, a través de la articulación de una necesaria convivencia entre jueces ordinarios e institución arbitral, regulada con el equilibrio suficiente como para garantizar el ejercicio de las funciones de apoyo y control del juez ordinario legalmente establecidas, con la reconocida independencia y autonomía del árbitro.

En definitiva, mediante la regulación adecuada de la colaboración judicial ocasional para suplir las comprensibles carencias del árbitro frente a terceros ajenos al procedimiento arbitral.

20. La eficacia de esta regulación dependerá de una exacta delimitación de las respectivas funciones de árbitros y de jueces de auxilio. Su existencia obliga al legislador a deslindar simultáneamente tanto las competencias de árbitros y jueces en sus atribuciones, como los mecanismos de cooperación disponibles entre ambas

---

[54] REDFERN, A. & HUNTER, M., *Law & Practice of International Commercial Arbitration*. Second Ed. London. Sweet & Maxwell. 1991, 333-334; VERDERA Y TUELLS, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, entre la tradición y la innovación.* Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2005, 109.

instituciones jurídicas para garantizar su eficaz funcionamiento.[55] Regulación que exige compaginar los principios de disponibilidad de la materia y de relatividad contractual del arbitraje, con el principio de intervención judicial mínima de todo juez ordinario que –a instancia de las partes o del tribunal arbitral- deba desempeñar funciones de apoyo al desarrollo del arbitraje en cualquiera de las diversas etapas en las que –como posteriormente veremos- se estructura.[56]

De esta forma, el juez de auxilio adquiere una progresiva relevancia tanto en el desarrollo del procedimiento arbitral, como en la consolidación de cualquier sede que aspire a detentar una posición relevante en este complejo mercado jurídico. La elección de la sede arbitral puede resultar del acuerdo de las partes contendientes o de la designación de las instituciones arbitrales al amparo de cuyo reglamento los litigantes pretendan desarrollar el procedimiento. Pero, con independencia del mecanismo elegido para tal determinación, partes e instituciones concernidas analizan –entre otros factores, como veremos posteriormente- la dotación real de medios ofrecidos por el ordenamiento jurídico identificado para proporcionar un eficaz y puntual auxilio judicial [57] al procedimiento arbitral, sin invadir innecesariamente competencias exclusivas de los árbitros; entre otros, la regulación y distribución de fueros convencionales y de fueros legales fijados por el legislador para atender las diferentes asistencias judiciales posibles.

---

[55] Delimitación sobre la base de cuyo desarrollo se viene consolidando una tendencia por virtud de la cual se concibe al juez como un apoyo indispensable para dotar el funcionamiento del arbitraje de la necesaria seguridad jurídica. FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Vol. 290. Year 2001. The Hague/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers. 2002, 38-41; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral", en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La nueva Ley de Arbitraje*. Colección Estudios de Derecho Judicial, número 102. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2006, 96-104; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho Privado y Constitución* (2005): 55-91.

[56] MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid. Iustel. 2005, 29: La calidad de toda regulación arbitral se determina por la existencia de cinco elementos fundamentales en su articulado: (i) la definición de los requisitos sobre la validez y eficacia del acuerdo arbitral; (ii) el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes; (iii) la concesión de amplios poderes procedimentales a los árbitros en el desarrollo de sus funciones; (iv) la delimitación precisa de la intervención judicial del arbitraje; y (v) la garantía de la intangibilidad del laudo arbitral.

[57] SANDERS, P., *International Encyclopædia of Comparative Law. Chapter 12: Arbitration*. Martinus Nijhoff. 1996, 48.

21. Optando por la utilización del arbitraje en detrimento de otras formas disponibles de resolución pautada de controversias (i.e., el foro judicial), existe una presunción *iuris tantum* de que las partes desean así evitar o limitar la difusión pública de su diferencia. La privacidad –no la confidencialidad- deviene en una de las características definitorias del arbitraje,[58] cuya adecuada preservación impone al árbitro la observancia de diversos deberes de reserva y protección de información y deliberaciones, inherentes a la misión decisoria encomendada por las partes; obligación que puede derivar de la profesión del árbitro (i.e., abogado en ejercicio) o, simplemente, de la aceptación por el árbitro de su nombramiento. Partiendo de esta base, baste con apuntar la existencia de tres categorías diferentes de regulaciones arbitrales sobre esta materia: (i) aquellas regulaciones que omiten toda mención a la privacidad del arbitraje;[59] (ii) aquellas regulaciones que formulan un principio general

[58] La privacidad significa que en las audiencias –salvo algunas excepciones- sólo puedan asistir las partes, los árbitros y sus abogados, así como peritos y testigos convocados. Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de Australia de 7 de abril de 1995 *Esso Australia Resources/BHP v. Plowman*, en 11 *Arbitration International* 235. Este asunto derivaba de dos arbitrajes paralelos, planteados entre la multinacional petrolera ESSO/BP y PLOWMAN, empresa australiana suministradora de gas. Los contratos suscritos entre ambas partes contenían cláusulas de revisión de precios y preveían el arbitraje como mecanismo para solventar sus diferencias. Iniciados los arbitrajes entre ambas partes, el Ministerio Australiano de Energía y Minerales tuvo conocimiento de los mismos, requiriendo información a los contendientes. Las partes se negaron a proporcionar la información requerida, fundándose en la supuesta confidencialidad de su contenido y en la privacidad del arbitraje. Ante esta situación, el Ministerio requirió el auxilio judicial de los tribunales ordinarios australianos, basado en la aplicación de la excepción de interés general o público, justificada por la repercusión que dichas decisiones podrían tener en el eventual incremento del precio del gas natural suministrado a los consumidores finales. El Ministerio obtuvo de los Tribunales australianos una autorización para solicitar la publicación de todos los datos económicos de aquellos contratos y de las diferencias que se estaban discutiendo en vía arbitral (*Hassneh Insurance Co. Of Israel & Others v. Stewart J. Mew* en [1993] 2 *Lloyd's Rep.* 243; *United States of America v. Panhandle Eastern Corp. et al.*, 118 *F.R.D.* 346; FESLER, M., «The Extent of Confidentiality in International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2012): 48; PAULSSON, J. & RAWDING, N., «The Trouble with Confidentiality», *ICC Court of Arbitration Bulletin* (1994): 48; STOJCEVSKI, M. & ZELLER, B., «Confidentiality and Privacy Revisited», *Arbitration* (2012): 332.

[59] Ley Modelo, Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bélgica, Botsuana, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, Japón, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Suecia, Suiza, Túnez, Uganda y Uruguay, entre otras legislaciones vigentes en el momento de esta contribución.

de privacidad, carente de desarrollo;[60] y (iii) aquellas regulaciones que abarcan la reglamentación de los supuestos más frecuentes.[61]

22. Las partes tienen reconocida plena libertad para designar a las personas físicas que estimen más adecuadas para dirimir la disputa que les concierne.[62] Los candidatos a árbitro deberán estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles y de su capacidad de obrar. A partir de aquí y dependiendo de la voluntad de las partes,[63] las legislaciones arbitrales aplicables y de las disposiciones de los reglamentos a los que, en su caso, se hayan sometido en el acuerdo arbitral, podemos, a modo de ejemplo, detectar algunas limitaciones destacables. Como hemos apuntado anteriormente, en supuestos de arbitrajes domésticos de equidad, algunas legislaciones exigen que en el árbitro único o en alguno de los árbitros vocales concurra el requisito de ser jurista.[64] En supuestos en los que pueda contemplarse una mediación previa al arbitraje (las denominadas cláusulas de doble paso)[65], el Artículo 12[66] de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002[67] dispone la imposibilidad de que un mediador pueda actuar como árbitro, salvo acuerdo expreso en contrario

---

60 Son aquellas legislaciones que contienen enunciados más o menos genéricos o regulaciones fragmentarias, que impiden distinguir el alcance del deber de confidencialidad *ratione materiae* (aspectos confidenciales del arbitraje) y *ratione personae* (actores obligados a mantener la confidencialidad), entre las que podemos mencionar –en el momento de esta contribución- Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela.

61 En el momento de esta contribución, Australia, Escocia, Nueva Zelanda y Perú.

62 Ley Modelo, Artículo 11.1; Convenio de Ginebra, Artículo III. En el supuesto de que la designación se refiera a un cargo determinado dentro de una institución concreta, la designación se entenderá realizada en la persona que ostente tal cargo en el momento de plantearse el arbitraje.

63 Para ver los riesgos atribuibles a una excesiva delimitación de cualidades en los árbitros, *Jivraj v. Hashwani*, en [2011] UKSC 40; [2010] EWCA Civ. 712; Caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional número 12138/KGA, *Infored, S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó*. Amparo en revisión 2160/2009. *Grupo Radiocentro, S.A.B. de C.V. v. Infored, S.A. de C.V.*

64 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 15.1;

65 Características de los contratos FIDIC. BERGER, K.L., «Law and Practice of Escalation Clauses», *Arbitration International* (2006): 1.

66 *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, 50-52, ¶¶ 78 a 82.

67 Aprobada el 24 de junio de 2002 y durante el quincuagésimo séptimo período de sesiones de trabajo de la Asamblea General de 24 de enero de 2003 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/57/18).

de las partes.[68] En supuestos de arbitrajes seguidos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, CIADI), la mayoría de los componentes del tribunal arbitral deberán detentar una nacionalidad diferente a las de las partes contendientes[69] y una reputación arbitral y profesional acreditada.[70]

23. En el acuerdo arbitral, las partes pueden convenir el número de árbitros que decidan su controversia; un número impar que, por lo general, se determina en uno o tres miembros.[71] Nombramiento que puede efectuarse de común acuerdo entre las partes –en el caso de árbitro único o de presidente de un tribunal colegiado- o, en supuestos de tribunal colegiado, mediante el nombramiento por cada parte de la persona en la que confía para desempeñar las funciones de árbitro vocal en el tribunal colegiado para que éste, a su vez, junto con el otro árbitro vocal nombren conjuntamente al presidente del tribunal arbitral. No existen mecanismos unánimes de designación; los mismos vendrán determinados individualmente por el reglamento arbitral o la legislación a la que las partes se hayan sometido en el acuerdo arbitral.

En la actualidad y en la medida en que puede contribuir a un significativo ahorro de costes y de tiempo, existe una tendencia detectada a disponer la actuación de un árbitro único en aquellos supuestos en los que no exista acuerdo de las partes sobre la configuración única o colegiada del tribunal arbitral.[72] Pero esta no es una regla

---

68 *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, 50, ¶¶ 78 y 80.

69 Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, Artículo 39; Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, Artículo 13.5.

70 Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965, Artículos 14 y 40.2. Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, Artículo 13.1. TEMMER, L.J.E., «The Quality, Independence and Impartiality of the Arbitrator in International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2012): 348.

71 Un supuesto excepcional es el denominado árbitro único por derivación (*umpire*), previsto en los Artículos 16.6 y 21 de la Ley Inglesa de Arbitraje (1996) y en la Ley Escocesa de Arbitraje (2010), cuya actuación está limitada a resolver un desacuerdo puntual entre los dos componentes de un tribunal arbitral de dos miembros.

72 Ley Inglesa de Arbitraje (1996), Artículo 15.3; Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Artículo 12 (España); Ley Escocesa de Arbitraje (2010), Schedule 1, Part 1, Rule 5.

uniforme, ya que existen regulaciones legales y reglamentarias donde el criterio aplicable por defecto es el nombramiento de un tribunal colegiado de tres árbitros.[73] La determinación de esta regla y su alcance deberá efectuarse por las partes durante la redacción del acuerdo arbitral, con la asistencia de sus abogados especialistas en la materia.

24. En íntima relación con la facultad indicada en el parágrafo precedente se encuentra el principio de igualdad en la designación de los componentes del tribunal arbitral. Un principio de especial relevancia en aquellos supuestos de arbitrajes institucionales, con tribunales de composición colegiada. La finalidad de este principio –de obligado cumplimiento por la institución arbitral a la que las partes hayan encomendado la administración del arbitraje- consiste en impedir que alguno de los contendientes pueda detentar una prevalencia injustificada de criterio decisorio sobre los demás miembros del tribunal arbitral a designar y, especialmente, sobre su presidente. Prevalencia que puede originarse, al menos, en dos supuestos: los arbitrajes s?multiparte y los arbitrajes en donde concurran causas justificadas de recusación en alguno de los componentes del tribunal arbitral colegiado.

25. Los arbitrajes multiparte contemplan aquellos supuestos en los que, en un único acuerdo arbitral, confluye (i) una multiplicidad de partes demandantes, de partes demandadas o de partes demandantes y demandadas y (ii) una ausencia de acuerdo entre las partes litigantes sobre el método de constitución del tribunal arbitral, ya que cada uno de los integrantes de una parte plural –demandante o demandado- quiere nombrar su propio árbitro, sin que la parte contraria –no los demás integrantes de esa parte plural- acepte esa pretensión.[74]

---

[73] Ley Modelo, Artículo 10.2; Reglamento UNCITRAL, Artículo 7.1; Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, Capítulo 12, en relación con el Artículo 360 del Código Procesal Civil Suizo, de 19 de diciembre de 2008.

[74] DORÉ, I.I., *Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration*. London. Graham & Trotman/M. Nijhoff. 1990, 1-81; BERGER, B. & KELLERHALS, F., *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. London. Sweet & Maxwell. 2010, 221-223; CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, *Guidelines for*

Si aplicásemos en estos supuestos el principio de igualdad, su consecuencia inmediata sería reconocer el derecho de cada parte a designar su árbitro y concluir con un tribunal compuesto por más de tres miembros, lo que carece de pragmatismo. Este planteamiento constituyó la base de la defensa desarrollada –con éxito- por los demandantes en el asunto *BKMI Industrieanlagen GMBH; Siemens AG v. Dutco Construction Co. (Pvt.) Ltd.*;[75] una decisión que, al sancionar la nulidad del laudo por quebranto del principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros, justificaría la decisión de los principales reglamentos arbitrales internacionales de regular estos supuestos estableciendo que la institución arbitral nombrará todos los componentes del tribunal arbitral. Esta actuación es consentida anticipadamente por las partes concernidas, siempre que en el acuerdo arbitral hayan sometido sus diferencias al reglamento de una institución arbitral concreta y sus disposiciones contengan una regulación específica al respecto. De otro modo, y salvo una disposición responsable de las partes a solventar este escollo, el acuerdo arbitral podría considerarse ineficaz o patológico, quedando expedita la vía judicial, entre otras opciones disponibles, dependiendo del supuesto concreto.

Arbitrator on how to approach issues relating multy-party arbitrations, 2011, en https://www.ciarb.org/media/4220/2011-multi-party-arbitrations.pdf; DELVOLVÉ, P., «Final Report on Multi-Party Arbitrations of the ICC Commission on International Arbitration», *ICC Court of Arbitration Bulletin* 6: 26; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Guide on Multi-party Arbitration under the Rules of the ICC Court of Arbitration*. Paris. ICC Publishing. Publicación 404. 1982; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Multi-Party Arbitration: Views from International Arbitration Specialists.* Paris. ICC Publishing. Publicación 480.1991; MUSTILL, L.J., «Multipartite Arbitrations: An Agenda for Lawmakers», *Arbitration International* (1991): 393; STIPANOWICH, T., "Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions", *Iowa Law Review* (1987): 473; STIPPL, C., «International Multiparty Arbitration: The Role of Party Autonomy», *American Review of International Arbitration* (1996): 47; VEEDER, V.V, «Multiparty Disputes: Consolidation under English Law», en *Arbitration International* (1986): 310; WETTER, J.G., «A Multiparty Arbitration Scheme for International Joint Ventures», *Arbitration International* (1987): 2; WHITESELL, A.M. & SILVA-ROMERO*, E.*, «Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience», *ICC Court of Arbitration Bulletin Special Supplement* (2003): 7.

[75] Sentencia de la Cour d'Appel de París de 5 de mayo de 1989 [1989 Rev. Arb. 723] y de la Cour de Cassation de 7 de enero de 1992. Cf. GAILLARD, E. & SAVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 1999, §792; *Westland Helicopters Ud v. the Arab Organization for Industrialization, the United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, the Arab Republic of Egypt and the Arab British Helicopter Company* [Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dictado en el asunto 3879/1984; Sentencia del Tribunal Supremo Suizo de 24 de septiembre de 1986; Audiencia Provincial de Ginebra de 3 de noviembre de 1987; Tribunal Federal Suizo de 18 de julio de 1988; United States District Court, Southern District of New York de 29 de octubre de 1993; y Tribunal Supremo Inglés de 21 de Julio de 1994]; y *Government of the United Kingdom v Boeing Co.* [United States Court of Appeals, Second Circuit 29 de junio de 1993 No. 92-9242].

26. En los arbitrajes en donde concurran causas de recusación justificadas en alguno de los componentes del tribunal arbitral, la situación también reviste importancia, en tanto que su vulneración podría fundamentar la posterior anulación del laudo que se dictase en el procedimiento; en el supuesto de que nos encontrásemos ante un arbitraje institucional, esta vulneración podría generar la correspondiente responsabilidad pecuniaria de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje, como posteriormente analizaremos.

En estos supuestos, las actuaciones de las partes, de la institución y de los árbitros designados respetarán el deber de revelación, inherente a todo candidato a árbitro (extensión subjetiva) y consistente en su obligación de comunicar a las partes y a la institución arbitral –sin demora- todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad[76] e independencia,[77] mediante la declaración que todo árbitro debe complementar de forma veraz (extensión objetiva). El deber de revelación comprende un deber de diligencia –consistente en la obligación del árbitro concernido de realizar una razonable labor de investigación, para cerciorarse de la inexistencia de conflicto antes de aceptar cualquier nombramiento- y un deber de transparencia. Ambos, a su vez, están relacionados con la honradez del candidato.

27. Si en el árbitro propuesto concurre un conflicto de interés ocultado a las partes y a la institución y su existencia llega a ser conocida pese a todo, la parte afectada tiene la facultad de recusar al árbitro infractor del deber de revelación. Por su parte, la institución arbitral también tiene la potestad de no confirmar el

[76] La imparcialidad es un criterio subjetivo. Supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el procedimiento arbitral, que permitan dudar fundadamente de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral.

[77] La independencia es un criterio objetivo. Supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia algún tipo de relación de la que se derivar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes.

nombramiento de este árbitro.[78] Ambas –facultad y potestad- están justificadas por la necesidad de preservar la validez del laudo frente a los eventuales efectos de esta ocultación, en tanto que, al vulnerar el derecho fundamental a un juez imparcial y, por tanto, el orden público procedimental, podría suponer la eventual declaración de su nulidad. Su existencia y sus efectos pueden ser interesados por las partes, a través de dos mecanismos: la abstención y la recusación.[79]

28. Las partes pueden solicitar del árbitro su abstención antes de que la institución arbitral confirme su nombramiento. Abstención que deberá estar basada en causas objetivas y atinentes al correcto desarrollo posterior del procedimiento arbitral. Dependiendo de su experiencia, el candidato afectado analizará el fundamento de las causas invocadas, optando por su abstención para desempeñar funciones dirimentes y presentando su dimisión. Esta decisión debe ser comunicada a la institución arbitral o a la autoridad nominadora –en supuestos de arbitrajes *ad hoc*- que invitará a las partes a designar otro candidato que reúna las cualificaciones exigidas.[80]

---

[78] La previa ocultación será un elemento negativo que pesará en quien tenga que fallar sobre la recusación, decidiendo si el árbitro controvertido realmente reúne los requisitos de independencia e imparcialidad.

[79] Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, de 23 de octubre de 2014 (en lo sucesivo, las Directrices IBA) resultan de utilidad en la determinación objetiva de las circunstancias afectantes a la imparcialidad e independencia de los árbitros, a través de tres listados –rojo, naranja y verde- que sistematizan las situaciones más frecuentes en esta materia.

El Listado Rojo de las Directrices IBA contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas capaces de generar dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro. Este Listado está dividido en dos subcategorías: situaciones renunciables –aquellas aceptables previa autorización expresa y escrita de las partes contendientes- e irrenunciables, por constituir un conflicto de interés insalvable.

El Listado Naranja de las Directrices IBA enumera algunas situaciones específicas que –dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso- pueden generar dudas a las partes acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y que el árbitro, por tanto, viene obligado a revelar para proporcionar a las partes y a la institución arbitral suficientes elementos de juicio.

El Listado Verde de las Directrices IBA recoge situaciones que, objetivamente, no son susceptibles de crear conflicto alguno de intereses y que, por lo tanto, no afectan ni a la imparcialidad, ni a la independencia del árbitro designado.

[80] Sin embargo, puede ocurrir que, conocidas las circunstancias, el candidato persista en su intención de actuar como árbitro o que la institución arbitral, pese a todo, confirme su nombramiento. En este supuesto, la parte afectada podrá recusar al árbitro propuesto y confirmado, basándose en la concurrencia demostrada de circunstancias objetivas que efectivamente provoquen dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad. Esta recusación se formulará por escrito ante la institución arbitral o ante la autoridad nominadora, que, por lo general y salvo excepciones, decidirá acerca del impacto de las circunstancias denunciadas en la imparcialidad o la independencia del árbitro recusado,

29. La participación de una parte en la designación de un árbitro no implica la automática aceptación de su jurisdicción para dirimir el fondo de una controversia sometida a su decisión, en detrimento de los tribunales ordinarios de justicia.

El acuerdo arbitral es el instrumento jurídico que confiere a los árbitros esta jurisdicción. Pero, en ocasiones y pese a su existencia, las partes aún pueden cuestionar el efecto positivo del acuerdo, obstando a un pronunciamiento material de la disputa.

Este cuestionamiento origina un incidente procedimental, mediante cuyo desarrollo el árbitro determinará su propia jurisdicción, con carácter previo al análisis sustantivo de la diferencia (principio de la competencia sobre la competencia)[81] y en forma de laudo parcial o como cuestión de previo pronunciamiento en el laudo final. Esta determinación deviene en una facultad exclusiva de los árbitros, encuadrada dentro del alcance de su poder de decisión.[82]

El ejercicio de esta facultad se impone en aquellos supuestos en los que el árbitro deba pronunciarse sobre la validez del acuerdo arbitral, con la finalidad de determinar si en el mismo concurren todas sus normas materiales de las que emana la jurisdicción del árbitro, limitada a esa controversia concreta.

---

aplicando una comprobación objetiva de las mismas y de su entidad. De resultar en una conclusión afirmativa, la institución arbitral aceptará la recusación, rechazará nombramiento del árbitro propuesto y procederá a la designación de un nuevo árbitro que cumpla con los requisitos de imparcialidad e independencia exigidos.

81 También conocido como *Kompetenz-Kompetenz*. según el término utilizado con carácter pionero por el Tribunal Federal Alemán, en su resolución de 3 de marzo de 1955, relacionada con el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en Alemania (BGH, BB 1955, 552). Para una explicación teórica completa SCHWEBEL, S.M., *International Arbitration: Three Salient Problems*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge. Grotius Publications Ltd. 1987. Capítulo 1.

82 SMIT, H., «The Arbitration Clause. Who Determines its Validity and its Personal and Subject Matter Reach?», *American Review of International Arbitration* (1995): 395; SMIT, H., «Separability and Competence-Competence in International Arbitration», *American Review of International Arbitration* (2002): 19.

El principio de la competencia sobre la competencia instrumenta un recelo previo de las partes sobre la arbitrabilidad de una determinada controversia; no, sobre las capacidades y cualidades de los árbitros. Motivo por el cual podemos afirmar que el principio de la competencia sobre la competencia constituye otro de los pilares fundamentales de la institución arbitral, íntimamente relacionado con los principios de supervivencia y conservación del acuerdo arbitral.[83]

30. En el ejercicio de sus funciones, los árbitros y las instituciones arbitrales están sometidos a una responsabilidad profesional, de cuyas consecuencias deberán responder en su caso; especialmente, en aquellos supuestos en los que concurran actuaciones negligentes o dolosas de las que pueda inferirse un daño cierto sujeto al resarcimiento de los daños y perjuicios correspondientes[84]. La determinación de esta cuestión no resulta aún pacífica, ya que no existen posturas definidas acerca de su alcance[85]. No obstante, sí es posible señalar algunos de los postulados básicos de los principales sistemas de responsabilidad, con la finalidad de contribuir a la anticipación de las eventuales consecuencias de estas violaciones de los deberes asumidos por los

---

[83] BOND, G.B., *International Commercial Arbitration*. Second Edition. Amsterdam. Kluwer. 2001; CHATURVEDI, S. & AGRAWAL, C., «Jurisdiction to Determine Jurisdiction», *Arbitration* (2011): 201; PARK, W., «Determining Arbitral Jurisdiction», *American Review of International Arbitration* (1997): 133.

[84] En el supuesto de las instituciones arbitrales y como consecuencia de la aceptación de su ofrecimiento del contrato de administración de arbitraje con la admisión de la solicitud de arbitraje, la responsabilidad podría exigirse en aquellos supuestos de incumplimiento de su obligación *in vigilando*, consistente en velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, por la transparencia en su designación y por su independencia, así como de otras obligaciones igualmente asumidas frente a las partes para el desarrollo del procedimiento arbitral conforme a las disposiciones de sus reglamentos.

[85] Se detecta una tendencia a aplicar a los árbitros el mismo régimen de responsabilidad previsto para los jueces, con dos posturas definidas: las que consagran su inmunidad y las que preconizan su responsabilidad. Las primeras son características de los sistemas anglosajones; las segundas, de los sistemas de derecho civil romano. Las posturas que consagran la inmunidad de los árbitros justifican su contenido en la doctrina de la inmunidad judicial, sentada por la Cámara de los Lores de Inglaterra a principios del siglo XVII. Su fundamento estriba en que este principio garantiza una administración de justicia más rápida y eficiente (cf. Ley Inglesa de Arbitraje (1996), Artículo 29; House of Lords, 1607, in re *Floyd & Barker*, en 77 *Eng. Rep*. 1305 (1607); Ídem, 1612, *in re The Case of the Marshalsea*, en 77 *Eng. Rep*. 1027 (1612); 71 House of Lords, 1974, *in re Sutcliffe v. Thakrah*, en [1974] *Ac* 727).

árbitros y por las instituciones arbitrales frente a las partes;[86] postulados que no están exentos de críticas y de autores que defienden su modificación.[87]

31. El desempeño de la función arbitral está retribuido, de forma que, salvo pacto en contrario, la institución arbitral o el tribunal arbitral –en casos de arbitrajes *ad hoc*- podrá solicitar de las partes contendientes una provisión de fondos para atender gastos y honorarios por razón de la misión que les ha sido encomendada.

V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

32. La flexibilidad define el procedimiento arbitral. Las partes tienen reconocida la facultad de diseñar de consuno su desarrollo, adaptándolo a las específicas peculiaridades de su controversia. Una facultad que las partes deben ejercitar con responsabilidad.[88]

Las Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional –aprobado el 14 de diciembre de 2018 y conocidas como las Reglas de Praga- conforma un nuevo texto pararregulatorio procedimental –de uso voluntario- a disposición de las partes y de los árbitros, previo acuerdo en su aplicación. Su base, por tanto, descansa en un escrupuloso respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, la piedra de clave para la comprensión de su importancia en la tramitación del

[86] HAUSMANINGER, C., «Civil liability of arbitrators. Comparative analysis and proposals for reform», *Journal of International Arbitration* (1990): 7; FRANCK, S.D., «The liability of international arbitrators: A comparative analysis and proposal for qualified immunity», (*New York Law School Journal of International and Comparative* (2000): 1; LALIVE, P., «Irresponsibility in international commercial arbitration», *Asia Pacific Law Review* (1999): 161.

[87] RUTLEDGE, P.B., «Toward a contractual approach for arbitral immunity», *Georgia Law Review* (2004): 151; TRULI, E., «Liability vs. quasi-judicial immunity of the arbitrator: The case against absolute arbitral immunity», *The American Review of International Arbitration* (2006): 383.

[88] NACIONES UNIDAS, *Nota Explicativa de la Secretaria de UNCITRAL sobre la Ley Modelo*. Austria. United Nations Publications. 2008, ¶ 35.

procedimiento arbitral. Concebidas con un carácter inclusivo, las Reglas de Praga favorecen la posibilidad de que las partes pueden acordar su aplicación total o parcial, su aplicación selectiva o su aplicación complementaria o conjunta con otras directrices o recomendaciones. Su concepción flexible fomenta un diseño responsable conjunto del procedimiento arbitral por partes y árbitro, adaptado a las concretas necesidades de cada supuesto específico y dirigido a conseguir su mayor eficacia posible en cada supuesto concreto. Sus recomendaciones están estructuradas en doce artículos, agrupables en las siguientes áreas de tramitación procedimental: gestión del procedimiento; práctica de la prueba; y decisión.

En ausencia de acuerdo de las partes al respecto, las legislaciones y los reglamentos arbitrales vigentes reconocen además facultades básicas a los árbitros para la dirección del procedimiento arbitral, con la finalidad de garantizar en todo momento su desarrollo eficaz.[89]

33. La identificación de la sede arbitral es relevante.[90] Su ubicación condiciona la aplicación de criterios esenciales para la determinación adecuada de la competencia judicial de auxilio y control, a prestar en apoyo del procedimiento arbitral. De no haberse determinado en el acuerdo arbitral o de precisarse posteriormente su modificación, la selección de la sede arbitral puede efectuarse por las partes de común acuerdo o, en su defecto, por la institución arbitral a cuyo reglamento se hayan sometido o por el tribunal arbitral nombrado. Selección que se efectuará atendiendo, además de a la voluntad de las partes, a las disposiciones reglamentarias aplicables, junto con la valoración de diversos aspectos tales como la legislación arbitral vigente, la ratificación del Convenio de Nueva de York por el país en donde se pretenda situar la sede, la neutralidad en relación con las partes, la situación geográfica y su accesibilidad o la infraestructura y logística disponible.

---

89 JONES, D., «Techniques in Managing the Process of Arbitration», *Arbitration* (2012): 140.

90 GAILLARD, E., *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. México. Limusa. 2012; AHMED, M., «The Influence of the Delocalization and Seat Theories upon Judicial Attitudes Towards International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2011): 407.

El Artículo 20 de la Ley Modelo revela su influencia armonizadora en este concreto aspecto; la mayoría de los ordenamientos jurídicos avanzados en materia arbitral contienen el criterio exclusivo del lugar del arbitraje para determinar la aplicabilidad de su legislación interna como *lex arbitrii*. En torno a este precepto de la Ley Modelo se desarrolla en la actualidad una incipiente corriente doctrinal preocupada por diferenciar los conceptos de lugar físico –en cuanto que ubicación o celebración- y de lugar jurídico –sede- del arbitraje. Por el momento, la tendencia mayoritaria se inclina por establecer que este último –el lugar jurídico o sede- determine tanto la aplicabilidad subsidiaria de la *lex ?arbitrii* como el fuero judicial.[91] En aquellos supuestos con conexiones internacionales, partes e instituciones arbitrales tienden a seleccionar aquellas sedes arbitrales radicadas en ordenamientos jurídicos conocedores de la esencia del arbitraje.

Con independencia de la delimitación de la sede y salvo acuerdo en contrario de las partes, durante el desarrollo del procedimiento el tribunal arbitral puede reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para deliberar entre sus miembros, practicar pruebas o examinar mercancías o bienes litigiosos de difícil o imposible traslado a la sede arbitral. Excepciones todas ellas que no alteran la designación de la sede del arbitraje.

34. El procedimiento arbitral se desarrollará en el idioma acordado por las partes en el acuerdo arbitral o, en su defecto, determinado por la institución arbitral concernida, acorde a su Reglamento, o por el tribunal arbitral[92]. Esta delimitación se efectúa –como regla general- mediante dos aproximaciones: una, objetiva, consistente en identificar el idioma utilizado por las partes en sus negociaciones, en el contrato del que deriva la controversia y en la correspondencia cruzada entre ellas en tal sentido; otra, subjetiva, atendiendo a los idiomas de las partes, de sus representantes o de los testigos que deban comparecer. En ocasiones y especialmente en arbitrajes

---

[91] OLIVENCIA RUIZ, M., «El lugar del arbitraje», *Arbitraje* (2005): 335-361, 342; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral», *Lima Arbitration* (2007): 25-62.

[92] Ley Modelo, Artículo 22; Reglamento UNCITRAL, Artículo 19.

internacionales, es factible la utilización simultánea de dos idiomas. El idioma que se determine será utilizado por las partes y por el tribunal arbitral para efectuar sus alegaciones, practicar las pruebas y dictar laudos y cualesquiera órdenes procedimentales necesarias para la correcta tramitación del procedimiento.

35. El procedimiento arbitral instrumenta un debate pautado entre las partes para discutir y aclarar ante el tribunal arbitral los términos de una controversia concreta. Su desarrollo adecuado exige la determinación de unos plazos para evacuar los diferentes trámites procedimentales. De conformidad con la naturaleza contractual del arbitraje, su cómputo es sustantivo. Los plazos son susceptibles de ampliación, previa solicitud razonada al tribunal arbitral antes de su expiración.

36. La práctica nos permite distinguir una estructuración del procedimiento arbitral en tres fases principales: (i) la fase previa o administrativa; (ii) la fase de transición; y (iii) la fase procedimental. Sus contenidos pueden estar sujetos a leves variaciones, condicionadas por el reglamento o la legislación aplicables por decisión de las partes y a otras modificaciones estratégicas, justificadas por las circunstancias concretas de cada supuesto; modificaciones que no impiden la identificación de determinados componentes esenciales comunes en cada una de ellas –que seguidamente analizaremos- con la salvedad de que, sobre su base, las parte son libres para complicar su desarrollo hasta el extremo.

37. La fase previa o administrativa define la etapa inicial del arbitraje. Se desarrolla ante la institución arbitral o ante el propio tribunal arbitral, dependiendo del tipo de arbitraje –institucional o *ad hoc*- elegido por las partes en el acuerdo arbitral. La finalidad de esta fase es triple: (i) definir las bases esenciales de la controversia, (ii) constituir el tribunal arbitral y (iii) establecer las premisas administrativas necesarias para el correcto desarrollo del arbitraje.

Las bases de la controversia se fundamentan en el contenido –generalmente, breve- de un escrito de solicitud de arbitraje, la que seguirá un escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje. El primero será elaborado por la parte demandante. El segundo, por la parte demandada, sobre la base del contenido de la solicitud.

Aparte de una fijación sucinta de los hechos controvertidos, en ambos escritos, las partes suelen centrar su atención en aspectos procedimentales del arbitraje, tales como la identificación del acuerdo arbitral del que deriva la solicitud y del contrato que origina la controversia, el número de árbitros, sus preferencias, sus designaciones y sus eventuales recusaciones, la sede y el idioma del arbitraje, la designación de los abogados que les representarán durante el arbitraje y una breve enumeración de sus pretensiones.

En el escrito de contestación resulta recomendable que –de proceder- se impugne el acuerdo arbitral y se manifiesten cualesquiera otros impedimentos que pudiesen afectar al desarrollo del arbitraje. Asimismo, el escrito de contestación deberá anunciar o instrumentar –dependiendo de *lex arbitrii* aplicable- una eventual reconvención, siempre que ese sea el deseo de la parte demandada (demandante reconvencional); de anunciarse o de interponerse, una vez recibida, la institución arbitral conferirá traslado de su contenido a la parte demandante –y, desde ese momento, demandada reconvencional- para que formule su contestación a la reconvención.

En esta fase, la institución arbitral –o, en su caso, el tribunal arbitral *ad hoc*- gestionará otros aspectos administrativos relevantes tales como la decisión sobre las eventuales recusaciones de los componentes de un tribunal arbitral, la determinación de la sede del arbitraje, la confirmación de los componentes del tribunal arbitral, la identificación del idioma del arbitraje o la fijación de los correspondientes anticipos de honorarios y gastos que las partes deberán afrontar para la tramitación de todo el procedimiento arbitral.

En todo caso, y especialmente en arbitrajes institucionales, la institución no decide nada sobre el fondo del asunto; una competencia, como hemos expuesto

anteriormente, exclusiva del tribunal arbitral que se constituya, basada en el conocimiento del contenido del expediente arbitral que recibirá de la institución arbitral, una vez abonadas las correspondientes provisiones de fondos solicitadas a las partes.

38. En el momento en que el tribunal arbitral recibe el expediente, comienza la fase de transición entre la fase previa o administrativa y la fase procedimental.

La finalidad de esta fase intermedia es delimitar, sustantiva y procedimentalmente, el arbitraje. Su ejecución varía, según los reglamentos arbitrales, desde una orden procedimental elaborada por el tribunal arbitral y comunicada posteriormente a las partes hasta la denominada acta de misión, característica del arbitraje desarrollado ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional[93] y elaborada y firmada por el tribunal arbitral con las partes.

En todo caso, en este momento las partes ya deben haber esbozado las líneas maestras de sus respectivas defensas, que desarrollarán –dentro de esos límites- en la fase procedimental. En esta fase, las partes y el tribunal arbitral elaboran el calendario de actuaciones, con la que comienza la fase procedimental.

39. El objeto primordial de la fase procedimental es que, a su término, las partes hayan proporcionado al tribunal arbitral suficientes elementos de convicción para decidir la controversia planteada.

---

[93] Utilizada por primera vez con esa denominación en su reglamento promulgado en 1955. CRAIG, W.L., PARK, W.W. & PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration.* Third Edition. New York. Oceana Publications, Inc./Dobss Ferry. 2000, 273-293; DERAINS, Y. & SCHWARTZ E., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration.* The Hague. Kluwer Law International. 1998, 228-247; LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitral.* The Hague. Kluwer Law International. 2003, 528-531; SCHNEIDER, M., «The Terms of Reference», INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *The New Rules of Arbitration - Special Supplement*, *ICC Court of Arbitration Bulletin*. Paris. ICC Publishing. 1997, 26-37.

El desarrollo de esta fase tiene, en la actualidad, una creciente tendencia escrita, motivada por la preocupación por el control de los costes asociados al arbitraje.[94] No obstante, este criterio puede variar en función de los componentes del tribunal arbitral y de los abogados de las partes; especialmente, en aquellos supuestos –de carácter internacional- en donde exista una prevalencia de profesionales con un bagaje fundado en el derecho común anglosajón, donde las audiencias tienen una relevancia más significada que en el derecho civil. Este mestizaje de formaciones jurídicas que confluyen en el arbitraje dota esta especialidad jurídica de un especial atractivo forense.

Si durante las fases precedentes las partes han planteado cuestiones incidentales sobre la validez del acuerdo arbitral, sobre jurisdicción, sobre solicitud de aportación de pruebas identificadas, pero no aportadas (*discovery* arbitral) o sobre la adopción de medidas cautelares, resulta una práctica aconsejable solicitar que el tribunal arbitral decida tales cuestiones con carácter previo a la sustanciación del fondo de la controversia, bien mediante un laudo interlocutorio, mediante una orden procedimental o como una cuestión de previo pronunciamiento en el laudo final.

40. En esta fase podemos identificar tres trámites básicos:[95] la etapa de alegaciones, la etapa de prueba y la etapa de conclusiones.

41. En la etapa de alegaciones, las partes exponen por escrito sus respectivas posiciones litigiosas sobre el fondo del asunto, aportando o identificando los elementos

---

[94] INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration.* Paris. ICC Publishing. 2012, 13.

[95] CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).* Studia Albornotiana, Vol. 87. Bolonia. Publicaciones del Real Colegio de España. 2004, 142; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (ed.), *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje.* Valladolid. Lex Nova. 2004, 446; Ley Inglesa de Arbitraje (1996), Artículo 1 (b); *Pantechniki S.a. Contractors & Engineers* v. *República de Albania* (Caso CIADI No ARB/07/21). Laudo de 30 de julio de 2009, en http://icsid.worldbank.org; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration.* Paris. ICC Publishing. 2012, 9-15.

probatorios de los que intentarán servirse en sustento de sus pretensiones. El establecimiento del intercambio sucesivo o simultáneo de alegaciones, así como la estructura y exposición de las alegaciones, constituyen cuestiones estratégicas relevantes.

42. En la etapa de prueba, las partes suelen concentrar sus esfuerzos en (i) demostrar con su práctica la existencia y veracidad de los hechos litigiosos previamente alegados en favor de sus respectivas pretensiones[96] y en (ii) refutar las alegaciones y fundamentos sostenidos de adverso. Basándose en su carácter esencialmente disponible, las partes están legitimadas para adoptar aquellos acuerdos –globales o puntuales- que estimen convenientes sobre el objeto, el alcance y los criterios de admisión y práctica de los medios probatorios de los que intenten servirse en sustento de sus respectivas pretensiones litigiosas.

De ser así y siempre que el contenido de tales acuerdos sea lícito, los árbitros devienen obligados –con ciertos límites procedimentales básicos- a respetar el deseo de los contendientes, admitiendo la prueba así propuesta por éstos –a través de sus asesores- y limitándose entonces a ejecutar su práctica, de conformidad con el contenido de tales acuerdos. En su ausencia, las legislaciones y los reglamentos arbitrales vigentes reconocen además facultades básicas a los árbitros para la dirección de la práctica probatoria dentro del procedimiento arbitral (poder de documentación). Concebidas como instrumentos legales de mínimos, estas facultades legitiman a los árbitros en tales supuestos para valorar la pertinencia de la prueba propuesta por los litigantes y para impulsar, eventualmente, su práctica.

Los instrumentos probatorios más frecuentes incluyen la prueba documental, la solicitud de aportación de documentos específicos en poder de una de las partes o de terceros y relevantes para la determinación del fondo del asunto (*discovery* arbitral), la prueba testifical y las pruebas periciales, sobre concretos aspectos técnicos del

[96] BOND, M.J., «The Standard of Proof in International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2011): 315.

asunto. En su práctica, las partes y el tribunal arbitral pueden servirse de las pautas recomendadas por la *«Reglas de la International Bar Association sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional»* (en lo sucesivo, Reglas IBA de 2010).[97] Su medida redacción propicia un delicado equilibrio entre los principios probatorios de derecho anglosajón y de derecho civil continental, gracias al cual las Reglas IBA de 2010 se han consolidado en la práctica forense como un conjunto fiable de preceptos interpretativos, de aplicación frecuente en procedimientos arbitrales –con independencia de su naturaleza y del acuerdo de las partes en el arbitraje- y de utilidad para la actuación del juez de apoyo al arbitraje en materia probatoria. Su vulneración en modo alguno puede considerarse como un motivo de anulación del laudo.[98]

43. Finalmente, en la etapa de conclusiones (cuyo desarrollo puede ser oral o escrito), las partes analizan los hechos alegados y los fundamentos de derecho

---

[97] BÜHLER, M. & DORGAN, C. S., «Witness testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration: Novel or Tested Standards», *Journal of International Arbitration* (17): 3; JALILI, M., «Evidence Before International Arbitration Tribunals: Supplementing Arbitration Rules with IBA Rules of Evidence», *International Arbitration Report* (9): 14; RIVKIN, D.W., «International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration», VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIV. The Hague: Kluwer Law International*:* 408; SHENTON, D.W., «An Introduction to the IBA Rules of Evidence», *Arbitration International* (1985): 118; y SCHERER, M. & BAIZEAU, D., «Swiss Rules of International Arbitration Awards», en VV.AA., *The Swiss Rules of International Arbitration : Five Years of Experience. Conference of June 19, 2009*. Basel. Dr. Rainer Früegg. 2009, 129-151, 140.

[98] Sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo Federal de la República Helvética de 28 de marzo de 2007, dictada en el asunto 4A_2/2007 (2007 *ASA Bulletin* 610), referido a una acción de anulación de un laudo parcial, dictado en una disputa sobre un contrato de agencia suscrito entre una entidad principal, de nacionalidad alemana, y un agente iraní. Surgida la controversia, la entidad iraní reclamó a su principal alemán la aportación de las cuentas y demás información contable complementaria sobre el desarrollo del contrato de agencia en litigio en los territorios de Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, Omar, Bahrein, Qatar y Kuwait –desde el 1 de enero de 2002 hasta el 13 de diciembre de 2004- y en Irán –desde el 1 de enero de 2002 al 6 de abril de 2006- con la finalidad de determinar el pago de las comisiones debidas al agente iraní y de conformidad con el procedimiento contractualmente estipulado a tal efecto. Una vez instada la solicitud, el árbitro único competente ordenó a la entidad alemana demandada la presentación de la documentación específicamente requerida por el demandante iraní, con la finalidad de someterla a la auditoria por una entidad independiente para verificar su estado completo y su corrección técnica. Sin motivo justificado, la entidad alemana rehusó atender el requerimiento cursado por el árbitro, motivo por el cual en su laudo parcial concluyó en la existencia de una deliberada vulneración de su obligación de colaborar de buena fe en el desarrollo de la actividad probatoria (cf. SCHERER, M. & BAIZEAU, D., «Swiss Rules of International Arbitration Awards», en VV.AA., *The Swiss Rules of International Arbitration : Five Years of Experience. Conference of June 19, 2009*. Basel. Dr. Rainer Früegg. 2009, 129-151, 140-142).

invocados, relacionando ambos con el resultado de la prueba practicada durante el procedimiento arbitral y elevando así a definitivas sus pretensiones litigiosas iniciales.

44. El arbitraje está basado en la autonomía de la voluntad de las partes, a quienes las legislaciones y los reglamentos arbitrales les reconocen la facultad de diseñar un procedimiento arbitral ajustado a sus necesidades y, simultáneamente, respetuoso con los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.[99]

Desde esta perspectiva, la legítima utilización del procedimiento arbitral por las partes litigantes en modo alguno implica menoscabar indebidamente ni su derecho fundamental a la tutela arbitral efectiva, ni su derecho probatorio como una de las particulares expresiones de aquel derecho fundamental. Tutela arbitral efectiva que implica, por tanto, garantizar a las partes de un arbitraje que, en el curso del procedimiento que libremente acuerden celebrar, tendrán reconocida su oportunidad de alegar y de probar sus respectivas pretensiones, en régimen de igualdad con la parte contraria y sirviéndose de los medios probatorios que, autorizados por el ordenamiento, acuerden como viables y oportunos. Tutela arbitral efectiva cuyo control durante el procedimiento corresponde inicialmente a los árbitros.

VI. LAS ÓRDENES PROCEDIMENTALES Y EL LAUDO

45. El árbitro tiene reconocidos los poderes de decisión y de ejecución de las decisiones que dicte en el procedimiento y siempre frente a las partes, por virtud de los límites del principio de relatividad contractual. Los contenidos de ambos están

[99] FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Vol. 290. Year 2001. The Hague/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers. 2002.

íntimamente relacionados, en tanto que su aplicación conjunta permite al árbitro ordenar el procedimiento, decidir las cuestiones incidentales y el fondo de la controversia y ejecutar ante las partes del arbitraje –exclusivamente- sus disposiciones.

46. La finalidad de las órdenes procedimentales es encauzar correctamente el desarrollo de las diferentes fases del procedimiento arbitral. Son resoluciones de tramitación, dictadas por el árbitro o por el presidente del tribunal arbitral y utilizadas, por lo general, en cuestiones probatorias, de traslados de documentación entre las partes, de adopción de medidas cautelares o de convocatorias a audiencias[100]. Es una práctica recomendable que, una vez completada la tramitación del procedimiento arbitral y practicadas todas sus actuaciones, el árbitro dicte una orden de cierre de la instrucción, impidiendo a las partes presentar ningún escrito, alegación o prueba adicional sobre el fondo del asunto debatido partir de la fecha de esa orden, salvo requerimiento expreso del árbitro.

47. El laudo es el documento a través del cual el árbitro o el tribunal arbitral expone por escrito su decisión fundada a las partes. El laudo puede ser interlocutorio,[101] final o dictado de común acuerdo con las partes (laudo transaccional o conciliatorio), recogiendo, en ese caso, los términos transaccionales que deseen. Fundado en el carácter contractual del arbitraje, el laudo debe analizar y resolver las cuestiones planteadas por las partes durante sus alegaciones. Decisión que –salvo acuerdo expreso y escrito en contrario- debe estar motivada en derecho, de conformidad con las disposiciones acordadas por las partes en el acuerdo arbitral (ley

[100] Sentencia de la Cour d'Appel de Paris, de 4 de abril 2002, *Revue de l'Arbitrage* (2002): 776, en donde la Sala realiza una correcta distinción entre órdenes procesales y laudos y resoluciones arbitrales susceptibles de anulación.

[101] Los laudos interlocutorios conforman aquellas decisiones que el tribunal arbitral debe adoptar sobre cuestiones procedimentales. OLIVENCIA RUIZ, M., «El laudo: naturaleza, clases y contenido», (2009) *Arbitraje* 655

sustantiva aplicable) o determinadas por el árbitro –aplicando las normas de conflicto de leyes-[102] y con las cláusulas contractuales aplicables.

48. No existe una estructura formal predefinida, motivo por el cual la elaboración del laudo difiere, en función del árbitro o de los componentes del tribunal arbitral.[103] No obstante, cualquier laudo, cuando menos, debe contener una correcta identificación de las partes y de sus representantes, una mención al acuerdo arbitral en el que se funda, una delimitación de la sede del arbitraje y de su lugar de emisión,[104] una descripción de los antecedentes e incidentes procedimentales (incluyendo la constitución del tribunal arbitral, las alegaciones y pretensiones de las partes y las pruebas practicadas), una narración de los hechos litigiosos y su relación razonada con los fundamentos en los que se sustente su parte dispositiva, la determinación de los costes y gastos del arbitraje y la fecha y firma del árbitro o del tribunal arbitral.

49. En supuestos de tribunales arbitrales, el objeto del laudo consiste en recoger la opinión de sus componentes; es decir, el presidente y los árbitros vocales. Este parecer puede ser unánime. Pero durante las deliberaciones –sobre cuyo contenido los árbitros han asumido su obligación de secreto- los árbitros pueden mantener pareceres discrepantes sobre todos o algunos aspectos de la decisión a adoptar. Diferencias que pueden suponer la rendición de un voto u opinión particular, por virtud del cual algunos de los árbitros expresen su parecer disconforme de la decisión mayoritaria. En estos casos, el laudo se rendirá por mayoría de los componentes del tribunal arbitral, dejando expresa mención de los motivos por los que

---

[102] LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitration.* The Hague. Kluwer Law International. 2003, 411-479, 647-649.

[103] Ley Modelo, Artículos 28 a 31; Reglamento UNCITRAL, Artículo 34.

[104] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 19 de febrero de 2003; *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA.*, [2012] EWCA Civ 638.

el vocal discrepante no firma y anunciando, en todo caso, la incorporación de un voto particular.[105]

50. Una vez dictado, el laudo es firme y su decisión, vinculante para las partes.[106] El árbitro, además, finaliza la función decisoria temporal, encomendada por las partes con el acuerdo arbitral.

VII. ACTUACIONES POSTERIORES A LA RENDICIÓN DEL LAUDO

51. Dictado el laudo, cabe el ejercicio de cuatro acciones diferenciadas: (i) su corrección, aclaración o complemento; (ii) su anulación; (iii) su reconocimiento en un lugar distinto al de la sede donde ha sido dictado; y (iv) su ejecución forzosa.

52. El árbitro tiene facultades para reparar el laudo; facultades consistentes en tres supuestos en los que las partes pueden interesar su rectificación, una vez dictado:

[105] *Bursa Büyüksehir Belediyesi v. Güris Insaat VE Mühendislik AS,* Supreme Court, December 5 2008, Netherlands Court Reports [NJ 2009,6], donde el Tribunal Supremo Holandés estableció –como regla general- la necesidad de que los laudos que contengan un voto particular sean dictados por la mayoría de los componentes del tribunal arbitral con plena observancia de los requisitos formales para evitar que la falta de la firma de uno de los componentes pueda erigirse en causa de nulidad del laudo, por infracción del principio de colegialidad. En igual sentido, Sentencia de la Sección Vigesimoctava Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de junio de 2011; ANAND, R. P., «The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication», *International and Comparative Law Quarterly*, (1965): 788-808; FRY, J., GREENBERG, S. & MAZZA, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration.* Paris. ICC Publishing. 2012, 316, 319; GÓMEZ JENÉ, M., "Principio de colegialidad (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, nº 9/2010, de 10 de junio de 2011)", *Arbitraje* (2012): 257-264; REDFERN, A., «Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly», *Arbitration International* (2004): 223, 242; VAN DEN BERG, A.J., «Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration», en ARSANJANI, M. et al*. (eds.), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden. Nijhoff. 2011: 821-843.

[106] SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, QUEEN MARY, UNIVERSITY OF LONDON, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008*. PricewaterhouseCoppers Publications. 2008, 4., donde contiene las estadísticas sobre el porcentaje de cumplimiento voluntario del laudo.

su corrección, su complemento y su aclaración. Desde estos parámetros, cualquier solicitud de esta naturaleza debe abordarse por los árbitros con una extremada prudencia, para evitar acciones de anulación del laudo.

Rendido el laudo –sea parcial o final- su contenido está afectado por el principio de invariabilidad de las decisiones, como expresión de la exigencia derivada del principio de seguridad jurídica, en relación con el derecho a la tutela arbitral efectiva. Su efecto inmediato es asegurar a las partes que han sido contendientes en un procedimiento arbitral que las resoluciones definitivas dictadas en su seno –es decir, el laudo- no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces y de los límites legalmente establecidos para tal fin. Asimismo, rendido el laudo, el árbitro ha terminado su encomienda profesional frente a las partes; ha agotado, por tanto, su jurisdicción.

Dentro de los límites de este principio, se prevé la posibilidad de que las partes soliciten del árbitro la aclaración, interpretación o rectificación del algún extremo oscuro o de los errores de que adolezcan tales resoluciones; pretensión que las partes deberán ejercitar dentro del plazo fijado a tal efecto en el reglamento o en la legislación arbitral aplicable. De esta forma, el árbitro puede corregir, aclarar o completar el laudo[107], utilizando los mecanismos así reconocidos; es decir, para la subsanación de errores patentes o evidentes, la explicación de aspectos oscuros de su contenido y el complemento de omisiones claras en la redacción o transcripción de su fallo. Tales resoluciones no deben implicar una revisión total del pronunciamiento efectuado en el laudo corregido, aclarado o complementado, so pena –como indicábamos anteriormente- de incurrir en causa de anulación.

53. La mayoría de las legislaciones arbitrales disponen de preceptos que regulan la acción de anulación del laudo. Una función desempeñada por el juez ordinario dentro de sus atribuciones de control del arbitraje, al amparo de la pretensión

[107] FRY, J., GREENBERG, S. & MAZZA, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration.* Paris. ICC Publishing. 2012, 349.

de una parte. Pretensión basada en acreditar la existencia de uno o varios motivos formales tasados, que –de demostrarse adecuadamente su existencia por quien alega- motivará la anulación –total o parcial- del laudo afectado. Motivos generalmente referidos a la ausencia o invalidez del acuerdo arbitral, incorrecciones en la constitución del tribunal arbitral, vulneración demostrada de infracciones durante la tramitación del procedimiento arbitral,[108] incumplimiento de los acuerdos procedimentales legítimos de las partes, resolución de cuestiones no sometidas a la decisión de los árbitros o infracción del orden público. Motivos que no implican la revisión por el tribunal judicial competente del fundamento sustantivo de la decisión arbitral, cuya determinación es una competencia exclusiva del árbitro, derivada de su poder de decisión. Esta acción se ejercita ante los tribunales judiciales competentes del lugar de la sede del arbitraje o de donde haya sido dictado, de conformidad con los plazos y requisitos procesales exigidos por dichas normativas y sobre la base de los motivos tasados por la legislación arbitral vigente de la sede donde el laudo fue dictado.

54. Una vez dictado el laudo y por motivos de estrategia procesal, las partes pueden estar interesadas en su ejecución; supuestos que coinciden con la actitud ocasionalmente renuente de alguna de las partes a cumplir su parte dispositiva de forma voluntaria, pese a su consideración como título ejecutivo. Supuestos que pueden tener una vertiente nacional y otra, internacional.

Dentro de la primera –la vertiente nacional- encuadraremos los supuestos de ejecución forzosa del laudo, regidos por las legislaciones procesales locales y seguidos ante los tribunales competentes. En este trámite, el laudo final abandona la esfera arbitral para convertirse en una resolución más, de cuya ejecución forzosa se ocupa el juez de apoyo del arbitraje que resulte competente por la legislación procesal aplicable en el lugar donde tal ejecución forzosa se pretende. La atribución de competencia será determinada conforme a la ley procesal aplicable.

[108] Que las partes habrán debido denunciar en tiempo y forma en el momento de su comisión (renuncia tácita a la impugnación).

Dentro de la segunda posibilidad –la vertiente internacional- abordaremos aquellos supuestos referidos a laudos cuya ejecución se pretenda en un lugar diferente al de la sede donde fue dictado: los laudos internacionales. Actuación en la que las disposiciones del Convenio de Nueva York adquieren una notoria importancia[109], en tanto que articulan un proceso sencillo para el reconocimiento y posterior ejecución de este tipo de laudos.

Su Artículo I.1 *in fine* nos advierte que sus disposiciones se aplicarán también *«...a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución...»*. Es decir, a aquellos laudos arbitrales internacionales que, aún dictados en una sede concreta, se les haya aplicado la legislación procesal de otro Estado o de un tratado internacional sobre la materia o de un reglamento arbitral internacional y no sean considerados como laudos nacionales, por dirimir controversias surgidas del tráfico mercantil internacional y carentes de conexión con la sede del arbitraje, salvo haber sido designada por su neutralidad.

Su Artículo VII.1 consagra el principio de *favor executionis*, admitiendo la aplicación de cualquier otro régimen que haga posible o, simplemente, facilite la ejecución de un laudo. Y resulta que, en su Artículo V, el Convenio de Nueva York –texto *erga omnes*, complementado por el Convenio de Ginebra- contempla un régimen de reconocimiento de laudos extranjeros más favorable que el previsto en algunas legislaciones arbitrales, de forma que el Convenio de Nueva York prevalece sobre la norma interna, siempre que su texto no haya sido sometido a reciprocidad, y se aplicará a todo laudo extranjero cuyo reconocimiento se pretenda, siempre que tampoco exista reserva en este sentido

Nuevamente, la distinción que antes efectuábamos entre laudos arbitrales y órdenes procedimentales adquiere importancia. La aplicación del Convenio de Nueva York se refiere exclusivamente a *«…sentencias arbitrales…»* (Artículo I); es decir, laudos. Las

[109] INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention.* Paris. ICCA Publishing. 2011

órdenes procedimentales carecen de tal consideración. Por el momento, existen dudas fundadas sobre la aplicación del Convenio de Nueva York a este tipo de decisiones arbitrales de tramitación. Dos asuntos ilustran el anverso y el reverso de estas dificultades: el asunto *Resorts Condominiums International Inc.* v. *Bolwell and another*[110] (en lo sucesivo, el asunto *Resorts Internacional*) y el asunto *Publicis Commun* v. *True North Commun, Inc.*[111] (en lo sucesivo, el asunto *Publicis*).

El asunto *Resorts Internacional* se refiere a un litigio comercial entre una entidad americana demandante y una empresa australiana demandada, en relación con la ejecución de un contrato de licencia. La cláusula arbitral contemplaba arbitraje con sede en Estados Unidos, a celebrar bajo los auspicios del Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje. El demandante obtuvo *«…una orden cautelar arbitral y laudo…»* de aplicación durante la pendencia del arbitraje. Sobre esta base, la demandante americana instó su reconocimiento y ejecución en Australia contra la entidad australiana demandada, al amparo de la aplicación del Convenio de Nueva York. Pretensión que fue denegada por el Tribunal australiano competente, argumentando que *«…estas órdenes son provisionales y de naturaleza procedimental y de ninguna manera pretenden solventar definitivamente la controversia…»*.

El asunto *Publicis* deriva de un arbitraje con sede en Inglaterra, relativo a la terminación de acuerdo de colaboración entre dos empresas publicitarias: True North, radicada en Chicago, y Publicis, constituida en París. El arbitraje se celebró bajo los auspicios de la London Court of International Arbitration, con aplicación del Reglamento UNCITRAL, como *lex arbitrii*. Uno de los asuntos centrales de la controversia radicaba en dilucidar si Publicis devenía obligada a entregar determinada documentación contable y fiscal a True North, ya que ésta necesitaba aportarla a las autoridades fiscales americanas. El tribunal arbitral dictó una orden procedimental ordenando a Publicis la exhibición de una categoría específica de documentos fiscales del acuerdo de colaboración. La orden, firmada por el presidente del tribunal arbitral,

---

[110] *Resorts Condominiums International Inc.* v. *Bolwell and another*, *Arbitration Law Review* (1993): 665.

[111] *Publicis Commun* v. *True North Commun, Inc.*, 206 F.3d 725 (7th Cir. III 2000).

indicaba expresamente la necesidad de que Publicis exhibiese tales documentos requeridos por True North, con carácter previo a la resolución de las demás cuestiones sometidas igualmente a arbitraje. Se planteaba, por tanto, la ejecutabilidad de este tipo de órdenes procedimentales sobre la base del Convenio de Nueva York. True rNoth inició los trámites de reconocimiento y ejecución de esta orden procedimental[112] ante los tribunales americanos competentes. El Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito americano estimó la pretensión de True North con el argumento de que, pese a que este tipo de órdenes no son susceptibles de reconocimiento al amparo del Convenio de Nueva York, la que le ocupaba constituía una excepción dada su finalidad sustantiva, con independencia de su denominación formal.

VIII. CONCLUSIÓN

55. Cuando las personas recurren libremente al acuerdo arbitral y someten a la institución arbitral la solución de sus eventuales controversias –derivadas de la ejecución de una determinada relación jurídica- asumen un compromiso claro: cumplir y someterse a la decisión de ese tercero privado en cuya autoridad moral han depositado su confianza para dirimir la diferencia con carácter vinculante.

56. La aceptación de este compromiso con conlleva dos consecuencias básicas.

La primera se aplica a las partes: ellas confían en el funcionamiento de la institución arbitral, para apartarse voluntariamente del conocimiento de la cuestión por los

[112] En este sentido y sobre la flexibilidad formal de una decisión cfr. *Braspetro Oil Services Company (Brasoil)* v. *The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*. Sentencia de la Cour d'Appel de París de 1 de julio de 1999 [/8 *Mealey's International Arbitration Report* (1999): G-1] y Sentencia de la Cour d'Appel de Paris, de 4 de abril 2002, en *Revue de l'Arbitrage* (2002): 776.

tribunales ordinarios. Renuncian así a las ventajas procesales de todo proceso judicial, a favor del arbitraje, desarrollando de forma responsable un procedimiento en cuyo resultado confían. La institución carece, por tanto, de una segunda oportunidad para una primera impresión; la calidad técnica debe prevalecer sobre otros intereses espurios.

57. La segunda consecuencia –atinente al legislador y a los especialistas en la materia- es la necesidad de articular un sistema fiable, por el cual jueces y árbitros puedan convivir, proporcionando soluciones eficaces y adecuadas a las necesidades de las partes que hayan acudido al arbitraje, con plena garantía de sus derechos fundamentales. El Profesor Chiovenda incidía en que *«...la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón...»*[113]. Premisa sobre cuya base la institución arbitral ha adquirido una significativa relevancia desde la segunda mitad del siglo XX.

58. Conscientes del alcance de estas consecuencias, el concepto deviene esencial. En tal sentido y con las líneas precedentes, esperamos haber cumplido con la finalidad inicialmente declarada de este artículo: exponer los fundamentos básicos del procedimiento arbitral, para, a partir de ahí, comprender el funcionamiento de una institución jurídica tan compleja como atractiva, en continua evolución para satisfacer las exigencias de sus usuarios, las partes firmantes del acuerdo arbitral, las partes del arbitraje.

[113] CHIOVENDA, G., *Instituciones de derecho procesal civil Vol. 1, Conceptos fundamentales La doctrina de las acciones*. 1ª Ed. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1936, 147.