

CAPÍTULO 1

Generalidades

100

SUMARIO		
A.	Conceptos básicos	120
B.	Antecedentes normativos españoles y la LArb	140
C.	Métodos de resolución de conflictos y arbitraje	150
	Negociación	155
	Mediación y conciliación	160
	Opinión de experto neutral («OEN»)	165
	Decisión de experto neutral («DEN»)	170
	Arbitraje	175
D.	Fuentes normativas del arbitraje	180
	Fuentes primarias	185
	Fuentes jurisprudenciales	190
	Reglamentos institucionales	195
E.	Asociaciones españolas de arbitraje	200
	Club Español del Arbitraje	205

105

La interacción humana genera inevitablemente discrepancias que derivan en **disputas**. Muchas de estas se superan con un acuerdo, mediante el cual las partes ponen fin al objeto del conflicto de forma negocial. Donde no hay acuerdo, se hace precisa la intervención de un tercero que dirima el conflicto.

La resolución de conflictos mediante recurso a los **Tribunales** constituye la alternativa más común para resolver las disputas.

Sin perjuicio de la excelente labor que los jueces desarrollan en el desempeño de sus funciones en la mayor parte de los estados modernos, la dilatación en el tiempo de los procesos judiciales, entre otros motivos, suscita la conveniencia de considerar procedimientos alternativos para la resolución de disputas.

106

Como método alternativo a los Tribunales, surge la figura del arbitraje, proceso de resolución de conflictos que busca ofrecer soluciones con mayor **rapidez y flexibilidad** procedimental, permitiendo a las partes participar en el propio diseño del procedimiento, incluyendo la posibilidad de designar de común acuerdo a la persona o personas que deban pronunciarse sobre la cuestión.

Hoy en día el arbitraje como **alternativa** de resolución de conflictos se encuentra plenamente aceptada por la gran mayoría de los Estados modernos, que han promulgado normas estableciendo el régimen del procedimiento arbitral en sus respectivas jurisdicciones.

107

Si bien el procedimiento arbitral va cobrando cada vez mayor relevancia en las disputas internas, es decir, de carácter nacional, donde alcanza un desarrollo aún más relevante y notorio es en el campo de las disputas **internacionales**, esencialmente de carácter comercial o empresarial.

Entre otros, ello se debe a los siguientes **motivos**:

a) La labor de **unificación** de los **procesos** arbitrales llevada a cabo por las Naciones Unidas, a través de la CNUDMI/UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/United Nations Commission on International Trade Law), que elaboró la Ley Modelo de

Arbitraje, la cual ha sido utilizada como referencia, con más o menos fortuna, en multiplicidad de Estados.

108

b) Las ventajas que la **flexibilidad** del procedimiento arbitral ofrece, permitiendo a las partes pactar cuestiones diversas (p.e., lugar, idioma, normas jurídicas, etc.) apropiadas a sus circunstancias.

c) El hecho de que permite que las partes se sometan a un proceso de resolución de conflictos que no va ligado a la realidad procesal de una jurisdicción específica, sino usualmente a un **reglamento**, ya conocido, de una institución arbitral.

d) La facilidad para ejecutar el **laudo arbitral** en la mayor parte de los países, gracias a la existencia del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

109

Las distintas circunstancias que afectan al arbitraje nacional y al internacional conducen a diferencias en el régimen de cada tipo de arbitraje, y ello suele quedar reflejado en la normativa de cada país. Ello no obstante, la progresiva importancia del arbitraje internacional y su natural tendencia a la **homogenización** de reglas tienen como consecuencia que los principios aplicados en el mismo puedan servir en ciertas ocasiones de guía para su aplicación en el arbitraje nacional.

A. Conceptos básicos

120

El arbitraje puede definirse como el **procedimiento extrajudicial** regulado por ley al que se deciden someterse las partes expresamente para que un tercero (árbitro) o terceros (el Tribunal arbitral), decida con carácter vinculante y definitivo la resolución del conflicto planteado.

Características

125

El procedimiento arbitral se caracteriza por:

ó requerir la sumisión de las partes;

ó su flexibilidad;

ó la no aplicación de la normativa procesal; y

ó la exclusión del laudo arbitral del recurso de apelación.

Sumisión

126

Se requiere una sumisión de las partes al procedimiento arbitral; esto es, la resolución del conflicto mediante arbitraje surge de un **acuerdo** de carácter contractual entre las partes.

El acuerdo para someterse a un arbitraje se denomina compromiso o **convenio arbitral**. Ver nº 600 s.

Flexibilidad

127

El procedimiento arbitral es flexible, permitiendo a las **partes** acordar muchos aspectos del mismo (p.e., árbitros, plazos, pruebas etc.), y facilitando un procedimiento más ajustado a las necesidades de las partes. En aquellos aspectos donde las partes no lleguen a un acuerdo, la cuestión relevante se resolverá generalmente por decisión del Tribunal arbitral o por aplicación del reglamento arbitral o la ley aplicable al arbitraje.

Extrajudicialidad

128

No se aplica al procedimiento arbitral la normativa procesal. La Ley de Enjuiciamiento Civil (**LEC**) no es aplicable con carácter supletorio al procedimiento arbitral.

Cosa distinta es que pueda servir de **referencia o pauta** para resolver algunas cuestiones, o incluso que las partes deseen pactar la aplicabilidad de alguno de sus principios, pero siempre dependerá de acuerdo por las partes.

Jurisprudencia

Jurisprudencia

1) Es seriamente cuestionable que en el procedimiento arbitral sean de aplicación, ni que sea a **título comparativo**, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan aspectos procesales (AP Barcelona 27-6-08, EDJ 169205).

2) El presente procedimiento se rige por lo dispuesto en el Reglamento de las Naciones Unidas y la Ley de Arbitraje, sin que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevea en su artículo 4 la aplicación supletoria para procedimientos arbitrales. No cabe la aplicación obligatoria de la LEC en materia de **admisión de prueba**, toda vez que indica la Ley de Arbitraje que la competencia de los árbitros para determinar el desarrollo del proceso se refiere de forma expresa y concreta a la admisión de los medios de prueba, pudiendo hacerlo en el modo que los árbitros consideren apropiado

(LArb art.25.1 y 2), por lo cual no cabe aplicación supletoria de otras normas, cuando la propia otorga al Tribunal Arbitral la potestad de dirigir el arbitraje, en materia de prueba, en el modo que dicho Tribunal estime apropiado (AP Madrid 15-3-12, EDJ 84632).

No susceptible de apelación

129

No hay un recurso de apelación en el que se pueda revisar el fondo de la decisión original.

El laudo arbitral tiene efectos de **cosa juzgada**, y frente al mismo solo cabe ejercitar la acción de anulación por motivos tasados establecidos en la LArb y, en su caso, solicitar la revisión conforme a la LEC art.509 s. para las sentencias firmes.

Precisiones Alguna **Corte Arbitral** prevé, para las partes que así lo hayan acordado, la posibilidad de una segunda instancia arbitral (ver Reglamento Corte Española de Arbitraje art.39).

Jurisprudencia

Jurisprudencia

La Ley de Arbitraje ha configurado un **recurso de anulación** distinto y no equiparable a un recurso de apelación de plena cognición. Dicho recurso, dada su naturaleza jurídica, incide únicamente sobre la anulación del laudo por razones «in procedendo», de modo que la cuestión de fondo, o mejor su motivación, sólo será atacada indirectamente en función de una posible anulación de contenido en todo caso garantizada, o en función de la inobservancia de las garantías exigidas para la emisión del laudo por los árbitros, pero los Tribunales no pueden a través de este recurso corregir las deficiencias y omisiones del laudo, porque la naturaleza de este recurso no permite el examen total del fondo del asunto (AP Murcia 18-2-10, EDJ 58599).

Principios rectores

130

Entre los principios imperativos que rigen el procedimiento arbitral destacan los de **igualdad, audiencia y contradicción** que deben observarse con pleno respeto en el desarrollo del procedimiento (ver **nº 1700**). De acuerdo con estos principios, las partes tienen derecho a hacer valer sus derechos en un plano de igualdad de oportunidades en el procedimiento arbitral.

B. Antecedentes normativos españoles y la LArb

140

La situación actual del arbitraje en España encuentra su explicación en el desarrollo normativo de las últimas décadas. La base se configura sobre la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22-12-1953, (**LArb/1953**), vigente hasta su derogación en 1988.

La LArb/1953 partía de una concepción formalista del arbitraje, estableciendo un marco jurídico estructurado pero muy poco atractivo que retrasó el desarrollo e impulso del arbitraje como un método de resolución de conflictos.

La LArb/1953 fue sustituida por la L 36/1988, de 5 de diciembre (**LArb/1988**), que contribuyó a un cambio positivo en la percepción del arbitraje, permitiendo un modesto comienzo de la cultural arbitral es España.

141

Es mediante la vigente Ley de Arbitraje 60/2003 (**LArb**), de 23 de diciembre, con la que por fin el ordenamiento jurídico español se moderniza plenamente, adaptándose a las necesidades del arbitraje comercial internacional.

Se basa en la **Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL**, que, como resalta la propia Exposición de Motivos de la L 60/2003: «tiene en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional.»

La LArb ha sido objeto recientemente de modificación por la L 11/2011, de 21 de mayo.

C. Métodos de resolución de conflictos y arbitraje

150

La concepción del proceso judicial como única herramienta de resolución de conflictos ha sido superada hace tiempo, surgiendo progresivamente en las últimas décadas una variedad de opciones alternativas a dicho proceso judicial.

Dichas alternativas se denominan genéricamente como métodos alternativos de resolución de disputas (*alternative dispute resolution methods*, o **ADRs**).

Una **clasificación** básica de ADRs en función de la intervención de terceros en el proceso y su capacidad de decidir con carácter vinculante, nos lleva a distinguir entre las siguientes categorías:

Denominación	Participación de tercero	Resolución del conflicto
Negociación	No hay tercero	Depende de la negociación
Mediación Conciliación	Sí, pero su decisión no es vinculante	Depende de la negociación
Opinión Experto Neutral	Sí, pero su decisión no es vinculante	Depende de la negociación
Decisión Experto Neutral	Sí, su decisión es vinculante	Resuelve aspectos técnicos de la controversia mediante opinión
Arbitraje	Sí, su decisión es vinculante	Resuelve la controversia mediante laudo

Precisiones Una clasificación más omni-comprehensiva incluiría otros tipos adicionales, tales como los **dispute boards** anglosajones, muy usuales en los conflictos derivados de contratos de construcción.

Negociación

155

La negociación entre partes es la forma de resolución de conflicto **más inmediata**. Ante una discrepancia, el recurso natural más evidente es reunirse con la contraparte, analizar la situación e intentar presentar argumentos convincentes, tanto jurídicos como de carácter empresarial, para conseguir la conformidad de la contraparte a una solución acordada.

El uso de la negociación como cauce para resolver un conflicto empresarial ha sido objeto de numerosos estudios. Tradicionalmente, la técnica de negociación más usual es la conocida como negociación **posicional**. En ésta, cada parte asume una posición muy favorable para ella al comienzo, cediendo progresivamente durante la negociación hasta llegar a un punto de encuentro.

Observaciones

En este tipo de negociación se aplican las **máximas típicas**: «no ceder nada sin recibir algo a cambio» «ceder cosas que nos cuesten poco y recibir cosas que nos importen mucho» «que les cueste conseguir una concesión, así la apreciarán más», etc. Es común la aplicación de multiplicidad de **tácticas** que distorsionan los elementos principales que deben resolverse; por ejemplo, no es infrecuente que una parte se enroque deliberadamente en una cuestión muy relevante para la otra, alegando que es también muy relevante para ellos (cuando en realidad no lo es), y por tanto elevando el «precio» que debe cederse para que se elimine dicho enroque. Estas tácticas incrementan la desconfianza entre las partes y la credibilidad de sus afirmaciones, dificultando la identificación de las cuestiones realmente relevantes cuya solución es necesaria para alcanzar el acuerdo.

157

Como contraposición de la negociación posicional, surge en la década de los ochenta una nueva corriente doctrinal que elaboró el concepto de negociación de intereses (esencialmente, Ury & Fischer, Getting to Yes). Bajo esta concepción, las partes negocian buscando una **correlación de intereses**, identificando oportunidades para que las partes puedan llegar a acuerdos positivos para ambos.

Hoy en día toda negociación suele incorporar elementos posicionales y de intereses, bien porque las partes puedan cambiar sus **tácticas** durante el proceso según consideren que convenga, bien porque los equipos en sí estén diseñados incorporando negociadores que utilicen cada uno técnicas distintas, o por otros motivos. Lo esencial no es utilizar una técnica u otra, sino ser capaces de identificar la técnica utilizada por uno mismo y por la contraparte, comprender su funcionamiento, así como los efectos y consecuencias que su uso tiene en el proceso de negociación.

En la negociación, las partes controlan el proceso, no hay intervención de tercero neutral y la **decisión** por la que se decide el conflicto corresponde exclusivamente a las partes.

Mediación y conciliación

160

Esta herramienta de resolución de conflictos consiste en la participación de un **tercero neutral** (el mediador) en la negociación, con el fin de facilitar la misma y alcanzar un acuerdo.

El mediador no tiene ninguna facultad para tomar decisiones ni para compeler a las partes en forma alguna. Su **función** primordial es facilitar el proceso de negociación esencialmente desde dos ángulos: **a)** Intentando eliminar los **obstáculos** que pudieran dificultar o impedir el acuerdo. Entre los obstáculos más usuales se encuentran la falta de información, las evaluaciones incorrectas, relaciones emocionales difíciles, la imposibilidad de revelar información crucial al otra parte, etc.

161

b) Empleando las herramientas a su alcance derivadas de su especial situación como mediador para impulsar con mayor **credibilidad** la negociación (p.e., un mediador puede trasladar una oferta por una parte de manera que ésta pueda evaluarse de manera objetiva, sin que esté sujeta a la devaluación automática que toda propuesta realizada por una parte queda sometida automáticamente por la otra). En la mediación, las partes controlan el proceso, si bien la presencia del mediador introduce un factor de **influencia** externa en el mismo.

La **decisión** por la que se decide el conflicto corresponde exclusivamente a las partes.

Precisiones La L 5/2012, de 6 de julio, regula la **mediación** como método de resolución de conflictos en el campo civil y mercantil. Ver **nº 6000 s.**

162

El concepto de **conciliación** como proceso de resolución de conflictos varía según los ordenamientos jurídicos.

Consiste en un proceso de negociación con intervención de tercero sin capacidad de tomar una decisión vinculante, si bien parece considerarse que el tercero neutral asume una posición de convicción mayor, pudiendo presentar su propia solución u opción para resolver el conflicto.

A pesar de ello, parece más correcto englobarlo como una **variante** de la **mediación**, dado que cumple con la característica más identificativa de ésta, el hecho de que el tercero no tiene facultad para tomar decisión o acuerdo alguno obligatorio para las partes.

Opinión Experto Neutral (OEN)

165

Esta herramienta (denominada en inglés como *early neutral evaluation*), consiste en la obtención de una opinión de un tercero, que no interviene en la negociación, sobre todos o algunos de los aspectos que se están debatiendo en la negociación.

El proceso de OEN puede llegar a constituir una revisión bastante intensa de la cuestión controvertida. Su objetivo es ofrecer a las partes una visión **profesional e independiente** de los puntos sometidos a su revisión. El alcance de la OEN será determinado por las partes antes de su encargo, pero usualmente esta herramienta se solicita sin carácter vinculante, de tal forma que su impacto en la negociación es de clarificación, facilitando a las partes mantener sus posiciones y tomar decisiones.

Esta herramienta no implica un cambio de control en el proceso, ofreciendo un elemento adicional para uso de las partes en el proceso de negociación.

Decisión Experto Neutral (DEN)

170

Con mayor frecuencia que la OEN, se recurre a la opinión decisoria de un tercero. En el contexto de un conflicto, la utilización de ésta alternativa suele centrarse en temas de **carácter técnico** (p.e., expertos en contabilidad, informática, ingeniería), y busca resolver discusiones más centradas en el análisis de aspectos técnicos más que en las consecuencias jurídicas y/o atribución de responsabilidades contractuales.

171

No constituye un arbitraje, y por tanto estas decisiones, que las partes suelen pactar como definitivas, están sujetas a **revisión** arbitral o judicial (según hayan pactado las partes).

La utilización de ésta herramienta no suele implicar una pérdida de control del proceso, en la medida en que la DEN suele referirse a aspectos técnicos que requieren determinación por **expertos**, quedando la determinación de las consecuencias jurídicas y posibles responsabilidades contractuales en manos de las partes, o a un procedimiento arbitral o judicial.

Arbitraje

175

En virtud del sometimiento a un procedimiento arbitral, las partes acuerdan que su conflicto será resuelto por un **tercero** (o varios, si el Tribunal arbitral se compone de más de un árbitro). Ese sometimiento impide que el conflicto se dirima ante los Tribunales, quedando éste sometido a la LArb, y por tanto sin posibilidad de apelación (aunque si hay acción de anulación y de revisión).